

00781
12
24

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

TESIS DOCTORAL

"CULPA Y OMISION EN LA TEORIA DEL DELITO"

DIRECTORA DE TESIS:

DRA. OLGA ISLAS MAGALLANES DE GONZALEZ
MARISCAL.

SUSTENTANTE:

LIC. JORGE EFRAIN MONTERROSO SALVATIERRA

Ciudad Universitaria, México D. F. marzo de 1990.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

	pag.
INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I: SOCIEDAD Y DELITO	
1. Individuo y sociedad.....	4
2. Lo social en la idea del delito.....	16
3. Sociedad y legalidad penal.....	28
4. Democracia y derecho penal.....	42
5. Delito y conducta.....	53
CAPITULO II: SISTEMATIZACION Y DELITO	
1. Antecedentes históricos.....	60
2. Escuelas penales:	
A) Escuela Clásica.....	64
B) Escuela Positiva.....	67
C) Clasicismo y positivismo.....	70
3. Movimiento ecléctico:	
A) Preámbulo.....	73
B) Tercera escuela.....	74
C) Escuela de la política criminal...	75
D) Escuela técnico-jurídica.....	76
4. Corrientes penales:	
A) Aspectos generales.....	79
B) Causalismo.....	81
C) Normativismo.....	83
D) Finalismo.....	85
E) Teoría de la acción social.....	90
F) Escuela de la nueva defensa social	93
G) Modelo lógico del derecho penal...	95
H) Teoría marxista y delito.....	113
CAPITULO III: TEORIA DEL DELITO	
1. Conocimiento y delito.....	116
2. Conducta:	
A) Voluntad y contenido de voluntad..	120
B) Conducta y fin.....	124
C) Falta de conducta.....	127
3. Tipicidad:	
A) Tipicidad y delito.....	129
B) Tipo y tipicidad.....	131
C) Voluntad típica y dolo.....	139
D) Error de tipo.....	151
4. Antijuridicidad.....	153

	pag.
5. Culpabilidad:	
A) Culpabilidad y delito.....	164
B) Antecedentes.....	166
C) Semblanza general.....	170
D) Sistemática actual:.....	175
a) Normativismo-causalista.....	176
b) Normativismo-finalista.....	181
E) Culpabilidad y fin de la pena.....	190
F) Culpabilidad y sociedad.....	197
G) Culpabilidad e individuo.....	203
6. Reflexión actual.....	210
CAPITULO IV: SISTEMATICA PENAL DE LA CULPA	
1. Primeros tiempos.....	221
2. Acción culposa.....	224
3. Concepto jurídico-penal:	
A) Tipicidad y culpa.....	229
B) Injusto y culpa.....	231
C) Culpabilidad y culpa, posición de Reinhart Maurach.....	233
4. El cuidado requerido.....	237
5. Naturaleza jurídica.....	243
6. Clases de culpa.....	252
7. Sistemas de punición.....	256
8. Fundamento jurídico-social.....	258
9. Peligrosidad del delincuente culposo	263
10. Delincuencia culposa y sociedad.....	268
CAPITULO V: OMISION Y DERECHO PENAL	
1. Delito y omisión:	
A) Acción penal y omisión.....	273
B) Omisión propia.....	277
C) Omisión impropia.....	278
D) Relación normativa.....	280
E) Calidad de garante.....	282
2. Omisión penal y tipo penal:	
A) Tipo y norma.....	285
B) Tipos omisivos.....	286
C) Omisión y principio de legalidad.	293
3. Omisión e ideología.....	297
CAPITULO VI: OMISION Y CULPA	
1. Omisión y conducta culposa.....	303
2. Omisión: elemento esencial del con- cepto de culpa.....	309

	pag.
CAPITULO VII: CULPA Y SOCIEDAD.....	314
CONCLUSIONES.....	324
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	330
BIBLIOGRAFIA.....	342

INTRODUCCION

El presente trabajo, que respetuosamente se pone a la consideración de los honorables miembros del jurado, tiene para su autor dos objetivos; cumplir con un requisito a efecto de sostener su examen previo a obtener el grado de doctor en derecho; y, a un nivel más personal pero no por ello menos trascendente, responder a una inquietud vocacional y profesional, como es la de abordar la problemática de la naturaleza jurídica de la culpa penal.

El delito culposo tiende a cobrar más importancia, no exclusivamente por su aumento cuantitativo sino más todavía por la calidad y jerarquía social de los bienes jurídicos que lesiona; por tal razón, es muy importante para la teoría del delito definir la naturaleza jurídica de la culpa. El impacto científico-tecnológico crea la exigencia de ser más solidarios a los individuos que intervienen en el tráfico social, especialmente cuando ejecutan actividades de considerable riesgo pero indispensables a la sociedad.

Para orientar la investigación, lectura y reflexión sobre el problema elegido, se planteó la siguiente hipótesis de trabajo: "la omisión es el elemento esencial que define el concepto de la culpa penal como inac-

tividad del sujeto, mediante la cual se viola un deber jurídico de actuar que le es jurídicamente exigible." Como elemento de la culpa la omisión es parte de la idea de delito, la que a su vez está determinada por la sociedad en la que aparece dicho fenómeno social.

La investigación es básicamente bibliográfica, pero eventualmente se hace alguna referencia a la legalidad. El trabajo se divide en siete capítulos, en los cuales se examinan los siguientes aspectos: en el primero la determinación social del delito; en el segundo la evolución de los esfuerzos sistematizadores con referencia a las Escuelas Penales y a las corrientes contemporáneas del pensamiento jurídico-penal; en el tercero la teoría del delito a partir de la concepción finalista de la acción, doctrina que se asume en forma crítica; en el cuarto la sistemática jurídico-penal de la culpa, la peligrosidad del delincuente culposo y la importancia de la delincuencia imprudencial para la sociedad de nuestros días; en el quinto la omisión y el derecho penal actual de orientación liberal, así como la posibilidad que tienen los tipos omisivos de un mayor espacio en la futura legislación penal; en el sexto se intenta una aproximación al concepto de culpa y al papel definitivo de la omisión en dicha categoría; por último, en el séptimo la relación entre culpa y sociedad y la necesidad de poner mayor aten-

ción en la actuación culposa.

Por la naturaleza esencialmente teórica del trabajo no se formularán recomendaciones. En la exposición se refleja, sin duda, la concepción del mundo y de la vida del autor; lo cual, aun cuando no se planteó como finalidad, tampoco se trató de ocultar. Hay algunas citas del Código de Defensa Social del Estado de Puebla y del Código Penal de Guatemala; lo primero, por desempeñar actualmente nuestra actividad docente en la Universidad autónoma de Puebla; y lo segundo, por la nacionalidad del sustentante. Estamos seguros que las observaciones críticas de los distinguidos miembros del jurado, nos ayudarán a seguir analizando este problema con mayor precisión científica.

Nos honra consignar nuestro profundo agradecimiento a la Doctora Olga Islas de González Mariscal, nuestra distinguida Maestra y asesora, por su valiosa ayuda en lo bibliográfico y sus sabias observaciones durante las diferentes fases del trabajo. También agradecemos de la manera más cumplida, al señor Licenciado Elpidio Ramírez Hernández, sus excelentes aportaciones y sugerencias en cuanto a una mejor estructuración del documento final y la explicación de algunas de las materias tratadas.

Ciudad Universitaria, México, D.F. marzo de 1990.

CAPITULO I
SOCIEDAD Y DELITO

1. INDIVIDUO Y SOCIEDAD

La vida del ser humano sólo es posible en sociedad. Como Aristóteles lo señaló a través de su doctrina del zoon politikon, la bestia por ser inferior al hombre y Dios por ser superior a él, son los únicos seres capaces de existir fuera de la organización social. Así como el hombre no es un simple átomo de la sociedad, ésta tampoco es la mera suma mecánica de los individuos humanos. Ella se constituye por las complejas relaciones que se establecen entre los hombres y cuyo objetivo final es la satisfacción de las necesidades humanas. El hombre en su individualidad es algo concreto y subsistente en sí mismo (individuum), pero su vida como tal tiene posibilidad y sentido sólo en una organización social.

Las relaciones y procesos sociales vinculan a los hombres de manera necesaria y fatal. La forma más extrema de egoísmo, capaz de ser concebida, necesita de un medio social para que el egoísta pueda existir. En algunas ocasiones se presenta la relación individuo-sociedad como repelente y excluyente. La verdad es que entre ambos está presente una interacción y se da una coincidencia de intereses. Así como el ser humano no puede vivir fuera de

la sociedad, ésta no podría existir sin los individuos que se entrelazan y vinculan a través de relaciones económico-sociales. "La comprensión de la acción recíproca que individuo y sociedad ejercen uno sobre otro tiene una consecuencia fundamental -evitada precisamente por la sociología y positivista- en la idea de que el hombre como individuo alcanza su existencia propia sólo en una sociedad justa y humana."(1)

Los intereses del individuo y los de la sociedad, coincidentes en lo esencial, en determinados momentos y -bajo ciertas circunstancias entran en conflicto. También es posible la colisión de los intereses individuales entre sí. Tal situación puede llegar a crear problemas cuya --- trascendencia social demandará su adecuada solución, a efecto de garantizar el normal desarrollo de la sociedad. En ambas situaciones originadas por el choque de intereses, - el problema se ha resuelto a través de una serie de normas de conducta a las cuales el individuo se ve sometido. En los primeros tiempos, sin duda esas "pautas" para comportarse no adoptaron las formas de lo que hoy conocemos como "derecho", pero si existieron y fueron obedecidas haciendo con ello posible la vida del hombre y la existencia de la sociedad. Tanto hombre primitivo como el de la época moderna, debieron someterse a las normas sociales de la convivencia para poder vivir; de otra manera, hubieran sucum-

bido ante las gigantescas dificultades de su medio natural. Sus principales y básicas actividades, para satisfacer necesidades vitales, únicamente pudieron haberlas realizado en el contexto de una organización social. A la cabeza de tales tareas apareció el trabajo, el cual dió al hombre la posibilidad de cultivar y perfeccionar su condición humana. "El trabajo es primordial. Pero no se efectúa más que en la sociedad."(2)

Las conductas de los hombres, en la sociedad concreta en la cual son realizadas, pueden ser estrictamente personales o alcanzar una significación social. En el primer caso el comportamiento no trasciende la individualidad de su autor y por lo tanto no adquiere la calidad de conducta social. En el segundo caso, el proceder individual vincula directa o indirectamente a su autor con otros miembros del cuerpo social, dando lugar a las cada día más variadas y complejas relaciones sociales. De esta manera la conducta se proyecta hacia el exterior de quien la efectuó y adquiere por ello una dimensión colectiva, pues deviene como un acontecer histórico que interesa a la sociedad en cuyo seno se ha producido. Estas formas conductuales de los hombres, a su vez, se pueden dividir en dos grupos: las que se adecúan a las reglas establecidas por el grupo y aquellas - violatorias de las mismas. Cuando el hombre se conduce socialmente, dentro de los patrones de conducta sancionados -

por la sociedad, se produce la correspondencia del interés colectivo con el individual, lo cual no significa necesariamente la existencia de regulaciones justas. Pero si el ser humano, al establecer relaciones con los demás miembros de la agrupación, procede en contra de lo establecido en las pautas reguladoras de la convivencia y sancionadas por el grupo, se plantea el problema de la discrepancia y confrontación de su interés con el de la sociedad a la cual él pertenece. Un estado de cosas así puede mantenerse dentro del límite de tolerancia, presente en toda sociedad, o exceder el mismo. Esto último plantea a la organización social el grado más alto del problema de la conducta antisocial, pues está de por medio hasta su propia existencia como tal.

La realidad de un sistema de preceptos orientado a regular la vida de los individuos en la sociedad, supone la posibilidad de su violación de parte de sus destinatarios. Por tal razón la conducta antisocial, en el sentido más amplio como negación de la normatividad impuesta por quienes detentan el poder, es tan antigua como la misma sociedad; puede decirse que nació con ella. Desde luego la "regla" de conducta vigente en la sociedad primitiva no equivale a lo que actualmente denominamos "ley". Aquella fue un elemento regulador de conductas correspondiente al nivel más simple de la organización de la sociedad, basado

fundamentalmente en el consenso de la comunidad y por lo tanto no necesitó el respaldo de una instancia autoritaria ni del uso de la fuerza; cuando mucho, la tradición y la veneración a la edad mayor, pero especialmente la convicción de que esas reglas posibilitaban la vida en sociedad, fue lo determinante en el reconocimiento y respeto a las mismas en la sociedad primitiva. En cambio lo que hoy conocemos como "derecho", frecuentemente identificado con la ley escrita, es el resultado de una larga y profunda evolución de la sociedad y de su organización política; por lo mismo, es un instrumento cuyo fin es orientar el comportamiento de los hombres en el más alto nivel del desarrollo de la organización social, con la característica de contar con un mecanismo de poder que garantiza, por la posibilidad del uso de la fuerza, el cumplimiento de los ordenamientos sancionados por el grupo dominante.

La violación de la normatividad del grupo también ha evolucionado de acuerdo al curso que ella misma ha seguido en su constante transformación. Por ello la conducta antisocial de la sociedad primitiva, en sus formas específicas, no corresponde a las formas actuales de la antisocialidad, especialmente a lo hoy conocido con el nombre de "delito". La sociedad entendida como relaciones entre hombres es algo dinámico, un proceso en constante movimiento. Las reglas de conducta por ella establecidas, así

como las violaciones a las mismas mediante característicos comportamientos individuales, también siguen ese mismo ritmo de cambio y se transforman acompañando a las modificaciones operadas en las "pautas de conducta" que el cuerpo social ha sancionado.

La reglamentación de la vida social de los individuos ha dado lugar a dos etapas en el desarrollo histórico de la sociedad: la pre-jurídica y la jurídica. La primera corresponde a la época anterior al aparecimiento de las clases sociales y de las primeras formas de ordenación política de la asociación social. La ausencia de una autoridad superior, en condiciones de imponerse al grupo en su conjunto y capaz de usar la fuerza para hacer cumplir sus reglas de comportamiento, impidió la existencia de una normatividad a la manera de la que hoy entendemos como "derecho" o "ley". Desde luego, es impensable una situación anómica en la evolución de la sociedad, esto es, ausencia absoluta de pautas de conducta para los individuos que la conforman; sin embargo, el derecho no es el único instrumento para normar la vida del hombre en relación con sus semejantes, pues junto a él coexisten aún en la actualidad, otras clases de reglas de conducta como las éticas y los llamados convencionalismos sociales. Todo ello significa que es posible concebir, por lo menos en su origen y en los primeros tiempos de su desenvolvimiento, una socie

dad sin derecho, es decir, sin un sistema de legalidad respaldado por el posible uso de la coacción física para asegurar su cumplimiento.

Esta posición respecto del origen del derecho no es exclusiva de la interpretación marxista, pues la llegan a sostener aun cuando no explícitamente, iusfilósofos ubicados en perspectivas ideológicas diferentes y hasta antagónicas. Valentín Letelier, al abordar el tema del origen del orden jurídico como un todo, sostiene radicalmente que todo derecho se ha derivado de la costumbre; en consecuencia, ésta es anterior a aquel y no sólo la fuente de su origen sino la de su constante transformación (del derecho). Valiéndose de investigaciones sociológicas y antropolíticas, pero especialmente de los trabajos realizados por Lubbock, afirma lo siguiente: "Con abundante copia de datos etnográficos, demostró este insigne sociólogo que el salvaje no es libre en parte alguna del mundo porque todos sus actos, aun aquellos que nada tienen que ver ni con la moral ni con el derecho, están minuciosamente reglamentados por usos, prácticas y costumbres de carácter inviolable." (3) En el texto transcrito se pone de manifiesto la posibilidad de que la sociedad haya pasado por una etapa en la cual, sin derecho y sin una organización política como la actual, la vida social se desarrolló con reglas de conducta que eran obedecidas por la convicción de los indi

viduos pertenecientes a la formación social. Sosteniendo la misma tesis, pero partiendo de la interpretación que de la realidad hace el materialismo histórico, el filósofo cubano Fernando Diego Cañizares afirma: "Durante la etapa social del comunismo primitivo la conducta y relaciones entre los hombres se regulaban mediante hábitos y costumbres que expresaban los intereses de todos los miembros de la comunidad y cuyo cumplimiento estaba garantizado por las tradiciones, la educación y la autoridad de la colectividad y los jefes de las organizaciones sociales primitivas (hordas, clases, tribus, etc.). Hábitos, costumbres y tradiciones, transmitidos de generación en generación así como normas religiosas contribuían a la regulación de la conducta de los hombres primitivos. Eran normas sociales de convivencia nacidas espontáneamente de las propias condiciones materiales de vida de los grupos primitivos que establecían lo que se podía o no hacer, las manifestaciones de conductas permisibles y no permisibles y que además expresaban los intereses generales de todos los miembros del grupo social."(4)

La etapa jurídica se caracteriza por la presencia del estado, instancia de organización y poder al servicio de la clase social hegemónica, cuya fuerza física es la garantía de que las leyes impuestas por ella se cumplirán aun contra la voluntad de los obligados. La posibili-

dad de poder usar la fuerza en contra de quienes contradigan la normatividad, viene a ser la característica sobresaliente de esta etapa de la sociedad. Para la teoría marxista del derecho, el origen de éste y del estado está ligado a la desaparición de la propiedad común de los factores de la producción y subsecuente advenimiento de la propiedad privada de esos bienes. "El derecho no existía, -- pues, en el origen de la sociedad humana. No existía porque el derecho de propiedad privada, su razón de ser, tampoco existía."(5) El derecho como super-estructura e ideología, según esta corriente de pensamiento, está vinculado causalmente a la economía de la sociedad. En el momento -- en que desaparece la propiedad comunitaria y surge la propiedad privada, los miembros de la organización social se dividen en propietarios y no propietarios, aparecen entonces las clases sociales y el estado emerge como instrumento del grupo dominante para asegurar el cumplimiento de su derecho de parte de los demás integrantes de la colectividad. "El Estado y el derecho están condicionados causalmente por la economía de la sociedad de clases."(6)

Tanto la reglamentación de la vida del hombre en la sociedad como la conducta antisocial que la niega, han estado presentes desde el mismo momento de la aparición -- del ser social. El surgimiento del estado como mecanismo de poder mediante el cual una clase social impone al con-

junto el tipo de organización social, marca una diferencia cualitativa y trascendental entre la sociedad anterior (prejurídica) y la nueva que se instauro con la presencia de la coacción estatal (jurídica). El comportamiento anti-normativo significa, en todo momento, un cuestionamiento de su autor individual al orden social establecido. Se le reprime porque constituye un ataque a la sociedad y atenta contra su normal desenvolvimiento. También puede dirigirse, en un nivel de mayor gravedad, contra la forma de la organización social; y, en el más profundo y frontal cuestionamiento, es capaz de poner en peligro la propia permanencia de la sociedad.

Cada sociedad acusa la existencia de un mínimo de tolerancia de la conducta antisocial proveniente de los individuos que la conforman. El "volumen" de comportamientos en contra de lo establecido por las "pautas" de conducta social, está fundamentalmente determinada por la posibilidad de existencia de la organización social; pero también pueden incidir otros factores como el tipo de organización social, su nivel de desarrollo económico y el momento histórico que vive la sociedad. Una formación social concreta puede existir, hasta cierto punto en condiciones normales, con un determinado volumen de conductas antisociales siempre y cuando la cantidad de ellas no rebase su margen de tolerancia. Si esto llega a suceder el estalli-

do social hace acto de presencia. Por tal razón es indispensable, para el mejor tratamiento jurídico-social de la antisocialidad y sobre todo de su expresión más grave que es la delincuencia, saber con certeza cuales son las conductas consideradas antisociales o socialmente intolerables. Esto sólo puede encontrarse en el texto de la ley vigente y especialmente en aquella de carácter penal; de ahí la importancia de estudiar con seriedad el sistema de legalidad y la necesidad de su constante confrontación con la realidad. "El punto de partida de toda política criminal radica en averiguar del modo más aproximado posible -- cuál es la extensión de la criminalidad."(7)

La antisocialidad, en un sentido muy general, está formada por todas las conductas individuales violatorias de cualquier regla de comportamiento integrante de la normatividad social. Dentro de ésta los preceptos jurídicos ocupan un primer lugar y las conductas que los contradicen constituyen la antisocialidad socio-legal. Las leyes penales son parte del sistema de legalidad de cada sociedad y las acciones que atentan contra ella conforman la antisocialidad penal, o sea el comportamiento delictivo, - la más grave forma de la conducta antisocial. Se dirige - contra el orden jurídico-penal vigente formado por las leyes penales y los bienes fundamentales protegidos por ellas. La tutela legal de dichos bienes es de primordial -

importancia porque los mismos son indispensables para el normal desarrollo de la convivencia social y la existencia de la misma sociedad. El acto delictivo puede verse desde su dimensión individual, como conducta ejecutada por un ser humano, lo cual equivale a delito; pero también es posible contemplar el conjunto de conductas delictivas como un todo, entonces nos acercamos al problema social de la delincuencia.

2. LO SOCIAL EN LA IDEA DEL DELITO

El delito es, antes que cualquier otra cosa, una conducta o actuación esencialmente humana. El proceder de un individuo frente a los demás. De acuerdo a esta afirmación simple y fundamental, hecha desde la perspectiva jurídica y penal, únicamente el hombre puede ser sujeto activo de un comportamiento delictuoso. Según la explicación más generalizada la palabra delito proviene del vocablo latino "delinquere", aunque también se señala como el origen etimológico de dicho término a la voz latina "delictum". Representativo de la primera opinión es Fernando Castellanos Tena: "La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley."(8) Como ejemplo de la segunda opinión citamos la interpretación del diccionario de derecho usual de Guillermo Cabanellas: "Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín delictum, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena". (9) Aunque en este caso la etimología no es fundamental, especialmente tratándose de una palabra cuyo contenido conceptual puede construirse hasta convencionalmente, lo importante es señalar que en la idea de delito no puede faltar el elemento conducta ni el contenido antinormativo de ella. El acento ético de esta categoría jurídico-penal --

puede ser apreciado en el mismo origen etimológico del vo
cablo delito, el cual siempre identificará un proceder hu
mano cuya voluntad es contradecir un particular interés -
de la concreta sociedad en la cual se comete.

En el comportamiento delictivo hay dos conduc--
tas contrapuestas: la ordenada en la norma jurídico-penal
y la realizada en el mundo real por el autor del delito.
Aquella representa el interés de la sociedad y lo que és-
ta espera de como deben conducirse sus miembros individua
les en la vida social; en cambio el delito es algo malo y
reprochable, la conducta de un individuo efectuada en fun
ción de sus intereses o impulsos, según el caso, y que --
por lo mismo entra en conflicto con los del cuerpo social.
El acto delictivo es hoy más que nunca "...un fenómeno de
contradicción, aguda, dramática, extrema, entre el compo
tamiento individual y el valor socialmente aceptado; en--
tre el real o supuesto bienestar de uno y el también su--
puesto o real bienestar de todos."(10) La trascendencia
del acto delictuoso consiste en que viola el orden jurídi
co-penal al ocasionar daño a específicos bienes jurídicos
fundamentales protegidos por la ley penal. Tales bienes
forman parte del conjunto global de intereses tutelados -
por el sistema de legalidad general, pero debido a su ---
gran importancia para el desarrollo de la vida social, se
ha encomendado su protección legal a la ley penal.

La sociedad es el único espacio donde se puede materializar el delito, pues para poder existir como tal debe trascender el nivel del pensamiento y exteriorizarse en las relaciones sociales. Es impensable la conducta delictiva fuera de la organización social, pero es un acto necesariamente individual atribuible a un sujeto; ahora bien, no todo actuar del hombre deviene necesariamente como delito, por ello resulta de capital importancia para los miembros de un núcleo social, saber con certeza cuales son los comportamientos considerados delictuosos. Esta exigencia está estrechamente vinculada al sistema de figuras o tipos penales en los cuales cada delito, según la óptima pretensión, debe quedar minuciosamente identificado y descrito.

La definición legal de delito es importante y necesaria, no solamente para el ámbito jurídico sino para otras disciplinas científicas responsables de analizar dicho fenómeno, pues es el punto de partida para la conceptualización de la conducta delictiva desde las diferentes ópticas que posibilitan su estudio; además, es garantía de libertad y seguridad legal, ya que a través de lo establecido en el texto de la ley penal los miembros de la sociedad tienen la oportunidad de saber cuales son las conductas prohibidas cuya ejecución da lugar a la imposición de una sanción penal; y, a contrario sensu, estarán en condi-

ciones de identificar los comportamientos socialmente aceptables. El delito es un proceder individual antinormativo porque contradice el sistema de normas penales socialmente establecido por quienes detentan el poder en la sociedad. El conjunto de leyes cuya función es proteger bienes jurídicos esenciales, integra el orden jurídico penal de una sociedad concreta. El delito, al contrario, constituye un acto cuya esencia y contenido consiste en violar dicho orden al dirigirse en contra de los bienes por él protegidos.

La confrontación ideológica, al ahondarse las contradicciones económicas entre los grupos conflictados, abrió el camino del enfrentamiento militar, circunstancia que ha originado regimenes políticos autoritarios y totalitarios, especialmente en América Latina, quienes han puesto en práctica una política criminal en la cual predomina la preocupación de eliminar la disidencia política, más por la vía de hecho que por la de su propio derecho. En función de esta finalidad política, no democrática, la legalidad es usada como fachada de una aparente constitucionalidad mientras en los hechos, el aparato del poder a través de algunos de sus miembros, actúa impunemente como el primer violador de su propia normatividad. Tan dramática situación resulta ser el más importante reto del momento al jurista y más aún al penalista, pues es urgente y muy

necesario encontrar la forma de obligar, a quienes ejercen el poder, a encuadrar su actividad dentro de lo estatuido en la ley. En este orden la definición legal del delito puede funcionar, junto a otras circunstancias entre las -- cuales es prioritaria la efectiva vida democrática, como -- un instrumento jurídico al servicio de la incolumidad y de fensa de los derechos humanos, tan expuestos en pleno si-- glo XX a su conculcación por el más obligado a defenderlos y garantizar su plena vigencia: el grupo social que impone a la sociedad el modelo de organización imperante.

La idea del delito no es estática. Cambia de acuerdo a las transformaciones operadas al interior de la -- sociedad, su entorno físico-geográfico, el momento históri-- co y cultural, entre otros factores. Lo que hoy se casti-- ga como homicidio mañana puede ser una conducta no puni--- ble. "El crimen se configura en cada sociedad según crite-- rios múltiples y a veces contradictorios. Estos criterios pueden ser impuestos más o menos por las grandes religio-- nes."(11) La muerte de los recién nacidos, cuando mostraban alguna malformación física o enfermedad apreciable a -- la vista, constituía un acto socialmente aceptado entre -- los espartanos; actualmente la misma conducta, aun cuando se trate de un niño condenado a morir por sus limitadas -- condiciones físicas, constituirá delito de infanticidio o de homicidio. Lo que ayer fue delito hoy no lo es y maña-

na puede serlo lo que hoy no se considera como tal. Lo mismo sucede en cuanto al espacio: la ley penal de un país tiene la facultad de tipificar como delito el comportamiento que en otra latitud no lo es, como sucede por ejemplo con el adulterio. Tanto la idea social acerca del delito como las legislaciones acusan una gran diversidad y movilidad, temporal y espacial, acerca de lo considerado como tal, grado de antisocialidad y magnitud de la reacción social. -- "La relatividad de los preceptos penales no rige sólo en la ojeada retrospectiva histórica, sino que tiene también vigencia al comparar entre sí los diferentes sistemas jurídicos que actualmente están en vigor."(12) Hay cierta unanimidad legislativa y social en cuanto a considerar delito algunas conductas, pero por contrapartida también existen profundas discrepancias provocadas por las características de cada sociedad. La cultura, la religión, las tradiciones, la ideología y otros factores sociales, pero especialmente la economía y la concepción del mundo y de la vida, marcan la pauta de lo socialmente considerado como delito. Esto debiera estar fielmente interpretado en la ley e incorporado en los criterios de interpretación y aplicación de la misma.

Aun cuando es una conducta ejecutada por un individuo, el delito está marcado fundamentalmente por la sociedad en la cual se produce. Esta determinación social --

del acto delictivo es reconocida ahora hasta por las posiciones más tradicionales del liberalismo jurídico; las cuales minimizan su alcance, sobre todo al momento de legislar sobre el tratamiento jurídico social de la delincuencia y el delito, el cual desafortunadamente todavía sigue siendo motivado prioritariamente por razones político-sectarias. Cada formación social tiene una idea acerca del delito y define su específica reacción frente a tal conducta. Puede hablarse de un tipo de delincuencia para un tipo de sociedad, pero no en un sentido mecánico ni esquemático, sino funcional y dialéctico. En las formaciones desarrolladas, con el impulso de la ciencia y la tecnología, tanto los delincuentes como los delitos, mostrarán características muy diferentes a los de las sociedades subdesarrolladas. "Lo que sea delito depende en gran parte del tiempo y el lugar, del país y de la nación."(13)

La determinación social de la conducta delictiva no significa la negación o disminución de lo individual y humano en el delito. Se refiere, eso sí, a la fuerza del entorno social en la forma y significado de dicha conducta. Su manifestación externa, grado de desvalor social y ~~magnitud de la reacción del grupo, son características del~~ delito conformadas en gran parte por las peculiaridades de la sociedad en la cual dicho comportamiento tiene lugar; pero eso no anula los rasgos personales que su autor pueda

imprimirle a tal conducta, ni tampoco significa la ausencia de libertad en el agente para decidir entre realizarla o abstenerse de actuar.

Toda sociedad, acorde con su forma de organización económica, política y social, pero especialmente en consecuencia con su concepción del mundo y de la vida, tiene una idea de lo que debe considerarse como delictivo y de su reacción frente a esa conducta antisocial. Esto se llama "concepción social del delito" y cambia de un grupo a otro. No es una idea o comprensión inmóvil sino, como hemos dicho y ejemplificado arriba, sigue los ritmos del cambio de la sociedad en cuya realidad emerge, se desarrolla y transforma. Depende del momento histórico, de las características propias de cada grupo y de las transformaciones operadas al interior de éste.

La idea que del delito tiene cada formación social, debería ser la sustentación real del sistema de leyes penales. Estas deben reflejar, no tanto el interés personal del legislador o de la minoría en el poder, sino lo que la sociedad concibe como comportamientos delictivos; de lo contrario, la ley penal no alcanza a ser legítima, pues no responde a auténticas necesidades de la sociedad. Dicha legitimidad es condición necesaria a la pretensión de lograr la obediencia de la ley penal por convicción de parte de la comunidad, así como para alcanzar y mantener -

la paz y armonía sociales. La legalidad penal que ignora la noción del grupo respecto del delito, funcionará como un elemento de confrontación y provocará, más tarde o más temprano, el estallido de la protesta social con las graves consecuencias que dicho fenómeno trae consigo.

Lo expuesto pone de manifiesto que es vital, para la permanencia de la tranquilidad y estabilidad de la vida social, detectar el verdadero sentimiento del grupo en relación a los comportamientos conceptuados por él como delitos. El legislador responsable reconocerá, en primer lugar, que él por sí mismo está imposibilitado de obtener, con certeza, la información fidedigna de la concepción social del delito; en segundo lugar y en consecuencia, deberá recurrir al auxilio de otros expertos y científicos sociales para obtener la cabal idea que la sociedad tiene acerca de las verdaderas conductas delictivas y por ello socialmente antivaliosas. Sociólogos, criminólogos, economistas, psicólogos sociales, antropólogos, otros especialistas y las respectivas disciplinas por ellos representadas, son recursos indispensables para lograr la más exacta comprensión de la concepción social del delito. Esta es la única verdadera base material de una legalidad penal con pretensiones de tener verdadera legitimidad y de ir más allá de su mera vigencia formal. Sólo así podrá funcionar como mecanismo motivador de conductas socialmente

valiosas. El precepto penal escrito, como parte de un sistema y de la legalidad en general, no debe concebirse exclusivamente como instrumento de represión y control social, que lo es por supuesto, sino más bien como un dispositivo idóneo para impulsar la conducta de los hombres de acuerdo a los intereses de la sociedad.

La facultad del legislador en cuanto a promulgar leyes con el respaldo de la coacción del poder, no es tan absoluta como a veces se cree y tiene sus límites reales en la concepción social del delito. Olvidar esta verdad es atentar contra la estabilidad política y la tranquilidad social. De una u otra manera el desfase entre el contenido de la ley penal y la concepción de la sociedad conducirá a serios problemas y producirá choques y protestas capaces de poner en peligro la convivencia social. Hoy en día la vinculación de lo jurídico-penal con lo político casi es un axioma reconocido, abierta o encubiertamente, por todas las tendencias del pensamiento en el ámbito de las ciencias sociales y del derecho.

El grupo en el poder, unas veces más y otras veces menos, se verá en la necesidad de tener muy presente la concepción social acerca de lo delictivo o correrá los riesgos que significa ignorarla. El tipo de organización de la sociedad y sus características económico-políticas son aspectos indispensables y deberán ser tomados en cuenta.

ta para la correcta elaboración de las leyes penales; ignorarlos constituirá un grave error de incalculables consecuencias. "Hoy día, como siempre, o acaso más que nunca, el jurista y el aplicador de la norma han de vincular sus preocupaciones, nutrir sus tareas, con el trasfondo político -en el más amplio, hondo de los sentidos- que hay en el Derecho. A esta necesidad no escapan el penalista, el procesalista penal, el penitenciario."(14)

La concepción social del delito no se refiere exclusivamente a la idea del mismo, es decir a las conductas efectivamente apreciadas como delictivas por el grupo; también se vincula al grado de contradicción asignado al comportamiento antisocial y a su correspondiente sanción o repulsa. Sólo es delito lo definido como tal en la ley penal, pero esto no supone de ninguna manera el arbitrio absoluto del legislador penal, quien en su grave responsabilidad de criminalizar conductas deberá partir de la concepción social del delito y la necesidad de plasmarla en el texto de la ley penal escrita.

Este objetivo no se podrá alcanzar si no se conoce, a ciencia cierta, la organización económica y política de la sociedad para la cual se legisla. La descripción del delito contenida en el tipo penal, debe coincidir con la existencia real del delito en la vida social. Lo contrario niega la democracia, lesiona la libertad y a

crecientá los problemas sociales en lugar de resolverlos. "El delito, por consiguiente, no nace caprichosamente. - Si exceptuamos los casos de torpezas del legislador, torpezas que comete cuando pretende castigar actos, como la lectura de libros prohibidos, que el sentimiento público no condena, nace en su lugar y en su tiempo a medida que lo requieren las necesidades del orden social. Obra espontánea de la conciencia de los pueblos, los legisladores pueden declararlo, castigarlo o dejarlo impune, pero en el fondo no tienen potestad para crearlo."(15)

3. SOCIEDAD Y LEGALIDAD PENAL

La organización actual de la sociedad constituye el nivel más alto de su evolución histórica y tiene en el orden jurídico uno de sus pilares más importantes, el cual se integra por las leyes escritas promulgadas por quienes detentan el poder público y los bienes protegidos por ellas, circunstancia que les hace adquirir la calidad de "jurídicos". Ambos elementos, leyes y bienes, se encuentran entrelazados, sistematizados y jerarquizados en función de la finalidad común de posibilitar la convivencia en la etapa actual de la sociedad; por eso constituyen un sistema que refleja fielmente la naturaleza y realidad de la organización social.

Dentro de ese orden general y formando parte de él, es posible identificar el orden jurídico-penal integrado por leyes penales cuya función es proteger una especial clase de bienes jurídicos, que por su mayor relevancia social denominaremos "fundamentales", ya que son esenciales e indispensables a la vida social de los seres humanos. Todos los bienes jurídicos convienen a la existencia de la sociedad, pero dentro de ellos los "fundamentales" le son absolutamente necesarios, al punto que su ausencia causa la imposibilidad de la vida del ser social. Conviene distinguir en estos bienes jurídicos fundamentales los vinculados a la misma existencia de la sociedad,

como la vida, la integridad física y la salud; de los relacionados al tipo de la organización social, tal es el caso de la propiedad privada sobre los factores de la producción cuyo reconocimiento y desarrollo es esencial a la sociedad capitalista, mientras en la socialista no lo es y se substituye por el monopolio de la propiedad estatal.

Bien es algo capaz de satisfacer una necesidad humana y permitir la auto-realización del hombre en su grupo. La calidad de jurídico le viene por la protección que el grupo en el poder le brinda por medio de la ley y tratándose de los fundamentales a través de la legalidad penal. Una concepción eticista del derecho penal, como el finalismo, lo concibe basado en un valor de la comunidad y le reconoce una naturaleza ideal. "Los bienes jurídicos son valores sociales ideales."(16) Una visión más sociológica del derecho penal, iniciada por Liszt, mira en el bien una naturaleza eminentemente social; por lo tanto, el derecho no lo crea sino lo descubre en la realidad socio-económica y lo eleva a la categoría de "jurídico" al darle su protección. En este sentido "...sólo puede considerarse bien jurídico, como objeto merecedor de la protección jurídico-penal, aquello que sea necesario para la subsistencia, en ciertas condiciones, de la Sociedad."(17)

Lo más conveniente es exaltar al rango de bien

jurídico fundamental los intereses verdaderamente indis-- pensables para la permanencia y desarrollo de la conviven-- cia. Dicha exigencia impone una previa averiguación, impo-- sible de ser agotada por el legislador y el auxilio exclu-- sivo de la Ciencia Jurídica, menos aun si ésta se encuen-- tra dominada por una concepción positivista. Es imprescin-- dible reconocer la naturaleza social del fenómeno jurídico y contar con la ayuda de otras áreas del conocimiento, es-- pecialmente la de las Ciencias Sociales. De lo contrario puede suceder en la vida real que el legislador, ignorando el interés social, asigne tal calidad a intereses exclusi-- vos del grupo dominante y por lo mismo ajenos a la socie-- dad en su conjunto. Esta situación, que el penalista espa-- ñol Francisco Muñoz Conde denomina "perversión del concep-- to de bien jurídico"(18), además de propiciar un aumento - cuantitativo del delito que no coincide con la realidad, - puede producir problemas que van desde la protesta de la - comunidad y el aislamiento de algunos sectores, hasta el - estallido social.

La ley en general pero especialmente la penal, - tiene como función primaria regular conductas de trascen-- dencia social. No es posible concebir una normatividad ju-- rídica fuera de la sociedad actual. Correlativamente no - puede pensarse un grupo social sin su correspondiente or-- den jurídico, mediante el cual se mantiene la protección -

de bienes convenientes a la convivencia. El sistema de legalidad orienta conductas y tutela bienes con lo que, en - condiciones de normalidad, asegura la existencia y el desarrollo de la vida social. "El objeto del Derecho es conseguir el orden social y por lo tanto tiene que regular las relaciones entre los hombres y no su conciencia íntima."--
(19)

Los bienes jurídicos fundamentales constituyen - auténticos intereses vitales pues aseguran la misma existencia de la sociedad. Por tal razón, cuando la ley les otorga su protección penal, ello no constituye alguna concesión del legislador ni del grupo conductor de la vida social; por el contrario, es una realidad cuyo reconocimien- to legal se impone necesariamente para mantener e impulsar la vida de la sociedad. La tradición, la cultura y esencialmente la economía, son los factores que determinan la existencia real de los bienes jurídicos fundamentales en una sociedad concreta. La ley penal no los puede crear. Unicamente le es posible brindarles su protección o negársela. Ellos no son permanentes e inmutables pues dependen - de las transformaciones operadas al interior del entorno - social.

Cada formación social tiene su propia convicción acerca de los bienes jurídicos fundamentales que posibilitan su existencia como tal, la cual va cambiando de acuer-

do con las modificaciones que históricamente se presentan y desarrollan en el cuerpo social. El conjunto de bienes jurídicos y las respectivas leyes que los tutelan representan una valoración del ente social y ponen de manifiesto su conciencia. "La determinación de los bienes jurídicos a proteger supone una valoración que como tal, está condicionada históricamente."(20) Esta dinámica de los bienes jurídicos, de la misma sociedad y de las relaciones que la constituyen, imponen al jurista pero especialmente al penalista, la conveniencia de tener una adecuada información acerca de las cuestiones sociológicas, económicas y políticas, en donde el derecho puede ser captado en forma dinámica y no estática. En las actuales circunstancias, de profundas transformaciones operadas al interior y al exterior de nuestras sociedades, resulta un grave error ignorar la dimensión y el significado social de los fenómenos jurídicos. La pura legalidad, aislada de las relaciones en donde cobra su verdadera vida, aparta al jurista de la realidad y lo hace un experto extraño y ajeno a los grandes acontecimientos que a diario suceden a su derredor. El conocimiento de ellos, y mejor, de su incidencia sobre el derecho, le permitirán captar mejor la realidad jurídica.

El derecho penal, como sistema de legalidad, es un conjunto de normas jurídicas referidas a las categorías penales fundamentales: ley penal, delincuente, delito, pe-

na y medidas de seguridad. Integran la normatividad penal de una sociedad y como tal son disposiciones respaldadas por el poder. Como hemos dicho, su función social es la protección de los bienes jurídicos fundamentales, indispensables para la convivencia. Dentro del conjunto de legalidad en general, el derecho penal es la expresión más grave del poder público pues alcanza a los bienes supremos del hombre: la vida, su libertad; y, en algunos casos, la integridad física cuando existen sanciones como la mutilación que desgraciadamente superviven todavía en el ocaso del siglo veinte.

De todas las leyes en la sociedad moderna, las penales son las más trascendentales, tanto por los bienes resguardados por ellas como por las sanciones que prevén para sus infractores. Esto último representa un verdadero riesgo, proveniente de la real posibilidad de abuso de parte de quienes controlan y ejercen el poder, en desmedro de la libertad, la integridad y la vida de los hombres. Dolorosos ejemplos de este tipo de extralimitaciones se aprecian en los regímenes autoritarios y más aún en los fascistas; los hay en el pasado y trágicamente proliferan en el presente. Uno de los más vergonzosos lo es la legislación penal, inspirada en el más aberrante anti-comunismo, que criminaliza la manera de pensar y la asociación al considerar delito la sustentación de ideolo-

gías revolucionarias basadas en la interpretación marxista del mundo y de la vida, así como la organización política de sus simpatizantes. Los llamados tribunales de jurisdicción especial, generalmente a cargo de la justicia militar, abocados a reprimir la disidencia política pero justificados con la aparente preocupación de combatir la delincuencia común; así como los procedimientos criminales sumárisimos para elementos no militares, cuyos términos tan breves limitan la defensa del procesado y transgreden específicos derechos humanos, son otros ejemplos del mal uso y abuso de la legalidad penal. En resumen: el derecho penal es un instrumento necesario para la vida social actual pero peligroso si se dispone de él de manera autoritaria o fascista. Su conformación jurídico-formal pero especialmente su aplicación, pasan por la exigencia de una auténtica organización democrática de la sociedad para poder surgir como un instrumento beneficioso a la organización social y a los derechos humanos de los individuos que la integran.

El carácter excepcional y extraordinario del derecho penal exige considerarlo como la "última ratio" de la represión legal del estado. Esta legalidad debe intervenir sólo cuando las otras (civil, administrativa, fiscal, económica, etc.) no producen el resultado deseado y ponen en peligro la vida del conglomerado social. El ejer

cicio del ius puniendi debe estar sujeto a dos principios básicos: el de intervención mínima del estado y el de la acción fragmentaria de la ley penal (carácter fragmentario del derecho penal). Conforme al primero los tipos penales deben reducirse al mínimo necesario, a efecto de -- considerar delitos únicamente aquellos comportamientos -- que acometen a bienes de gran relevancia social; por otra parte, la protección jurídico-penal de los bienes jurídicos fundamentales no se puede extender a todos los ataques sino exclusivamente a los más graves. También limita el poder de castigar del estado el principio de legalidad, conforme al cual sólo pueden ser reprimidas las conductas descritas como delitos en leyes anteriores a su -- perpetración y no deben imponerse más penas que las señaladas en la ley. A nivel de formalidad no hay problema -- pues existe consenso en cuanto a la conveniencia de obligar a quienes ejercen el ius puniendi a hacerlo dentro de la legalidad vigente. La gran dificultad se presenta en la vida real, con la actuación de los individuos que encarnan el poder, al momento de su accionar concreto contra la delincuencia, especialmente la de carácter político. A ese nivel, la vigencia real de los derechos humanos del procesado y del ciudadano común que se enfrenta -- a dichas autoridades, no alcanza todavía su concreción total y efectiva.

La misión del derecho penal la comparte con la del derecho en general, que es la reglamentación de la conducta, a través de la normatividad sustentada con el poder; por ello, apunta al establecimiento y mantenimiento de condiciones mínimas necesarias a la convivencia en sociedad. La conducta del ser humano es regulada también por otras normas como la moral, la costumbre y los usos sociales, pero la del derecho es una regla de conducta cuya característica esencial es la de provenir de la voluntad del grupo social dueño del poder y contar con la posibilidad del uso de la fuerza para asegurar su efectivo cumplimiento. ¿Cuál es el papel específico del derecho penal para cumplir con esta misión de garantizar el mínimo de estabilidad que haga posible la vida en sociedad?

En la respuesta a esta pregunta la doctrina jurídico-penal acusa dos direcciones relevantes, que corresponden a las mencionadas cuando nos referimos a la noción de bien jurídico fundamental. La tendencia eticista distingue entre la misión fundamental y la misión secundaria del derecho penal. La primera es la más trascendental y se refiere al papel protector de la legalidad penal en cuanto ~~a mantener la plena vigencia de los valores jurídicos~~ fundamentales de la comunidad, los cuales funcionan como el soporte ético de los bienes jurídicos fundamentales. La ley penal tiene la suprema misión de impulsar y

estimular la conciencia de los individuos a efecto de que ellos impriman en su conducta social la dirección positiva de esos valores, con lo cual no sólo se alcanza un fin ético-social sino se garantiza en forma más completa y se gura la integridad de los bienes jurídicos fundamentales. La misión secundaria del derecho penal se reduce a la mera protección de los bienes y es su acción más inmediata, y preventiva. "Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ellos constituyen el fundamento - más sólido que sustenta al Estado y la sociedad. La mera protección de bienes jurídicos tiene sólo un fin preventivo, de carácter policial y negativo. Por el contrario, - la misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo."(21)

Frente a esta postura ética de la misión del de recho penal, existe otra que podríamos denominar "defen--
sista" o "social", con un marcado acento sociológico y po lítico. De acuerdo a ella la tarea básica del sistema de legalidad penal es la de otorgar efectiva protección a --
los bienes jurídicos fundamentales. De esa manera se ga --
rantiza la existencia de la vida social asegurando a los individuos la posibilidad de participar, según sus espe--
ciales condiciones socio-económicas, en la vida social --

dentro de su grupo. "A la norma penal, igual que a las demás normas jurídicas, le incumbe una función eminentemente protectora."(22) Desde luego esta protección está dirigida a los bienes jurídicos fundamentales entendidos, en forma genérica, como "las condiciones elementales mímas para la convivencia"(23).

¿Por qué unos bienes reciben protección jurídico-penal y otros no?. ¿Por qué la ley penal protege más a unos bienes y menos a otros?. Responder estas preguntas es responsabilidad de la política Criminal; a su vez, ésta es determinada fundamentalmente por la ideología política imperante, de acuerdo a la clase de organización económica-social. El reconocimiento de los bienes jurídicos fundamentales responde a las necesidades específicas del tipo de sociedad y supone una valoración y jerarquización, de acuerdo a la organización prevaleciente en el grupo. No todos los bienes "valen" lo mismo ni son tutelados jurídico-penalmente en forma igualitaria. El orden jurídico se corresponde con el modelo de sociedad y la ley en general, pero especialmente la penal, revela esa específica forma en que el organismo social se ha organizado, como resultado de su evolución histórica. Esta relación causal entre un sistema social concreto y un orden jurídico determinado, es hoy reconocido casi unánimemente. Las discrepancias se dan a nivel de la interpretación de -

las consecuencias.

Así lo admite Gonzalo Rodríguez Mourullo, afiliado a la tendencia eticista acerca de la naturaleza de los bienes y la misión del derecho penal, cuando afirma: "Toda política criminal presupone una determinada concepción del Derecho Penal, de su objeto y fines, y, por supuesto - detrás de ella está siempre una determinada ideología política." (24) La misma postura asume Francisco Muñoz Conde, representante de la concepción defensista en cuanto a la misión del derecho penal, quien al escribir desde la Alemania Federal becado por la Fundación Alexander Von Humboldt, declara: "...hay que renunciar a un planteamiento puramente jurídicista y considerar al Derecho Penal como una parte y un reflejo a su vez de un contexto social mucho más amplio. El cambio del Derecho Penal supone, en efecto, el cambio de la situación política, económica y social que lo condiciona; sólo tomando conciencia de esta situación y denunciándola, se podrá conseguir ese cambio algún día." (25) - Por su parte Giuseppe Bettiol, con nostalgia por el derecho natural, al enseñar derecho penal a estudiantes de Ciencias Políticas con un enfoque que el denominó "problema" por su marcada óptica política y cultural, afirma: "...el estudio del Derecho penal se convierte en un enigma donde se pretende aislar el dato jurídico de todo el complejo ideológico que caracteriza la época histórica en la

cual ese Derecho Penal se manifiesta."(26).

Hay pues una clara y determinante relación entre el tipo de organización de la sociedad y la naturaleza de la legalidad en general pero especialmente de la penal. Lo óptimo es, por un lado, que la sociedad en su conjunto tenga la posibilidad de expresar sus necesidades y prioridades en cuanto a la problemática del delito; y, -- por el otro, que las mismas encuentren la adecuada respuesta en la legalidad penal. Esto significa que la misión real del derecho penal pasa por la auténtica democratización de la organización política del ente social. -- Aunque la misma no es tarea ni responsabilidad del penalista, es conveniente tenerla presente para no acompañar supuestos jurídicos que no se corresponden con la realidad. Tanto el legislador como el político en el gobierno, deben saber que cuando las leyes penales responden únicamente a los intereses del grupo dominante y son ajenas a los de la sociedad, dejan de cumplir con su legítima función de hacer posible la vida en comunidad; en consecuencia, de seguro, en lugar de resolver problemas los crean, o complican los ya existentes.

Nos afiliamos a la posición defensista o sociológica; en efecto, la misión fundamental de la ley penal es la de proteger legalmente, con la máxima severidad en relación a las demás leyes, los bienes indispensables pa-

ra la convivencia de los hombres en una sociedad concreta. La ley penal que no responda a esta vital necesidad del -- ser humano, puede ser formalmente válida y por ello exigible por los detentadores del poder público, pero nunca será legítima por no ser necesaria, ya que las acciones prohibidas por ella no ponen en peligro la vida en sociedad. "El principio en base al cual deben enjuiciarse todos y cada uno de los tipos penales es el de si es posible fundamentar racionalmente por qué y cómo las acciones criminalizadas ponen en peligro de manera intolerable las bases de la convivencia social."(27) --

4. DEMOCRACIA Y DERECHO PENAL

En la actual forma de organización de la sociedad el sistema de legalidad penal resulta un elemento necesario para la convivencia, pero a su vez entraña un peligro para la libertad de los individuos si es aplicado - por la maquinaria de un régimen político no democrático, sea que se manifieste abiertamente como tal o se comporte así de manera encubierta y se esconda bajo una legalidad formalmente democrática. Se ha hecho mención ya a la contradicción entre sociedad como un todo y las instancias - del poder público cuando éstas funcionan exclusivamente - al servicio del grupo dominante. Dichas instancias pueden estar al servicio de la sociedad o actuar en contra - de sus intereses. Intentaremos ahora precisar algunos aspectos de esta relación sociedad-poder, especialmente referida a la normatividad jurídico-penal.

El derecho penal, como fragmento del derecho en general, está vinculado al comportamiento del hombre en - sociedad. Prohíbe o permite conductas y por ello puede, en determinadas circunstancias, ser un instrumento atentatorio a la libertad individual. "El Derecho es un orden de la conducta humana. La conducta humana es el objeto - de las normas jurídicas."(28) La necesidad de defender - los bienes jurídicos fundamentales, sin los cuales no es posible la vida social, hace del derecho penal el instru-

mento más grave y trascendental dentro del sistema legal. El problema resulta ser cómo garantizar la necesaria presencia de la ley penal en la vida de la sociedad; y, al mismo tiempo, evitar que su aplicación constituya alguna forma de violación de los derechos del hombre y sobre todo de su libertad.

El buen uso de las normas penales y el dejar a salvo la libertad del individuo, pasan por un régimen político democrático fuertemente desarrollado; en otras palabras, por el ejercicio pleno de la democracia. Este objetivo no puede lograrse sino mediante el más alto grado de desarrollo de la organización política de la sociedad, que permita al ciudadano participar libremente en los procesos políticos. Garantía de un derecho penal democrático es la posibilidad de poder expresar la opinión y hacerla llegar a todos los niveles de la vida social. Para alcanzar este objetivo no es suficiente la realización de elecciones sino la seguridad de su pureza y respeto, lo cual entre otras cosas exige la libertad de funcionamiento de los partidos políticos cualquiera sea la orientación ideológica que los inspire. "Atentar contra la existencia o el libre funcionamiento de los partidos es atentar contra la democracia."(29)

La participación ciudadana en la actividad política de la sociedad no se reduce a intervenir en las elec

ciones. Más importante es poder controlar la actuación de los funcionarios, que en cualquier nivel de la administración pública, encarnan el poder y lo ejercen. "Participar" mas que intervenir es "controlar" el ejercicio del poder punitivo en los tres niveles de su manifestación: legislativo, judicial y ejecutivo. El esfuerzo por buscar que el ejercicio del poder de castigar no lesione la libertad y los derechos humanos, ha generado en el ámbito de las sociedades organizadas bajo la concepción liberal capitalista, tres precisiones en cuanto a la organización política.

El "estado de derecho" es una consecuencia del advenimiento de la burguesía al poder y el consiguiente desplazamiento del sistema feudal y de la monarquía absoluta. Se sujeta mediante su propia legalidad, por ello se hace referencia a un control formal. Un gobierno controlado y sometido por la ley fue el ideal perseguido después del triunfo de la revolución francesa. Refiriéndose a él y en relación a los Estados Unidos de Norte América, John P. Roche lo caracteriza como "...un gobierno de leyes y no de hombres. En el cual todas las decisiones o leyes escritas podrían medirse contra las palabras de una Constitución escrita: el régimen de derecho convertido en realidad."(30) A pesar de los ejemplos negativos en el mundo, especialmente en América Latina, de regimenes

constitucionales militares y del abuso de la ley para legitimar dictaduras, la verdad es que el régimen de derecho sigue siendo una aspiración válida.

El "estado social o intervencionista", no socialista, constituye una reacción a las exageraciones del estado liberal. Se caracteriza por la ingerencia del poder público en algunas esferas de la libertad individual en función del supremo interés de la vida social. En el campo penal la expresión más importante es la medida de seguridad como acción pre-delictiva, tendiente a evitar la comisión de delitos y a defender la integridad de los bienes jurídicos fundamentales. En este caso, en lugar de una limitación más bien se percibe una sensible ampliación del poder de castigar; en efecto, el derecho penal intervencionista, en lugar de restringir su reacción al delito cometido la extiende a las situaciones previas a su ejecución, claro está, con un acento marcadamente preventivo.

La idea de un "estado democrático" apunta a la necesidad de superar la formalidad del régimen de derecho. Busca la igualdad real, es decir, no solamente en el texto de la ley sino en las relaciones concretas que los hombres establecen en el desarrollo de la vida en sociedad. La única razón que puede justificar el ejercicio del poder, según esta concepción, es la de crear las condicio-

nes para la plena realización del ser humano como tal. El derecho penal democrático significa no sólo una política criminal diseñada y aplicada de manera igualitaria, sino a demás y principalmente, tomar en cuenta las condiciones ma teriales y personales del delincuente. Por eso el caso -- concreto cobra gran importancia, pues es ahí donde la nor- matividad penal prueba su carácter democrático o puramente represivo. La aplicación en la vida real resulta ser el - terreno donde pueden apreciarse, en toda su dimensión, la naturaleza y el verdadero propósito político de la ley pe- nal positiva. "El derecho es así una realidad judicial. - Se produce como individualización de unos criterios, que llamamos normas, mediante su aplicación a casos concretos que se presentan a los jueces."(31)

Los "estados" anteriormente citados, en rigor de verdad, no representan una tipología acerca de la naturale za de dicho ente, difícil de precisar conceptualmente, sino concepciones en cuanto a la función o papel de su acti vidad como tal. No son interpretaciones excluyentes, por el contrario, admiten la posibilidad de complementarse en el esfuerzo de asegurar la incolumidad de la libertad del hombre y garantizar el uso necesario del derecho penal pa ra la consecución de los fines de su función social.

Es posible apreciar la extralimitación en el e- jercicio del poder, a partir del ámbito penal, tanto en -

la práctica del ius puniendi como en la actuación clandestina de quienes detentan el poder. En el primer caso el abuso se da en lo legislativo, judicial y ejecutivo: la legislación penal crece excesivamente criminalizando conductas innecesarias a la convivencia y aumentando sistemáticamente las penas con una motivación predominantemente represiva; en lo judicial, los criterios en la interpretación y aplicación de la ley penal al caso concreto se inspiran en la intención de castigar y reprimir al procesado, tal el caso de resolver la situación del consignado hasta el último día del término legal, recurrir preferentemente a los máximos de las penas, no activar el proceso, etc. A nivel del cumplimiento de la pena el abuso del ius puniendi, entre otros casos, se manifiesta en la violación de los derechos humanos del condenado, retención indebida, su maltrato y negación de los beneficios que la ley le concede.

A esta práctica abusiva se le denomina "terror penal", y como hemos visto, no se limita a penalizar conductas pues afecta los otros aspectos del ius puniendi, al punto que puede llegar a conformar una política definida cuyas consecuencias son contraproducentes a los fines del derecho penal; provoca un aumento cuantitativo de los delitos, exacerba los ánimos de los miembros de la comunidad y los incita a delinquir, pero lo más grave es que la

legalidad penal pierde la posibilidad de ser obedecida por convicción y por el contrario resulta rechazada. El exceso en la extensión de la legalidad, su aplicación y ejecución, nunca ha producido resultados positivos y ha sido denunciada por ilustres juristas como Francesco Carnelutti: "Siempre más Derecho, se podría decir que ha sido y es todavía la divisa, no tanto de los prácticos como de los científicos; pero es un trágico error. Siempre menos Derecho, se debería decir si se quisiera penetrar en el fondo de las cosas. Lo cual no significa no poner nada en el puesto del Derecho, o sustituir el orden por la anarquía sino crear las condiciones para que pueda confiarse cada vez menos en la fuerza y cada vez más en la bondad para la función de la paz."(32) Efectivamente, entre menos se necesite el derecho en la vida social, el grado de organización de la sociedad será de mayor calidad. El derecho en general, pero sobre todo el penal, es una necesidad actual de la convivencia de los hombres y responde, no a virtudes del ser humano, sino a la conveniencia de propiciar un cierto orden de conductas.

La acción clandestina de los órganos del poder público, no es práctica exclusiva de los regimenes políticos autoritarios y fascistas declarados. La más funesta se da en aquellos que han logrado ocultar su tenebrosa realidad con el barniz democrático de una constitucionalidad

que no rebasa su validez formal. En estos casos las autoridades se revelan como violadoras de su propia legalidad y en especial de la penal, conculcando los derechos humanos de los disidentes y protegiendo intereses de grupos o individuos extraños a la sociedad. Este accionar represivo-delictivo lo puede ejecutar por medio de individuos de su planta administrativa o de particulares a su servicio para esos delesnables oficios; en ambos casos, los delincuentes cuentan con la impunidad que les proporciona la protección o la indiferencia de quienes los patrocinan desde el poder. Bajo ninguna circunstancia estos delincuentes deberían tener a su favor la justificante de la obediencia debida ni el beneficio de la prescripción de la acción penal para perseguir los delitos por ellos cometidos. Su tratamiento jurídico-penal, atendiendo a la gravedad de la conducta observada y la necesidad de evitar su imitación, debería ser más drástico en relación con los otros infractores comunes.

Todos los esfuerzos señalados para limitar y encausar el ius puniendi dentro de los fines del derecho penal, apelan a la autolimitación de quienes lo ejercen y recurren a su propia legalidad. La historia ha demostrado la ineficacia de estos mecanismos por sí solos. Como quienes ocupan posiciones de poder pueden responder prioritariamente a los intereses del grupo dominante, sólo la per-

suación de la movilización popular es capaz de convencer a la cúpula de dirección acerca de la conveniencia de hechar marcha atrás en las decisiones que lesionan intereses sociales. Los dispositivos para mantener el ius puniendi -- dentro del límite necesario para la convivencia y la libertad individual, no están en la voluntad de sus ejecutores que es la del grupo dominante, ni en el derecho natural como aseguraba Radbruch: "El estado está, pues, sujeto a su derecho positivo, por un derecho suprapositivo, natural, por el mismo precepto del derecho natural con el que únicamente puede fundamentarse la vigencia del derecho positivo."(33) El mismo Radbruch reconocía la gran limitación de ese mecanismo, cuando lo calificaba como "...exigua medida de la sujeción del Estado.."(34). Y en efecto lo es porque, en última instancia, depende de la buena voluntad de quienes en realidad ejercen el poder.

¿Dónde podemos encontrar entonces los elementos capaces de persuadir a los órganos del poder acerca de la necesidad de operar los pertinentes cambios en orden a -- preservar la convivencia sin menoscabar la libertad e integridad del individuo? Las leyes que limitan el ius puniendi y su ejercicio, especialmente las de rango constitucional, son recursos que pueden funcionar mejor si a ellos se unen acciones de los componentes individuales y grupales de la sociedad, como la organización política --

del pueblo, el uso constante y adecuado de los espacios -- permitidos por la legalidad y la denuncia de los excesos -- de poder a la opinión pública internacional. Los sectores mayoritarios, cuyos intereses no estén representados en la normatividad penal, pueden opinar y hacerse sentir mediante la movilización organizada, para lo cual los partidos -- políticos y otras formas de asociación popular deben ser -- creativamente manejadas.

Se impone también el conocimiento técnico-jurídico de los espacios que el propio sistema legal permite. -- Su uso inteligente evidenciará desde ahí la injusticia o -- incoherencia de la ley, la medida o el criterio interpretativo. Un prejuicio pernicioso y dogmático, además de anti-científico, ha llevado a la disidencia política a no usar este recurso; el cual, aunque estrecho por la naturaleza -- del caso concreto, es un medio apropiado para sacar a luz las contradicciones y limitaciones de la ley, lo que supera el mero discurso o la simple denuncia, o por lo menos, las complementa. La movilización de la opinión pública internacional, con todas sus restricciones, también se ha revelado como un recurso valioso para obligar a los responsables del poder público a modificar su comportamiento de violador de los derechos humanos. Los foros internacionales como la OUNU y la OEA, organismos no gubernamentales -- como Amnistía Internacional, Internacional Socialista, I--

glesia Católica y Consejo Mundial de Iglesias, para no citar sino algunos, son ahora espacios de denuncia y de presión en favor de los individuos y grupos cuyos derechos -- son pisoteados por el abusivo ejercicio del ius puniendi. Tales recursos no tienen poder mágico, pero unidos al principal y fundamental que es la movilización organizada de los sectores populares afectados, pueden producir positivos resultados.

En conclusión: la función del derecho penal, definida desde la perspectiva eticista o defensista, pasa -- por un régimen político verdaderamente democrático, es decir, por la vigencia material de la democracia. Esto requiere de la organización política de la sociedad, es decir de la participación permanente de los ciudadanos en el control de la extensión del ius puniendi y de su ejercicio. Desde luego, esa no es la tarea específica del penalista, pero no la puede ignorar si pretende el estudio crítico de la realidad jurídico-penal; de otra manera, el silencio significa su aval para una situación nugatoria de los derechos humanos en general y en particular de quienes tengan que enfrentarse al aplastante poder de castigar penalmente.

5. DELITO Y CONDUCTA

La conducta es el elemento básico en la idea de delito. La infracción delictuosa es un acto personal y voluntario de su autor. Se ubica en el nivel fáctico perteneciente al mundo de lo fenoménico, el de los hechos y acontecimientos históricos; por lo tanto, se conforma por la conducta ejecutada por un sujeto físico e individual. Dicho comportamiento adquiere la calidad de acto delictivo por equivaler exactamente a lo especificado en la ley penal (tipo) y constituir un proceder humano contrario a la normatividad jurídico-penal.

El tipo penal es una figura elaborada por el legislador que contiene la descripción de una conducta, en forma general y abstracta, considerada como delito. Perteneciente al mundo de lo normativo y del concepto, es el resultado de un proceso legislativo que necesariamente precede al delito; el cual, contrariamente al tipo, aparece en el terreno de la facticidad como un evento particular y concreto ejecutado por un ser humano. No puede haber conducta criminosa sin ley que la defina, en forma general y abstracta, y un comportamiento material, particular y concreto, que encuadre en la definición legal. Los códigos penales realmente no contienen delitos sino especificaciones hipotéticas de ellos.

Hay también una dimensión social y criminológica

ca del comportamiento delictivo que se denomina, en forma genérica, delincuencia o criminalidad; términos que se utilizan para identificar el conjunto de delitos realizados en una sociedad concreta durante un tiempo determinado. Esta perspectiva del comportarse criminalmente, no individual, es estudiada por la Sociología Criminal y las ciencias criminológicas, disciplinas penales que proporcionan valiosa información en cuanto a la extensión, naturaleza, evolución y tendencias del delito como problema social, indispensable para la correcta elaboración de las leyes penales, su interpretación y aplicación, y desde luego, para la formulación de una correcta política criminal. El penalista, el legislador, el juez y el responsable de la ejecución o cumplimiento de las penas, no pueden ignorar la averiguación científica relativa a la criminalidad como expresión del ser social, si desean contribuir en forma significativa y desde sus respectivos campos, al tratamiento de la delincuencia como problema social. Este objetivo, de gran interés social, requiere la cooperación de las ciencias y sus cultivadores involucrados en el estudio del delito, desde sus correspondientes ópticas de conocimiento de esa realidad.

La separación entre lo individual y lo social no significa una división material de la conducta criminal. Corresponde a la necesidad de obtener un conociem

to preciso y objetivo acerca del delito. Definitivamente, ambos aspectos están estrechamente relacionados y se complementan mutuamente para darnos una exacta comprensión de la problemática delincinencial. Semejante verdad no puede olvidarse sin correr el riesgo de tener una visión parcializada, y por ello inexacta, de la conducta transgresional de carácter penal.

Al derecho penal le interesa fundamentalmente, - como único objeto de conocimiento, el comportamiento antisocial del individuo en la medida que se adecúe a las figuras típicas contenidas en la ley penal. Su materia prima está integrada por dos conductas: una descrita en forma hipotética en el precepto jurídico-penal y la otra ejecutada por un individuo de manera voluntaria. El delito existe - cuando esta última coincide con la descripción contenida - en el tipo. La teoría que pretende explicarlo se avoca a la tarea de interpretar científicamente la relación entre lo fáctico y lo normativo.

La concepción del delito como acto individual - produce algunas consecuencias. La primera es obvia y trascendental: sólo el hombre, como persona y sujeto individual, puede ser autor del delito. La egregia figura de la Escuela Clásica italiana, Francesco Carrara, lo afirmó antaño con la precisión de su estilo: "Solo el hombre puede ser sujeto activo primario del delito, porque para que ha

ya delito es esencial que el hecho provenga de una voluntad inteligente, que no exista sino en el hombre."(35) Exclusivamente el ser humano, individualmente considerado, puede cometer el delito y sufrir la pena.

Los supuestos casos considerados en la ley en cuanto a la persona jurídica y el de las asociaciones para delinquir, no hacen sino afirmar el principio de que sólo el individuo puede ser autor del comportamiento delictivo. Cuando la ley penal se refiere a hechos delictuosos cometidos por miembros o representantes de las personas jurídicas siempre tiene como punto de partida el comportamiento de hombres en su calidad de autores; los cuales, como individuos, deben responder de su conducta ante el órgano encargado de la justicia penal.(+)

La persona jurídica, por su propia naturaleza, no puede sufrir sanciones penales. La suspensión o disolución, a que se refiere a veces la ley, son verdaderas medidas de seguridad por su marcado acento preventivo. Deben ser estimadas necesarias "para la seguridad pública", es -

(+) arto. 11 del Código Penal Federal. El arto. 26 fracción II, del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, es más específico en este sentido, al establecer que las medidas decretadas por el juez en sentencia, en contra de una persona jurídica, serán "...independientemente de la que recaiga sobre cada uno de los que toman parte en el hecho delictuoso."

decir, sólo procede recurrir a ellas para proteger el interés colectivo. La misma situación se constata en el caso de la pareja delincuente, pandilla y demás tipos de asociación para delinquir, pues son sus miembros individuales como tales y no la asociación quienes se hacen acreedores a la sanción penal, en atención a su comportamiento personal.

Según Cesar Camargo Hernández, la ley que criminaliza una conducta crea dos tipos de relaciones: una está regulada por el "precepto primario" de la norma y la otra por el "precepto secundario". (36) La primera nace al momento de ser promulgada la ley penal y se establece entre el estado y todos los habitantes del territorio nacional a quienes les es exigido se conduzcan de acuerdo a lo establecido en la norma. La segunda relación aparece al momento de cometerse el delito y vincula al órgano responsable de la justicia penal, con el autor de la conducta material contraria a la norma. El agente recibe el reproche del juez por no haberse conducido conforme al imperativo normativo y por ello se hace merecedor de la sanción prevista en la ley.

Es una necesidad de primer orden el precisar, con el mayor detalle posible, los elementos generales o condiciones para que una conducta pueda ser considerada delito; y como complemento, conviene al sistema de legalidad

penal constuir los tipos penales cuyo contenido será la -- descripción de las conductas delictivas particulares. -En virtud del principio de legalidad, sin esas leyes no puede existir jurídico-penalmente el delito, aunque el sujeto se haya conducido en forma horrenda y moralmente desprecia---ble.

El delito como acto personal es tal sólo si trasciende a su autor y se proyecta a la comunidad. Tiene una significación negativa para la sociedad porque es social--mente dañoso. La dañosidad de la conducta criminal con--siste en el perjuicio que con ella se ocasiona a la convi--vencia, al afectar bienes jurídicos fundamentales. Su gra--vedad se mide por la jerarquía del interés perjudicado y - la extensión del daño efectivamente ocasionado. Precisa--mente, por esta consecuencia de la acción delictiva se justifica la aplicación, de acuerdo a criterios previamente - establecidos, de las penas y medidas de sgruidad.

No obstante constituir el delito una conducta exclusiva del hombre, tiene una enorme trascendencia social - que provoca el movimiento de una gran maquinaria para su - tratamiento y prevención. De acuerdo a las modernas orientaciones del pensamiento jurídico-penal, lo prioritario no es el castigo ni la satisfacción de la justicia formal, si no la defensa de la sociedad a través de la reincorpora---ción del sujeto transgresor a la vida social. Ello impone

la necesidad insoslayable, como ha quedado establecido en líneas anteriores, de que la ley penal en todos sus aspectos (criminalización, aplicación y ejecución) interprete - las aspiraciones de la sociedad en cuanto a la solución - de sus más ingentes problemas, entre los cuales la delincuencia ocupa un primer lugar.

CAPITULO II
SISTEMATIZACION Y DELITO

1. ANTECEDENTES HISTORICOS

Antes del aparecimiento de los primeros códigos penales y durante el "antiguo régimen" del absolutismo --- real, existió en Europa un común derecho penal consuetudinario, algunos de cuyos aspectos parciales adoptaron forma escrita en leyes como la "Constitutio criminales Carolina de Carlos V"(1532) en Alemania, la "Ordonnance de Villers-Cotteret" de 1539 y la "Grande Ordonnance" de 1670 en Francia. Esta legalidad penal consuetudinaria según Jacques - Bellon, jurista y magistrado argelino, acusaba las siguientes características: el rey era la fuente de todo derecho y podía intervenir en cualquier asunto judicial sin ninguna limitación, el procedimiento inquisitorial y secreto dejaba en estado de indefensión al procesado, el sistema de "prueba legal" permitía el uso de la "prueba del tormento"; y, en cuanto a la pena y el mismo desenvolvimiento del proceso, el arbitrio del juez era absoluto y discriminatorio porque diferenciaba entre nobles y plebeyos(37)

La falta de control en el proceso, su secretividad y el ver en el encausado un "pecador" dió lugar a una concepción expiatoria de la pena y del mismo procedimiento, lo cual hizo común la práctica de la tortura para arrancar

la confesión a toda costa, pues el juez tenía amplias facultades para conseguir la prueba. "Una vez iniciada la pesquisa o juicio inquisitivo contra algún indiciado de culpabilidad, si no había pruebas suficientes para condenarle, casi siempre había por lo menos indicios bastantes para justificar la aplicación de la tortura contra él".(38) Cuando la prueba era "incompleta" la tortura se justificaba por la necesidad de obtener la verdad, que nunca era la negativa del atormentado sino lo contrario: su confesión. Si ésta era conseguida debía ser ratificada ante el juez de la causa; y, en caso contrario, el procesado corría el riesgo de ser sometido de nuevo a tormento. Los nobles estaban excluidos de esta prueba, a no ser en casos de conductas de lesa majestad, divina o humana. Los delitos no estaban tipificados y la analogía era posible porque las leyes penales enumeraban "casos" concretos para ilustrar a los jueces y estos, con el arbitrio judicial ilimitado que tenían, podían interpretar extensivamente cualquiera de los casos legales.

La reacción contra tales arbitrariedades, sancionadas por las leyes vigentes de ese entonces, sentó los cimientos del moderno derecho penal, más por el impulso del pensamiento de la ilustración del siglo de las luces(XVIII) que por la acción de los juristas. Esto ha hecho decir a Mezger: "El derecho penal que hoy rige, es hijo de la época

ca de las luces."(39) En este movimiento filosófico el -- hombre es el centro de la reflexión, la razón es vista como el único y verdadero camino que conduce al ser humano a la felicidad, la educación es considerada el mecanismo de la superación y perfeccionamiento del hombre, se cuestiona la tradición como norma de conducta, se seculariza la vida y en consecuencia se rechaza la metafísica, abiertamente -- como en Voltaire o sutilmente como en el deísmo de la religión natural.

Tan impresionante desarrollo de la cultura y culto a la razón, constituye el fondo filosófico de las escuelas penales y aún de las corrientes o tendencias del pensamiento jurídico-penal contemporáneo. Montesquieu, Voltaire y Beccaria, son algunos de los pensadores más representativos de la "época de las luces". El final histórico -- del "antiguo régimen" fue marcado por la revolución francesa cuya manifestación más categórica, en el campo de nuestra disciplina, llegó a ser el Código Penal francés de --- 1791.

Junto a tan extraordinaria manifestación de las ideas y más bien como consecuencia de ella, surge en Europa un proceso de codificación que puede considerarse concluido la segunda mitad del siglo XIX. Las expresiones -- más relevantes de este movimiento codificador, según los penalistas alemanes más conocidos en el mundo de habla his

pana, fueron: el código penal austriaco de José II de 1787, con sus reformas de 1803 y 1852, el código penal bávaro de Fuebach de 1813, el código penal de Napoleón de 1810 y el código penal imperial de 1871 en Alemania. El progreso de la cultura y el pensamiento científico-filosófico, impulsaron la formación de leyes penales humanitarias y respetuosas de la dignidad humana. Su codificación sistemática -- puede considerarse como la señal más elocuente del advenimiento del período científico en la evolución del derecho penal occidental.

A nivel de la elaboración teórica, el comienzo del derecho penal científico puede identificarse también con la obra de dos grandes juristas europeos: el "Tratado de derecho penal común alemán", de Anselm v. Feuerbach, de 1801 en Alemania; y, el "programa de Derecho Criminal" de Francesco Carrara, de 1859, en Italia. Welzel opina -- (40) que a partir del código penal imperial de 1871 se dan en Alemania dos tendencias antagónicas: una autoritaria y conservadora identificada como "clásica", que se mantiene fiel a la idea retributiva de la pena cuya máxima figura fue Binding, autor de la obra "Las normas"; la otra denominada "escuela moderna", bajo la dirección de Franz v. Liszt, que concibe el derecho penal como un medio para luchar contra el delito, cuyo método es el de las ciencias naturales y su fundamento teórico el positivismo.

2. ESCUELAS PENALES

A) ESCUELA CLASICA: la pretensión de organizar la materia jurídico-penal, a partir de un fundamento filosófico y un método, dió lugar a la formación de las escuelas penales clásica y positiva. La manera como ellas explicaron y ordenaron, dentro de sus respectivos sistemas, las categorías delito, delincuente y pena, marcaron la dirección principal de la evolución histórica del pensamiento jurídico en el campo criminal.

La Escuela Clásica tuvo su más importante precursor en César Beccaria, quien a través de su libro "De los delitos y de las penas" aparecido por primera vez a la luz pública en el verano de 1764, criticó dura y profundamente el sistema penal de su época, en particular el procedimiento criminal y las penas, por cuya humanización abogó con gran vehemencia y razón. Las ideas de Beccaria prendieron por toda la Europa del siglo XVIII y tomaron cuerpo en las legislaciones penales. Su más beneficiosa consecuencia fue la abolición legal de la tortura y la instauración de un proceso penal más controlado que permitió al procesado un más amplio margen de su defensa.

La Escuela Clásica asumió como su concepción del mundo y de la vida la del idealismo Kantiano. Conforme a ella concibió al hombre como un ser moralmente libre, con capacidad de elegir entre hacer el bien o el mal. El li-

libre albedrío fue una categoría fundamental en toda su -- construcción y sirvió para justificar la división entre imputables e inimputables. Estos últimos no pueden ser considerados hombres libres por no ser capaces de optar, en - condiciones de libertad; entre conducirse de acuerdo con - la normatividad penal o en contra de ella. El método para investigar la realidad fue el deductivo o lógico-abstracto que parte de lo general a lo particular, es teleológico o finalista, extrae sus consecuencias mediante la deducción lógica y ha sido un instrumento común en las llamadas ciencias culturales.

A partir de las citadas herramientas teóricas, elementos esenciales de su cosmovisión e idea del derecho, los clásicos se empeñaron en afinar conceptos claves como delito, pena y responsabilidad, creando un sistema considerado por ellos acabado, frente a las imprecisiones de las elaboraciones anteriores. Esta conclusión, que no puede - considerarse fatuidad sino consecuencia de su marco teóri- co y del objetivo de dar consistencia y precisión cientifica al derecho penal, se percibe abiertamente unas veces y sutilmente otras, en la lectura del "Programa de Derecho - Criminal" y especialmente en la Parte General(volumen I) - de Francesco Carrara el más conspicuo representante de la Escuela Clásica, cuyo genio le permitió elaborar y sistemariz, al más alto grado, los principios de la corriente -

de pensamiento que él encabezó.

Carrara definió el delito como "ente jurídico", por ser su esencia la violación de la ley del estado, sin la cual no puede existir. "Un acto se convierte en delito, sólo cuando choca con la ley; puede un acto ser dañoso, -- puede ser malvado, puede ser malvado y dañoso; pero si la ley no lo prohíbe, no es dado reprocharlo como delito a -- quien lo ejecuta."(41) El delito es una relación entre la ley escrita promulgada por el estado y la conducta ejecutada por el infractor; y por lo mismo, siendo "relación" es algo ideal, una creación de ley. La razón de ser de la pena es la exigencia que de ella hace la justicia y la necesidad de restaurar el orden jurídico cuya integridad es lesionada mediante el delito. Como tutela del derecho se -- justifica hacerla padecer a quien, con su acto, lo ha violado. Entre infracción y pena deberá existir una necesaria proporción para que aquella sea justamente castigada.

La responsabilidad penal encuentra su fundamento en la libertad moral del ser humano, quien tiene la capacidad de optar entre comportarse de acuerdo a lo ordenado -- por el derecho(el bien) o realizar el delito(el mal). El delincuente es penalmente responsable porque lo es moralmente, por eso no pueden ser considerados criminales ni el enfermo mental ni el niño, pues ambos no poseen razón para discernir entre lo bueno y lo malo.

En la sistematización de los asuntos penales, elaborada por los clásicos, lo central fue la idea del delito; y, como consecuencia de ello, no tomó en cuenta al delincuente, principal protagonista de la sanción y lo delictivo. La Escuela Clásica deberá ser juzgada a la luz de las condiciones y circunstancias de su tiempo, así como de su basamento filosófico-ideológico con el cual fue consecuente aun en sus divergencias interiores. Es innegable el esfuerzo de sus integrantes por construir un sistema coherente y científico, su voluntad de excluir lo religioso de las categorías jurídico-penales, su valioso aporte en cuanto a la imputabilidad y la vinculación de la ley con la conducta en la elaboración de la noción jurídica del delito.

B) ESCUELA POSITIVA: como una reacción contra los postulados del clasicismo emergió el positivismo. El obsesivo punto de partida de sus representantes fue rebatir cada una de las tesis de la Escuela Clásica. Los representantes más significativos fueron César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Lombroso. El primero, fue profundo cultivador del aspecto antropológico y creador de la teoría del criminal nato expuesta en su libro "El hombre delincuente", en el cual plantea que el infractor de la ley penal es un ser atávico con fondo epiléptico. El segundo, -

intentó la interpretación de los factores sociales en la - determinación de la conducta delictiva y desarrolló su doctrina especialmente en su obra "Sociología Criminal". Por su parte, Garófalo tuvo a su cargo la responsabilidad de aplicar al campo jurídico los principios del positivismo penal. Los tres cubren un período de tiempo que corresponde, en forma muy general, a la segunda mitad del siglo pasado; además representan aspectos o facetas de esta escuela: Lombroso la antropológica, Ferri la sociológica y Garófalo la jurídica.

Los cimientos filosóficos de este esfuerzo sistemizador del derecho penal fueron los principios del positivismo de Comte, y los factores más relevantes que lo impulsaron: la incursión del método experimental en el campo jurídico y el apareamiento y desarrollo de las ciencias - criminológicas. El método elegido fue el inductivo, propio de las ciencias naturales, cuyo punto de partida es el razonamiento de lo particular a lo general y se vale de la observación y la experimentación.

El positivismo penal negó el libre albedrío y -- pregonó el condicionamiento físico y social del hombre. - El criminal actúa en contra de lo ordenado por la norma jurídico-penal, no porque él decida realizar tal conducta, - sino determinado por fuerzas internas y externas; tal situación representa un latente y verdadero peligro para la

sociedad, razón por la cual la prevención es prioritaria, respecto de la represión del delito.

El acto criminoso fue concebido, en abierta oposición a la Escuela Clásica, como un fenómeno natural y social, cuya existencia no depende de la ley sino de los factores que la producen. No puede ser eficazmente combatido si previamente no son conocidas sus causas físicas y sociales. El fin de la pena es la defensa de la sociedad y su medida la peligrosidad del delincuente, no la gravedad del delito. Ante lo inevitable y fatal del comportamiento criminal, lo más importante no es castigarlo sino prevenirlo, por eso los positivistas aportaron la idea de las medidas de seguridad cuya misión es evitar la comisión de delitos. Garófalo se refirió a la "temibilidad" para identificar el riesgo que representaba el sujeto para la sociedad; pero Ferri, dedicado a la investigación de los factores sociales de la delincuencia, prefirió usar el término "peligrosidad", que según él caracteriza mejor a la posibilidad del delito como ataque del individuo en contra de la sociedad.

La responsabilidad se fundamenta en la obligación del individuo de no atentarse contra la existencia y el normal desarrollo de la sociedad. El hombre es plenamente responsable porque lo es socialmente. El hecho de vivir en sociedad impone al individuo el deber de no po--

nerla en peligro; y, cuando él lo hace, aquella puede defenderse sacándolo de la circulación social.

En el sistema positivista el delito fue quitado del primer lugar que le dieron los clásicos en el suyo. - La preocupación fundamental de ellos, consecuentes con su cosmovisión, fue el delincuente; a esta posición doctrinal se debió el auge de las ciencias criminológicas durante este período. A pesar de las válidas críticas que puedan -- formularse a la Escuela Positiva, ésta corriente del pensamiento jurídico-penal constituyó un gran avance en el conocimiento del delito como una realidad individual y social. No desvirtúa la validez de sus postulados defensistas, el hecho de que algunos de ellos hayan sido usados por regímenes políticos conculcadores de derechos humanos, como sucedió con el fascismo de Mussolini en Italia. Este hecho -- histórico reafirma el carácter instrumental del derecho en tanto legalidad sujeta al poder.

C) CLASICISMO Y POSITIVISMO: el choque entre la Escuela Clásica y la Escuela Positiva fue frontal y en ocasiones la calidad científica del debate descendió. Ambos hicieron un enfoque parcial de la realidad penal, especialmente del delito y de la pena. No puede negarse el papel de la ley en la conformación del concepto de delito, pero se hace necesario precisar su alcance para no ocultar con

ella la realidad de los factores físicos y sociales que lo producen. La defensa de la sociedad, justificada por muchos y variados motivos, nunca deberá sacrificar los derechos humanos de los individuos que cuestionan, con razón o sin ella, el tipo de organización social.

La confrontación de la Escuela Clásica y la Escuela Positiva dejó ver, muy claramente, el valor y la trascendencia del fundamento filosófico y del método en la investigación y sistematización de la materia jurídico-penal. Toda tesis jurídica está basada en una proposición filosófica y en una realidad económico-social; su correcta comprensión exige, en primer lugar, la de su razón económica e ideológica. La ambigüedad e imprecisión de las corrientes que les sucedieron se debe al hecho de compartir, a pesar de las divergencias secundarias, el mismo concepto del mundo y de la vida del idealismo filosófico cuya base sin duda es el pensamiento Kantiano.

El derecho penal no es un fin ni algo insuperable como pretendieron los clásicos. Al contrario, está sujeto a la evolución de la sociedad en la cual aparece y se desarrolla; su misión es la de ser un medio, un instrumento, para garantizar la dignidad del hombre (lo humano) y la convivencia (lo social). Como acertadamente dijera Raul Carrancá y Trujillo: "El aumento y complicación de la delincuencia no son efectos de una determinada Escuela; tie-

nen sus veneros en la complejidad de la vida moderna, batida por las más crueles desigualdades económicas, al mismo tiempo que en medio de la descomposición moral que ha sobrevenido a la quiebra de la filosofía cristiana. Sufre su liquidación la vieja sociedad capitalista aunque no la democrática; el mundo vive en un período crítico y el delito se complica, transforma y reproduce consecuentemente."(42)

3. MOVIMIENTO ECLECTICO

A) PREAMBULO: el afán de conciliar lo antagónico de las tesis clásicas y positivistas, dió origen a una serie de esfuerzos de interpretación y ordenamiento de la materia de estudio del derecho penal, conocido con el nombre de "escuelas eclécticas". Este espíritu de conciliación, que sucede al acre debate entre las escuelas Clásica y Positiva, a principios del presente siglo se desarrolla y se manifiesta en algunas muy respetables propuestas sistematizadas, las cuales en rigor de verdad no pueden ser catalogadas como "escuelas"; en primer lugar, porque lo prioritario en sus representantes era armonizar la contradicción clasicismo-positivismo y no plantear una auténtica nueva opción, pero fundamentalmente debido a la ausencia de un marco teórico ideológico y metodológico propio.

Sobresale en este eclecticismo la dualidad de sus tesis respecto a las categorías penales fundamentales: delito, delincuente y pena-medida de seguridad. Sus más importantes expresiones, la Tercera Escuela, la Escuela Sociológica alemana y la Dirección Técnico-Jurídica, hacen acto de presencia cuando, como dice Eduardo Novoa Monreal, el derecho penal no es el único recurso con que cuenta la sociedad para luchar contra el delito. "Asoma este siglo, por consiguiente, con un reconocimiento de que junto al derecho penal existen también otras disciplinas que contribu

yen al conocimiento y explicación del delito y a la protección de la sociedad en su contra. El derecho penal ha perdido, pues, su calidad de único conocimiento para ocuparse de la criminalidad."(43)

B) TERCERA ESCUELA: también es conocida como "Escuela - Crítica" y aparece en Italia. Sus más conocidos representantes, Manuel Carnevale y Bernardino Alimena, pretendieron construir un sistema conjuntando principios clásicos y positivistas. De estos últimos reconocieron el de terminismo del ser humano en cuanto a su conducta pero rechazaron la idea de delito como algo inevitable, adoptaron el método experimental, negaron el libre albedrío pero admitieron la responsabilidad moral del delincuente, y, asignaron a la pena una finalidad defensista mediante la coacción psicológica que no todos los individuos tienen capacidad de experimentar. De los clásicos aceptaron la diferencia entre responsables e irresponsables, los primeros tienen capacidad para percibir la amenaza de la pena mientras que los segundos no pueden experimentarla, por eso los responsables deben ser sometidos a medidas defensivas penales pues son delincuentes, en cambio los irresponsables, como no lo son, sólo pueden ser objeto de acciones no penales pues su comportamiento no es delito.

También rechazaron la exclusión del derecho penal como disciplina autónoma, tal como lo entendió Enrique

Ferri al reducirlo a una parte de la Sociología Criminal; justificaron la existencia de ambas disciplinas, con autonomía propia, al asignarles objetos de estudios diferentes: al derecho penal el delito como fenómeno jurídico, y a la Sociología Criminal el delincuente y el delito como fenómeno social.

C) ESCUELA DE LA POLITICA CRIMINAL: surgió en Alemania como reacción contra las doctrinas de la pena retributiva y la imputabilidad basada en el libre albedrío. Su máximo representante, Franz v. Liszt, prefería denominarla "Escuela Sociológica". En el terreno metodológico establece una diferencia: el método lógico-abstracto es propio del derecho penal, mientras que para las ciencias criminológicas, por su naturaleza causal explicativa, lo idóneo resulta ser el método experimental.

Rechaza la idea de pena retribución y la sustituye por el concepto de pena finalidad. El mantenimiento del orden jurídico es el fin de la pena, lo cual se logra a dos niveles: mediante la amenaza de la pena, que produce una prevención general para todos los miembros de la sociedad, y por medio de la ejecución de la pena. En este caso alcanza a todos los ciudadanos reprimiendo sus impulsos delictivos e impulsando su adhesión a la normatividad vigente, al afectado por el delito mostrándole que no quedó impune, pero la acción más importante recae sobre el delin-

cuenta con el cual realiza una función de prevención especial.

El delito no es el resultado del libre albedrío, pero tampoco se puede concebir como algo puramente biológico, ciegamente determinado. El criminal se comporta contra la legalidad penal condicionado por dos fuerzas: las internas de su propia personalidad y las externas de su entorno social, entre las cuales destacan las de su condición económica. Para Eugenio Cuello Calón, "la ideología penal de Liszt" tiene tres rasgos fundamentales: repudio de la pena retributiva, afirmación de la pena finalística y "preponderancia de la finalidad de prevención especial."

(44)

D) ESCUELA TECNICO-JURIDICA: más correctamente identificada como "dirección", porque eso es verdaderamente, también es italiana en cuanto a su origen. Su principal exponente e iniciador fue Arturo Rocco al que posteriormente siguieron, entre otros, Manzini, Massari y Battagliani. Se caracteriza por un rechazo total de la filosofía y la criminología en el estudio del delito. Su fundamento filosófico es el positivismo jurídico que en el ámbito de lo penal se identifica como la "dogmática".

Su punto de partida está constituido por las definiciones que de las categorías jurídico-penales contienen las leyes vigentes. La dogmática es lo esencial y pa-

ra ello lo metodológicamente idóneo es el método lógico -- abstracto. El delito se vuelve a ver como una relación entre la ley y la conducta que la transgrede, sin tomar en cuenta circunstancias personales o sociales; la pena es una reacción contra el delito pero se debe aplicar sólo a los imputables, pues los inimputables no pueden ser sometidos sino a medidas de seguridad.

Uno de los más destacados juristas italiano, a filiados a esta corriente ecléctica, Giulio Battaglini, al inicio de su obra de "Derecho Penal", categóricamente ad- vierte: "El propósito de nuestro tratado consiste en exami nar el sistema de leyes penales en vigor, a fin de recons- truir su aspecto normativo en una visión orgánica y unita- ria."(45) Más adelante, al distinguir entre concepto filo sófico y científico del derecho, señala que la diferencia de métodos se debe a los divergentes fines en ambas áreas del saber; y aplicando estas ideas al campo jurídico-pe- nal, concluye: "Adopto, de esta manera, como objeto especí fico de la investigación, la información que pueden propo cionar las normas vigentes."(46)

El tecnicismo jurídico, como también suele llamarse a esta posición doctrinaria, es el pensamiento dominante en la actual enciclopedia del conocimiento jurídico, incluido el penal desde luego; sin embargo, como consecuencia de la superación o pérdida de vigencia de su substrato

filosófico, el positivismo, empieza a ceder terreno a las nuevas indagaciones acerca de la naturaleza y función social del derecho en general y del penal en particular. Cada día se abre paso la comprensión del derecho como una realidad histórico-social, íntimamente ligada a lo económico y político que la sustenta y transforma, según la evolución del ser social.

4. CORRIENTES PENALES

A) ASPECTOS GENERALES: debe entenderse por "escuelas", en nuestra disciplina, la sistematización total de la materia penal, a partir de un método y un fundamento filosófico propios. El primero es el instrumento teórico mediante el cual el sujeto cognoscente obtiene la comprensión y ordenación de las categorías jurídico-penales; el segundo está constituido por la concepción del mundo y de la vida de la cual, quiérase o no, parte cualquier tipo de entendimiento y organización racional de las ideas penales. En este sentido se hacen acreedoras a la calidad de "escuelas" las denominadas "clásica" y "positiva".

Las llamadas "escuelas eclécticas" en realidad no lo fueron, primero por no tener método y fundamento filosófico propio; luego, porque su objetivo primordial fue lograr una síntesis de las posiciones encontradas del clasicismo y el positivismo. Además de los dos presupuestos teóricos señalados, una escuela penal deberá explicar y ordenar en un sistema coherente y organizado, las categorías básicas y secundarias de la materia jurídico-penal. Las primeras son: ley, delincuente, delito, pena y medida de seguridad. Las secundarias se derivan de éstas y, la unión de ambas forma el contenido conceptual de esta disciplina.

La ley es, fundamentalmente el tipo penal conten

tivo de las figuras legales; delincuente, el autor de la - conducta prohibida y sujeto, no sólo de castigo, sino más aun del proceso reeducativo; delito, el acto negador del - imperativo conductual de la norma penal, en su dimensión - de conducta individual y fáctica; por último, la pena y la medida de seguridad son reacciones del estado frente al -- comportamiento delictuoso, tanto en su aspecto individual (hecho del autor) como en el social (criminalidad).

La corriente penal está referida a la teoría del delito y en algunos casos, más específicamente a uno de -- sus aspectos. No se plantea la explicación y distribución sistemática de lo jurídico-penal en su conjunto; se limita, cuando mucho, a la organización coherente de la conceptualización del acto delictivo. Desde luego, esta limitación no impide, de ninguna manera, que la corriente penal incida en la concepción general de la materia penal, pero eso sucede como consecuencia de su comprensión acerca del delito o de una categoría de éste en particular; es más, sin duda los impulsores de una determinada corriente penal, aun cuando no lo reconozcan expresamente, han partido de un -- concepto general del derecho, de una premisa filosófica y han hechado mano de un método, pero no para organizar las categorías jurídico-penales como un todo, sino para ordenar una parte de esa totalidad. Retomando la tendencia -

de la evolución del pensamiento jurídico en lo penal, podemos señalar como las corrientes más importantes las siguientes: causalismo, normativismo, finalismo, teoría de la acción social, escuela de la nueva defensa social, modelo lógico del derecho penal y teoría marxista y delito. De cada una de ellas se intentará reseñar sus rasgos particulares más relevantes.

B) CAUSALISMO: a esta corriente también se le denomina "sistema clásico" o "teoría tradicional". Las tres denominaciones identifican una organización sistemática de las ideas relacionadas al delito. Su tesis fundamental es la separación entre lo causal-objetivo y el animus-subjetivo. Lo primero es el campo de la antijuridicidad y lo segundo el de la culpabilidad, aquella se refiere al acto y ésta al autor. El delito se concibe formado por acción, resultado y relación de causalidad. Acción es el movimiento corporal capaz de modificar el mundo exterior y resulta dicha modificación. La relación causal es el nexo entre acción y resultado

Debido a su fundamento positivista e influencia recibida de las ciencias naturales, su objetivo central es aprehender la dimensión naturalística del delito; consecuencia de ello es la preeminencia que alcanza, en su sistematización, la categoría "relación de causalidad", en un

gran esfuerzo por resolver el problema de la atribuibilidad del hecho a su autor. El tipo se aprecia como la simple -- descripción del aspecto objetivo del hecho, la antijuridicidad es el juicio sobre el acto ejecutado, una comparación -- de la conducta realizada con la definida en la norma penal; por último, la culpabilidad consiste en un juicio de valor sobre el aspecto subjetivo del comportamiento, una confrontación del hecho con su autor basada en el nexo psicológico o sea el contenido de voluntad.

Además de que la relación causal, en estricto sentido, no existe en todos los delitos sino únicamente en los de resultado, el gran problema para el causalismo ha sido -- la imposibilidad de aplicar, con todas sus consecuencias, -- los alcances de la causalidad en la explicación del delito. Por eso la literatura penal, de orientación causalista, --- muestra un mosaico muy rico en el esfuerzo de aplicar tal -- categoría a la conducta delictiva. Así, se han elaborado y una serie de teorías sobre la causalidad, entre las que pueden mencionarse: equivalencia de las condiciones(v. Buri), causa eficiente(Mayer, Manzini), causalidad humana exclusiva(Antolisei) y condición calificada por el peligro(Grispig ni). Tal proliferación teórica demuestra que el sentido de "relación causal", como se entiende en lo científico-naturalístico, tiene mucha dificultad de ser aplicado en la explicación científica del delito. "El problema del nexo de cau

salidad material en derecho penal surge del hecho de que, desde un punto de vista estrictamente empírico-científico, en rigor causa es la totalidad de las condiciones o antecedentes indispensables para que de un hecho se verifique otro hecho."(47) Tan grande dificultad, condujo a buscar una "causalidad jurídica", preocupación que provocó la desnaturalización del concepto, el cual, por lo mismo, dejó de ser verdadera causalidad.

El causalismo ha sido acusado de ser una teoría no consecuente con la realidad porque su concepto de acción afirma la existencia de una voluntad sin contenido; efectivamente, el mero impulso voluntario y vacío no se produce en el mundo real. Pero lo que minó en su base esta concepción tradicional, fueron dos decisivos acontecimientos: uno, el descubrimiento de que no hay relación psicológica entre resultado y conducta en algunas formas delictivas, tal el caso de la culpa inconsciente; otro, comprobar que en algunos casos la tipicidad requiere tomar en cuenta elementos subjetivos.

C) **NORMATIVISMO:** representa una crítica y superación del causalismo, especialmente en cuanto a la culpabilidad, por eso algunos autores le llaman "normativismo causalista"(48). Se basó en la corriente filosófica del neokantismo de la Escuela Sub-occidental alemana o Escuela

de Baden. El principio de la referencia realidad-valor y valor-realidad conduce a una idea teleológica del delito. - Todas las características o elementos del acto delictuoso - se orientan según la idea de valor. Se atribuye la paternidad del normativismo a Reingard Frank, quien lo planteó en 1907, pero se reconoce en James Goldschmidt al autor de su total elaboración en 1913, expuesta en su trabajo "Concepción normativa de la culpabilidad".

El nombre de "normativismo" le fue dado porque - su esfuerzo se centró en buscar la razón de la reprochabilidad en la vinculación del acto psíquico al orden normativo; pero especialmente tal denominación se debió a que su principal sistematizador, Goldschmidt, recurrió a la llamada por él "norma de deber", que existe junto a la "norma de derecho", para justificar el reproche. El derecho se - refiere a la conducta externa y el deber a la conducta interior. Esta debe ser motivada por las representaciones - del orden jurídico. La base del juicio de culpabilidad es haber violado la norma de deber, pero el acto psicológico y los motivos del comportamiento continúan siendo los elementos para realizar la comparación entre la acción llevada a cabo por el autor y la que se esperaba de él conforme al deber. "Tenemos pues que esa característica normativa de la culpabilidad hace referencia a la norma de deber."--

La acción deja de ser un mero acontecer naturalístico y se aprecia en ella una conducta susceptible de ser valorada normativamente. El tipo no se ve como la mera descripción de lo objetivo y se descubre en él una unidad de elementos subjetivos y normativos, los cuales deben concurrir en la conducta para hacerla típica. Se advierte que en la antijuridicidad, además de la mera contradicción del hecho con la norma jurídico-penal (aspecto formal), es necesaria para su total conformación la lesión efectiva de valores sociales, es decir, de bienes protegidos por las leyes penales (aspecto material). La culpabilidad, preocupación central del normativismo, se comprende como un juicio de valor y no como mero nexo psicológico hecho-autor. Dolo y culpa surgen como presupuestos de la culpabilidad. Reprochabilidad y exigibilidad son las notas esenciales de esta categoría. Se reprocha al autor haberse comportado como lo hizo cuando pudo y debió conducirse de conformidad con la norma.

D) FINALISMO: esta corriente tiene su antecedente en los trabajos de Hellmuth v. Weber y Alexander Graf zu Donha, quienes durante la década de los veinte advirtieron la incoherencia de juzgar, como contrario al derecho, un acto sin contenido de voluntad; tal observación los llevó a pasar el dolo y la culpa al tipo, lo que significó de

jar la culpabilidad "vacía" como un puro reproche. "Al tipo objetivo pertenecen todas aquellas características del delito que se concretan en el mundo exterior; al subjetivo, aquellas que están en lo interno del autor." (50)

Al inicio de la década de los treinta Hans Welzel elaboró su teoría finalista de la acción. Según sus críticos el fundamento filosófico de esa construcción teórica, cuyo principal acento está puesto en la "acción", es el pensamiento filosófico de Nicolai Harman y específicamente su ontología; sin embargo, Welzel rechazó dicha afirmación y en el prólogo de la cuarta edición de su libro "El nuevo sistema del Derecho Penal", que según él resume los más importantes capítulos de su manual, aclara que la sugerencia de su doctrina la recibió de la fenomenología y de la psicología del pensamiento, cuyas obras se publicaron en la década de los veinte (51)

La tesis fundamental del finalismo es que la voluntad no puede ser separada de su contenido. Una voluntad "vacía" no es posible en la realidad de la vida, por lo tanto no resulta coherente con ella un concepto que pretenda presentarla escindida. La voluntad siempre tiene un fin. La conducta delictiva es un hacer o un no hacer voluntario y por ello es final. Siempre se propone alcanzar un fin. "Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer "final", no solamente

"causal". La "finalidad" o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines."(52) Por adoptar, en forma crítica, la doctrina finalista en cuanto a la teoría del delito, el concepto de acción de esta corriente se expondrá en el siguiente capítulo.

El finalismo no produjo una transformación radical en la total comprensión del delito, pero dió lugar a una nueva formulación de la construcción teórica tradicional y promovió cambios de contenido en los mismos elementos, lo cual provocó consecuencias en la ubicación y entendimiento de las ya conocidas categorías de la teoría del delito. Los penalistas mexicanos, Olga Islas de González Mariscal y Elpidio Ramírez Hernández, respecto del finalismo con toda claridad afirman: "Variación de conceptos y diferente estructura, cimentados en la idea de finalidad, eso es la nueva teoría."(53) En efecto, el finalismo trajo un cambio, no en los elementos pues adoptó los acuñados por la concepción tradicional, sino en su conceptualización y ubicación sistemática dentro de la teoría del delito, lo cual suscitó cambios muy importantes en toda la comprensión y organización de la materia penal en su conjunto.

No está exento de críticas aún en Alemania, país de su creador, donde se manifiestan defensores y críticos; ahí, Johannes Wessels reconoce "...que la teoría finalista analiza con acierto la estructura de la acción anticipada mentalmente..."(54); sin embargo, inmediatamente --- plantea la duda acerca de si todas las formas de la acción humana transitan la vía del modelo finalista, para luego - señalar: "Al lado de tales conscientemente finalistas, están las conductas determinadas por la subconciencia y las omisiones en las cuales falta, por lo común, una dirección finalista del suceso causal."(55) A esta observación puede agregarse la hecha en relación al delito culposo, en el cual la acción no está dirigida finalmente a producir el - resultado típico.

Sin embargo, las reacciones más acerbas contra - el finalismo no han sido dirigidas contra su concepto de - acción, en tanto descripción de una conducta captada en el nivel de la facticidad. El punto central de las críticas se ubica en las consecuencias derivadas de su idea de acción en la estructuración de la teoría del delito. Así lo reconoce Rodríguez Mourullo, no afiliado al finalismo, --- cuando afirma: "No se puede negar que el actuar humano es, en su esencia, finalista. No tiene sentido polemizar sobre el carácter finalista de la acción, y de hecho los adversarios del finalismo no discuten este extremo, sino las

consecuencias de orden sistemático que los finalistas pretenden derivar de la estructura del actuar humano."(56)

¿Cuáles son los cambios operados?. Los elementos del delito son los mismos en lo enunciativo, pero en el contenido de ellos y especialmente en cuanto al de los juicios de antijuridicidad y culpabilidad, se han dado modificaciones muy sensibles y significativas: como el contenido de la voluntad está en la acción, el dolo y la culpa pasan al tipo penal; la culpabilidad se reduce al reproche y se acrecienta la categoría acción que deja de ser vista como un puro impulso; en lugar de desdoblar la culpabilidad en una forma dolosa y otra culposa, aparecen los tipos de dolo y de culpa; y, como el juicio de antijuridicidad recae sobre el hecho, o sea la conducta, se incluye en el mismo la valoración de elementos objetivos y subjetivos.

Los cambios mencionados han exasperado a algunos autores que han acusado al finalismo de introducir -- confusión y anarquía conceptual en la teoría del delito. Uno de los más radicales y representativos de esta posición es Novoa Monreal: "En suma, para el "finalismo" la antijuridicidad y la culpabilidad, tan nítidamente diferenciadas por la teoría clásica, se desplazan, se confunden y se acomodan según la necesidad que exista de resolver sus dificultades relativas al delito culposo. El in-

justo adquiere tonalidad subjetiva y el cuidado y la diligencia asumen carácter objetivo. Nada de esto ayuda a la mejor comprensión del que estudia Derecho Penal."(\$7)

Aun cuando el finalismo tiene respuestas para estas y otras críticas, es obvio que no ha logrado substituir totalmente y con éxito a la concepción tradicional. Con todo, representa en este momento la expresión más calificada de la teoría del delito y es evidente que ha ganado terreno en Europa y América Latina. En esta última, sobre todo entre penalistas que han tenido la oportunidad de abreviar, en las fuentes de las universidades de la Alemania occidental, las elaboraciones teóricas de esta corriente del pensamiento penal. Además, por razones de tiempo y sistemática, la inyección del pensamiento no alemán, europeo y latinoamericano, puede abrir nuevas posibilidades a esta construcción teórica del delito.

E) TEORIA DE LA ACCION SOCIAL: para esta posición doctrinal "...acción es, en sentido penal, la conducta socialmente relevante dominada por la voluntad humana o que ésta puede dominar."(58) Según esta definición la existencia de una "acción penal" depende de tres elementos: una conducta o acto humano, dominio de la voluntad o posibilidad de dominar voluntariamente el actuar del hombre, y la relevancia social de ese comportamiento del su-

jeto. Los dos primeros no plantean ninguna dificultad en cuanto a su significado. El problema capital de esta teoría, reconocido por sus propios defensores, por ejemplo - Wessels en Alemania y Rodríguez Mourullo en España, es - la "amplitud de su campo visual" que permite apreciar la "relevancia social" de la acción de muy diversas maneras. Por eso la discusión principal se da al derredor de lo -- que debe entenderse por "relevancia social" de la acción. Esta sólo se podrá encontrar en la misma concepción de la sociedad acerca del delito.

Rodríguez Mourullo señala que el "sentido so--- cial" de la acción debe ser comprendido "...de acuerdo a - las concepciones, las experiencias y las costumbres de la propia vida social."(59) Así es, la relevancia social só lo admite ser considerada en razón de los intereses de la sociedad, los cuales se objetivizan en los bienes jurídicamente tutelados, necesarios e indispensables para la -- convivencia social. Cuando en un sistema de legalidad se seleccionan algunos intereses para otorgarles la protec-- ción más represiva del orden jurídico, como lo es la pe-- nal, está presente una actitud político-criminal que debe constituir una posición del ente social; de otra manera, la tipificación de la conducta será ajena al genuino interés de la sociedad.

La valoración social de la acción demanda exclu

ir elementos de carácter jurídico como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; pero eso no significa, por supuesto, que dicha estimación sea ajena a la legalidad penal. La valoración jurídica es posterior a la valoración social y sólo después de ésta tiene sentido. ¿Por qué averiguar el significado jurídico-penal de un acto si no tiene relevancia social?. Como ésta última tiene que relacionarse al interés colectivo supuestamente encarnado en la legalidad criminal, especialmente en los bienes jurídicos amparados por la ley penal, la primera cuestión es averiguar si la tal conducta concierne al orden jurídico en alguna forma. Aún los denominados "delitos privados"; en algún sentido, deberán interpretar el interés colectivo y ser parte de lo que la colectividad siente y en tiende en cuanto a las conductas delictivas.

La noción de acción social comprende la causalidad y la finalidad. El sentido social del actuar delictuoso está calcado en dos pilares: la voluntad de su autor y el interés de la sociedad. Puede concernir mucho el acto a la sociedad, pero si no es expresión de la voluntad de su autor en alguna forma, no puede ser considerado delito ni reprimido como tal. En algunos casos el propio tipo exige la producción de un resultado o que el sujeto se plantee un fin, pero ello sólo en función de poner en evidencia la trascendencia del comportamiento tipi

co. En este sentido la "relevancia social" realiza una función de selección, pues de todas las conductas interesan al campo penal únicamente las que en alguna forma quedan vinculadas al interés de la colectividad, en tanto constituyan posibilidad de lesión para los bienes jurídicos fundamentales.

F) ESCUELA DE LA NUEVA DEFENSA SOCIAL: Filippo Gramática planteó en 1945, a la manera del positivismo de Garófalo y de Ferri; la conveniencia de tomar en cuenta otros conocimientos y especialmente los antropológicos, en la lucha contra la criminalidad; lo cual, de alguna manera volvió a presentar la posibilidad de quitarle al derecho penal su exclusividad en el combate de la sociedad contra el accionar criminoso. Negó la idea de delito, delincuente y pena, lo que representaba una profunda transformación en la manera de entender y clasificar la materia penal, substituyó la responsabilidad por la antisocialidad y la pena por la medida de defensa social; y, finalmente, denunció que la criminalidad depende de las condiciones de la sociedad y la calidad humana de sus miembros individuales. Tan novedosa concepción, como tenía que ser, fue rechazada por el pensamiento jurídico penal imperante.

Marc Ancel, jurista y magistrado, sistematizó y suavizó los planteamientos de Gramática y les dió, en su

presentación, una forma jurídica. Para estar a tono con la línea dominante en la actual reflexión científico-filosófica de los problemas criminales, vinculó los planteamientos y principales postulados de la Nueva Defensa Social a la política criminal. "Para Ancel el dominio propio de la defensa social no es ni el derecho penal ni la criminología, sino la Política Criminal, como disciplina que se propone organizar y dirigir lo más eficazmente posible la reacción social contra la criminalidad. Es dentro de esta última que se combinan y aprovechan los conocimientos jurídico-penales y criminológicos."(60) Es claro que la formulación teórica y técnica del delito y la pena no ocupan el primer lugar en esta corriente del pensamiento penal; aunque es justo reconocer que el hombre, en su dimensión de delincuente, vuelve a ocupar en ella un primer lugar.

La preocupación primordial de esta posición doctrinal es la lucha contra el delito, así como la defensa de la sociedad y del delincuente, ésta con miras a evitar su reincidencia. Se plantea como esencial la vigencia y resguardo de los derechos humanos, prioriza la resocialización del infractor de las normas sociales así como su efectiva reincorporación en la vida social; y, aunque no excluye al derecho penal entre los recursos de la sociedad en su combate contra la criminalidad, reafirma su carácter

no exclusivo y lo somete a los fines de la política criminal.

La escuela de la Nueva Defensa Social no tiene personalidad propia en cuanto a sistematización de los -- conceptos penales; es, en cierta forma, la expresión del agotamiento y la frustración que deja el formalismo jurídico-penal acerca de su ineficacia en la lucha contra la delincuencia. Así lo reconoce Novoa Monreal, a quien hemos seguido en este resumen, cuando la califica como "rebrote doctrinario" en una clara referencia a su dependencia con el positivismo penal; sin embargo, no deja de reconocer en ella posibilidades para elaborar, en las actuales circunstancias, una respuesta social frente al delito: "La Escuela de la Defensa Social se presenta hoy como un rebrote de muchas ideas críticas acerca de la lucha social contra el delito y marca una posibilidad de estructuración doctrinaria de tesis más adecuadas a las condiciones científicas y culturales del mundo moderno."(61)

G) MODELO LOGICO DEL DERECHO PENAL: para realizar la -- semblanza de esta corriente de pensamiento, notable expresión de la reflexión mexicana sobre las cuestiones penales, se han tenido a la vista varios trabajos: "Lógica del tipo en el Derecho Penal" y "El error en el -- modelo lógico del derecho penal", de Olga Islas y Elpidio

Ramírez Hernández; "Nueva teoría general del derecho penal", "La omisión impropia o comisión por omisión" y - "Análisis lógico de los delitos contra la vida", de la primera de los nombrados. Sin embargo, en función del propósito de resumir las características más sobresalientes de esta propuesta para ordenar y explicar la materia jurídico-penal, partiremos básicamente de dos trabajos que reflejan los últimos cambios operados al interior de esta corriente: "Contenido de las normas penales" de Olga Islas - de González Mariscal y "Fuentes reales de las normas penales" de Elpidio Ramírez Hernández.

Los dos penalistas citados, creadores del modelo lógico, se plantean la pretensión de organizar y sistematizar la totalidad de la materia del derecho penal. En algunas de las obras mencionadas se hace referencia a tal aspiración, incluso se ha señalado su contenido tanto a nivel de teoría como de objeto de conocimiento; sin embargo, tan extraordinario esfuerzo todavía no se materializa en forma escrita.

En 1970 manifestaron: "El tipo, la punibilidad y la culpabilidad, relacionados entre sí, permiten construir el sistema de la ciencia jurídico penal./ El sistema así construido abarca la totalidad del derecho penal; o sea: incluye los conceptos generales, que forman el núcleo axiomático de la teoría, y los conceptos específicos deriva---

dos de cada tipo legal."(62) Ocho años más tarde, con ocasión de su ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, Olga Islas de González Mariscal, con algún cambio, más o menos asentaba la misma premisa en la "introducción metodológica" de su ponencia: "B) El derecho penal incluye tres materias: a) Las normas jurídico-penales; b) los delitos; c) Las penas y medidas de seguridad."(63) La misma tesis, con variantes no de fondo sino más bien con precisiones en cuanto al último escaño de la materia penal, se mantiene en el libro "Análisis lógico de los delitos contra la vida".

La estructura lógica de la ciencia del derecho penal se construye a partir de dos niveles; el de las teorías particulares y el de las teorías generales. En el primero, que constituye la parte especial, se incluyen las teorías particulares de las normas jurídico-penales, las teorías -- particulares de los delitos, las teorías particulares de -- las puniciones, las teorías particulares de las penas y las teorías particulres de las medidas de seguridad. A la parte general corresponde la teoría general de las normas jurí dico-penales, la teoría general de los delitos, la teoría general de las puniciones, la teoría general de las penas y la teoría general de las medidas de seguridad. De acuerdo a la metodología adoptada y al marco teórico que fundamenta el modelo lógico, la construcción de una teoría general exige la previa elaboración de las teorías particulres que

le son correspondientes.

El modelo lógico es producto de una investigación multidisciplinaria, que según lo asientan sus creadores en la "advertencia" de su trabajo "Lógica del tipo en el Derecho Penal", se inició en 1965 con la inquietud de aplicar - las matemáticas al estudio de la disciplina jurídico-penal. "La metodología no ha variado; se funda en la lógica matemática, específicamente el cálculo de primer nivel y la lógica formal."(64) El punto de partida es la distinción entre el conocimiento analítico y el conocimiento sintético. Dentro de este último se sitúa el estudio del derecho penal. Es importante tener presente la distinción entre el objeto de conocimiento(derecho penal) y el sistema conceptual o de teorías que buscan explicarlo racionalmente(ciencia del derecho penal).

Hay una relación lógica entre tipo y delito, por ello primero va la teoría de la ley penal y dentro de ella el tipo y la punibilidad así como la medida de seguridad. Después viene la teoría del delito porque éste no puede --- existir sin previa ley en la cual se establece.

"El tipo es una figura elaborada por el legislador descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos."(65) La base de sustentación del tipo es el evento social, tal como

se presenta en la realidad histórico-social; sin él, la actividad legislativa carece de legitimación. La necesidad social de defender un bien jurídico, indispensable a la convivencia, es el límite racional a la tarea tipificadora del legislador.

El tipo se integra a partir del verbo contentivo de la actividad o inactividad prohibida, pero necesita ser relacionado a otros preceptos legales, en especial el dolo, la culpa, la tentativa. Lo fortuito está fuera del tipo. En él se incluyen únicamente actividades o inactividades dolosas de consumación y tentativa, o actividades o inactividades culposas de consumación. De tal universo de conductas únicamente están prohibidas aquellas en cuyo favor no opera alguna justificación, las cuales se ejecutan a pesar de no ser necesarias para salvar un bien. "Actúa sin necesidad quien no va a salvar bien jurídico alguno o tiene a su alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva."(66)

El contenido de los tipos penales se puede reducir a "...unidades lógico-jurídicas que vale denominar elementos.(67), los cuales es posible organizar a partir de sus propiedades específicas en subconjuntos, de lo cual se obtiene la ordenación siguiente:

1. Deber jurídico-penal.
2. Bien jurídico.
3. Sujeto activo:

- A) Capacidad psíquica:
 - a) Voluntabilidad.
 - b) imputabilidad.
- B) Calidad de garante.
- C) Calidad específica.
- D) Número específico.
- 4. Sujeto pasivo:
 - A) Calidad específica.
 - B) Número específico.
- 5. Objeto material.
- 6. Kernel:
 - A) Acción:
 - a) Voluntad.
 - aa) Dolo.
 - bb) Culpa.
 - b) Actividad.
 - B) Omisión:
 - a) Voluntad.
 - aa) Dolo.
 - bb) Culpa.
 - b) Inactividad.
 - C) Resultado material.
 - D) Nexo causal o nexo normativo.
 - E) Modalidades:
 - a) Medios.

b) Referencia temporal.

c) Referencia espacial.

d) Referencia ocasional.

7) Lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

A) Lesión del bien jurídico: consumación.

B) Puesta en peligro del bien jurídico; tentativa.

"Deber jurídico penal es la prohibición categórica e incondicionada de la actividad o inactividad dolosa o culposa que lesiona o pone en peligro al bien tutelado y -- que es innecesaria porque no va a salvar bien jurídico alguno o porque existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva."(68) En esta definición el deber jurídico-penal se reduce a una prohibición. Nos parece más coherente con la realidad objetiva, la distinción que dentro del mismo modelo lógico se hacía antes, en el sentido de reconocer dos formas enunciativas en el deber jurídico-penal: la prohibición equivalente a un deber de abstenerse (no hacer) y el mandato consistente en el deber de actuar (hacer). El hecho de que mandato y prohibición se bicondicionen no autoriza su reducción a ésta última, porque tanto a nivel de enunciado como de lo concreto puede constatarse la diferencia señalada.

"Bien jurídico es el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo legal."

(69) Es un elemento toral porque en función de la protección de un específico bien jurídico se estructura el correspondiente tipo. De él depende la definición legal de la conducta típica, en atención a la clase y grado de protección que sea necesario brindarle, así como el número y la calidad de los elementos del tipo. Como la función de éste es la protección de un bien jurídico, cuando la sociedad desvaloriza dicho interés se impone la derogación de la ley que lo contiene.

Sujeto activo es toda persona física apta para concretizar los elementos de un tipo penal. La capacidad psíquica del sujeto activo se integra por la voluntabilidad y la imputabilidad. Voluntabilidad es capacidad de conocer y querer concretar la parte objetiva del tipo no valorativa (capacidad de dolo); o, capacidad de conocer y querer la actividad o la inactividad que por descuido causa la lesión del bien jurídico (capacidad de culpa). Imputabilidad es la capacidad de conocer el deber jurídico penal.

Calidad de garante es la relación entre un sujeto y un bien, particularmente precisados, creada para salvaguardar a éste último. Se requiere una identificación, con la mayor exactitud posible, por tratarse de un deber que se impone de manera particular al obligado en favor de un particular bien.

La calidad específica del sujeto activo se consti

tuye por la totalidad de características señaladas en el tipo, que delimitan a quien va dirigido el deber. El número específico del sujeto activo es la cantidad de personas físicas, necesarias y suficientes, para hacer posible la lesión del bien jurídico.

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico a cuya protección está dirigido el tipo. La calidad específica del sujeto pasivo se integra por las características requeridas en el tipo, mediante las cuales se delimita el titular del bien jurídico. El número específico del sujeto pasivo es la cantidad de pasivos demandados por el tipo.

El objeto material es el ente corporeo destinatario de la actividad descrita en el tipo. Es obvio que en la inactividad no hay objeto material hacia el cual el autor pueda guiar su acto omisivo.

El kernel está formado por elementos, constitutivos de un subconjunto del tipo, necesarios e idóneos para causar la lesión del bien o ponerlo en peligro. "Dolo es conocer y querer(dolo directo), o conocer y aceptar(dolo eventual), la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal."(70) En el dolo de consecuencias necesarias el sujeto quiere su actividad y está consciente de que con ella producirá otras consecuencias típicas además de la deseada. La culpa consiste en no suministrar el cuidado, posible y adecuado, a efecto de no causar

o evitar, la lesión típica del bien, previsible y provisi--
ble, se haya o no previsto (culpa con previsión y culpa sin
previsión).

Actividad es el movimiento del sujeto descrito en
el tipo, idoneo para producir la lesión, que pueda alcanzar
dos niveles: el de consumación, cuando se causa la lesión -
al no ser interferido por algún factor contrario; y el de -
tentativa, si la lesión no es producida al ser interferido
el movimiento por causa opuesta ajena a la voluntad del su-
jeto activo. Inactividad es la no ejecución del movimiento
corporal mandado en el tipo, idonea para no evitar la le---
sión, la cual (inactividad) también puede alcanzar dos nive-
les: en la consumación no evita la lesión al no ser interfe-
rida por alguna causa opuesta; y, en la tentativa no da lu-
gar a ella por ser interferida por una causa ajena a la vo-
luntad del sujeto activo.

El contenido de voluntad, como en el finalismo, -
está constituido por el dolo y la culpa. Con los elementos
anteriores del kernel, se integran las acciones y las omi--
siones típicas.

Resultado material es la consecuencia natural de
la actividad definida en el tipo. Nexo causal es el proce-
so relacionante de todos los efectos que siguen inmediata--
mente a la actividad; el último de ellos es el resultado ma-
terial. Nexo normativo es la relación jurídica mediante la

cual se atribuye el resultado a una concreta inactividad ob
servada por el sujeto activo garante de la evitación, de a-
cuerdo a lo señalado en el tipo.

Medios son los instrumentos, o una actividad dis-
tinta de la acción, que se emplean para ejecutar la misma o
producir el resultado. Referencia temporal es la condición
de tiempo o período dentro del cual debe ejecutarse la con-
ducta o darse la producción del resultado. Referencia espa
cial es la condición de lugar en que la conducta ha de rea-
lizarse o producirse el resultado.

La lesión del bien puede apreciarse en el tipo de
consumación y en el tipo de tentativa. En el primer caso -
sucede la destrucción, disminución o compresión del bien; en
el segundo se produce una medida de probabilidad asociada a
la destrucción, disminución o compresión del bien jurídico.

El delito es un hecho, un comportamiento del ser
humano, por eso se aprehende en el mundo de la facticidad.
Es un evento particular, concreto y temporal. Lo primero
por ser un acto de un sujeto identificable físicamente, lo
segundo por tratarse de un hecho susceptible de ser determi
nado, y lo tercero porque se agota, como fenómeno, una vez
realizado. "Este hecho, así caracterizado, es relevante pa
ra el derecho penal en razón de estar previamente descrito
en un tipo legal."(71) Ello explica la precedencia de la -
ley respecto del acto criminoso, tanto en lo cronológico -

como a nivel de conocimiento.

El hecho deviene delito cuando además de ser típico, su autor tiene respecto de él un cierto grado de culpabilidad. Tipicidad es la correspondencia unívoca entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito. Si no se presenta esa exacta adecuación del hecho al tipo aparece una hipótesis de atipicidad. El desconocimiento del sujeto acerca del deber jurídico-penal anula la reprochabilidad y provoca su inculpabilidad en cuanto a su acto.

El contenido del delito se agrupa al derredor de dos grandes sectores: el de los presupuestos y el de los elementos. Los primeros pre-existen al comportamiento delictivo y los segundos surgen con la misma conducta delictiva. Los presupuestos del delito en el modelo lógico son:

1. Deber jurídico-penal.
2. Bien jurídico.
3. Sujeto activo:
 - A) Capacidad psíquica:
 - a) voluntabilidad.
 - b) Imputabilidad.
 - B) Calidad de garante.
 - C) Calidad específica.
 - d) Número específico.
4. Sujeto pasivo:
 - A) Calidad específica.

B) Número específico.

5. Objeto material.

Los presupuestos se adecúan a los cinco primeros elementos del tipo y de ellos reciben su denominación. En tre ambos debe darse una absoluta coincidencia semántica, de lo contrario emergen las hipótesis de atipicidad consis tentes en la ausencia de uno de los presupuestos típicos, o sea del deber jurídico-penal, del bien jurídico, del su- jeto activo, del sujeto pasivo y del objeto material.

La ausencia del deber jurídico-penal opera cuan- do el sujeto no tiene a su cargo el deber señalado en el - tipo. No hay bien jurídico cuando el interés social, obje- to de la protección del tipo, no existe en el caso concre- to; tal como sucede en el robo si el titular otorga su con- sentimiento, circunstancia que hace desaparecer la pose- sión como bien tutelado.

No hay sujeto activo si el autor no tiene capaci- dad psíquica (falta de voluntabilidad o imputabilidad), por no corresponderle la calidad de garante, no tener la cali- dad específica o el número específico. La ausencia del su- jeto pasivo tiene lugar cuando no concurren las caracterís- ticas específicas ni el número específico requerido en el tipo. Por último, está ausente el objeto material cuando no existe el ente corporeo contra el cual se pueda dirigir la acción típica.

En los elementos del delito se concretiza la semántica de los sub-conjuntos respectivos del tipo, los cuales dan sus nombres. Cuando a ellos se une la culpabilidad (sub-conjunto) se constituye el delito(conjunto). La ausencia de los elementos del delito conforma los elementos negativos que dan lugar a la atipicidad. Los elementos del delito son:

1. Kernel:

A)Acción:_____

a)Voluntad:

aa)Dolo.

bb)Culpa.

b)Actividad.

B)Omisión:

a)Voluntad:

aa)Dolo.

bb)Culpa.

b)Inactividad.

C)Resultado material.

D)Nexo causal o nexo normativo.

E)Modalidades:

a)Medios.

b)Referencia temporal.

c)Referencia espacial.

d)Referencia ocasional.

2. Lesión o puesta en peligro del bien jurídico:

- A) Lesión del bien jurídico (consumación).
- B) Puesta en peligro del bien jurídico (tentativa).

La atipicidad por ausencia de algún elemento del delito puede reducirse a dos hipótesis: ausencia de Kernel o de lesión o puesta en peligro del bien jurídico. En el primer caso no se integra la conducta típica, el resultado material y por ello el nexo causal (actividad) o el nexo -- normativo (omisión), ni las modalidades típicas.

No hay conformación de la conducta típica cuando no existe la voluntad por falta de dolo o culpa, ni la actividad ni la inactividad. La voluntad típica dolosa se forma con el querer y el conocer. El conocer se ve afectado por el error sobre los presupuestos y elementos del delito adecuados a la parte objetiva, no valorativa, del tipo. El error puede ser invencible o inevitable si el sujeto no tiene posibilidad de conocer la realidad objetiva de su actuación, a pesar de poner en juego su atención y cuidado para no equivocarse en su acción u omisión; vencible o evitable cuando el autor, de haber puesto el debido y suficiente cuidado, hubiera evitado el daño al bien. El error invencible impide la formación de la voluntad típica dolosa o culposa; el error vencible hace desaparecer el dolo pero subsiste la culpa.

Los casos de error límite se reducen a dos hipótesis: aberratio ictus y error in objecto. En el primer caso en realidad no hay error sino una defectuosa ejecución de la actividad; en el segundo (error in objecto) se confunde el objeto, al cual se dirige la acción, con el que efectivamente se busca afectar.

El querer se ve eliminado por la vis absoluta, la vis maior y los movimientos reflejos. La primera es humana y la segunda natural, pero ambas son externas al sujeto e irresistibles; las tres producen la falta de voluntad.

Hay carencia de voluntad típica culposa si el sujeto provee el cuidado posible y adecuado para no producir o evitar la lesión típica; o cuando ésta no es previsible o provisible.

Los otros casos de no integración del kernel se presentan cuando el resultado típico no se produce, o de producirse no hay relación causal en la actividad ni nexo normativo en la inactividad; si no se dan los medios de comisión y/o espaciales y/o de ocasión.

La atipicidad por ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, existe si a la actividad o inactividad idonea para lesionar o poner en peligro al bien jurídico, se opone una causa que interfiera para que el peligro o la lesión del bien no se produzca. Son los casos de arrepentimiento activo y eficaz, desistimiento y consenti-

miento.

En armonía con la finalidad de una mayor síntesis en la sistematización del delito y sus respectivas categorías, el concepto de culpabilidad en esta formulación teórica es sencillo y preciso. "Culpabilidad es reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que tiene de que con su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva."(72).

La culpabilidad está ligada al deber jurídico-penal, único elemento valorativo en la actual sistematización del modelo lógico, e implica un daño al bien jurídico (lesión o puesta en peligro). Se requiere la efectiva conciencia, de parte del autor, de que con su conducta está contradiendo el deber impuesto a él por el derecho; en cambio, el conocimiento del deber puede ser potencial y no necesariamente real, pues es suficiente que el agente haya incorporado a su acervo cultural la idea genérica de lo indebido y su correspondiente obligación de hacerlo o dejarlo de hacer.

El único elemento negativo de la culpabilidad es el error invencible acerca del deber jurídico-penal. El sujeto actúa con la convicción de no estar obligado por el mandato categórico contenido y definido en el tipo. Entiende su actuación como apegada al derecho, al suponerse

amparado por una causa de justificación y entender que con su actuación va a salvar un bien o que no tiene otra alternativa no lesiva o menos lesiva. El error vencible sobre el deber jurídico-penal únicamente reduce el grado del reproche.

Las hipótesis de inculpabilidad, en consecuencia, son: legítima defensa putativa; estado de necesidad putativo, temor fundado putativo, actuación del agresor bajo la creencia de responder a un exceso en la legítima defensa, obediencia jerárquica putativa, impedimento legítimo putativo, ejercicio de derechos no denominados en forma específica putativo y cumplimiento de deberes no denominado en forma específica putativo.

No puede negarse el orden y la precisión que el modelo lógico imprime a la organización y explicación de la materia penal. Fiel a su base metodológica, de principio a fin se percibe un afán de síntesis, justificado dada la actual anarquía en la teoría del delito. El modelo lógico es, de las corrientes penales actuales, la que ha logrado la mayor síntesis acerca de la idea de delito, al punto de llegar a definirlo "...como la culpable concreción de un tipo penal."(73). De los elementos señalados por el sistema clásico alemán, hace más de cien años, quedan únicamente dos: tipicidad y culpabilidad.

H) TEORIA MARXISTA Y DELITO: no puede identificarse, en estricto sentido, una teoría marxista del derecho en general y menos aún una teoría marxista del delito. En parte se debe a que ni Marx ni sus más ilustres seguidores, Engels y Lenin, desarrollaron en forma sistemática algo semejante. Existen, eso sí, textos aislados y ocasionales en relación al derecho, cuya interpretación ha dado lugar a reflexiones teóricas, hoy en posiciones encontradas, entre los señalados como "ortodoxos" y los acusados de "reformistas".

"No se necesita ser marxólogo experto para darse cuenta que no existe en todo el pensamiento de Marx un análisis sistemático y acabado sobre el derecho."(74) Esta discusión al interior del pensamiento marxista contemporáneo, que parece tener ya expresiones políticas concretas, impide contar con una elaboración teórica acerca del derecho que cuente con un consenso más o menos general.

Por otro lado, las legislaciones de los estados socialistas a la cabeza la Unión Soviética, a pesar de su base teórica obviamente marxista, mantienen legislaciones calcadas en el llamado sistema tradicional o causalista del delito, aunque a nivel teórico no se siga totalmente esa corriente de pensamiento penal; en efecto, no se considera la antijuridicidad como un elemento autónomo del delito, se la integra al rubro "aspecto objetivo del delito y se le iden

tifica como la categoría "peligrosidad social", debido a la clara función política de la legislación penal, la cual no se oculta ni se disimula. "La acción que constituye el aspecto objetivo del delito es socialmente peligrosa, porque en ella se refleja un atentado contra el régimen soviético o contra el orden jurídico socialista. La peligrosidad social es la característica político-social de la acción delictiva, y, en definitiva, es su peculiaridad objetiva."

(75)

Las aportaciones de los autores marxistas, tanto en la crítica al estado capitalista como en la defensa del estado socialista, se centran en la función política del derecho. En un evidente error político han descuidado el análisis técnico de la legalidad para demostrar, desde la propia contradicción ley-realidad, los postulados críticos. Es curiosa la coincidencia de los regímenes socialista y capitalista en cuanto a algunos puntos de sus respectivas políticas criminales, tal el caso de lo prioritario que resulta en ambos la defensa de la institucionalidad política y la actual preocupación, dominante por cierto, acerca del fin de la pena. El jurista y alto magistrado argelino, Jacques Bellon, al estudiar comparativamente el sistema penal soviético y el de los países europeos occidentales, arriba a esta conclusión: "En ambos sistemas jurídicos el fin de la pena no es el castigo, sino el tratamiento. Toda la ---

ciencia jurídica penal se va orientando cada vez más hacia un tratamiento de los condenados, cuyo objetivo consiste en la resocialización y la reincorporación de los reos a una vida normal."(76)

La cuestión de fondo es que el derecho, así como su correspondiente elaboración teórica, no ocupan un sitio de primera clase en la reflexión del pensamiento marxista - hasta hoy, tal vez en virtud del destino final que el análisis histórico-materialista le asigna al derecho; sin embargo, no cabe duda que las contribuciones críticas al sistema de legalidad de la sociedad capitalista liberal son un impulso al mejor entendimiento del papel del derecho en la sociedad contemporánea. Cada día se desmitifica la "neutralidad política" del derecho y se abren nuevos causes para un examen más objetivo del sistema de legalidad, incluida la penal, no como algo aislado de la vida política de la sociedad, sino por el contrario, como un instrumento al servicio, en primer lugar, de quienes ejercen el poder real. La tendencia a considerar el delito como la conducta de un desadaptado social y las críticas a la idea actual de pena, pueden promover un cambio radical en el estudio y organización sistemática de la materia penal; y propiciar una mejor manera de abordar, con criterios más humanistas, objetivos y científicos, la problemática del delito y el tratamiento del delincuente.

CAPITULO III
TEORIA DEL DELITO

1. CONOCIMIENTO Y DELITO

¿Qué es la teoría del delito?. Entendemos por -- tal la explicación científica, racional y sistemática de lo que, desde la perspectiva jurídico-penal, debe considerarse como delito. Es la lectura de la realidad del comportamiento delictuoso, mediante el saber jurídico, que nos conduce a los elementos con los cuales es posible identificar los delitos y diferenciarlos de las conductas legalmente permitidas. La teoría del delito admite, en términos muy generales, una división en dos grandes capítulos: el referente al acto material o sea la conducta propiamente delictiva ejecutada por el autor; y el relativo a la caracterización jurídico-penal de ese comportamiento humano, frente a las demás conductas socialmente aceptadas. En otras palabras, el tema del género próximo y el de las diferencias específicas del delito.

El delito es el acto criminal en sí. La teoría del delito su explicación científica, coherente y sistemática, su caracterización jurídico-penal; por eso es una parte de la ciencia del derecho penal y el delito su objeto de conocimiento. Según Eugenio Raul Zaffaroni(77), en el desarrollo de la construcción teórica del delito, se han inten-

tado dos diferentes elaboraciones conceptuales: la unitaria y la estratificada. La primera corresponde al campo de la Filosofía del Derecho y conduce a una idea formal del delito, por lo tanto no tiene valor práctico. Por ejemplo, --- cuando se nos dice "delito es una infracción punible", esta mos obligados a buscar el contenido de tal definición, lo - cual nos exige descubrir las características de las conduc- tas punibles.

El concepto estratificado del delito es el resul- tado de un análisis que estudia esa realidad desde dos ni- veles: el genérico y el específico. Genéricamente el deli- to es, como hemos visto, una conducta. Esta es un elemento esencial que no puede faltar en ningún tipo de comportamien- to delictivo; pero, como también encontramos en la vida --- real, conductas adecuadas a la normatividad penal, se hace necesario descubrir las notas propias de las que tienen la calidad de delitos. Este requisito se refiere a las carac- terísticas específicas del comportamiento criminal, que en la actual formulación conceptual del delito son: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

La teoría del delito, además de su gran significa- ción como conocimiento, tiene un extraordinario valor prác- tico. Su punto de partida tiene que ser la idea de delito contenida en el sistema de legalidad penal. Su referente - lógico y real es más que la concepción social del delito.

Apunta a la comprensión correcta de ese concepto formal, para aplicarlo en el mundo de los hechos y descubrir por su medio los actos materiales y concretos que tienen la propiedad de ser delitos. Ello explica porque, en la actual actividad científica e investigativa, es tema central y objeto de los más serios y, a veces, agrios debates.

La organización sistemática del conocimiento jurídico en materia penal es relativamente reciente, si se compara con otras áreas del derecho; por eso no es de extrañar que la teoría del delito, estrictamente como tal, apenas si pasa de los cien años. Siempre han existido formas intolerables de conducirse, de parte del ser humano, y represión de ellas por la colectividad organizada. No sin razón se dice que el delito es tan antiguo como la misma humanidad, sin embargo, la construcción científica del concepto se inicia en las postrimerías del siglo pasado y principios del presente; es más, a pesar de la gran producción teórica generada durante lo corrido de la actual centuria, no puede afirmarse que exista una acabada teoría del delito. Antonio Quintano Ripollés, dijo en 1963 algo que hoy, a más de veinticinco años, no ha perdido su vigencia: "Referirse a la ciencia penal en una perspectiva histórica universal, cuando se remonta a épocas remotas, resulta ciertamente paradójico, ya que nuestra disciplina, vieja como la humanidad en tanto que hecho e instituciones, es en lo científico de muy

moderna creación, en rigor todavía lejos de hallarse plena y satisfactoriamente elaborada."(78)

Antes de Rudolf v. Ihering en Alemania y de Francesco Carrara en Italia, se concebía el delito como una imputación, es decir, como una acción atribuible a alguien. No se hacía otra diferenciación ni si precisaba otro elemento justificativo de la pena. Ihering estableció una separación entre la antijuridicidad objetiva y la culpabilidad como su contrapunto subjetivo. Por su parte Carrara, en el numeral ocho de su "Programa de Derecho Criminal" -- (79), establece una distinción entre tres niveles de imputación: física, moral y legal.

2. CONDUCTA

A) VOLUNTAD Y CONTENIDO DE VOLUNTAD: todo delito, sin excepción, es conducta humana y por ello siempre se referirá a un autor, el hombre considerado en su individualidad, aunque se asocie a otros para llevarla a cabo. - Pero como no toda conducta es delito, se impone caracterizar aquella que tiene la propiedad de serlo, tarea correspondiente a la teoría del delito. El comportamiento delictivo debe tener relevancia social, pues el estrictamente privado, al no trascender la esfera de lo personal o individual, no puede ser considerado delito. Su trascendencia para la sociedad se pone de manifiesto en la intención del autor de dañar, a través de su conducta, un bien jurídico fundamental; en consecuencia, el delito es un accionar propio del hombre dirigido en contra de la convivencia, lo cual hace aparecer a la sociedad como su primero y más importante destinatario.

Para adquirir la calidad de delito la conducta debe ser una acción voluntaria de quien la realiza, lo que no significa querer el resultado causado; en efecto, la voluntariedad de la acción en sí, consiste en ejecutarla libremente, no impuesta por una voluntad distinta de quien la efectúa y sin la presencia de elementos extraños que la determinen en algún sentido. En cuanto al resultado típico causado o no impedido por el agente, puede ser querido o no

deseado por él. Esta circunstancia dará lugar a un determinado tipo de delito, doloso o culposo, pero no afectará en lo absoluto la existencia del mismo. La conducta es la base de todo delito y éste no puede existir sin ella. Su ausencia impide cualquier valoración jurídico-penal. No tiene caso discurrir sobre tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, porque tales categorías únicamente pueden ser referidas a un comportamiento humano.

La acción penal entendida como una conducta típica del sujeto, tiene una significación mucho más amplia que la del lenguaje común. Para el derecho penal la conducta delictuosa está constituida, no sólo por la acción propiamente dicha concebida como la actividad físico-motriz del autor, quien desencadena un proceso causal orientado por él a dañar un bien jurídico fundamental. También está presente la "acción" cuando el sujeto no actúa, es decir, si permanece inactivo no obstante tener la obligación legal de ejecutar una actividad que debe ser encaminada por él a la neutralización de un proceso causal; el cual, por su inactividad, sigue su curso hasta culminar en la producción de un daño al bien jurídico fundamental. Estas dos clases de acción dan lugar a dos clases de delitos: la actividad al comisivo y la inactividad al omisivo.

La conducta, en cuanto a su contenido de voluntad, está relacionada a un resultado típico, respecto del cual -

su autor tiene la obligación de no causarlo o en su caso de evitarlo. Tanto la actividad como la inactividad pueden -- ser dirigidas de manera intencional, a producir o a no evitar el resultado típico; en ambas hipótesis la conducta observada constituye un delito doloso, pues la consecuencia -- antisocial ha sido deseada.

Es posible un supuesto diferente, si el autor ejecuta su conducta y se plantea alcanzar mediante ella un fin atípico, irrelevante para el derecho penal; en tal situa---ción, si el resultado típico es causalmente producido por -- la conducta del sujeto, deberá cargársele a él pero no por haberlo querido causar con su acción(no ha sido ese el caso), sino por su descuido al ejecutarla de forma no idonea al interés social, como era su deber hacerlo. En esta hipótesis el delito es culposo pues la conducta voluntaria no se dirigió a causar el resultado amenazado de pena, pero es socialmente conveniente castigar el descuido del autor que lo produjo, por atentar su actitud en contra de la convivencia.

Lo fundamental en la conducta constitutiva de delito es la determinación por el fin. El sujeto se plantea un fin, típico o atípico, y todo su accionar se motiva y mueve en función de esa finalidad. "La acción es una conducta humana, regida por la voluntad orientada a un determinado resultado."(80) Lo final está presente en todas las formas de -- conducta capaces de llegar a ser delito y abarca tanto lo -

querido(dolo) como lo debido(culpa). La dirección final - puede ser apreciada en cualquier clase de acción, en tanto el sujeto se propone alcanzar mediante ella un propósito de finido con antelación a su ejecución. Lo típico o atípico del fin es determinante y fundamental para la calidad delictiva del comportamiento: en el primer caso la dirección final y el resultado se corresponden(dolo); en el segundo la dirección real coincide con el resultado no así la final -- que le es ajena(culpa).

En todo caso la conducta está determinada por el fin y ligada al resultado. En sus inicios, la teoría final de la acción intentó superar la dificultad de la relación fin-resultado en los delitos culposos, con el concepto de "finalidad potencial" atribuida a la acción imprudente. Eso le valió duras críticas que llevaron a sus sostenedores a abandonar tal posición, a hechar marcha atrás en cuanto a ese análisis y a buscar una idea unitaria de acción contentiva, sin forzamiento alguno, del dolo y de la culpa.

Fue necesario partir, para la conceptualización de la acción tal y como se desarrolla en el campo de la facticidad, esto es, como un accionar final del agente en todo caso. La diferencia entre lo doloso y lo culposo se establece tomando en cuenta la manera como opera la dirección final en cada clase de conducta en relación al resultado: -- en el dolo se quiere y en la culpa no se desea; en ambos --

casos: se produce por la acción o no se impide por la omisión del sujeto, por eso debe responder él penalmente, aunque no al mismo nivel de responsabilidad.

El concepto jurídico-penal de conducta, como elemento esencial del delito, debe coincidir con su naturaleza ontológica; por lo tanto, no puede dividirse a nivel de teoría cuando en la realidad es una, como pretende hacer el sistema tradicional acuñado por el causalismo. La unidad ontológica de la acción penal se logra a nivel teórico, si se acepta que en la conducta típica está presente tanto la voluntad como el contenido de voluntad. Aquella es el mero impulso voluntario de la actividad o inactividad, según el caso; en cambio, el contenido de voluntad, es la "dirección" volitiva que le imprime el autor a su comportamiento, según lo guíe a causar un resultado típico o uno atípico.

B) CONDUCTA Y FIN: la finalidad de la conducta y su ejecución determinada por el fin, por sí sola, no hace al delito. El comportamiento del sujeto deviene tal, cuando se adecúa a un tipo o figura que define legalmente la respectiva conducta como delito y se viola una norma jurídico-penal. El círculo se cierra cuando esa conducta típica y antijurídica es reprochable a su autor como acto personal, y él no tiene a su favor alguna causa excluyente de su responsabilidad.

Welzel planteó un sistema, alternativo del causa

lismo en cuanto a la acción, basado en la determinación de la conducta por el fin. El cimiento de esta concepción es lo denominado por él "voluntad consciente del fin que rige el acontecer causal"(81). De acuerdo a esta doctrina la conducta penal, en cualquier delito, se desarrolla en dos fases determinables conceptualmente pero no separables en la realidad del desarrollo de un comportamiento concreto, porque a ese nivel se entrecruzan y se presentan como algo unitario.

La primera se desenvuelve en la esfera del pensamiento y consta de tres pasos a cargo del autor: a) anticipación del fin: el agente se propone un fin y decide alcanzarlo mediante su conducta (acción). b) Selección de los medios para alcanzar el fin: el sujeto elige, basado en su conocimiento y manejo del saber causal, los medios para alcanzar el fin que se propuso. En este momento se opera un regreso al punto de partida, el fin propuesto; y, de acuerdo al mismo, el autor elige la forma y elementos para conseguirlo. A este "volver" al fin, para partir de él, Welzel le llama "movimiento de retroceso". c) "La consideración de los efectos concomitantes, que van unidos a los factores causales considerados junto a la consecución del fin."(82) Cuando elige el factor causal en dirección a su objetivo, el autor asume el riesgo de la concomitancia de otras consecuencias, siempre y cuando las mismas apunten a

la misma finalidad. La voluntad de la acción abarca el fin y los efectos concomitantes que pueden darse, con seguridad, de presentarse algo no previsto por el agente. Están excluidas de dichas consecuencias aquellas que representan una simple posibilidad.

La segunda fase de la acción se desarrolla en la esfera del mundo real, de los hechos propiamente dichos, - particulares y concretos. Consiste en la ejecución efectiva de la acción en función del fin previamente formulado, es el uso y aplicación de los medios elegidos con anticipación incluida la consideración de los efectos concomitantes; en suma, es el manejo de un proceso causal predeterminado por el fin que el autor se ha planteado lograr.

C) FALTA DE CONDUCTA: como actuar voluntario la conducta es propiedad exclusiva del ser humano. Es un accionar que únicamente el hombre puede impulsar. Las cosas, las personas jurídicas y los otros animales, no tienen capacidad de realizarla y por eso no son seres capaces de delinquir. Pero no toda actuación del individuo, que lesionada un bien jurídico fundamental, por si sola se transforma en delito. Eso es posible, en principio, únicamente si el accionar del hombre ha sido ejecutado con su propia voluntad. Si su intervención física es involuntaria y por lo tanto ajena a su voluntabilidad, el sujeto no actúa por si mismo; en consecuencia, su presencia en el evento corresponde a

la de una cosa y por lo tanto carece de trascendencia para la ley penal. Su ingerencia en el suceso, de manera mecánica, no constituye una conducta en sentido jurídico-penal; por lo mismo no puede integrar un delito.

Los supuestos de ausencia de conducta son la -- fuerza física irresistible (vis absoluta) y los estados de inconsciencia (involuntabilidad). En ambos, la nota esencial es la no existencia de conducta por falta de voluntad en el agente, quien no actúa como tal sino a la manera --- de un objeto, sin tener ningún grado de consciencia de su intervención maquina. Los dos casos aparejan, desde luego, la inexistencia de delito por falta del elemento fundamental, la conducta.

En la hipótesis de fuerza física irresistible, - la energía sobre el hombre es de tal magnitud que anula totalmente su voluntad y lo reduce a un cuerpo sujeto al impulso mecánico del movimiento, del cual él es ajeno en lo absoluto. La fuerza en mención, cuyo origen puede estar - en el hombre o en la naturaleza, escapa totalmente al control del ser humano y anula su voluntad en forma total. - Conviene precisar: no es lo mismo ser sometido por la --- fuerza física irresistible que colocarse conscientemente - bajo su influencia o al alcance de su dominio; en este último caso, puede originarse algún tipo de responsabilidad pues es posible descubrir una conducta en el sujeto que o-

bra en tal forma. La fuerza física irresistible puede originarse también en la interioridad del sujeto, como en el caso de los movimientos reflejos incontrolables(+).

Las hipótesis de estados de inconciencia se refieren a la incapacidad del sujeto para dirigir sus movimientos. Tienen lugar cuando las funciones centrales del cerebro desaparecen, o presentan un disfunción profunda, situación que impide al hombre comportarse como el derecho espera de él. Tampoco aquí hay la más mínima intervención del sujeto pues no tiene ninguna posibilidad de hacerlo. Se trata, no de una perturbación de la consciencia, sino de una total ausencia de ella. Las funciones del sistema nervioso central no intervienen en el hecho; tal es el caso de la convulsión epiléptica, de los problemas cardiovasculares, etc.

(+) El Código Penal Federal está más cerca de esta moderna posición doctrinal, al referirse a "actividad o inactividad involuntarias"(art. 15, fracción I); en cambio, el Código de Defensa Social del Estado de Puebla, toda vía se refiere a la antigua idea de una fuerza física irresistible exclusivamente exterior al sujeto (art. 26, fracción I).

3. TIPICIDAD

A) TIPICIDAD Y DELITO: la tipicidad es una categoría, - un elemento conceptual que conforma la noción jurídica-penal del delito. Como ente de naturaleza ideal es el resultado de una elaboración mental y su existencia está - ligada al tipo penal, pero su dimensión material solamente es apreciada en la conducta particular y concreta; en efecto, tipicidad es la concreción fáctica de la figura legal en un comportamiento histórico.

Como calificativo tipicidad es la cualidad de una conducta relativa a ser típica. ¿En qué consiste esa - cualidad? : en encuadrar o equivaler exactamente al comportamiento descrito en el tipo. En la tipicidad hay dos conductas que se vinculan: una de naturaleza fáctica o histórica, particular y concreta, se desarrolla como un acontecer fenoménico y tiene como su autor a un ser humano, es - un hecho de la vida real cuya característica más relevante consiste en ser exactamente igual a la hipótesis legislativa; otra, de naturaleza normativa, conforma una descripción abstracta y general e integra una figura elaborada -- por el legislador. El comportamiento histórico, para adquirir la calidad de típico, deberá encuadrar perfectamente con la descripción conductual contenida en el tipo penal.

La tipicidad siempre se referirá a la conducta.

Esta será típica, a nivel normativo, si está descrita en el precepto de la ley penal donde se ubica el tipo; a nivel fáctico, conducta típica será el conducirse del hombre que se adecúa a la figura delictiva. En consecuencia, la conducta atípica, a nivel normativo, será la que no está descrita como delito en un tipo penal; y, a nivel fáctico, el comportamiento efectivo y real de un hombre carente de la propiedad de ser subsumido en la figura legal.

La categoría tipicidad, como elemento del delito, está íntimamente ligada al principio de legalidad, conocido en la literatura jurídico-penal en su enunciado latino "nullum crimen, nulla poena sine lege". Universalmente conocido e incorporado a las legislaciones, aun de los regímenes totalitarios contemporáneos, con todas sus limitaciones de orden práctico, es un recurso jurídico al servicio del individuo frente a las extralimitaciones de quienes ejercen el poder.

No es trascendente la polémica entre los autores alemanes e italianos respecto a su paternidad o nacionalidad de origen. La verdad, no sujeta a ningún tipo de discusión, es que el principio de legalidad es un aporte de la concepción liberal del derecho penal, la cual responde a un correspondiente tipo de organización política de la sociedad. Precisamente, en este origen político-ideológico estriba su más grande limitación. A nivel formal nadie lo

discute ni pone en la menor duda su valor y necesidad para mantener el ejercicio del poder dentro de su propia legalidad; por eso no hay régimen político que, en este momento, se aventure a excluirlo de su legislación.

El gran problema es su vigencia real cuya solución, junto a todas las leyes, depende indefectiblemente de las condiciones políticas imperantes; y, fundamentalmente, del efectivo ejercicio de la democracia en todos los niveles de la vida social. Es un imperativo impostergable, en función de la democratización, incorporar el principio de legalidad no sólo al sistema de la ley sino más aún en las raíces de la existencia real de la sociedad y específicamente, a la práctica del poder.

El "nullum crimen, nulla poena sine lege", está integrado al sistema mexicano de legalidad penal en el artículo 14 constitucional. Los artículos 6 y 7 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla hacen referencia al mismo, lo cual es innecesario por contener el precepto constitucional una normatividad que tiene vigencia a nivel nacional.

Las notas más sobresalientes del artículo 14 constitucional, en relación a la tipicidad, admiten ser reducidas a tres aspectos fundamentales: a) La exigencia de lo "previo" de la ley respecto del delito; la pena, el procedimiento y el tribunal, pues tanto aquellos como és-

tos deben estar contemplados en el texto legal al momento de cometerse el hecho, imponerse la pena, impulsar el proceso y actuar el tribunal; b) El requerimiento de que la ley sea "exactamente aplicable al delito de que se trata", es una demanda relacionada íntimamente con la interpretación y aplicación del precepto; además hace una clara referencia a la necesaria "adecuación", o equivalencia perfecta, entre la conducta realizada y el comportamiento típico descrito en el tipo penal; c) La prohibición de la analogía impide conceptuar como delitos hechos no contemplados en la ley vigente al momento de la consumación del comportamiento. Sólo pueden ser reputados delitos las conductas descritas como tales, con anterioridad, en el tipo penal; no es posible imponer más penas que las señaladas con antelación, por la ley vigente al momento de la perpetración del acto.

B) TIPO Y TIPICIDAD: estas dos categorías, que suelen usarse como sinónimos, en realidad no lo son. Una correcta estructuración y comprensión de la teoría del delito demanda su exacto entendimiento y manejo conceptual. Aunque ambos términos se refieren a la conducta delictiva, son conceptos con un radio de significación diferente. Por su ubicación sistemática, el tipo pertenece a la teoría de la ley penal pues se le puede descubrir en el pre-

cepto de la misma; la tipicidad es parte de la teoría del delito ya que es un elemento del comportamiento delictivo. Por su origen, el tipo es una figura legal, una creación del legislador; la tipicidad es el predicado de una conducta, la cualidad específica del acto delictuoso.

La ley penal está formada por dos elementos: un tipo y una punibilidad. El tipo contiene la descripción, en forma individualizada, de determinadas y precisas conductas consideradas delitos en una sociedad concreta. Punibilidad es amenaza de pena, cuya imposición está condicionada a la ejecución de la acción definida como delito. Si dicha conducta no es observada, ninguna posibilidad -- existe de imponer la pena en el caso concreto.

El tipo, como ley que es, debe ser formulado de acuerdo a los requisitos constitucionalmente establecidos para la elaboración de los preceptos legales. Su cumplimiento le proporcionará legalidad. Ahora bien, su legitimación se origina exclusivamente de la necesidad social de defender un bien jurídico fundamental; por tanto, debe reflejar con la mayor exactitud, la conducta socialmente desvalorada y conceptualizada delito. Aunque formalmente la facultad del legislador, en este sentido por lo menos, no -- tiene ninguna limitación; la verdad es que la realidad de la vida en sociedad, especialmente la necesidad del grupo de proteger un verdadero interés social, es el auténtico

límite a la función criminalizadora de la ley penal y del tipo en particular.

Por el principio de legalidad el tipo penal debe describir, sin la menor duda o ambigüedad, las conductas reputadas delitos. Ello en atención a la seguridad de los ciudadanos quienes necesitan saber, también con toda exactitud, cuales son los actos cuya ejecución no provoca el riesgo de sufrir una pena; esto desde luego a contrario sensu, pues lo no tipificado como delito, deberá considerarse una conducta correcta y por lo mismo no amenazada de pena.

Sin embargo, la exigencia de una descripción total y precisa, no tiene posibilidad de ser satisfecha en algunos casos; así sucede, por ejemplo, en los denominados "tipos abiertos". En ellos el legislador señala los elementos básicos, pero no le es posible integrar todos los detalles de la conducta típica. Los supuestos más conocidos son los tipos de los delitos culposos y los tipos de los llamados delitos de omisión impropia. En ambos casos es posible distinguir, en el tipo, una parte legislativa(ley) y otra parte judicial(juez). La primera está cubierta, en forma general, por el legislador al constituir el tipo; la segunda corre a cargo del órgano jurisdiccional al momento de resolver el caso particular y concreto.

La función complementadora del juez en los tipos abiertos, impuesta por la naturaleza de la misma conducta antinormativa estimada delito, no puede dejarse a su total arbitrio; al contrario, la conveniencia de la seguridad -- ciudadana y la paz social, demandan que al cerrar un tipo penal abierto el juez lo haga de acuerdo a criterios legales claramente establecidos y definidos, como el cuidado -- requerido en los tipos culposos y la posición de garante -- en los tipos de omisión impropia. ---

El tipo es un instrumento de seguridad jurídica al establecer, el conjunto de ellos, las conductas prohibidas y susceptibles de dar lugar a la imposición de una pena a su autor. Fuera de esas acciones, los ciudadanos deberán tener libertad de ejecutar cualquiera otra conducta y la seguridad de no ser sometidos a penas no señaladas -- previamente en la ley. El conjunto de figuras penales, en ese sentido, contiene la única materia de prohibición y -- las correspondientes penas en el caso de ser observadas -- las conductas descritas como delitos; en otras palabras, -- es el contenido y el límite a la vez del ius puniendi en -- sus tres niveles: legislativo, ejecutivo y judicial.

El delito constituye una concreta amenaza a un -- interés social esencial, por eso la función jurídico-penal fundamental del tipo es la protección, en la forma más ex-- traordinaria dentro de un sistema de legalidad nacional, --

de un específico bien jurídico fundamental, indispensable y necesario a la convivencia. La construcción de un tipo gira al derredor del bien en favor de cuya protección penal se establece. Dada la naturaleza extraordinaria de esta tutela legal y la necesidad de legitimación de parte del tipo, se impone su derogación cuando el interés protegido por él ha perdido valor ante la sociedad.

El sistema objetivo-subjetivo del delito estableció en la conducta, de manera tajante, la separación entre el aspecto externo (tipicidad y antijuridicidad) y el aspecto interno (culpabilidad). El concepto de tipo, de acuerdo a esta conceptualización del delito, fue simple: abarcó, en forma exclusiva, la exterioridad de la conducta, sin elemento subjetivo alguno. Lo tocante a la interioridad quedó ubicado y monopolizado en la culpabilidad.

El descubrimiento de elementos subjetivos en el tipo, el apareamiento del concepto normativo de la culpabilidad y los problemas a los que se vió sometida la teoría objetiva del tipo, abrieron el paso a un tipo complejo en el cual existen tanto elementos objetivos como elementos subjetivos. Estos permiten concretar el aspecto interno o psicológico de la conducta y están constituidos por el dolo, los elementos subjetivos no pertenecientes al dolo y los casos límite de error.

Los elementos objetivos del tipo hacen posible el cumplimiento exterior de la actuación típica. Comprende la conducta, el resultado y el bien jurídico tutelado por la figura penal. "El tipo no es, pues, sólo un suceso "objetivo", esto es, suceso sensible. Se compone más bien de una parte objetiva, comprensiva de manifestación de voluntad y resultado, y de una parte subjetiva, que abarca los procesos psíquicos constitutivos del delito."-- (83)

La función de la tipicidad, como es natural, ha seguido los pasos de la evolución del tipo. En un principio la exigencia de tipicidad se satisfizo con la simple adecuación de la conducta histórica a la descripción hecha en el tipo. Posteriormente, por tipicidad se entiende el "indicio" de antijuridicidad en la conducta típica. La adecuación de la conducta fáctica a la descrita en el precepto de la ley penal, no apareja necesariamente su antijuridicidad pero constituye un elemento indiciario de ella. La conducta realizada por el sujeto, además de típica se tornará antijurídica, sólo si el orden jurídico es efectivamente conculcado, es decir, si en realidad se ha producido la lesión de un bien jurídico penalmente protegido. Esto sucede únicamente cuando se comprueba que no existe a favor del sujeto una causa de justificación, la cual tiene la virtud de imprimir juridicidad al comporta-

miento típico; por tanto, no quebranta el orden jurídico - al no existir acto lesivo. Esta es la doctrina dominante y coincide con la concepción de elementos positivos y negativos en la concepción actual del delito.

Una tendencia minoritaria, cuyo representante -- más destacado es Mezger, asigna a la tipicidad la función de elemento esencial de la antijuridicidad. No se concibe como indicio de ella sino como su "ratio escendi". La causa de justificación no destruye la antijuridicidad de la conducta sino evidencia su inexistencia, es una prueba de que en ningún momento ha existido. El tipo penal contiene, al decir de Mezger y Sauer, una "antijuridicidad tipificada"(84)

La atipicidad es el elemento negativo de la tipicidad y por eso debe entenderse como su ausencia, es decir, falta o inexistencia de algún elemento, requerido por el tipo penal, en la conducta fáctica del autor. Atípico es el comportamiento histórico que no tiene la propiedad de adecuarse a la descripción legal de la conducta típica. Se descubre mediante la operación mental de comparar las características del acto, concreto y particular, realizado por el autor, con los elementos del tipo específico en el cual tiene la posibilidad de quedar subsumido.

La ausencia de tipo es falta de ley y supone la no existencia de una figura legal y por ende la no crimi-

nalización de la conducta; en cambio, la atipicidad se refiere a un hecho que no coincide, exactamente, con el descrito en el precepto de la ley penal. La relación entre tipicidad y atipicidad es de naturaleza dialéctica porque la existencia de una determina la inexistencia de la otra, y viceversa. No pueden coexistir en una misma conducta - pues ésta no tiene más que dos alternativas: ser típica o ser atípica.

C) VOLUNTAD TIPICA Y DOLO: en la sistemática causalista el contenido de la voluntad, dolo y culpa, está ubicado en la culpabilidad, como consecuencia de concebir la acción "partida" en impulso volitivo y contenido de voluntad. La culpabilidad asume dos formas, la básica o dolosa y la secundaria o culposa; ello conduce a un "dolo valorado", a pesar de ser en la vida un auténtico proceso psicológico.

Al concebir la acción como una unidad ontológica, en la cual están indisolublemente vinculados impulso y contenido de la voluntad, el finalismo introdujo un cambio substancial en la teoría del delito. Como el único contenido de voluntad relevante para el derecho penal es el referido al tipo, no existe dolo y culpa por sí, sino únicamente dolo típico y culpa típica. Lo doloso de la conducta no alude a la antijuridicidad ni a la culpabilidad. Es

el conocer y querer el cumplimiento de la parte objetiva del tipo. Se trata de un "dolo avalorado", sin ninguna - connotación valorativa.

En la doctrina del derecho penal hay dos parejas de términos que se usan para identificar el contenido de voluntad en la acción: dolo y culpa, intención y no intención. En esta última suele incluirse la imprudencia y la "intención" se usa como sinónimo de dolo(+). La palabra "culpa" puede generar alguna confusión a nivel del -- lenguaje común, al identificarla como equivalente a culpa bilidad o calidad de culpable en general. También el vocablo "imprudencia" tiene sus dificultades, por restringirse su sentido a la acción en sentido de hacer y referirse, por esa razón, a una de las hipótesis de la culpa y no a todas.

La expresión "no intencionales", dada su forma negativa, requiere una previa definición o comprensión de su opuesto los "intencionales". Como no es una locución con significado propio depende en forma substancial de su

(+) El Código de Defensa Social del Estado de Puebla clasifica el delito en "intencional o doloso"(art.13), de culpa o "sin intención"(art.14) y preterintencional; por su parte, el Código Penal Federal clasifica los delitos en intencionales, no intencionales o de imprudencia y preterintencionales(art.8).

antagónico, al igual que lo negativo respecto de su contrario positivo. Cuando la categoría positiva no goza de un consenso total o por lo menos mayoritario, como sucede en este caso con el dolo, la negativa atrae hacia sí todas -- las ambigüedades y dificultades de aquella.

Vela Treviño, luego de analizar las diferentes -- teorías acerca del dolo, al abordar el tema de la culpa y criticar la denominación legal "no intencionales", afirma "...que para entender la negación de algo es imprescindi-- ble el perfecto conocimiento de su faz positiva o afirmativa y si como hemos visto, respecto del dolo o intención no existe unificación en cuanto al contenido conceptual, sólo se consigue llevar al campo del nuevo concepto que se busca toda la problemática relativa al que le precede en su -- aspecto positivo."(85)

Por las consideraciones anteriores, nos inclinamos a usar la voz "culpa", a pesar de los riesgos de su interpretación en el idioma cotidiano de la comunicación social, habida cuenta de no ser el único término convencio-- nal en la literatura jurídica y de la obvía obligación de manejarlo, en forma correcta, de parte de los juristas y estudiosos de la materia.

El dolo es la voluntad dirigida, en forma cons-- ciente, a la comisión de un acto delictivo. Como momento final de la acción es la orientación total del acto típi-

co adecuado a la producción del resultado predeterminado - por el agente. Es posible que la ejecución sólo se inicie y no se lleve hasta su consumación, caso en el cual el delito se queda a nivel de tentativa. En ambos niveles se está ante una voluntad motivada y dirigida por la resolución de llevar a cabo un acto típico. "Todo delito doloso es realización de voluntad. La realización de voluntad -- puede permanecer en los primeros estadios, y puede llegar hasta la total ejecución de la decisión a la acción".(86)

El finalismo concibe como objeto del dolo la realización del tipo, por eso se refiere Welzel a un "dolo de tipo", sin distinguir entre elementos subjetivos y objetivos. "Dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito."(87) Esta definición implica la materialización total del tipo penal en el cual según el autor citado coexisten junto al dolo otros elementos subjetivos "...que tienen el contenido ético-social de la acción en determinado sentido."(88). Tal situación nos coloca frente a un dolo valorado pues también realiza elementos normativos, situación que constituye una seria incoherencia en el sistema Welziano.

Maurach supera esa dificultad al circunscribir el ámbito del dolo al aspecto objetivo del tipo; en efecto, afirma: "Actúa dolosamente quién incluye en su volun-

ta la representación total del hecho, tal como se presenta en la parte objetiva del tipo".(89) En la vida cotidiana hay acciones no dolosas en las cuales la voluntad no se encamina a la comisión de un delito; también hay comportamientos no dolosos que pueden llegar a constituir conductas delictuosas, tal es el caso de las calificadas como -- "culposas", cuya voluntad no está dirigida a la producción de un resultado típico.

La acción penal con contenido doloso muestra dos elementos: el intelectual y el volitivo. El primero se refiere a las circunstancias del hecho descritas en el tipo penal. Su conocimiento debe ser real y efectivo en el momento de la ejecución del acto. "La parte volitiva del dolo es la voluntad incondicionada de realizar el tipo(voluntad de realización). El querer condicionado, es decir aquel aún no decidido, no es todavía dolo de ningún modo." (90).

El dolo, como realización de la voluntad, implica la posibilidad del autor de influir sobre el acontecer causal. Todo lo ubicado fuera de esa factibilidad no pertenece al dolo, por lo mismo está excluido del fin prede--terminado por quien se propuso realizar la acción. Lo voluntario se dirige, en primer lugar, al objetivo planteado, sin importar si resulta posible o remoto con el accionar e legido. Por ejemplo, un disparo de larga distancia pueda

evidenciar la intención de matar o de lesionar, aunque no necesariamente sea lo causalmente adecuado para provocar la muerte o dañar la integridad física. La voluntad de realización cubre también, de manera inmediata, los medios elegidos para alcanzar el fin. No es relevante si dichos medios son deseados o no, lo determinante es que se hayan elegido y manejado.

La voluntad dolosa abarca los resultados concomitantes, sólo si el autor los reconoce como parte de todo el acontecer por él promovido; en otras palabras, si los medios elegidos, junto al fin o de manera independiente, son capaces de producir otras consecuencias. Welzel desarrolla, a partir de esta categoría de los resultados concomitantes, tres tipos de dolo: directo en relación al fin, directo en relación a los medios y eventual. La clasificación se puede reducir a dos clases de dolo: directo y eventual.

El dolus directus de primer grado, vinculado al fin, requiere que éste y los medios estén en la representación del autor; por lo tanto, las consecuencias concomitantes no están dentro de la voluntad de realización ni se vinculan al fin en forma necesaria.

En el dolus directo de segundo grado, relacionado a los medios y a las consecuencias necesarias, estas devienen como seguras e inevitables; lo relevante no es si

son deseadas por el autor, sino si él las acepta. Este es el dolo indirecto o necesario para otros autores. En el *dolus eventualis* las consecuencias no buscadas aparecen en la representación del autor como posibles si realiza la acción. Lo concomitante es querido desde el momento de decidir la ejecución de conducta y aceptar las consecuencias que con ella puedan darse.

En este último supuesto se da la aproximación -- más complicada entre culpa y dolo. De aquella la culpa -- consciente y de éste el dolo eventual. Las consecuencias concomitantes, representadas y aceptadas como posibles, -- son abarcadas por la voluntad de realización y por ello la acción permanece como una conducta dolosa; pero si el autor, al representarse esas consecuencias confía en que no aparecerán, sea por su habilidad o por no considerar seguro su aparecimiento, lo doloso desaparece y le cede el lugar a la culpa. El problema de diferenciar la culpa consciente del dolo eventual es uno de los más difíciles del Derecho Penal.

Algunos intentos para establecer una diferencia correcta entre el dolo eventual y la culpa consciente están representados por las teorías del consentimiento, del sentimiento y de la probabilidad, entre otras. De acuerdo a la primera, dolo eventual es lo aceptado interhanente y culpa consciente lo no aceptado en forma alguna por

el autor; sin embargo, la voluntad de realización puede referirse a resultados no queridos pero aceptados por el sujeto al ejecutar su acción. Para la teoría del sentimiento, la diferencia radica en la mayor o menor indiferencia, existiendo más en el dolo y menos en la culpa; pero se señala, con razón, que la falta de representación en la culpa inconsciente puede deberse en algunas ocasiones a una mayor indiferencia del autor. Según la teoría de la probabilidad, en el dolo el autor se representa el resultado -- con un mayor grado de posibilidad que en la culpa; no obstante, también en este caso se puede objetar que en lo querido puede incluirse tanto lo probable como lo improbable.

Welzel parece inclinarse por el mismo criterio -- diferenciador usado por Mezger; así, el dolo eventual existirá si el autor "cuenta", al momento de realizar su acción, con que las consecuencias concomitantes pueden darse. En realidad la diferencia entre ambos conceptos resulta muy sutil y por la naturaleza de ambas categorías deberá descubrirse a partir de la actitud asumida por el autor: si conoce la posibilidad del resultado y con esa conciencia quiere y ejecuta su acción, sabedor de estar creando con ella las condiciones para el posible apareamiento de la consecuencia concomitante, la conducta es de dolo eventual; pero si se representa el resultado y confía en -- que no se producirá tal efecto, ya por su conocimiento del

proceso causal o por no creerlo probable, el supuesto existente es el de culpa consciente.

Las condiciones objetivas de punibilidad no pertenecen a los elementos propios del hecho. El resultado - más grave en los delitos calificados por el resultado congtituye una excepción a este principio, pues en ellos se le atribuye esa consecuencia al autor aunque se ha producido sin ser parte de "su" fin, esto es, de lo que él se propuso obtener con su conducta. En un sentido más particular, el dolo para su configuración jurídico-penal requiere: el conocimiento de las circunstancias del hecho existentes al momento de realizarse la acción, la previsión del resultado y de la conexión causal.

El curso de la acción corresponde a una voluntad finalística orientada en función de un objetivo definido, es decir, sometida a la facultad volitiva del sujeto. Por tal razón, no debe considerarse provocado en forma dolosa aquel resultado producido por el desencadenamiento del proceso causal en el cual concurren circunstancias inesperadas. Lo doloso es lo que resulta de lo representado efectivamente por el autor.

Las desviaciones relevantes del proceso causal anulan el dolo, no así las irrelevantes pues son parte de - lo normal y cotidiano en la conexión causal y desarrollo - de la acción. "En esta materia es de importancia el jui--

cio de adecuancia, según el cual no es relevante aquella desviación del curso causal que queda todavía dentro del marco de la experiencia cotidiana general, o sea, de la --causación adecuada."(91) Lo adecuado en la causación, según los ejemplos puestos por Welzel, se vincula a la inmediatez de la causa y la consecuencia respecto a la acción propia del autor; así, hay homicidio aun cuando las heridas causadas con hacha no hayan sido mortales en sí mismas pero provocaron una infección que a su vez causó la muerte; en cambio, no hay homicidio si el herido muere como consecuencia de una inadecuada atención en el hospital.

Welzel propone que los supuestos de desviación causal, hipótesis de aberratio, se resuelvan conforme al criterio de la causalidad adecuada. En el caso de la desviación en el golpe(aberratio ictus), si el sujeto realiza una acción defectuosa como falta de puntería, la desviación del curso causal permanece dentro de la causalidad adecuada y el resultado obtenido es típicamente equivalente al propuesto, el dolo existe sin modificación alguna. Si B al proponerse matar a C alcanza con sus disparos a D y lo mata, se configura un homicidio doloso consumado. Si el resultado ocasionado y el querido no son equivalentes el supuesto es de concurso de delitos: tentativa del hecho doloso buscado y culposo por lo que resul-

tó producido.

En el denominado *dolus generalis* si los hechos se suceden con una secuencia inmediata el dolo permanece. El delincuente arroja a su víctima al río creyéndola muerta, para ocultar el hecho cometido, pero el fallecimiento sobreviene por asfixia. En este caso la desviación del suceso causal no se sale de lo cotidiano, pues lo que se propuso e hizo el autor está muy cerca, en tiempo y fin, de la causa efectiva de la muerte. La posibilidad de un concurso real de tentativa de homicidio culposo puede darse, sólo si el ocultamiento del cuerpo de la víctima se realiza con cierta posterioridad a la presunta muerte.

En el caso de la confusión en el objeto (error in persona y error in objeto), el autor no se equivoca en la ejecución de su acción sino en la identificación del objeto contra el cual la dirige, por eso Welzel lo denomina "caso de confusión". En términos generales la solución -- propuesta por el penalista germano-occidental es que si -- los objetos son típicamente equivalentes el error es irrelevante; pero si no lo son, el error puede producir consecuencias y dar lugar a supuestos de concurso de delitos.

Las circunstancias del hecho deben ser conocidas, pero no en forma técnico-jurídica, sino mediante lo que Welzel califica como "estimación social de las circunstancias del hecho"(92), es decir, equivalente a la comprensión.

sión de los demás en el desarrollo normal de la vida social. He aquí otra razón para insistir en que las leyes penales, de manera especial las figuras delictivas, interpreten el sentir de la sociedad. La comprensión de lo criminoso por parte de los miembros del grupo, debe ser captada por el legislador en los tipos penales; en otros términos: la estimación social del delito bajo ninguna circunstancia, deberá ser ignorada y menos negada por la estimación legal contenida en las figuras delictivas de la ley.

Junto al dolo el finalismo coloca los llamados "elementos subjetivos del tipo". Aquel da contenido a la voluntad de la acción encaminada a la realización de un tipo penal, éstos son aspectos expresamente señalados en el tipo y relacionados a la acción típica y de su autor, según la particular descripción de cada figura delictiva. -- Welzel los reduce a tres: intención, tendencia especial de la acción y momentos especiales de ánimo. La primera desde luego es diferente al dolo, pero según nuestro autor adoptado, le da sentido a la realización dolosa del tipo por que es una exigencia específica de la figura penal, independiente de la intención genérica presente en el dolo. La tendencia especial de acción caracteriza la conducta propia de ciertos delitos, tal es el caso del comportamiento lascivo que afecta exclusivamente el pudor; por último, -- los momentos especiales de ánimo se refieren a algunas pe-

culiaridades que le imprimen un especial contenido de desvalor ético-social a la conducta (móviles bajos, brutalidad, sin consideración, etc.).

D) ERROR DE TIPO: la sistemática causalista, acorde con su concepción de tipo simple, diseñó una teoría unitaria del error a partir de la ubicación de éste en la culpabilidad; en cambio, la doctrina finalista consecuente -- con su concepto de tipo complejo, afirma una idea dual del error; el de tipo y del prohibición. El primero se vincula al dolo y el segundo se relaciona a la consciencia de la antijuridicidad.

El error de tipo comprende dos situaciones psicológicas cuya diferenciación no es necesario mantener en lo jurídico-penal: la ignorancia o falta de conocimiento y el error o conocimiento defectuoso, por parte del sujeto, de las circunstancias objetivas del hecho pertenecientes al tipo que deben ser incluidas por el dolo como contenido de la voluntad típica. Es un no saber o un saber equivocado acerca del hecho tal como está descrito en el tipo. Las características del autor no se incluyen en esta clase de error porque ellas se refieren a la antijuridicidad; por lo tanto, es una situación de error capaz de destruir la culpabilidad sin afectar el dolo ni la tipicidad del acto.

Si dolo es el conocimiento de las circunstancias

objetivas del hecho, el error de tipo viene a ser su contrario. Radica en la representación equivocada que el agente hace de las características típicas de su acto. Como consecuencia de este supuesto de error, desaparece el dolo y por lo tanto la conducta carece de voluntad típica a pesar de producir un resultado típico. No hay congruencia entre fin y resultado, pues mientras aquel es atípico éste resulta típico. La parte subjetiva del tipo no coincide con su parte objetiva. En conclusión: el error de tipo, al impedir la concreción de una conducta típica dolosa, da origen a la atipicidad de ese comportamiento.

El error de tipo puede ser invencible o inevitable y vencible o evitable. El primero elimina la voluntad dolosa al no constituirse un fin típico; su consecuencia obligada es la atipicidad de la conducta. El error vencible también elimina la voluntad dolosa porque el sujeto no se plantea un fin típico, pero puede propiciar una voluntad culposa si la actuación del agente acusa una lesión al deber de cuidado señalado en el respectivo tipo culposos.

4. ANTIJURIDICIDAD

La estructura de la ley penal, a la cual está ligada tanto la tipicidad como la antijuridicidad, se integra por la norma, el precepto y la sanción. La primera es un imperativo de conducta, un modo de conducirse impuesto al individuo con miras a la convivencia; por eso se refiere a comportamientos ordenados por la sociedad y adecuados al interés social. Respecto del texto escrito de la ley, está implícita en el mismo, es decir, no forma parte de -- sus palabras. Como imperativo conductual se enuncia, generalmente, en forma prohibitiva: no matar, no robar, no difamar, etc. Solamente como excepción asume la forma de -- mandato(hacer algo): auxiliar, avisar, denunciar. Aunque no se integra a la redacción gramatical de la ley, la norma es el fundamento de ella, pues no es posible la existencia de una prohibición legal sino en función de un mandato normativo, determinado al fin de cuentas por el interés de proteger penalmente un bien jurídico.

El precepto contiene la conducta prohibida y en el está localizado el tipo penal, de ahí que al contrario de la norma esté explícito en las palabras de la ley. Se refiere a las conductas intolerables para el interés social y es un mecanismo mediante el cual se pretende estimular el cumplimiento de la norma jurídico-penal. La relación entre norma y precepto es substancialmente dialéc-

tica porque se niegan mutuamente; en efecto, la única manera de violar la norma es cumplir con el precepto, esto es, realizar una conducta histórica exactamente igual a la descrita como prohibida. La afirmación del precepto es la negación de la norma y la afirmación de ésta es la negación de aquel.

Como el tipo está contenido en el precepto la tipicidad, indefectiblemente, se vincula a la descripción de la conducta típica hecha por el legislador. La antijuridicidad, en tanto contrariedad al derecho, se relaciona en forma negativa con la norma jurídico-penal; por tanto, su negación sólo puede ser materializada mediante el cumplimiento del precepto. Antijuridicidad es la cualidad de una conducta típica que se torna negación de lo jurídico al no tener a su favor una causa de justificación. Se integra por la concurrencia de dos elementos; uno positivo, violación de la norma; otro negativo, ausencia de la justificación.

"Se ha afirmado de antiguo que la antijuridicidad es un concepto negativo, desaprobador del hecho humano frente al Derecho."(93) Esto es cierto en cuanto a -- que la conducta típica y antijurídica constituye un comportamiento contrario al orden jurídico; pero en sí, la antijuridicidad como elemento del delito, a pesar de su expresión gramatical "anti", es algo positivo porque es --

un elemento integrador de la conducta delictiva. Como sus tantivo, antijuridicidad es una categoría de la cual se -- pueden predicar algunas notas, un componente esencial en -- la conformación del concepto técnico del delito.

En la literatura actual se descubren dos concepciones de antijuridicidad: la unitaria y la diversificada. Ambas parten de ideas diferentes acerca del delito. Para la visión unitaria, dominante en la actualidad, la antijuridicidad es una y consiste en el choque de una conducta -- con el orden jurídico en general y no exclusivamente con -- la legalidad penal. La conducta típica adquiere la cali-- dad de "antijurídica" cuando niega la normatividad jurídica en su conjunto. "No hay antijuridicidad "contra el Derecho Penal", ni una antijuridicidad que lo sea tan sólo -- para el Derecho Penal, y no para el ordenamiento jurídico general."(94).

La concepción diversificada es minoritaria y -- sus principales representantes son Arturo Rocco, el más -- destacado, Francesco Carnelutti y Giuseppe Guarneri. El punto de partida de esta visión de la antijuridicidad es concebir el delito como "acto ilícito"; y, dado que junto a él hay otros actos también ilícitos, la primera tarea -- es distinguir la ilicitud del delito de la ilicitud de -- los otros comportamientos. La de aquel contiene la antijuridicidad penal y su distinción con las demás será mar-

cada por la naturaleza de la sanción. Comentando a Carne-
lutti Vela Treviño expresa: "El delito es, se afirma, un -
acto ilícito, pero no todos los actos ilícitos son deli-
tos; existen actos ilícitos penales y actos ilícitos civili-
les."(95).

La división de la antijuridicidad no es válida -
entre otras razones, porque las causas de justificación, -
que eliminan con su presencia lo antijurídico de la conduc-
ta típica, se pueden originar de todo el ordenamiento jurí-
dico y no sólo de la parcela penal. Guarneri pretendió de-
mostrar la diferencia entre antijuridicidad penal y antiju-
ridicidad civil, a partir de algunas categorías penales co-
mo tipicidad, prohibición de la analogía, elementos subje-
tivos, tentativa y estado peligroso; sin embargo, a nues-
tro entender, se limitó a evidenciar la distinción entre -
derecho penal y derecho civil, que a estas alturas de la e-
volución del pensamiento jurídico resulta indiscutible, de
lo cual no puede derivarse, necesariamente, la existencia
de una antijuridicidad civil y otra penal.(96)

La opinión prevaleciente es la de considerar a -
la antijuridicidad como un elemento del delito, una cuali-
dad esencial pero no la única, que concurre a la determina-
ción de la conducta delictiva. La acción de los no imputa-
bles es antijurídica, por ser típica y no tener a su favor
causa de justificación alguna, pero no llega a delito por

cuanto no puede ser considerada culpable. Como elemento -- del delito la antijuridicidad evidencia la colisión del -- comportamiento típico con el orden legal, y por lo mismo -- no puede faltar en una conducta delictuosa; sin embargo, -- al estar presente todavía existe la posibilidad de que la acción no concluya en delito si no resulta culpable.

La corriente minoritaria, denominada italiana -- por la nacionalidad de sus más relevantes representantes -- entiende la antijuridicidad como esencia del injusto. Par -- te del concepto unitario del delito, contrariamente a la -- concepción analítica dominante, según el cual la realidad del injusto no se puede "partir" en elementos pues se trata de una sólo identidad ontológica. Maggiore la denomina, junto a la acción y la culpabilidad, un "aspecto" del deli -- to, término que no provocaría problemas si se le entendie -- ra como ángulo o faceta y no como algo expresivo y caracte -- rístico del todo: "El delito no es acción más antijuridici -- dad más culpabilidad, sino según el aspecto por el cual se considere, es todo acción, todo antijuridicidad, todo cul -- pabilidad. Por eso se dice exactamente que es acción anti -- jurídica y culpable."(97)

Antijuridicidad y tipicidad están íntimamente re -- lacionadas, no sólo por ser ambas cualidades de una conduc -- ta, sino también por estar vinculadas a la estructura de -- la ley penal en la norma y el precepto. En algunas ocasio

nes, el caso de Maggiore por ejemplo, incluso se llega a omitir la tipicidad por considerarla implícita en la anti-juridicidad; sin embargo, siendo elementos del delito, ambas concurren a su integración y a su vez son diferentes. Las dos son predicados de una conducta, es decir, la cualifican como típica y antijurídica, pero mientras la existencia de ésta presupone la de aquella, la tipicidad no implica anti-juridicidad; en tal virtud, una conducta antijurídica necesariamente tiene que ser típica, pero no a la inversa, es decir, si es típica puede no ser antijurídica si -- tiene a su favor una causa de justificación. La tipicidad es el encuadramiento exacto de la conducta histórica en la descripción contenida en el tipo, la anti-juridicidad es el choque de esa conducta con el ordenamiento jurídico en general y la norma prohibitiva en particular.

El tipo penal contiene, de manera general y abstracta, la anti-juridicidad de las conductas típicas. En el se define en forma hipotética, por la actividad del legislador, lo prohibido en cuanto al comportamiento social del hombre. El conjunto de figuras penales en un sistema de legalidad penal, conforma la concepción del grupo dominante acerca de lo criminoso; y, como se ha dicho en el capítulo anterior, la conveniencia social demanda que ellas encarnen la convicción de la sociedad respecto del delito. Cuando se realiza la conducta histórica, particu

lar y concreta, corresponde al juez determinar mediante un juicio de valoración negativo, si es antijurídica. Se arriba a esta conclusión a través de un ejercicio de comparación de dos conductas; la contenida y ordenada en la norma y la fáctica realizada por el autor. Pero no es suficiente su exacta coincidencia con el tipo (tipicidad), apenas "indicio" de antijuridicidad; se necesita el choque de ese comportamiento con el orden legal, y ello sólo aparece cuando un bien jurídico en realidad es afectado al no concurrir una causa de justificación.

La antijuridicidad que importa al juez, en el caso concreto, es la definida en el tipo por el legislador. Sólo la concreción de esa figura en el mundo fáctico puede dar lugar a la contrariedad de la conducta con el derecho. "La antijuridicidad es siempre la contradicción entre una conducta real y el ordenamiento jurídico. No el tipo (como figura conceptual), sino sólo su realización puede ser antijurídica. No hay tipos antijurídicos, sino sólo realizaciones antijurídicas del tipo." (98) Los tipos penales, en conclusión, contienen la concreción de la antijuridicidad en forma hipotética; pero es el juez en el caso concreto, quien deberá pronunciarse sobre la presencia y medida de la contrariedad al orden jurídico en la conducta típica.

Es conveniente tener presente la distinción entre el juicio de antijuridicidad y el objeto del cual ésta

se predica. La comparación de la conducta ejecutada con la ordenada por la norma, así como la determinación de la existencia y grado de antijuridicidad en aquella de acuerdo con el tipo materializado, son los elementos del juicio cuya naturaleza es predominantemente objetiva. Ahora bien, el injusto en sí, la acción sujeta a la comparación, como comportamiento humano, tiene elementos objetivos y - subjetivos que deben ser tomados en cuenta para la valoración.

"La antijuridicidad es objetiva sólo en el sentido de un juicio de valor general; su objeto, la acción en cambio, es una unidad de elementos objetivos (del mundo externo) y subjetivos." (99) Los aspectos subjetivos se verifican, no en función del autor de la conducta, sino en atención a la concreción plena del tipo penal, pues son elementos integrantes de la figura legal. El injusto no es absolutamente manifestación externa, ya que hay casos en los cuales la "intención" es esencial al comportamiento típico y parte del contenido de antijuridicidad.

Lo antijurídico es una relación de contradicción entre lo ordenado en la norma y la acción ejecutada, por eso sólo puede ser referido a una conducta. El resultado del comportamiento, la consecuencia fáctica, no es "valorado" sino tomado en cuenta para estimar la conducta que lo produjo. La antijuridicidad, como juicio de desva-

lor, se circunscribe a la actuación del sujeto, lo cual no debe conducir a ignorar los efectos de los cuales ella es causa.

El elemento negativo de la antijuridicidad está constituido por las causas de justificación. La presencia de las mismas, en el caso concreto, neutraliza lo antijurídico. Los motivos justificadores de la conducta típica hacen que ésta, aunque aparentemente contraria al derecho, - quede legitimada al comprobarse que el sujeto actuó dentro de lo permitido por el sistema de legalidad, y por lo mismo no infringió ninguna norma ni dañó bien jurídico fundamental alguno.

El indicio de antijuridicidad, derivado de la tipicidad del comportamiento, se diluye ante la presencia de una causa de justificación. "Toda causa de justificación, en un principio, confiere pues al autor un derecho a un actuar típico." (100) Por esa razón es un elemento negativo del delito, pues su ausencia determina la plenitud de la antijuridicidad en la conducta típica. Las causas justificantes no afectan la tipicidad ni la antinormatividad in abstracto. Operan exclusivamente en contra de la antijuridicidad de la actuación típica; la hacen una conducta -- conforme al derecho y por lo mismo la despojan de toda relevancia penal.

Así como lo antijurídico se origina de la con---

frontación del acto con el orden jurídico en su conjunto, también las causas de justificación encuentran asidero en todas las parcelas del ordenamiento legal y no únicamente en el penal. No hay desarmonía en el sistema por el hecho de existir en el mismo una norma que prohíbe la conducta típica y otra norma en la cual se fundamenta la justificante. Esta es parte de aquella y contiene específicos casos de excepción, en los cuales la prohibición no resulta violada, a pesar de su adecuación al tipo penal. Ambas conforman una unidad normativa y son parte del ordenamiento jurídico de la sociedad, cuya sistematicidad y simetría determina la aplicación de la prohibitiva sólo cuando no hay lugar para la que contiene la causa de justificación. "No existen excepciones de la norma que no hayan sido establecidas mediante proposiciones jurídicas." (101)

En lo que nos parece un abuso en la sistematización actual del tipo, especialmente en el campo finalista, algunos autores denominan "tipo permisivo" (102) a la norma que da cabida, en el sistema legal, a la causa de justificación. En estos casos no hay descripción de conductas típicas particulares, si no señalamientos de supuestos de excepción que autorizan a efectuar ciertas acciones, bajo muy claras y terminantes condiciones, siempre y cuando apunten a la defensa del bien jurídico puesto en -

situación de ser dañado, bien por una agresión o por un suceso no humano. Ante la presencia de una justificante, invariablemente será posible apreciar la confrontación de dos intereses excluyentes entre sí: el legítimo consagrado en el ordenamiento jurídico y el ilegítimo de la agresión o del acontecimiento que no se tiene obligación de soportar. El primero representa la afirmación del derecho y el segundo significa su negación.

El fundamento de las causas de justificación no puede ser más que el interés social. La necesidad de mantener la incolumidad del orden jurídico y de garantizar la integridad de los bienes jurídicos fundamentales, justifica autorizar legalmente a los particulares a realizar determinadas conductas encaminadas a la defensa de esos intereses colectivos, cuando se encuentren en peligro de ser dañados. Dicha autorización deberá estar sujeta a dos condiciones: a) peligro inminente y real del bien e imposibilidad de las autoridades para brindarle la debida y adecuada protección; b) la intervención del particular tiene que mantenerse dentro del orden jurídico y las especificaciones señaladas en la norma que autorice ejecutar tales actos.

5. CULPABILIDAD

A) CULPABILIDAD Y DELITO: estamos ante la categoría más debatida de la teoría del delito. Constituye la culminación de un proceso, en lo teórico como en lo práctico, que afecta frontalmente al hombre como autor de una conducta considerada delito por la ley; y, reprochada en el caso concreto, a un autor individual, específico y particular. En este punto es donde el derecho penal, especialmente la elaboración conceptual del delito, alcanza la relación más cercana y dramática con la política y más aún con el po---der.

La relación individuo-sociedad tiene en la culpabilidad su punto más trascendental puesto que de ella se -sigue, según la opinión todavía dominante, la sanción pe--nal que es la represión más severa y traumática del grupo en el poder contra la conducta violatoria del orden jurídico. "La culpabilidad es la que ante todo da a los Estados el derecho y el deber a las intervenciones más graves imaginables en el círculo vital de los particulares."(103)

La culpabilidad encarna el aspecto subjetivo más relevante del acto delictivo pues representa el momento de su vinculación a su autor. El delito es una conducta culpable, esto es, un comportamiento reprobado por la socie--dad y reprochable a su autor. Cuando la organización so--cial, a través del juez, reacciona al sujeto el haber rea-

lizado la conducta típica y antijurídica, pone punto final al proceso de determinación legal del delito en una conducta particular y concreta, histórica y perteneciente al mundo fáctico.

La trascendencia, tanto para el autor del acto como para la sociedad agraviada por el delito, consiste en que a la declaración judicial de que una conducta es culpable, normalmente sigue la imposición de una pena mediante la cual pueden resultar lesionados los bienes jurídicos -- máspreciados del individuo. Existe ya el criterio, a nivel de la reflexión científica, de que la pena no esté condicionada a la culpabilidad del autor del injusto, sino a la necesidad de preservar la convivencia y en función de la prevención general y especial del delito.

La antijuridicidad está relacionada al tipo, con tentativo de las características antinormativas del hecho; -- en tanto que la culpabilidad, juicio valorativo del autor y su conducta, da cabida al reproche jurídico-penal de la misma. La antijuridicidad contiene la contradicción del -- acto con el ordenamiento jurídico, siempre y cuando no -- exista en favor del agente una causa de justificación. La culpabilidad conduce a la reprochabilidad de la conducta -- típica y antijurídica, ante la ausencia de causas de incul pabilidad.

El reproche, por su carácter personal, necesita

ser individualizado al máximo; asimismo, se basa en la exigibilidad de ser motivado por la norma y en la efectiva posibilidad de haber estado en condiciones de observar un comportamiento diferente al realizado. En consecuencia, el juicio de reprochabilidad tiene que estar basado en las características de la personalidad del sujeto y las condiciones reales y específicas en que se dió su comportamiento; las cuales deben ser, de tal naturaleza, que no lleguen a limitar el ámbito mínimo de su autodeterminación.

B) ANTECEDENTES: en la antigüedad sólo se conoció la idea de responsabilidad por el resultado que correspondió al llamado "delito sin culpa". Acorde a dicha concepción se castigaba la mera producción de un resultado antijurídico, sin tomar en cuenta la voluntad del sujeto en su acto. Para imponer un castigo, de naturaleza penal, era suficiente identificar a quien lo había producido físicamente. Aun con el apareamiento de la incipiente idea de justicia en la Grecia antigua, este concepto prevaleció hasta el último cuarto del siglo XVIII. El inicio del fin de su predominio como sistema, está marcado por la Revolución Francesa en 1789; sin embargo, es necesario reconocer que aún en los finales del actual decenio del presente siglo, el derecho penal contemporáneo mantiene resabios de aquella vieja idea de culpabilidad en los denominados deli-

tos cualificados por el resultado.

Con todo, como lo señalan los tratadistas modernos, tanto el conocimiento como la misma legalidad en materia penal, evidencian una evolución histórica cuya tendencia, sin duda apunta a un concepto de responsabilidad por la culpabilidad. "El Derecho Penal camina a la abolición de la responsabilidad objetiva y a fundamentar toda consecuencia penal del hecho sobre la culpabilidad. La máxima nullum crimen sine culpa adquiere cada día más fuerza arraigo."(104)

La Escuela Positiva trasladó la culpabilidad a la persona del delincuente. La reacción frente al acto delictivo, como pena o medida de seguridad, estaba determinada por las características de la personalidad del sujeto; en otras palabras, por la peligrosidad que el individuo representaba para la seguridad de la sociedad. El hecho delictivo fue relegado a un segundo plano y en aras de la defensa de los intereses sociales se diseñó una idea de culpabilidad basada, no en el acto del hombre, sino en el peligro que el delincuente significaba para el ente social.

A partir de esta posición doctrinaria respecto de la culpabilidad se abrió el debate, de gran connotación política en su fondo, entre dos concepciones generalmente presentadas como irreconciliables: el derecho penal de acción y el derecho penal de autor. En el primero la conduc-

ta antinormativa es el núcleo de la sistematización penal; y, de acuerdo a tal criterio, se determina la culpabilidad y se señala la pena. En el derecho penal de autor, éste y sus características personales marcan el grado de reproche y la consecuente sanción penal, de cara, no al hecho castigable sino a la defensa de la sociedad.

La antinomia no parece tan insuperable, si se -- parte del hecho de que la pena o sanción no es la única -- respuesta de la sociedad frente al delito; además, éste re- presenta un peligro para los bienes protegidos por la legalidad penal, no sólo en su consumación sino también en su calidad de posibilidad. En este último caso no está vedada la acción preventiva y defensiva en pro de los intereses colectivos, pero aparece como más adecuada la medida de seguridad. La pena debe reservarse exclusivamente para el delito consumado. Por otro lado, resulta imposible tanto a nivel teórico como en lo práctico de la vida judicial, ignorar al autor del delito; es más, es una necesidad para una pena más justa y un imperativo a los jueces de hoy, el tomar en cuenta las características propias del delincuente en el momento de personalizar la sanción penal.

La culpabilidad, a la luz del moderno derecho penal, resulta ser la calidad de una conducta que la hace -- "culpable", es decir, reprobada por la sociedad y reprochable a su autor, quien al cometerla no se autodeterminó de

conformidad con lo ordenado en la norma de la ley penal. La medida del reproche al autor de la conducta culpable se determina, básicamente, por el significado social de su acto y no por sus características personales. La pena, además de sus altos fines de resocialización del condenado y prevención del delito, tiene que responder a la dimensión social del delito.

El Reproche se formula por la conducta típica y antijurídica, por lo tanto, cuando no es posible hacerlo - por las circunstancias en que se cometió el hecho, queda - intacta la tipicidad y la antijuridicidad del comportamiento; sin embargo, desaparece la posibilidad de imponer una pena puesto que la conducta no llega a integrar un delito. La inculpabilidad, el elemento negativo de la culpabilidad, lo único que elimina es el reproche y con ello imposibilita la aplicación de la sanción. Se trata de un concepto normativo y valorativo, que por tal naturaleza no puede vincularse sino al autor de la conducta típica y antijurídica.

El fundamento de la culpabilidad se encuentra en dos elementos que sólo pueden ser referidos al ser humano, pero no en sentido general y abstracto, sino en su dimensión individual, como un sujeto particular y concreto: a) la capacidad de autodeterminar su conducta en la sociedad de acuerdo al ejercicio de su libertad y voluntad; b) el

deber, como miembro de un grupo social, de motivar su comportamiento de conformidad a lo preceptuado en el sistema normativo penal, esto es, sin dañar la convivencia. Fuera de esta base antropológica y ético-social, no es posible encontrar un fundamento apropiado a la culpabilidad penal. La organización democrática de la sociedad aparece, de nuevo, como la única vía de armonizar la prioridad de lo social con el respeto al ser humano como persona.

El reproche jurídico-penal tiene que formularse en términos muy personales y concretos, es decir, tomando en cuenta la efectiva posibilidad del sujeto para autodefinir su conducta y motivarse en consecuencia con la norma, según las características del caso concreto. La culpabilidad es el elemento más subjetivo de los que forman una conducta en delito, pues el reproche dirigido al sujeto no se da in abstracto sino tomando en consideración las condiciones en medio de las cuales actuó, las peculiaridades de su comportamiento analizado y los rasgos caracteriológicos de su total personalidad.

C) SEMBLANZA GENERAL: la concepción dominante de la culpabilidad, en cuanto a su idea y contenido conceptual, es producto de la evolución del pensamiento jurídico, del derecho penal en general y de la sistematización del delito en particular. La doctrina tradicional situó en la

culpabilidad todo lo subjetivo perteneciente al acto delictivo, específicamente el dolo y la culpa; en contrapartida, colocó todo lo objetivo dentro de la antijuridicidad, trazando una línea divisoria que pareció ordenar con mucha precisión el análisis conceptual de la categoría delito. Sin embargo, la evolución doctrinal del pensamiento científico-penal y en especial de la teoría del delito, presenta actualmente y debido fundamentalmente al impulso de la doctrina finalista, una culpabilidad reducida al mero reproche del acto típico y antijurídico. Este achicamiento de la culpabilidad, por la disminución de su contenido, suele enunciarse en los textos actuales con la sentencia: culpabilidad es reprochabilidad.

Debido a la situación anteriormente señalada, -- los tradicionalistas acusan a la actual ordenación teórica del delito, pero especialmente a la corriente finalista, -- de haber "vaciado" la culpabilidad. Dicha inculpación es infundada porque la culpabilidad tiene un contenido y de lo más importante. Zaffaroni, al rechazar la acusación, -- reclama para dicha categoría dos componentes a cuales más trascendentes: "En la culpabilidad vemos, como criterios legales de reproche del injusto a su autor, dos núcleos temáticos que constituyen arduos problemas jurídicos; la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad y un cierto ámbito de autodeterminación del sujeto."(105).

Estos núcleos temáticos integran un contenido -- del concepto culpabilidad que pone de manifiesto la importancia del mismo en la teoría del delito; así pues, antes de un "vaciamiento", es más apropiado referirse a una depuración del contenido de dicha categoría, ya que esos "dos pilares del reproche jurídico", como les llama Zaffaroni a los "núcleos temáticos", dan cabida a una materia digna de la mayor atención tanto por su extensión como por su calidad.

En el estado actual de la teoría del delito puede constatarse la casi unanimidad de la doctrina tocante -- al concepto normativo de la culpabilidad. La discrepancia se presenta en cuanto al contenido de dicho concepto, cuya esencia radica en el reproche jurídico-penal que se dirige al autor de la conducta típica y antijurídica. El objeto de dicha reconvención es la voluntad antijurídica conforme a la cual autodeterminó él su conducta, es decir, el injusto cumplido con su actuación. Culpable únicamente puede -- serlo aquel a quien puede hacérsele legalmente tal reproche. Este encuentra su fundamento en el hecho de que el -- autor no se motivó conforme al imperativo de la norma, --- cuando le era exigible por el derecho y podía hacerlo en -- las circunstancias concretas de su acto.

Los presupuestos o premisas necesarias de la culpabilidad son: la capacidad de autodeterminación o capaci-

dad de culpabilidad(imputabilidad) y la capacidad de comprender lo antijurídico(posibilidad de comprensión de lo injusto). La ausencia de estos presupuestos impide la -- existencia de la culpabilidad y da lugar a los supuestos de inimputabilidad y a los supuestos de error de prohibición. Imputabilidad es la aptitud psíquica para autode-- terminarse y ser motivado por el imperativo normativo. - La posibilidad de comprender la antijuridicidad de la con-- ducta no se refiere a un conocimiento pleno de la legali-- dad penal, sino a un saber general en cuanto a lo indebi-- do del comportamiento. "Es suficiente un conocimiento po-- tencial".(106)

La culpabilidad no es un juicio general basado en la genérica capacidad del ser humano. Es un reproche a su autor, concreto y particular, por una específica con-- ducta típica y antijurídica, a partir de las circunstan-- cias reales bajo las cuales él actuó. Es un juicio singu-- lar y existencial cuyo objetivo es constatar si el sujeto pudo autodeterminarse conforme a la norma y comprender lo injusto de su comportamiento en las circunstancias concre-- tas, tal como le era exigible a él en ese momento.

Como la culpabilidad está relacionada a un hom-- bre, a un acto y a condiciones específicas, particulares y concretas, no puede ser única y general para todos los autores y casos. Entre un extremo de inculpabilidad to--

tal y el otro de absoluta culpabilidad, existe una gradabilidad dentro de la cual tiene que ser ubicado el caso concreto y al que debe corresponder una cierta y adecuada punibilidad.

Los menores bajo el límite de la minoridad penal, de manera general e ilimitada, están fuera de cualquier supuesto de culpabilidad; en cambio, los mayores inimputables por adolecer de la capacidad de culpabilidad, también lo están pero por la vía de la excepción. Su situación especial debe determinarse en cada caso concreto, luego de ser constatada su incapacidad personal para autodeterminarse conforme a la normatividad social. Los menores situados entre el límite de la minoridad penal y la mayoría, son susceptibles de una relativa culpabilidad, según su nivel de autodeterminación y de comprensión de lo injusto de su acto, y, de acuerdo a la posibilidad concreta y particular de comportarse conforme a esa comprensión. Los mayores con un desarrollo psíquico no menor al nivel mínimo de autodeterminación y posibilidad de captar la antijuridicidad de su conducta, conforman el grupo de los normalmente capaces en lo penal, dentro del cual puede apreciarse también un gran espectro de grados en cuanto a la culpabilidad de cada quien, de acuerdo a las características propias de la personalidad y a las especificas condiciones de su concreto y particular comportamien-

to.

D) SISTEMÁTICA ACTUAL: el causalismo elaboró su correspondiente teoría psicológica de la culpabilidad, con forme a la cual la concibió como una relación psíquica entre el autor y su acto; sin ningún tipo de valoración, no obstante que es una referencia al sujeto y fundamenta la imposición de la pena. Identificado con esta posición doctrinal Fernando Castellanos define "...la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto."(107) En su forma más pura, el psicologismo corresponde al sistema que ubicó todo lo objetivo en la antijuridicidad y todo lo subjetivo en la culpabilidad, aunque la verdad es que una concepción psicológica en sentido absoluto resulta difícil de encontrar en la actualidad.

La pura relación subjetiva entre el comportamiento y quien lo realiza, puede existir tanto en los imputables como en los inimputables; y, en algunas ocasiones como la culpa inconsciente ni siquiera está presente, pues el sujeto no tiene ninguna posibilidad de representarse lo que producirá con su acción. En el estado de necesidad exculpante el hecho es doloso y por lo tanto hay una evidente relación psíquica sujeto-acto, pero no llega a integrarse la culpabilidad. Estas dificultades insuperables han provocado la casi total superación del psicologismo causa-

lista. Las posiciones que a veces pretenden asumir su representación están penetradas, de alguna manera, por tesis normativistas.

La elaboración conceptual de la culpabilidad acompañada de elementos normativistas provocó el advenimiento de dos direcciones doctrinarias: la normativa-causalista y la normativa-finalista. La primera, que corresponde a una conceptualización de la culpabilidad con ingredientes fácticos y normativos, está ligada a los nombres de Reinhard Frank, James Goldschmidt y Edmundo Mezger; la segunda, es la concepción construida por el finalismo y por ello sus representantes más connotados son Hans Welzel y Reinhart Maurach.

Como se aprecia por los nombres citados, la ascendencia germano-occidental de esta reflexión en sus dos expresiones, es fundamental y predominante. Su gran aporte es haber concluido una evolución histórico-teórica conforme a la cual la culpabilidad ha quedado como un simple reproche, despojada de los elementos fácticos con los que se construyó su sistematización.

a) **NORMATIVISMO-CAUSALISTA:** aunque Frank en 1907 y Goldschmidt en 1913; criticaron fuertemente al causalismo psicologista e insistieron en definir la culpabilidad como "reprochabilidad", siguieron viendo en ella el --

mismo contenido que le asignaba la teoría por ellos criticada, esto es, la imputabilidad, el dolo y la culpa. Su punto de partida fue la motivación del hecho psicológico. Los matices propuestos por los más sobresalientes partidarios de esta concepción no cambian cualitativamente la caracterización indicada.

Reinhard Frank fue el primero en iniciar el cuestionamiento de la concepción psicológica de la culpabilidad. Entendió ésta como un juicio en contra del autor de la conducta antijurídica, mediante el cual se le reprocha haberse comportado de manera diferente al deber legal impuesto por el ordenamiento jurídico en la situación concreta y cuando podía hacerlo. Junto a la imputabilidad, al dolo y a la culpa, señaló como elemento independiente de la culpabilidad a la "normal motivación".

James Goldschmidt avanzó en el proceso de depuración de la culpabilidad al afirmar que la imputabilidad, el dolo y la culpa, no son parte de tal concepto sino sus presupuestos, el cual queda reducido, de esa manera, al juicio de reproche. A la par de la norma de derecho, que regula la conducta exterior y fundamenta el injusto, existe una norma de comportamiento dirigida a promover en los individuos la voluntad de motivarse por las representaciones del deber jurídico. En el acto culpable deberán tenerse presentes dos aspectos: el externo o legal, relativo a

su conformidad o disconformidad con la norma jurídico-penal; y el interno o exigibilidad, referido a la exigencia de conducirse de acuerdo a la motivación de la ley, esto es, de conformidad con la representación del deber. Goldschmidt insistió mucho en que no se trataba de una pureza interior, a la manera del deber kantiano, de naturaleza ética, sino de una adecuación de la conducta al derecho.

Edmundo Mezger lleva el normativismo psicologista a su más alta perfección teórica. Para él "..culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido."(108) Esos presupuestos determinan que el hecho sea considerado como "algo" jurídicamente reprochable y -- proveniente de la personalidad del autor. El juicio de -- culpabilidad no puede darse sino cuando tales elementos -- existen en el mismo autor y aparecen como realidades existenciales.

Es necesario distinguir la "situación de hecho", constituida por el acto y su ejecutor, como "objetos" a ser valorados con los criterios del ordenamiento jurídico; y, el "juicio valorativo", como la consideración normativa de esa situación de hecho. El contenido del juicio de culpabilidad es el acto de voluntad(lo psicológico) del autor, los motivos que éste tomó en cuenta para comportarse como lo hizo y su total personalidad(imputabilidad). Sólo

en el caso de que, a la luz de la comparación del hecho antijurídico con tales elementos, aparezca como posible el reproche, la conducta realizada se tendrá como culpable.

Partiendo de la legalidad alemana, Mezger considera que la acción culpable reclama del autor: imputabilidad, una forma de culpabilidad, ausencia de causas excluyentes y la posibilidad de formular un reproche jurídico de carácter penal. Dichas exigencias están referidas a la persona del autor y su conducta; en efecto, el sujeto debe poseer una constitución física y mental que le permita "...cometer culpablemente hechos punibles." (109). En principio tal calidad se reconoce por la ley a las personas que alcanzan la mayoría de edad, pero existen también las excepciones a dicha regla provenientes de anormalidades físicas o psíquicas, las cuales dan lugar a los supuestos de inimputabilidad o incapacidad penal.

Mezger considera a la imputabilidad un elemento de la culpabilidad. La conducta del autor debe constituir una específica forma de comportamiento culpable, es decir, tiene que ser doloso o culposo, o una forma especial producida por la "unión" de estas dos.

Al dolo le denomina Mezger "forma básica de la culpabilidad" y a la culpa "su forma más leve". Además de "formas", en su opinión, son "grados" de culpabilidad. Aun cuando la conducta antijurídica haya sido consumada por

un imputable y constituya una de las formas de culpabilidad, puede existir a su favor una causa excluyente que determine su inculpabilidad, entre las cuales se pueden mencionar: la situación de coacción (vis compulsiva) y el mandato jurídico obligatorio, el estado de necesidad disculpante, ciertas situaciones de exceso en la legítima defensa, la colisión de deberes excluyentes de la culpabilidad y algunos casos de no exigibilidad de otra conducta.

La reprochabilidad, en la estructuración propuesta por Mezger, es la culminación del proceso integrador del delito. Cuando se determina que es posible reprochar a su autor la conducta típica y antijurídica, aparece esta como una actuación culpable y por ello puede afirmarse la plena existencia de un delito.

El normativismo causalista, cuyas principales características se han tratado de resumir, partió de un concepto causal de acción; por eso, como muy bien lo precisan Olga Islas de González Mariscal y Elpidio Ramírez Hernández, pone de manifiesto "...inevitablemente y como un reflejo, los defectos que caracterizan a la teoría causalista de la acción." (110)

A partir de esta observación crítica, de carácter general, pueden formularse otras más concretas y particulares: el contenido de la voluntad (dolo y culpa) se concibe fuera de la acción y dentro de la culpabilidad, dando

lugar a una categoría normativa con un contenido de elementos fácticos y valorativos que origina una confusa mezcla de ingredientes de naturaleza diferente; se confundió el objeto de valoración (dolo y culpa) con la misma actividad valorativa, cuando aquellos son procesos psíquicos (fácticos) y ésta un hacer normativo. Como consecuencia de ello, la culpabilidad resultó ser un concepto con elementos normativos y fácticos, situación que en nada ayudó a la claridad de este nivel del delito relacionado con el autor y su hacer antijurídico.

b) **NORMATIVISMO-FINALISTA:** esta construcción teórica de la culpabilidad está basada en la teoría de la acción formulada por el finalismo; corriente penal que, como lo vimos en su oportunidad, sin renunciar a los elementos del delito ya existentes en la sistematización anterior, dió lugar a una estructuración de la teoría del delito y provocó una diferente ordenación y ubicación de sus componentes. Lo más importante a señalar, en nuestra opinión, es que logró conformar una concepción realmente normativa de la culpabilidad, al despojarla de los ingredientes fácticos y dejarla exclusivamente integrada por el reproche o genuina valoración jurídica del injusto.

Corresponde pues, al finalismo, la erección de un concepto normativista en el verdadero sentido de éste

término, en el cual se separa el objeto de valoración (conducta) del juicio de culpabilidad (valoración). Los representantes más notables de esta concepción son Hans Welzel y Reinhart Maurach. Este último introduce un concepto más amplio, según lo veremos más adelante, en la conceptualización de la culpabilidad.

Para Welzel, al ubicar el dolo y la culpa en el tipo y dar con ellos contenido a la voluntad, la culpabilidad queda reducida al reproche. Este se formula al autor, porque teniendo la obligación de conducirse de una manera y habiendo podido hacerlo así, se decidió por otro comportamiento, en abierta contradicción con el orden jurídico. Deber y poder son dos columnas esenciales a esta categoría. "En este "poder en lugar de ello" del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor de su conducta antijurídica." (111)

La reprochabilidad no puede darse a menos que estén presentes tres elementos: capacidad de culpabilidad, posibilidad de comprender lo injusto y la exigibilidad del deber. El primero se refiere al presupuesto existencial de la imputabilidad; esto es, a la capacidad de autodeterminarse en su actividad conforme a lo demandado por el derecho. Esa aptitud requiere del sujeto un desarrollo fisi

co y mental, suficiente y adecuado, para evaluar sus actos de acuerdo a las concepciones éticas de la comunidad. Dicha capacidad, en términos generales, se señala en la ley tomando como base el concepto de mayoría, en el que suelen coincidir las legislaciones penales y civiles, salvo algunas excepciones apreciadas en el derecho comparado.

La ausencia de los componentes de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, da cabida a los elementos negativos que fundamentan la imposibilidad de autodeterminarse y conocer la antijuridicidad de la conducta, originados de estados mentales anormales constitutivos de perturbaciones psíquicas. En tales casos el ámbito de autodeterminación del sujeto no le permite actuar, responsable y libremente, debido a causas existentes en su propia constitución física y mental. En tanto "poder" de comprender y actuar en libertad, la capacidad de culpabilidad es graduable, pero deberá establecerse en forma existencial referido no a la categoría hombre sino al sujeto concreto y particular que realizó la específica conducta antijurídica; y, por supuesto, tomando en consideración las reales y concretas condiciones en medio de las cuales tuvo lugar su comportamiento típico y antijurídico.

La posibilidad de comprender lo injusto implica que el autor debió estar en condiciones de tener conciencia de la contrariedad de su conducta respecto del dere--

cho, así como de actuar en consecuencia con esa compren---
sión; es decir, también se requiere tener libertad, en la
situación particular y concreta, de observar el imperativo
de la norma. En este nivel lo determinante es la dosis de
conocimiento que el sujeto imputable esté en condiciones -
de tener en cuanto a lo reprochable de su actuación; por e
so el elemento negativo consiste en la imposibilidad de re
conocer lo antijurídico del comportamiento, situación que
da origen al denominado "error de prohibición". Este, por
las consecuencias que produce, permite ser clasificado en
invencible o inevitable y vencible o evitable.

El error de prohibición inevitable tiene lugar -
cuando el sujeto, a pesar del debido cuidado y atención, -
no hubiera podido advertir la antijuridicidad de su conduc
ta. Su efecto es eliminar la culpabilidad en forma total
y por lo mismo el injusto no adquiere la calidad de deli--
to; en consecuencia, no hay ninguna posibilidad de imponer
una pena. El error de prohibición evitable es susceptible
de ser superado si el agente es diligente, tal como el de-
recho se lo demanda; por eso su presencia no extingue la -
culpabilidad sino la atenúa, lo que se deberá manifestar
en una disminución de la pena. Como el error de prohibi--
ción es un problema de culpabilidad, en ningún caso el do-
lo y la culpa se verán afectados, por haber quedado afirma
dos en el nivel de la tipicidad.

Tanto la capacidad de culpabilidad como la posibilidad de comprender lo injusto, están fundadas en lo que Welzel llama "autodeterminación conforme a sentido", que no es sino el libre albedrío pero limitado por el deber de orientar la conducta conforme al valor, lo cual le imprime una dirección positiva al comportamiento del hombre. A -- partir de este fundamento ético-filosófico, la carencia de "sentido" en el acto del hombre, Welzel define la culpabilidad como "...la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello. No es la deci--- sión conforme a sentido en favor de lo malo, sino el que-- dar sujeto y dependiente, el dejarse arrastrar por los im-- pulsos contrarios al valor."(112) Si el autor no tiene e-- sa capacidad de autodeterminarse conforme a sentido, no es posible formularle el reproche y por lo mismo no podrá ser considerado culpable de su conducta antijurídica.

La exigibilidad consiste en que el autor debe estar obligado por un deber legal, que le es exigible en el caso concreto, a comportarse de conformidad con la norma y no como lo hizo. Su conducta debe constituir, además de la mera contradicción con el imperativo penal, una auténtica negación de ese deber que le exige conducirse de una determinada manera; en otras palabras, no debe tener a su favor ninguna causa productora de la inexigibilidad de la -- conducta señalada en la norma.

La ley penal, a través de su elemento normativo, ordena una conducta y espera su cumplimiento de parte de todos; pero, bajo determinadas circunstancias puede permitir que a un sujeto particular, autor de una conducta anti jurídica concreta, no se le reclame la no observancia de ese comportamiento. Aparecen entonces los elementos negativos de la culpabilidad, dimanados de la inexigibilidad de la conducta mandada por la norma. El más relevante, en esta concepción de la culpabilidad, es el estado de necesidad exculpante cuyas hipótesis más aceptadas a nivel de los sistemas de legalidad penal, son el originado de la co acción física y el putativo.

En la cúspide de su sistema de la culpabilidad, Welzel ubica un "estado de necesidad exculpante supralegal", cuando el sujeto se encuentra en una situación de conflicto de deberes; tal el caso de los médicos alemanes que recibieron la orden de Hitler en el sentido de aplicar la eutanasia a los enfermos mentales, quienes se vieron en la necesidad de matar a algunos para salvar a los demás. Esta causa de exculpación, si se interpreta correctamente la expresión "supralegal", encuentra su fundamento más allá del derecho, en un ordenamiento superior al jurídico vigente.

Estamos ante un elemento negativo del delito que no puede ser fundamentado, en forma directa, en la le

galidad penal positiva. Tal circunstancia quiebra la unidad de una conceptualización del delito a partir de la ley vigente; en efecto, el ámbito de lo legal en la noción jurídica del delito, no debe dejar el más mínimo resquicio por donde pueda penetrar, en forma "legal", la extralimitación del poder. De lo contrario, el sistema pierde coherencia y legitima elementos ajenos a la sistematización, los cuales pueden dar lugar a situaciones que se erigirán en contra de la seguridad y la justicia, al permitirse la exculpación de delitos que han dañado gravemente la integridad de la sociedad.

El interés de la comunidad debe prevalecer sobre el de los individuos ubicados dentro de las excepciones extraordinarias, que sin duda pueden presentarse en algún momento de la vida del ente social. La necesidad exculpante tiene que mantenerse dentro de los límites de la legalidad penal; y, en ningún momento y por ningún motivo, debe servir para no castigar a quienes han lesionado los bienes más preciados del hombre, como lo son su vida y su integridad física, sobre todo si los autores de tales hechos delictivos formaron parte de la maquinaria estatal.

Reinhart Maurach, por su parte, sin apartarse en lo fundamental del finalismo en su concepción acerca de la culpabilidad propone un término más amplio capaz de

abarcar tanto la reacción contra el delito (pena) como la respuesta a la peligrosidad (medida de seguridad). El término propuesto es el de "atribuibilidad", cuya extensión conceptual comprende dos situaciones: responsabilidad por el hecho y culpabilidad. La primera categoría cubre el deber de toda persona para responder por su acto en la medida del "término medio" presumido por el derecho; contiene la mera desaprobación social del comportamiento y es una referencia al hombre en su dimensión de concepto general - in abstracto, en el cual no es posible una plena individualización. "Esta desaprobación no implica aún un reproche. La desaprobación se pronuncia antes de averiguar si el autor se encontraba en situación de conocer el alcance de su acto y de orientar su voluntad conforme a este conocimiento." (113)

La culpabilidad va más allá del mero rechazo o repulsa colectiva de la conducta antijurídica, es el reproche particularizado al sujeto que la realizó, pero no sin tomar en cuenta sus reales posibilidades psíquicas y las condiciones concretas en las cuales actuó. El reproche se basa en el hecho que el autor se comportó de manera diferente a como podía y debía hacerlo según las exigencias de la norma. "El reproche supone algo más que la simple desaprobación. Requiere también algo más en el autor: exige del sujeto la capacidad de poder actuar conforme al Dere--

cho. Tan sólo podrá formularse un juicio de culpabilidad frente al autor que podía conocer el injusto y orientar su conducta conforme a ese conocimiento."(114)

El juicio de reproche se tiene que desarrollar de manera progresiva, de acuerdo a los dos grados de la atribuibilidad (responsabilidad por el hecho y culpabilidad). En primer lugar es necesario verificar si procede atribuir subjetivamente la conducta al sujeto, es decir, si se le puede demandar una respuesta personal por el hecho como algo "suyo"; en segundo lugar, como según Maurach la culpabilidad debe consistir en una individualización al máximo, se requiere ascender un peldaño más lo cual es el reproche individual al autor de la conducta contraria al derecho, que sólo es posible si se constata la capacidad personal del sujeto para poder actuar de conformidad al orden normativo jurídico en el caso concreto. Dicho juicio no lo puede emitir el juez, a menos que tome en cuenta la imputabilidad y la posibilidad de conocer el injusto en la realidad específica de la actuación del autor, así como las posibilidades efectivas de su personalidad total. No todos son capaces al mismo nivel pues el desarrollo físico y mental cambia de persona a persona; tampoco todos tienen la misma aptitud para darse cuenta de lo injusto de su conducta, ya que en ello inciden variados factores que van desde el cultural y educativo, hasta el técnico y científico. -

Sólo si en esas circunstancias, se comprueba que el autor pudo actuar de acuerdo a la exigencia de la norma, se podrá enunciar el reproche y por lo mismo la conducta adquirirá la calidad de culpable.

E) CULPABILIDAD Y FIN DE LA PENA: en su ensayo "culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídicopenales", Claus Roxin desarrolla la tesis de la culpabilidad fundada en la teoría del fin de la pena. En realidad expone, con más detalles y mayor profundidad, las ideas que en torno al mismo tema esbozó en un trabajo anterior denominado "Política Criminal y Sistema del Derecho Penal". Para él la cuestión primordial en la problemática de la culpabilidad es descubrir lo que fundamenta, en lo material, el reproche dirigido al autor de la conducta antijurídica. Al pasar revista a los esfuerzos hechos por encontrar este fundamento no formal, menciona algunas teorías de las cuales citaremos las que nos han parecido más importantes.

La de la exigibilidad: fundamenta la culpabilidad en el deber de motivarse conforme a la norma de deber, por lo cual se demanda al autor una conducta diferente a la por él realizada. Para Roxin la categoría "exigibilidad", además de no tener contenido valorativo o normativo, pospone la cuestión pues es necesario preguntarse previamente: ---

¿Por qué es exigible una conducta diferente?

La del "poder" del autor frente a la "antijurídica formación de voluntad". Se basa en la libertad o libre albedrío, aspecto imposible de ser verificado en forma empírica, pues en la práctica a lo sumo podrá aprobarse que el autor, en el caso concreto y de acuerdo a sus características personales, pudo actuar de manera diferente a como lo hizo.

La del "disvalor de ánimo" de Wilhelm Gallas. Esta categoría debe entenderse como la "actitud" del autor, actualizada en el caso concreto, que entra en contradicción con las exigencias del derecho, de acuerdo a las cuales debió haberse comportado de forma diferente a como lo hizo.

"Culpabilidad es pues reprochabilidad del acto en atención al ánimo (gesinnung) jurídicamente desaprobado que se realiza en él." (115) Según Roxin esta postura no es más que otra denominación del criterio formal de la reprochabilidad.

La posición de Maurach: el desdoblamiento de la "atribuibilidad" en la responsabilidad por el hecho (general) y culpabilidad (individualización), al que ya hemos hecho referencia en este mismo subcapítulo, lo considera Roxin muy difícil de verificarlo en la práctica y una tesis en definitiva basada en el libre albedrío.

Para Claus Roxin "...los principios politicocriminales de la teoría del fin de la pena sustentan la catego--

ría sistemática que comunmente se denomina culpabilidad." (116) Este punto de partida en la exposición, no exclusivo de su construcción teórica acerca de la culpabilidad, lleva a la conclusión de que sólo cabe imponer una san---ción penal por razones de prevención general o especial, - relegando a la culpabilidad a un segundo plano respecto de lo que ha ocupado un primer lugar: antecedente inmediato y necesario para imponer una pena. "Lo decisivo no es poder actuar de otro modo, sino que el legislador desde puntos - de vista juridicopenales quiera hacer responsable al autor de su actuación."(117) Consecuente con esta posición, --- Roxin prescinde del término culpabilidad y lo substituye - por el de "responsabilidad". Esta categoría debe respon--der, de acuerdo a criterios políticocriminales, a si con--viene o no, imponer una sanción en el caso concreto.

En la mayoría de las teorías de la culpabilidad, incluido el normativismo finalista, lo determinante para - imponer una sancion es la procedencia del reproche jurídico-penal en virtud de la conducta culpable del sujeto; - es decir, por haber obrado en forma ilícita cuando pudo hacerlo de acuerdo a lo ordenado por la normatividad penal. Para la posición de Roxin, lo básico es la conveniencia o no de imponer una sanción con vista a la prevención gene--ral o especial del delito. La pena se señala, no por lo - que se hizo y como se hizo, sino en atención a su perten

cia político-criminal. Aun suponiendo que la política criminal de las capas dirigentes interprete los intereses de la sociedad, esta teoría abre la posibilidad de legitimar el no castigo del delito y de imponer la pena, no en razón de un delito cometido, sino en función de objetivos políticos, con el consiguiente riesgo que ello representa para la seguridad ciudadana.

Sin embargo, a nivel legislativo el planteamiento de Roxin tiene la virtud de reconocer la necesidad de vincular la formulación de la legalidad penal a otras áreas del conocimiento científico; así, como el grado de responsabilidad viene a ser la dimensión de lo político-criminal de la conducta antijurídica, los fines y la cuantificación de la pena no pueden ser determinados exclusivamente por la visión específica del derecho penal.

Dicha situación hace necesaria la intervención de otras disciplinas, entre ellas las sociales y las criminológicas, cuyo concurso ayudará a lograr esas precisiones jurídicas respecto de la sanción penal, sin violentar la compleja realidad delito-delincuente-sociedad, y sí interpretar en ellas los altos intereses sociales. "En la medida en que el contenido de los fines de la pena es determinado conjuntamente por conocimientos criminológicos, sociológico-jurídicos y filosófico-jurídicos, tropezamos aquí con esa estrecha relación entre dogmática y ciencias básicas, sin cu-

ya consideración una obra articulada se petrifica muy fácilmente, convirtiéndose en lógica conceptual formal."(118) - Por supuesto, esta ingerencia de las disciplinas criminológicas y sociales a través de las concepciones político-criminales, reclaman mucho más de la sistemática jurídico-penal, no sólo en cuanto a la precisión de su elaboración conceptual, sino también en la conformación de sus propuestas. Estas tendrán que ser auténticos instrumentos al servicio de la comunidad en la solución de los problemas sociales más graves.

Por su parte, Gimbernat también rechaza un derecho penal basado esencialmente en el principio de culpabilidad; tampoco acepta que el presupuesto necesario para la imposición de la pena sea la culpabilidad, porque el fundamento de ésta, el libre albedrío, es indemostrable.(+) El derecho penal encuentra su más legítima justificación en la necesidad de proteger la convivencia. Su cimiento más sólido y científico está dado más por el psicoanálisis que por la culpabilidad. La conveniencia social de erradicar las conductas lesivas a la vida en sociedad y de motivar a los ciudadanos a no cometerlas, justifica la amenaza y en su ca

(+) Estas ideas las desarrolla en dos interesantes trabajos: "Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal" y "El sistema del Derecho penal en la actualidad".

so la imposición de la pena, para quienes las ejecutan contraviniendo la prohibición legal.

La pena tiene como fin primordial motivar las facultades inhibitorias de los hombres, a efecto de que se - abstengan de cometer acciones contrarias a la convivencia. Dichas conductas están en los tipos penales o deben estar- lo si la ley penal cumple su cometido. La pena es una realidad no agradable y sin ella ninguna sociedad podría so-- brevivir. "No se impone para retribuir sino para hacer posible la convivencia humana. Por ello, nada puede justifi- car que el Estado imponga un padecimiento innecesario." -- (119) No resulta necesaria cuando, por las condiciones -- personales, no se tiene la capacidad de ser motivado por ella; tal es el caso de los inimputables y de quienes actúan bajo error invencible o inevitable.

La oportunidad y la cuantía de la pena, conforme a esta posición doctrinaria, no depende del grado de culpa- bilidad sino de la necesidad de resguardar la convivencia. Como no es posible saber si quien comete un delito actúa - libremente, debe imponerse sólo en caso de ser efectivamen- te necesaria pues conlleva un grave sufrimiento para quien la padece. "...es algo que el Estado tiene que justificar demostrando su necesidad para alcanzar una soportable convivencia social."(120)

Buscar la justificación de la punibilidad e impo

sición de la pena, al margen del acto y su vinculación a quien lo ejecutó, puede llevar a ocultar bajo la conveniencia social una arbitraria práctica de sancionar a hombres y no reprimir conductas. El interés social de la convivencia ciertamente es prioritario, pero es inconveniente para la plena realización del hombre en función de la cual existe la sociedad, imponer sanciones penales sin tomar en consideración la responsabilidad del autor en la conducta observada.

La conveniencia social debe tener, como referencia necesaria, una actuación individual de efectos relevantes para el grupo. En consecuencia, la pena no puede ser sino la respuesta de la comunidad a un acto individual. -- El interés de la sociedad en relación a dicha actuación -- puede determinar si, a pesar de haberlo ejecutado sin justificación alguna, procede dispensarla en aras del interés colectivo; o, en caso contrario, imponerla para preservar el nivel mínimo de la vida en sociedad aceptable.

Las tesis de Roxin y Gimbernat conceden gran relevancia al interés colectivo. Llama la atención que ambas proceden del mundo capitalista más desarrollado y equilibrado, en donde los sectores populares parecen ser mejor atendidos que en otros países de esta zona político-ideológica. Llevadas hasta sus últimas consecuencias, ambas teorías dejan abierta la posibilidad de llegar a imponer pe--

nas en atención a la conveniencia colectiva únicamente. - Esto equivale a ignorar al hombre como tal y a negarle su capacidad de cumplir con sus deberes para con la sociedad; cuando, a diferencia de los otros animales no racionales, él puede desarrollar una consciencia ética que le permite discernir entre el comportamiento adecuado a la normatividad social y convicción ética de la comunidad y los actos personales que la contradicen.

F) CULPABILIDAD Y SOCIEDAD: la función fundamental del ente social, en relación con el ser humano, es hacer posible la convivencia en sociedad, único medio en el cual el hombre se puede realizar como tal y desarrollar sus extraordinarias potencialidades. Con su esencia de racionalidad, la vida humana permite a los individuos plantearse propósitos y objetivos propios, los cuales le dan sentido y razón a su cotidiana existencia; además establecen una diferencia substancial entre el hombre y los demás seres vivos del reino animal. "No hay otras criaturas a excepción de las humanas que puedan organizarse conscientemente para realizar fines prefijados."(121) La única razón que puede justificar la organización social; en forma plena y racional, es la de posibilitar la vida del ser humano al más alto grado material y moral, para todos sus miembros y no sólo para unos cuantos.

En lo material la sociedad está obligada a crear las condiciones para la total satisfacción de las necesidades básicas del hombre, condición indispensable para alcanzar un nivel de vida digno, de acuerdo a su calidad humana y desde luego superior a la mera subsistencia animal. En este sentido, "vida digna" significa la plena satisfacción y realización de los miembros del cuerpo social, lo cual - viene a ser sinónimo de felicidad en la acepción más objetiva de este término.---

En tal orden de cosas, las necesidades fundamentales que la sociedad debe permitir satisfacer al hombre - de la mejor manera, son: alimentación, habitación, vestuario, salud, educación y recreación. Todo ello se reduce a la necesidad de trabajar, en las óptimas condiciones, para poder obtener los satisfactores esenciales requeridos para un nivel en realidad humano de la vida. Desde luego, la - calidad organizativa de la sociedad deberá permitir al hombre tener acceso a un trabajo cuyas características y condiciones hagan factible su realización humana; y no de lugar, por el contrario, a que funcione como instrumento de su explotación y degradación.

En lo moral, la organización social se justifica si permite al individuo ser, en efecto, un hombre libre y digno. El ser humano como tal no puede serlo de otra manera.

ra; por tal razón, cuando la sociedad no es capaz de crear las condiciones para que sus miembros puedan alcanzar esa calidad, no tiene una legítima razón de ser y se torna, -- sin duda alguna, un instrumento de explotación del hombre y por lo mismo niega lo que de humano hay en él. Tal exigencia se refiere a una situación determinada por condiciones materiales de vida, no formales, imprescindible para -- que el ser humano tenga la oportunidad de ser verdaderamente libre y feliz. No se demanda al ente social hacer, en forma automática y mecánica, a sus miembros individuales -- hombres libres y satisfechos, sino que les permita la oportunidad de serlo por su propio y personal esfuerzo. Sólo así la vida puede tener un sentido humano auténtico.

La sociedad organizada en función de la felicidad del hombre, es la condición necesaria para que la culpabilidad aparezca como una exigencia al individuo, justa e ineludible, para elevar y mantener a la más prominente -- altura la calidad de la convivencia social. El delito como acto del hombre confronta al individuo con la sociedad y crea una relación de contradicción de intereses. Visto a partir de quien lo comete, es una conducta que evidencia el no funcionamiento de los mecanismos de control y el haberse dejado llevar por un impulso personal y negativo; además, satisface un deseo egoísta de su autor y perjudica, en forma grave, a la persona que lo padece.

Para la sociedad es un acto reprobado por ella y repudiable, pues atenta contra su función esencial al destruir o dañar bienes jurídicos fundamentales, indispensables para la realización y desarrollo de la convivencia. En todo delito hay un sujeto particular sobre quien recae la acción inmediata del delincuente, y en ocasiones, las consecuencias de tal acto puedan alcanzar hasta la familia de aquel; sin embargo, los efectos más graves los recibe el interés social, ya que el comportamiento delictivo se endereza directa y fundamentalmente contra la misma sociedad. Por esa razón, como se dijo con anterioridad, las leyes penales deben criminalizar sólo los comportamientos dirigidos a lesionar bienes jurídicos esenciales para el desenvolvimiento de la vida social. Los demás intereses, convenientes pero no necesarios para la existencia y progreso de la organización social, pueden ser protegidos por los otros sectores del sistema de legalidad vigente.

¿Cuándo se justifica, desde el punto de vista del interés colectivo, la recriminación jurídico-penal de una conducta individual?. De acuerdo a lo que hemos venido exponiendo, esta pregunta no puede responderse sino se toman en cuenta las condiciones personales del autor del daño al bien jurídico protegido por la ley penal y el interés prioritario de la sociedad. En cuanto al primero, el sujeto debe ser un hombre en condiciones personales capaz

de decidir por sí mismo sus actos y haberse comportado en - circunstancias que le permitieron decidir en libertad la co misión de su acción delictiva. En relación a la sociedad - la conducta antisocial para serlo en realidad, tiene que po ner en peligro la convivencia, debe producir el efecto de - dañar su normal y pacífico desarrollo. Este criterio permi te excluir algunos actos, hoy definidos por la ley como de- litos, que en verdad no deberían ser considerados en la ac- tualidad como tales; por ejemplo, algunos supuestos relati- vos a los delitos contra la estimación social de las perso- nas, a los cuales el desarrollo de la vida en sociedad les ha quitado la gravedad que tenían en otros tiempos.

¿Por qué se puede formular un reproche jurídico-pe- nal a un individuo?. También la respuesta a esta interroga- ción requiere tomar en cuenta el lado del autor del compor- tamiento y el de la sociedad en cuyo seno se ha originado y realizado. El hombre como miembro del ente social tiene la obligación de conducirse, en sus relaciones con los demás, dentro de las pautas de conducta cuya vigencia real ha sido sancionada por la sociedad, sobre todo las provenientes de las leyes penales que dan lugar a las violaciones más gra- ves de la normatividad positiva; y, por lo mismo, provocan las sanciones más rigurosas de parte de la acción punitiva.

Del lado del cuerpo social existe el deber de cui

dar la convivencia y por lo tanto de reprimir todas aquellas conductas que atentan contra su normal desarrollo y el perfeccionamiento de su calidad. El ejercicio del ius puniendi, en lo legislativo, judicial y ejecutivo, debe hacerse en función de esta necesidad grupal de erradicar, o por lo menos controlar, los actos individuales que son factor de inestabilidad social y por ello impiden o estorban el desarrollo de la convivencia.

En la problemática de la recriminación social -- del delito, la gran dificultad está constituida por la mediación del estado, pues en una sociedad dividida en clases dicho nivel de organización funciona, en forma prioritaria, a favor del grupo dueño del poder. Por tal razón, la democratización de la vida social vuelve a aparecer como condición inexcusable para la vigencia real de los postulados del moderno derecho penal. Entre otras, nos parecen válidas dos demandas: la autonomía verdadera de los órganos persecutor y juzgador, a efecto de que su actividad se realice en función de defender la convivencia y de la necesidad de promoverla y elevarla en su calidad; y, como se ha dicho ya en otra parte, la intervención de los ciudadanos en la vida política de la sociedad como un medio de controlar a los órganos que ejercitan el poder.

El filósofo norte-americano Howard Selsam, al analizar los deberes éticos del individuo frente a la sociedad

dad, ha llegado a la conclusión siguiente: "La única solución es combinar la máxima vigilancia individual con el -- máximo de democracia colectiva. Esto requiere por parte -- de cada individuo una mayor participación en la colectividad a la que pertenece y una mayor responsabilización de -- sus acciones, y al mismo tiempo un mayor esfuerzo por parte de cada organización o colectividad que luche por un -- fin digno, para asegurar la máxima eficacia posible."(122) Sólo si el individuo participa y hay condiciones para que --- lo haga, no de manera formal sino real, existirá la posibilidad de lograr una acción estatal orientada a la satisfacción de las necesidades sociales fundamentales, dentro de las cuales está la convivencia en un primer lugar.

G) CULPABILIDAD E INDIVIDUO: la dimensión social del individuo se manifiesta, como ser pensante y racional, en que es parte de la sociedad pero no a la manera de una "pieza" de la gran máquina o sólo en forma instintiva; todo lo contrario, participa de la vida social porque es la única manera de realizarse como hombre, en relación con -- los demás para superar el nivel de la mera animalidad. La humanidad del individuo radica en su vinculación a los o-- tros hombres, en la convivencia, dada su naturaleza esencialmente social. En efecto, el ser humano sólo puede --- existir como tal en una sociedad organizada.

La pertenencia de los hombres a un grupo está basada en un sentimiento instintivo que genera dos actitudes, no repelentes sino complementarias, en cuanto a la ubicación de los individuos en "su" sociedad. Por un lado la identificación (sentimiento hacia adentro) con los otros individuos miembros de la colectividad por el cual "todos" se sienten pertenecer al grupo; y, por el otro, la hostilidad (sentimiento hacia afuera) respecto de los otros individuos situados al exterior del grupo. Identidad y exclusión son dos actitudes, de parte de los integrantes de la colectividad que cohesionan la vida social y determinan una relación entre hombre y sociedad, en su base necesaria e instintiva, pero cuya consolidación y desarrollo se debe preponderantemente a la razón y capacidad que el hombre tiene de imprimir a la vida social cierto grado de desarrollo evolutivo.

Lo contrario sucede con los otros animales llamados "sociales", como la abeja y la hormiga por ejemplo, cuya vida gregaria es inmutable, mecánica y estática. En sus agrupaciones, eminentemente instintivas, los cambios son operados por la selección natural y la necesidad de acomodarse a las transformaciones de la naturaleza; por lo mismo, no son decididos por ellos sino les vienen impuestos por su entorno, desde afuera y de manera fatal.

El desenvolvimiento de la vida social y la com--

plejidad de las relaciones que la constituyen, demanda una muy fuerte dosis de racionalidad de parte de los miembros de la sociedad, entre ellos como individuos y con la colectividad como un todo. Tienen derecho de aspirar a contar con las condiciones sociales, necesarias y adecuadas, para poder tener una vida digna y no solamente la oportunidad de subsistir; pero, en correspondencia con esa legítima -- pretensión, todo hombre frente a su grupo social tiene la fundamental obligación de adecuar su conducta a las pautas de comportamiento adoptadas por la sociedad en su conjunto. Las impuestas sin el respaldo auténtico de la colectividad, tarde o temprano se evidenciarán como artificiales, carentes del apoyo efectivo de la coacción social.

La relación individuo-sociedad depende del grado de educación y cultura de aquel así como del nivel evolutivo de ésta; pero en todo caso, está basada en una serie de derechos y obligaciones, al margen de cualquier ley positiva, que se corresponden tanto para la sociedad como para el individuo. El hombre, que recibe de la sociedad la posibilidad de realizarse como tal, está llamado a controlar sus impulsos y sentimientos agresivos si ellos representan un daño a otros individuos, pero sobre todo si atentan contra la estabilidad y desarrollo de la organización social.

Esta obligación, impuesta a los integrantes de un grupo social, de ninguna manera convalida la uniformi-

dad del comportamiento de los individuos como una exigencia para el normal desarrollo de la convivencia. En este sentido, la disidencia es un derecho de las minorías que debe armonizarse con el de las mayorías, pues si no se justifica la imposición de parte de éstas mucho menos la de aquellas; además, la disidencia es un elemento legitimador, no sólo en lo político formal, de la opinión mayoritaria, pues ésta no tiene sentido sin aquella, sobre todo en una sociedad con aspiración a ser considerada democrática.

Desde el cuestionamiento de la forma de gobierno hasta el de la organización social, pasando por el enfermo mental(inferior), el genio(superior) y el delincuente común, toda disidencia debe tener una respuesta adecuada, oportuna y motivada prioritariamente por el interés de la sociedad y según su nivel de desarrollo.

"Ningún hombre es completamente libre y ninguno completamente esclavo."(123) Esta afirmación, tan terminante y radical, se debe al pensamiento del filósofo inglés Bertrand Russell, quien la expuso a manera de conclusión anticipada al examinar la relación entre la ética individual y la ética social. La libertad de conducirse dentro de una sociedad concreta, siempre será la capacidad del sujeto de comportarse de cierta manera y dentro de límites muy concretos; por eso, la categoría libertad

sólo puede ser comprendida cuando se juzga al hombre frente a los demás, nunca en forma separada y aislada de la vida social.

La autodeterminación del individuo tiene que darse en medio y en relación con los demás, pero su parámetro no sólo es la normatividad penal, sino ella en relación a la capacidad personal del sujeto y a partir de la realidad concreta en que se decidió a actuar como lo hizo. Esa idoneidad para poder decidir, en relación consigo mismo y su realidad inmediata, es el centro y fundamento ético de la culpabilidad jurídico-penal; por eso, cuando el autor no la posee, no puede serle reprochado un comportamiento como delito. La adecuación de la conducta debe ser a la normatividad de la sociedad elevada a la categoría de ley positiva. Por supuesto, es legítimo aspirar a que en ella esté interpretada la concepción social del delito y no la de expertos o pequeños grupos de poder.

La violación de las leyes penales constituye la conducta más grave que un individuo pueda realizar. Por tal razón, no sólo es exigencia de la justicia formal sino más aún de la conveniencia colectiva, el formular el reproche e imponer la pena que se deriva del mismo, a quien observe un comportamiento de verdad antisocial y contrario a la solidaridad del grupo. Dicha conducta es intolerable desde el punto de vista del interés social y la sociedad -

la reprime con la sanción penal, no sólo para defender los bienes jurídicos de futuros ataques sino, de manera prioritaria, en función de la convivencia que es el interés más alto al cual debe responder toda legalidad penal.

La aptitud para elegir entre una conducta adecuada al interés de la sociedad y otra que lo contradiga, requiere de su autor la calidad de ser capaz y libre en cuanto a su persona; pero también es fundamental que el entorno social donde el delincuente ha realizado su acto le haya permitido, en efecto, ser un hombre libre en el momento de su comportamiento delictivo. Si el hombre es capaz a nivel personal, pero de las condiciones concretas en medio de las cuales se condujo, se desprende que actuó anulado o limitado en su facultad de decisión, no se puede integrar el reproche o a lo sumo se hará en forma rebajada. El deber de comportarse, según las normas de la sociedad, de ninguna manera debe representar la negación del hombre como tal; todo lo contrario, tiene que significar la afirmación de sus más fundamentales derechos como ser humano.

El desarrollo mecánico de la vida moderna y la complejidad de las relaciones sociales, pueden llegar a anular la inteligencia del hombre o por lo menos a limitarla en su desarrollo, como sucede con el uso de las máquinas de computación y la capacidad de hacer mínimas operaciones aritméticas de suma y resta; o la automatización de

los obreros de las grandes fábricas, a causa de la cual pierden parte de su habilidad mental y creatividad por hacer la misma tarea durante años.

El deber de comportarse de conformidad con la normatividad legal, de ninguna manera debe traducirse en el sometimiento mecánico y acrítico de parte de los individuos. El derecho a su dignidad se reduce, en su grado más esencial, al reconocimiento de su condición humana de parte de la organización social. La violación de la dignidad del hombre, definida en sentido legal por los derechos humanos, no se justifica por ningún motivo. De ahí que la culpabilidad penal sólo es legítima en la medida que el reproche se base en una legalidad que reconoce y defiende lo humano en el hombre; y, siempre y cuando, con el acto antisocial se haya dañado en alguna forma la convivencia.

6. REFLEXION ACTUAL

La actual concepción de la culpabilidad, junto al derecho penal y la teoría del delito, está marcada por cuatro inquietudes que hoy están muy presentes en la reflexión de la materia penal: imposibilidad de separar lo jurídico de la realidad (económica, social y política), incidencia de lo político-criminal sobre lo jurídico-penal, resocialización del delincuente y prioridad de lo social. El orden en la enumeración no obedece a alguna jerarquía. El culto a la construcción teórica de las cuestiones relativas al delito y su punibilidad, a partir de la consideración del fenómeno jurídico como algo aislado de lo económico-social y lo político, puso el acento de la reflexión científica en la elaboración de sistemas rigurosos, organizados in abstracto, sin relacionarlos a la realidad donde la normatividad penal se aplica. Tal actitud metodológica condujo a una negativa separación entre el quehacer teórico y la rica práctica cotidiana del derecho, circunstancia que empobreció a ambos niveles del conocimiento jurídico. Teoría y práctica no producen visiones excluyentes en la actividad científica; al contrario, correctamente entendidas se complementan y retroalimentan en el conocimiento y transformación de la realidad.

El penalista alemán-occidental, Claus Roxin, es el abanderado de una nueva dirección en el pensamiento ju

rídico del sector penal, quien consciente de lo negativo - que resultó a la Ciencia Jurídica su aislamiento de la realidad, propugna la creación de un "puente" vía la política criminal, que permita al pensamiento jurídico-penal nutrirse de su contexto social, económico y político, en donde - la legalidad penal actúa y muestra su fortaleza o debilidad. Como acertadamente lo señala Roxin, esta desvinculación con la realidad fue consecuencia de la visión positivista que monopolizó la sistematización de la materia penal desde los tiempos de Liszt, y marcó todo el proceso de transformación del clásico sistema de Beling hasta nuestros días. "El positivismo, como teoría jurídica, se distingue porque destierra de la esfera de lo jurídico las dimensiones de lo social y de lo político. Precisamente este axioma, aceptado por Liszt como evidente, sirve de base a esa oposición entre Derecho Penal y Política Criminal".

(124)

Pero el derecho penal fue aislado, no sólo de lo político-criminal, sino de toda la realidad social, económica y política, donde la legalidad penal cobra su verdadera vida y adquiere su esencial razón de ser. La crisis y superación del positivismo provocó la de la Ciencia Jurídica, así como la del sector penal y de la teoría del delito. Dicha situación ha motivado a penalistas y iusfilósofos penales a buscar una salida que permita al derecho pe-

nal comunicarse con su entorno social. Eso es posible sólo si se logra vincular la reflexión científica a la vida real, esto es, a la función política, las relaciones económico-sociales, la práctica del órgano persecutor del delito y de los tribunales, etc. La teoría debe ser capaz de explicar la realidad por ella abordada y promover su transformación, de lo contrario, no puede ser considerada ciencia. El jurista debe plantearse el reto de proponer respuestas factibles a los problemas que analiza, pues el sólo señalamiento de las deficiencias en la práctica del derecho no es crítica en el sentido científico.

Muñoz Conde al comentar el error de los teóricos alemanes occidentales cuyo rigor sistemático no puede negarse (entre ellos Liszt, Binding, Mezger y Welzel), ha hecho un señalamiento que suscribimos en todo su contenido y significación: "El fallo de estos autores radica, me parece a mí, en haber sido demasiado consecuentes consigo mismos, en haber intentado hacer una apología del Derecho -- por el Derecho, olvidando que éste no tiene un valor absoluto, sino relativo. El Derecho, y el Derecho penal como una parte del Derecho, no es más que un instrumento puesto al servicio de los fines de la comunidad. Si se quiere comprender su esencia, es necesario tener en cuenta esos fines y construir el sistema jurídico no hacia adentro, sino hacia afuera, abierto a los problemas y fines --

sociales."(125)

En la actual estructuración de la sociedad, el derecho se justifica, en lo teórico y en lo práctico, únicamente si responde a la función de ser un instrumento para la convivencia social y la realización de la vida humana. Por ello la teoría del delito, en especial el significado y alcance de la culpabilidad, tiene que formularse en función de los altos intereses de la vida social; desde luego, eso no implica sacrificar al hombre como tal sino todo lo contrario, construir una sociedad que le permita su más auténtica realización humana. Por tal razón los derechos humanos, en este momento de álgida crisis económica y política, constituyen una referencia necesaria e insoslayable en la reflexión jurídica de lo penal.

El individualismo radical y el estado de derecho liberal ortodoxo han sido relegados por el desarrollo histórico de la sociedad. La constante transformación de la vida social y la evolución de la reflexión científica sobre el delito, han demostrado que los sistemas teóricos elaborados para la explicación y tratamiento de tal fenómeno individual y social, no pueden ignorar la realidad social y económica en la cual aparece y se hace sentir. De lo contrario, terminarán siendo meras formulaciones declarativas, ajenas a la problemática social que pretenden explicar y resolver.

La tesis de que en el fondo de toda proposición jurídica siempre habrá un fundamento filosófico, parece tener hoy más posibilidades de ser aceptada. En efecto, no puede leerse lo jurídico-penal si no es a través del instrumento teórico mediante el cual percibimos e interpretamos la realidad. El derecho es parte de ésta y no puede ser separado de ella, sin riesgo de transformarse en una construcción teórica desligada de la cosmovisión imperante en la sociedad, lo que determinará una legalidad penal extraña al medio social donde se aplicará. La senda de la evolución histórica de la teoría del delito y desde luego de la culpabilidad, está marcada por los rumbos del pensamiento filosófico. De ahí la conveniencia de que el penalista esté bien informado, a lo menos en los aspectos generales, de los avatares de la reflexión filosófica, a efecto de conocer y manejar ese fundamento de la teorización en su materia.

No es posible, a estas alturas de la evolución del pensamiento, seguir sosteniendo una idea del derecho al margen de una real comunicación con su contexto social, en el cual aquel aparece y puede ser aprehendido tal como es. De igual manera, se impone conocer la base filosófica de las diferentes posiciones jurídicas, sobre todo las del ámbito penal, para una mejor comprensión de las mismas. "Puede sin embargo afirmarse que en esencia, la

cambiante historia de la teoría del delito refleja contrastes materiales y metodológicos, vinculados al nacimiento - de nuevas finalidades de política criminal y política general, y a la progresión del pensamiento filosófico."(126) - En realidad así es, ninguna corriente del pensamiento penal, general o de la teoría del delito y más aún de la culpabilidad, puede sustentarse en una asepsia teórica, es decir, sin una vinculación ideológica a un concepto particular del mundo y de la vida.

Una manifestación de la preocupación de vincular el derecho penal a la realidad social, es la doctrina que pregona la necesidad de lograr una síntesis entre esta parte de la disciplina jurídica y la política criminal. A -- partir de Liszt tales elaboraciones conceptuales fueron incomunicadas al serles asignados objetos de estudio, considerados en ese momento no sólo diferentes sino hasta excluyentes. Dicha situación condujo a los más conspicuos cultivadores de lo jurídico-penal a la elaboración de "siste-mas" teóricos cuyas conclusiones, a veces, no coincidieron con las de la reflexión político-criminal. Si una proposición es verdad para una ciencia y no lo es para otra que, aun cuando desde perspectivas diferentes, se aboca al estudio del mismo problema, es justificada la duda acerca de - la veracidad de tal propuesta científica. Ese estado de - cosas justifica la necesidad de buscar una armonía entre -

la reflexión científica de ambas disciplinas.

Claus Roxin sostiene la tesis de que "...los problemas politicocriminales configuran el contenido propio - también de la teoría general del delito." (127) La aplicación de esta premisa a las parcelas propias del acto delictivo lo condujo a elaborar, con base en la síntesis por él preconizada, una tesis más particular: la nueva construcción "...tiene que partir de que las concretas categorías - del delito-tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función politicocriminal." (128) En lo tocante a la culpabilidad, dicha función deberá buscarse en la teoría de los fines de la pena. Lo determinante no es el haber podido actuar de otra manera sino, si de acuerdo a la finalidad de la pena conviene o no al interés político-criminal que una determinada conducta, conminada en la ley con pena, se castigue o se deje impune. El fin de la pena está ligado a la prevención general y especial, así como a la necesidad de mantener el orden jurídico social.

La pena como categoría jurídico-penal y parte de la respuesta del cuerpo social al delito, tanto en su dimensión individual como en su consideración social, ha sido cuestionada profundamente durante los últimos años, de igual manera en el mundo capitalista como en el socialis--

ta. Ha dejado de ser considerada como un castigo y mera exigencia de la justicia formal, se pone en duda su eficacia y razón de ser, y, más que de punición se habla ahora de "tratamiento".

Esta situación ha llevado a poner en un primer plano la exigencia de la resocialización del delincuente; con ello, se abre la puerta para consolidar la intervención de las ciencias sociales y criminológicas en el tratamiento del delito y el delincuente. En la literatura ese prioritario fin asignado a la pena es identificado con una rica variedad de términos: readaptación social, rehabilitación social, reeducación, corrección, etc. En todas estas expresiones está presente la idea de que al delincuente, a quien se le impuso una pena, antes de castigarlo y hacerlo expiar su delito, es conveniente reintegrarlo a la vida social. "Hoy se ha erigido a la readaptación social -o a la rehabilitación, voz que refuerza la "invalidez" del delincuente- en propósito último de la pena. Que así se constituye no sólo un objetivo social, sino además una previsión jurídica, estampada, a menudo, en los textos constitucionales y en los pactos y las declaraciones del Derecho de gentes."(129)

La resocialización del delincuente implica su educación global. La finalidad central de tal actividad, de parte de los órganos estatales encargados de ejecutar--

la, es la integración del penado a la vida en sociedad. -- Como el delito es una confrontación de la conducta del delincuente con los intereses de la sociedad, su autor debe abandonar ciertos hábitos y orientaciones de su vida personal; y, al mismo tiempo, adquirir otros de conformidad con los valores sociales de la convivencia del grupo donde él está inmerso. "Reeducar al delincuente significa educar en él la autoconciencia cívica, nuevos pareceres, nociones, - hábitos y todo lo que en conjunto forman la personalidad." (130)

En la preocupación del moderno derecho penal acerca de la resocialización del delincuente, está presente una inquietud colectiva y el más genuino interés social. - La sanción tradicional, privación de la libertad, ha demostrado su ineficacia para producir en los reclusos verdaderos cambios de actitud frente a la vida; y, por el contrario, es evidente su función como factor de reincidencia y hasta de nuevas formas de delincuencia, explotación y degradación del ser humano, de parte no precisamente de los penados, sino de sus custodios y de los supuestamente encargados de su reforma moral y social. El fracaso histórico de la pena de prisión y de la cárcel, alcanza por igual a los países desarrollados y a los subdesarrollados, a los capitalistas y a los socialistas; pero, sin duda alguna, la gran víctima es la sociedad, pues en lugar de re

resolver un problema con tales medios, lo ha visto complicar se cada vez más.

El interés social priva sobre el individual. Es to es un axioma casi indiscutible, pero en la actualidad es más formal que real; desde luego, su incorporación efectiva a la vida concreta de la sociedad, de ninguna manera -- puede significar el sacrificio de la libertad del hombre y la conculcación de su dignidad. Ciertamente lo social tie ne que ser prioritario respecto de lo individual, pero es -- necesario distinguir lo auténticamente social de los intereses del grupo en el poder. La prevalencia de lo social tampoco significa el reconocimiento de alguna preeminencia de algún grupo, sobre todo cuando actúa en beneficio exclu sivo de los reales titulares del poder.

La prioridad en mención pertenece a la entidad - social en su conjunto, a la sociedad como un todo, por tan to tiene que traducirse en el reconocimiento del interés - genuinamente mayoritario y manifestarse en una legislación cuya aplicación, no sólo su enunciado formal en el texto, responda a la conveniencia de la verdadera mayoría. Los - postulados político-sociales y jurídicos del estado demo-- crático y del estado social, requieren la vigencia mate--- rial del citado criterio a efecto de superar el nivel de - la mera formulación teórica; caso contrario, correrán el - mismo destino de los principios de la democracia formal.

El límite del interés social, como algo prevalente tocante al interés individual, solo puede estar constituido por los derechos humanos. Cuando los que ejercen el poder, en nombre de la conveniencia colectiva, los violan, ocultan o promueven su conculcación, y, encubren tan criminal acción con "su" ordenamiento jurídico, en lo declarativo "democrático"; ambos, gobierno y legalidad, dejan de ser un instrumento para la convivencia pacífica y niegan, a fin de cuentas, la prioridad de lo social. Esta tiene que traducirse en la afirmación de lo humano, pues la sociedad está profundamente interesada en la vigencia real de los derechos del hombre, para que todos sus miembros y no unos pocos, tengan verdaderas posibilidades de realizarse como hombres.

CAPITULO IV
SISTEMATICA PENAL DE LA CULPA

1. PRIMEROS TIEMPOS

Establecer la diferencia entre el homicidio intencional y el causado sin intención, es una preocupación que ya está presente en las remotas codificaciones penales. Uno de los testimonios más antiguos lo es la legislación hebrea del Antiguo Testamento, que corresponde a la época del derecho penal llamado por los historiadores de la "venganza privada". Aun cuando la diferencia entre el acto intencional y el no intencional tiene una base eminentemente religiosa (por ello no es correcto equipararla a la actual distinción entre dolo y culpa), no deja de ser interesante la distinta forma de reprimir el homicidio con intención y el causado sin proponérselo el autor.

El primero se castigaba, sin mayores diferencias, con la pena de muerte; mientras que para el homicidio no intencional la ley mosaica establecía dos diferentes supuestos: a) el causado por azar, es decir, en forma accidental, equiparable al concebido ahora como producido por caso fortuito, podía ser cometido al derribar a la víctima o arrojarle alguna cosa "sin querer", pues si había oído de por medio o se trataba de su enemigo, funcionaba una especie de presunción de intencionalidad porque la ex-

cepción no procedía; b) el que se cometía al lanzar una piedra a otro, sin tratarse de su enemigo ni buscar su mal y - "sin verle", hipótesis más cercana al actual tipo de homicidio culposo.

Las ciudades levíticas de refugio eran lugares a donde el homicida no intencional podía recurrir para protegerse del "vengador de la sangre". "Entonces Moisés eligió tres ciudades de la región al oriente del Jordán que -- sirviesen de refugio al homicida que hubiera matado involuntariamente a su prójimo, sin ser de antes enemigo suyo; para que, refugiándose en una de ellas, tuviera salva la vida."(131) En una de esas ciudades podía permanecer el causante de la muerte, mientras tenía lugar el juicio ante la asamblea(pueblo) entre él y el titular del derecho a la venganza de la sangre. Si se juzgaba que la muerte había sido provocada sin proponérselo el causante, el homicida no intencional tenía derecho de vivir en la ciudad de refugio -- hasta el fallecimiento del sumo sacerdote. Ocurrido este -- podía retornar a la tierra que habitaba al momento de ocurrir el hecho, según la expresión bíblica, "donde estaba su posesión".

El homicida en realidad no era absuelto de la -- muerte causada sin intención, sino librado de la venganza y sólo si permanecía dentro de la ciudad refugio, pues fuera de ella el vengador de la sangre podía darle muerte sin in-

currir en responsabilidad alguna. Su verdadera absolución y por lo mismo la extinción del derecho a la venganza de la sangre, se producía al ocurrir la muerte del sumo sacerdote en cuyo período se había cometido el homicidio; un hecho aparentemente ajeno al homicida y a su acto de muerte.

2. ACCION CULPOSA Y DELITO

El delito, como conducta que es, se manifiesta en un hacer (acción strictu sensu) o en un no hacer (omisión). Tanto la actividad como la inactividad son susceptibles de adoptar una forma culposa o una forma dolosa; pero, en ambos casos, está presente un acto exclusivo y voluntario de la persona física. La diferencia está determinada por el contenido de voluntad, que puede ser de dolo o de culpa. En el primer supuesto ~~la dirección del querer se dirige a~~ la consecución de un específico fin típico; en cambio, en la culpa, la voluntad se orienta hacia una finalidad atípica irrelevante para el derecho penal, pero la acción produce un resultado típico y material debido al descuido de su autor al momento de ejecutarla.

El dolo y la culpa fueron ubicados por la doctrina causalista en la culpabilidad y dieron cabida a las dos formas de ella, según esa sistemática, la culposa y la dolosa. En la teoría finalista del delito dichas categorías han sido trasladadas al tipo y constituyen el contenido de voluntad de la acción penal. Como consecuencia de esta reordenación de los elementos del delito, no hay culpabilidad dolosa ni culposa, sino acción con voluntad de dolo y acción con voluntad de culpa; tampoco se reconocen en tales conceptos elementos valorativos, pues la valoración jurídica del acto está situada, de manera exclusiva, en la -

culpabilidad.

Todo delito proviene de una conducta voluntaria. La voluntariedad de la acción es la nota común al dolo y a la culpa. Esta es el contenido de voluntad del comportamiento imprudente mediante el cual el autor produce o no evita el resultado previsto en el tipo. "El acto humano es movimiento o abstención de movimiento reflexivo motivado por la conciencia racional, estimulado por los efectos e integrado por el fin: el acto voluntario, al ser penado específicamente por la ley, se convierte en delito."(132)

El autor de una conducta culposa debe responder de las consecuencias típicas, producidas o no evitadas con su actuación, por haber omitido las precauciones adecuadas exigidas a él por el ordenamiento jurídico. Lo reprochable es la forma en que se ejercitó la acción. Esa manera de comportarse, en contrariedad con el imperativo de la norma, es el objeto del reproche jurídico-penal. La conducta que se mantiene dentro del fin atípico, ejecutada con la dosis de prudencia exigible al agente por el derecho, no contradice el orden jurídico. El cuidado necesario y adecuado es el medio idóneo, reconocido por la ley, para evitar la producción del efecto típico material no querido.

Como la acción imprudente puede asumir la modalidad de un hacer o de un no hacer, los tipos culposos que

la definen son de comisión o de omisión. Aquellos son mayoritarios, sobre todo en el sistema del crimen culpae o - numerus apertus, debido al fundamento liberal del actual - derecho penal; por el contrario, los tipos de omisión resultan ser minoritarios, pues la mayoría de las figuras penales que pueden tomar la forma culposa, describen acciones típicas en las cuales se viola un deber de no hacer algo. En la acción culposa comisiva el deber consiste en no lesionar un bien típico al ejecutar una conducta con algún nivel de riesgo y cuyo fin es atípico; por lo tanto, el delito consiste en hacer lo prohibido por el derecho y producir el resultado descrito en la figura penal.

En el tipo culposo omisivo el deber consiste en evitar la producción de un resultado típico mediante la actividad ordenada; por lo mismo, el delito se expresa en una inactividad, en un no impedir mediante la neutralización del proceso causal, las consecuencias dañosas descritas en el tipo. La conducta con fin atípico pero que resulta culposa, al imprimirle su autor una dirección descuidada y no cumplir con el deber exigible a él en la situación concreta, muestra una actitud asocial de desprecio a lo preceptuado por la legalidad en cuanto a la manera de ejecutar los comportamientos permitidos por ella.

En el pasado se interpretó que la culpa, como -- descuido al ejecutar una acción, podía manifestarse en for

ma de imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia de reglamentos. Por imprudencia se entendió un exceso en el actuar, es decir, la acción consistente en un hacer pero desviándose de lo aconsejado por la prudencia; por ejemplo: conducir el vehículo sobrepasando el límite máximo de velocidad autorizada. En la negligencia se vió una falta en el actuar, una omisión al ejecutar la acción o un dejar de hacer lo que se tenía el deber de observar; por ejemplo, no esterilizar los implementos con los cuales se practicará una intervención quirúrgica, Por impericia se consideró la carencia de la necesaria habilidad o capacidad para realizar una acción; en consecuencia, la culpa en este caso consistía en ejecutar la conducta teniendo la consciencia de tal limitación. En la inobservancia de los reglamentos se advirtió una actitud, en principio, contraria al derecho y por ello indiciaria de culpa.

Los conceptos anteriores, cuyos significados se entrecruzan y confunden, han sido abandonados por la sistemática moderna de la culpa; en su lugar se ha adoptado el criterio del deber objetivo de cuidado propio de un hombre prudente, tanto a nivel general del medio social y profesional del autor como de sus personales capacidades en el caso concreto.

La imprudencia también puede consistir en una omisión y la negligencia es susceptible de manifestarse en

un hacer. De esta situación se desprende que ambas hipótesis pueden presentarse en un mismo comportamiento y resultará, por ello, imposible su separación, aparte de que también será irrelevante para la calificación culposa de la conducta; tal es el caso de quien no repara los malos frenos de su automóvil (negligencia) y aun así decide usarlo en la vía pública (imprudencia). Los casos de inobservancia de reglamentos también pueden caer dentro de las hipótesis de imprudencia, como el manejar un medio de transporte colectivo cuando no se tiene la debida licencia ni la capacidad para ejercer esa actividad. El concepto de cuidado objetivo en el tráfico social es más sencillo y permite una aplicación más adecuada y particular de la idea de culpa.

3. CONCEPTO JURIDICO-PENAL

A) TIPICIDAD Y CULPA: la necesidad política de no conculcar el principio de legalidad, impone la exigencia de que todos los supuestos culposos estén previstos en la ley penal por medio de los respectivos tipos. Sin importar el sistema legislativo adoptado, las figuras penales deberán cubrir todas las posibles hipótesis del comportamiento culposo; de lo contrario, las no contempladas así antes de su perpetración, serán comportamientos atípicos. La gran dificultad estriba en la imposibilidad de describir, de manera particular e individualizada las conductas culposas, a la manera de los tipos dolosos. El juez tiene la delicada tarea de integrar los tipos culposos, mediante la unión conceptual del precepto particular en su forma intencional y la norma de la parte general que define la culpa.

En las formas culposas no existe el tipo subjetivo ya que el fin de la conducta es atípico, en cuanto el sujeto no se propone la realización de un delito; por el mismo motivo y a partir de la finalidad del comportamiento, tampoco se presenta en tales tipos la tentativa, pues en ellos sólo es posible el delito consumado. Debido a la diferente naturaleza de las respectivas acciones, no hay relación de continuidad entre un accionar doloso y otro --

culposo. Por lo heterogeneo de ambas conductas, el comportamiento delictivo no puede ser más que doloso o culposo; además, ambos contenidos de voluntad se excluyen, por lo tanto no es posible que uno sea substituido por el otro.

La antijuridicidad de la conducta culposa, esto es, la violación del deber objetivo de cuidado, se encuentra más señalado que descrito para todas las hipótesis de delitos culposos, en la parte general de los códigos penales; las cuales, a su vez, deben ser referidos a los tipos dolosos definidos en los respectivos preceptos de la parte especial. Así, por ejemplo, los respectivos y específicos tipos de homicidio y lesiones dolosas, deben integrarse al general contentivo del concepto de culpa, a efecto de conformar los correspondientes tipos de homicidio y lesiones culposos.

Dado que las conductas no admiten, a nivel normativo, una identificación y descripción pormenorizada porque el deber objetivo de cuidado puede ser violado de muchas y variadas maneras, el juez, al analizar el caso concreto, debe determinar si hubo o no lesión a esa obligación de conducirse en el tráfico social conforme a derecho; para ello, tendrá que comparar la conducta observada por el autor con la demandada por el ordenamiento jurídico. Si aquella se corresponde con ésta, la acción es atípica; caso contrario, devendrá típica y antijurídica, a me

nos que tenga a su favor una causa de justificación.

B) INJUSTO Y CULPA: consecuente con su idea de acción como mero impulso, sin contenido de voluntad, el - causalismo define a la culpa a partir del resultado; así, Cuello Calón sostiene: "Existe culpa cuando obrando sin - intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley."(133) De acuerdo a esta definición la existencia de la culpa requiere: una conducta voluntaria pero sin intención de cometer delito alguno, previsibilidad del resultado ocasionado, omisión de la atención debida, cautelas o precauciones necesarias; y, por último, relación de causalidad entre la acción ejecutada y el efecto típico producido.

Para el finalismo la culpa tiene que definirse a partir de la acción, no del resultado como lo hace la doctrina causalista. "El contenido decisivo de lo injusto en los delitos culposos consiste, por ello, en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico."(134) Lo esencial en la culpa no es la causación del resultado sino el "desvalor de acción", es decir, la modalidad impuesta a la conducta concreta de la acción final - comparada con un mejor comportamiento modelo, propio del - medio en el cual el sujeto actuó, orientado a evitar resul

tados antisociales. En esta tesis el resultado juega un papel delimitador pues destaca, entre aquellas conductas contrarias al deber de cuidado necesario, las que si son relevantes para el derecho penal.

Lo antijurídico de la culpa radica en no observar, al ejecutar una conducta con finalidad atípica, "el ~~cuidado requerido en el ámbito de relación~~", según la expresión de la legalidad alemana occidental que ha adoptado ~~muchas de las tesis finalistas~~. Tal extremo deberá constatare comparando el comportamiento del autor, en la situación concreta en la que lo realizó, con la conducta modelo socialmente exigida. La acción adecuada al cuidado requerido por el interés de la sociedad es atípica; pero, cuando al llevarse a cabo la conducta se acusa en ella el no cumplimiento de esa exigencia, la acción se torna en típica de culpa. La lesión a ese deber social de evitar el daño a los bienes jurídicos es lo injusto en los delitos culposos; y, sólo después de estar comprobado tal elemento en el comportamiento observado, puede abordarse el relativo a la culpabilidad del sujeto, es decir, determinar si procede reprocharle jurídico-penalmente su conducta imprudencial.

La produccción de un resultado típico es la concretización de la lesión al deber de cuidado demandado por la colectividad, excepto si también se hubiera producido -

dicho resultado al observarlo. Esto en virtud de que dicha lesión resulta irrelevante para la producción del resultado, pues de todas maneras se hubiera presentado. "Se excluyen del tipo de los delitos culposos los resultados que quedan fuera de la previsibilidad objetiva de un hombre razonable."(135) No se le puede exigir a un hombre que interviene en el complicado tráfico de las relaciones sociales, la consideración de posibles efectos de su conducta que escapen a una previsión normal y a una prudencia ordinaria, siempre y cuando tal actitud se mantenga por lo menos al mínimo nivel de la conducta modelo reclamada por la sociedad.

C) CULPABILIDAD Y CULPA, POSICION DE REINHART MAURACH:

como vimos en el capítulo anterior, este autor introduce en la sistemática finalista un término más amplio, el de "atribuibilidad", para abarcar tanto el supuesto de aplicación de una medida de seguridad como el de una pena, en vista a lograr la máxima individualización de la culpabilidad. La atribuibilidad tiene dos grados, que en el caso de la culpa asumen expresiones propias y por supuesto diferentes al dolo. El primer grado corresponde a la responsabilidad por el hecho y el segundo a la culpabilidad.

La responsabilidad por el hecho es una exigencia dirigida a todos. Implica la negación del deber de cuida-

do demandado por el ordenamiento jurídico y la exigibilidad de la conducta conforme a la norma. Para poderla atribuir a un sujeto, en forma personal e individual, la violación del deber de cuidado, se hace necesario establecer -- los límites de esta categoría en base a "...los postulados que, con razón, pueden dirigirse a cualquiera que se encuentre en la misma situación y esté sometido a sus mismos deberes."(136) Lo anterior no significa tomar como exclusivo punto de partida la conducta ideal del término medio, criterio que en la experiencia se relaja y puede dar lugar a ser referido a usos negativos, comunes en la vida cotidiana de la sociedad. La conducta efectuada por el sujeto debe compararse con la norma de su propia esfera en el tráfico de la actividad social; así, la del médico, la del arquitecto, la del conductor de un transporte colectivo, deberá confrontarse con los comportamientos similares que -- pueden ser observados en su respectivo círculo profesional, nunca con un término medio general como, por ejemplo, la ética del hombre común según la colectividad. Este concepto tan genérico, además de ser difícil su aprehensión -- para ser definido con exactitud, dejaría impune muchas formas de conducirse susceptibles de ser imputadas en base a las capacidades específicas del autor, las cuales deben -- ser medidas en relación al círculo más próximo al que pertenece quien realizó la acción culposa.

La culpabilidad sólo existe si el agente rebasó el riesgo socialmente permitido y no reaccionó de acuerdo a sus potencialidades personales. En este grado de la atribuibilidad, individualización de la culpabilidad en -- función del poder y saber del autor, se toman en cuenta -- dos aspectos: la imputabilidad o capacidad del autor y la lesión al deber de cuidado en su nivel personal. Al inca paz no se le puede formular ningún reproche porque no ha tenido ninguna posibilidad de conocer lo injusto de su ac to, que en el caso del actuar culposo está constituido -- por la infracción al deber objetivo de cuidado. Sin esa capacidad de poder anticiparse al proceso causal para pre ver el resultado típico, no puede prosperar el juicio de culpabilidad por imprudencia. La lesión al deber de cuidado sólo puede darse, en este nivel y particularizado en la persona del autor, vinculado a su específica capacidad, pues únicamente puede existir cuando en realidad pudo ser evitado por él.

Para la conformación jurídicopenal de la culpa no es suficiente la infracción al deber objetivo de cuida do, establecido de manera general en atención al interés social y a las peculiaridades culturales del ente social; también es necesario que el autor no haya evitado la pro ducción del resultado, cuando podía y debía hacerlo de acuerdo a la situación concreta y a sus facultades persona

les.

En la culpabilidad del acto imprudente lo dominante y esencial es el poder personal del autor en cuanto a la evitabilidad del daño típico. "Existe la imprudencia cuando la infracción del deber de cuidado, causante del resultado típico, podía también ser evitado personalmente por el autor: el juicio de desaprobación del ordenamiento jurídico no alcanza al autor por haber dejado simplemente de responder a las exigencias del deber, sino por no haber correspondido además a la medida de su poder personal." -- (137) La personalidad del autor y sus potencialidades -- particulares y concretas, en la específica situación en la que se dió la ejecución de su acción, deben ser las bases para determinar si en efecto él tuvo la posibilidad de prever la producción del resultado típico. En este nivel no importa lo objetivo, que puede ser incluso interpretado -- por el juez, sino lo que el sujeto estuvo en condiciones -- reales de conocer y prever acerca de las derivaciones causales de su acción.

4. EL CUIDADO REQUERIDO

La culpa es contenido de voluntad de la acción -culposa. En esta debe descubrirse la "manera" o "modo" como se ejecutó, porque precisamente ahí se encuentra lo culposo del comportamiento o en su caso la adecuación social. Lo violatorio en sentido jurídico-penal radica en no haber observado, al momento de conducirse en el abigarrado y complejo tráfico de las relaciones sociales, el cuidado requerido por el ordenamiento legal en la ejecución de una acción peligrosa pero socialmente necesaria.

El cuidado requerido es un criterio rector de carácter general, cuya aplicación en el caso concreto está a cargo del juez, quien tiene que determinar si la atención puesta por el autor, al momento de ejecutar su acción, fue la adecuada y si satisfizo lo exigido por el ordenamiento jurídico en la situación concreta. La conducta que cumplió con tal requisito es atípica, pero si no la cumplió y por lo mismo se quedó por debajo de la exigencia de la ley, es típica y antijurídica por constituir una negación del cuidado requerido en el ámbito de relación. Para saber si el autor de tal comportamiento es culpable y por lo tanto procede formularle el reproche jurídico-penal, será necesario determinar si debía y podía haber ejecutado su conducta de acuerdo a la exigencia del orden jurídico; en caso contrario, no se justificará el reproche y por lo

mismo la acción devendrá inculpable.

El cuidado demandado en el espacio de las relaciones sociales, es un concepto objetivo y normativo. Es una exigencia de la colectividad dirigida a quien realiza una acción legalmente permitida pero peligrosa, para que de su parte ponga la suficiente atención y apropiado cuidado, idoneo para evitar un daño a bienes jurídicos fundamentales. Tiene dos aspectos: lo objetivo y social y lo subjetivo y personal.—Lo primero encarna una exigencia del interés colectivo y lo segundo un deber individual.

Es esencial, en la determinación de la culpa -- del caso concreto, el cuidado que debió haber aplicado en su conducta el agente, la exigencia social; lo realmente aportado por él no es relevante, a no ser para compararlo con la conducta ideal. Lo mandado por la norma es lo que el autor estaba obligado a incorporar a su comportamiento, lo exigido a él por el ordenamiento jurídico. Lo hecho por él es un elemento a comparar con el deber, para determinar si de acuerdo a su poder personal se le puede formular el reproche; o, si por el contrario, debe declararse la improcedencia de éste y la no culpabilidad de la conducta.

El contenido del cuidado objetivo está determinado por dos aspectos: uno intelectual y otro normativo. En primer lugar comprende la obligación jurídica de tomar

en cuenta las posibles consecuencias de la acción, objetivamente previsibles por medio de una razonable prudencia. Es un conocimiento previo de aquellas derivaciones que admiten ser previstas en condiciones normales para el sujeto. Por eso es fundamental tomar en cuenta las particulares características del autor, y sobre todo su capacidad para prever el resultado del curso causal de su acción.

En segundo lugar el sujeto tiene la obligación de actuar con cordura frente a los peligros que puede provocar su acción peligrosa. Está llamado a cumplir con su deber y a conducirse en su actuación dentro del riesgo -- permitido, a no excederse del mismo para mantener su comportamiento conforme a la adecuación social y no causar un daño típico. Lo contrario conlleva una modalidad típica en su acción, que la hace culposa y por lo mismo anti-jurídica, al violar el deber objetivo de cuidado.

El riesgo moderado, es decir, el mantenido dentro de lo permitido por el sistema normativo penal, toma en cuenta el principio de la confianza. Este permite actuar en el tráfico social asumiendo que los demás se comportarán dentro de su respectivo riesgo autorizado por la ley. El ámbito de relación está formado por el conjunto de nexos que se establecen entre los hombres cuando realizan las actividades de la vida social. El individuo al realizar una conducta peligrosa pero necesaria a la socie

dad, adquiere el deber legal y social de no rebasar el -- riesgo admitido por el ordenamiento jurídico. El cuidado de todos, en su respectivo espacio de relación, garantiza la integridad de los bienes jurídicos fundamentales; por eso, cuando alguien incumple el deber de cuidado y rebasa ese límite, se hace acreedor al reproche jurídico-penal.

La definición del cuidado objetivo, en los respectivos sectores profesionales, se puede lograr mediante las llamadas "legis artis". Son estos, modos o técnicas para hacer ciertas actividades conforme la experiencia va aconsejando, los cuales existen en todos los órdenes de la vida: intervenciones quirúrgicas, conducción de vehículos de transporte colectivo(tierra, mar y aire), cuidado y funcionamiento de maquinaria pesada e instrumentos de uso peligroso, etc. Sin embargo, aunque estas reglas puedan ayudar a definir el aspecto social del cuidado objetivo, por sí solas no lo agotan. Su complementación en el caso concreto requiere individualizar, al máximo, las capacidades propias y personales del autor en las específicas circunstancias de su actuación.

Para Maurach no es suficiente cumplir con las - reglas o disposiciones reglamentarias que contienen la -- concepción social del cuidado objetivo, para excluir la - violación de dicho deber; y, por lógica consecuencia, tamu poco la falta de esos elementos trae como derivación nece

saría la violación del deber cuidado. Se hace necesario "medir" las posibilidades propias del autor en el medio -- donde se realizó su conducta. Si el pudo dar más y no lo dió, la violación al cuidado se consuma porque la función esencial de dicho deber es evitar el daño típico; es parte de los mecanismos legales cuya función fundamental es asegurar la integridad de los bienes jurídicos fundamentales. "...la observancia del cuidado no podrá tampoco venir dada por la ley. La medida de las exigencias se definirá, más bien, por la esfera concreta de deberes y por -- las circunstancias de la situación respectiva."(138)

Quien sabe y puede más está obligado, incluso, a observar más de lo objetivamente exigido; por otro lado, en circunstancias de urgencia y casos límite, se justificará la violación formal de alguna regla del cuidado objetivo, si con ello se alcanza el fin de esta exigencia normativa, como lo es el de evitar los daños a los bienes jurídicos fundamentales. En consecuencia, la medida real del deber está dada por las potencialidades del autor en la situación concreta en que su acción es ejecutada.

La conducta adecuada al cuidado es el comportamiento idóneo para no producir o en su caso evitar la lesión típica. Ello exige cumplir con el requerimiento objetivo de prudencia y cautela, pero a partir del poder -- personal del autor y de acuerdo a las características del

caso concreto. Si alguien tiene serias limitaciones físicas para ejecutar una actividad, practicar una intervención quirúrgica por ejemplo, para mantenerse dentro de la conducta esperada no tiene otra opción sino abstenerse de ejecutarla, a menos que dicha abstención produzca un mayor riesgo para el bien; de lo contrario, la sola ejecución -- comporta ya una violación al deber de cuidado.

5. NATURALEZA JURIDICA

¿Qué es la culpa como contenido de voluntad en la acción típica no intencional?. Para responder a esta pregunta el pensamiento jurídico-penal ha propiciado la formación de varias teorías, entre las cuales se pueden mencionar la del defecto de la inteligencia, la del vicio de la voluntad y la del incremento del riesgo. Esta última, la más moderna, tiene un marcado acento objetivo mientras que las otras tienden más a lo subjetivo. Para la teoría del defecto de la inteligencia, la conducta culposa es consecuencia de una capacidad de conocimiento disminuida; por eso, existe la culpa cuando el sujeto no ha podido entender las posibles consecuencias de su comportamiento no adecuado a la exigencia de la norma jurídica. Se le ha criticado a esta tesis: no es justo recriminar su conducta a un individuo cuya capacidad evidencia una limitación para poder comprender que con ella puede provocar un resultado dañoso.

Para la teoría del vicio de la voluntad, la culpa existe cuando el hombre, al ejecutar una acción atípica, no pone toda la voluntad de que es capaz para prever el posible resultado antijurídico. La razón para reprochar la conducta imprudente, es no haber puesto la suficiente voluntad al servicio de la evitabilidad del resultado típico. En su forma más pura, esta teoría es una expre

sión de la antigua tesis de la voluntad acerca de la culpabilidad. Representa un esfuerzo por vincular la responsabilidad del delito culposo con la voluntad del sujeto.

La gran dificultad está constituida por la culpa consciente, por no existir en ella ningún nexo psicológico entre la voluntad del autor y la lesión del bien ocasionada por su acción. Este escollo insuperable, así planteada la cuestión, ha sido por la insistencia de buscar la voluntariedad de la culpa más allá o fuera de la acción del agente. En el afán de solucionar la dificultad se elaboraron varias teorías que no lograron superar la barrera de la culpa inconsciente. Una vió la culpa como un dolo de peligro; otra, propuso la exclusión de la culpa inconsciente del derecho penal por considerar que una culpabilidad basada en la voluntad, únicamente puede encontrarse en la culpa consciente.

La teoría del riesgo permitido de Claus Roxin, basada en una apreciación más objetiva de la culpa y en consideraciones político-criminales, concibe la culpa como incremento del riesgo aceptado por la sociedad. El ordenamiento jurídico, para no frenar el desarrollo y progreso de la vida social, se ve obligado a reconocer la necesidad de algunas actividades peligrosas y por ello permite su ejecución; pero, en contrapartida y en aras de la seguridad de los bienes jurídicos esenciales a la sociedad, estable-

ce un límite al riesgo dentro del cual deberán mantenerse los agentes al ejecutar tales conductas.

Cuando el autor, al momento de efectuar su acción peligrosa pero autorizada socialmente, rebasa ese límite, la conducta deviene culposa y da lugar al reproche jurídico-penal; en consecuencia, mientras se conduzca dentro del riesgo permitido por el ordenamiento jurídico, el acto será una conducta adecuada al derecho. Al autorizar esas actividades peligrosas, a condición de que sean ejecutadas dentro de los límites legales, el orden jurídico busca asegurar el desarrollo de la sociedad sin sacrificar el del individuo.

En función de ese equilibrio la ley establece la línea de demarcación entre ambos intereses, ahí donde se inicia la responsabilidad del ejecutor de esas acciones riesgosas pero necesarias; por tal razón, el accionar culposo hace acto de presencia cuando ese límite es rebasado y el riesgo aumenta de manera innecesaria para los bienes penalmente tutelados. "El riesgo permitido es siempre el producto de una ponderación entre las exigencias del tráfico y los intereses de protección de los individuos. El incremento del peligro que aún se toleraba hace que la balanza se incline en favor de la protección de bienes jurídicos y que resulte imprudente una producción del resultado a la que en otro caso no hubiera habi-

do nada que objetar."(139)

El incluir la previsibilidad en la noción de culpa plantea la presencia de un elemento intelectual en tal concepto; sin embargo, sin negar su importancia, debe señalarse que no agota la categoría bajo estudio. Previsibilidad es posibilidad de prever. Esta constituye una operación cognoscitiva, de índole mental e intelectual, a través de la cual el individuo puede, en forma previa, "ver" antes el desarrollo causal de su acción y por ello conocer las posibles consecuencias derivadas del modo como la ejecuta.

Como no todos los hombres tienen la misma capacidad de "ver", en forma anticipada, el resultado causal de su forma de conducirse en las relaciones sociales, la teoría dominante ha recurrido al criterio del "hombre medio". Este refleja un nivel de previsibilidad de acuerdo a un grupo social determinado, en el cual están presentes elementos culturales y de la cosmovisión de la sociedad. Con lo que hubiera hecho ese hombre medio, en la misma situación del autor, se compara la conducta de éste y especialmente sus capacidades específicas en cuanto a prever el posible daño a bienes jurídicos fundamentales. La imagen de ese tipo de hombre no debe diseñarse para un nivel general, hipotéticamente aplicable a todos los miembros de un grupo social. Debe buscarse un prototipo, lo más cerca

no posible al sector social e intelectual del autor, el --
cual puede ser localizado dentro de los muchos que conforman el tráfico social de una sociedad concreta.

Pero también la culpa es voluntad, el contenido de una acción que se propone un fin atípico pero en el camino, debido a la manera como se realiza, resulta un factor suficiente para causar un daño típico. Como en el dolo, voluntad y conocimiento tampoco pueden separarse en la culpa, aunque aquí tengan una significación diferente por la naturaleza atípica del fin de la voluntad en el acto --culposo. En conclusión, cuando analizamos una conducta imprudencial, debemos poner nuestra atención en la modalidad que le imprime su autor al ejecutarla; sólo entonces se -- puede descubrir en ella, tanto la voluntad como el conocimiento. La primera es típica en tanto su autor no pone en su ejecución el cuidado adecuado que le es posible y exigible en la situación concreta; lo cognoscitivo está constituido por la previsibilidad, categoría perteneciente a lo mental e intelectual referida al nivel de lo que es posible derivar el conocimiento y manejo del proceso causal.

De las diferentes opiniones externadas acerca de la culpa, en las cuales sin duda hay elementos de verdad, podemos extraer las notas más características y esenciales de esta categoría. En la culpa hay un aspecto cognoscitivo como lo es la previsibilidad y otro volitivo representa

do por la voluntariedad de la conducta; ambos aspectos se complementan y juntos convergen en la conformación de la - conducta culposa. Dichos elementos, por separado, no pueden dar lugar a la culpa. La voluntariedad del acto imprudente debe ser referida al fin de la conducta no al resultado, pues en tal caso lo que existe es el dolo. Lo voluntario está en la acción cuyo fin es atípico, pero por su - especial modo de ser ejecutada, provoca la causación de un resultado no querido, del cual debe responder por no haberse mantenido dentro de lo ordenado por la normatividad jurídico-penal.

¿En qué consiste la culpa?. Si la voluntad está en la conducta productora causal del resultado, la culpa - radica en la manera como esa acción es realizada, la cual a su vez se caracteriza por no haber observado el imperativo normativo y causar un resultado típico no buscado de -- propósito. La conducta se hace culposa porque en ella se omite la precaución y cuidado exigido por el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo es librar a los bienes jurídicos - fundamentales de un riesgo innecesario y garantizar su integridad. No podrá haber culpa si el sujeto, al realizar su comportamiento permitido, puso en él todo el cuidado de mandado por el interés social, expresado jurídicamente en el deber del cuidado objetivo y necesario, e impuesto al - autor por el ordenamiento legal en la situación concreta.

La culpa, como categoría, es una omisión y se -- descubre en una conducta en la cual se omitió un deber jurídico exigible al autor. "De ahí que la esencia de la -- culpa debe centrarse en la inobservancia de las precauciones debidas."(140) No es posible el reproche por culpa si no se le puede imputar al reo el no haber cumplido con su deber objetivo de cuidado. Esta nota esencial de ninguna manera debe conducir a olvidar las otras características conceptuales de la culpa, como la ~~previsión, la posibilidad~~ de conocer lo injusto del acto, las capacidades específicas del autor, etc.

En la culpa también, como en el dolo, debe reconocerse una dimensión objetiva y una subjetiva. La primera se refiere a la violación del deber objetivo de cuidado que determina ~~la antijuridicidad de la conducta culposa,~~ cuya punibilidad está prevista en el sistema de legalidad por constituir una lesión a un vital interés social encarnado en los bienes jurídicos fundamentales; la dimensión - subjetiva se relaciona a la consideración del autor frente al resultado causado con su conducta, por lo tanto hace referencia a su personal y específica capacidad para cumplir en la situación concreta, con la exigencia del cuidado objetivo y la real posibilidad de evitar el resultado que en efecto tuvo a su alcance.

El aspecto subjetivo se proyecta a la culpabili-

dad y al respectivo juicio de reproche, el cual precisa de un fundamento personal y debe hacerse en la forma más individualizada posible, aplicando los criterios generales pero a partir de las características personales del autor. - La culpabilidad y el reproche tienen que poner en primer lugar al individuo, así como la antijuridicidad prioriza el interés de la sociedad. No se trata de un equilibrio aritmético, sino del reconocimiento de la prevalencia de lo social sin una conculcación de lo individual, para garantizar la individualidad de todos los miembros del ente social.

La punibilidad de la culpa, en última instancia, no depende de la manera como se entiende su naturaleza jurídica. Lo fundamental para su amenaza de pena en la ley, según los signos del moderno derecho penal, son razones de política criminal. Esta se encuentra determinada por factores políticos, sociales y económicos; y de forma muy especial, por el extraordinario desarrollo científico y tecnológico de la época, el cual ha provocado la mecanización de la vida y creado una serie de actividades peligrosas, - dando el riesgo que entraña su realización para bienes jurídicos tan fundamentales como la vida y la salud. El transporte en todas sus formas, áreas del conocimiento como la química, la física, la medicina, la cirugía, las computadoras, para no citar sino algunos pocos ejemplos, crean si-

tuaciones favorables pero también de peligro, lo cual demanda de los individuos que ejercen tales actividades la máxima atención y responsabilidad.

En el mundo moderno los avances científicos y tecnológicos promueven el progreso, pero también ponen en situación de riesgo bienes esenciales a la vida social. La cirugía y la actividad de los laboratorios clínicos, son en este momento recursos muy valiosos para la conservación de la vida humana; pero también pueden ser, en manos irresponsables, instrumentos de muerte o causa de daño a la salud física y mental. Ese tremendo desarrollo provoca una mayor interdependencia entre actividades y profesiones, lo que hace más necesaria la consolidación del principio de "confianza" en el tráfico de la relación social.

Así como el cirujano no puede ni debe responder por el cuidado propio de la enfermera que le asiste, tampoco el radiólogo y el químico deben responder por la eficiencia y responsabilidad de los otros profesionales de cuya información dependen para dar un dictamen correcto. Esta interdependencia de la vida moderna, especialmente en el ejercicio de algunas profesiones, justifica exigir más desde parte de quienes las ejercen con vistas a una mayor y mejor protección de la vida y salud de los seres humanos. Por eso, la delincuencia culposa, a veces no de cuello sino de bata blanca, debería merecer mayor atención.

6. CLASES DE CULPA.

La actual clasificación de consciente e inconsciente ha desplazado, en forma definitiva, a la tradicional y civilista de lata, leve y levísima. Hay culpa consciente o con previsión, cuando el agente ha previsto el resultado típico de su acción; en cambio, cuando el individuo ni siquiera contempló en su mente la posibilidad de la lesión al bien jurídico, la culpa es inconsciente o sin previsión. Tal catalogación, hoy dominante en la conceptualización de la culpa, no debe producir consecuencias en cuanto a la culpabilidad, por que no entraña una graduación de la imprudencia; en efecto, la presencia o ausencia de previsión en la conducta no la hace, en forma necesaria, ni más ni menos reprochable. Tan grave puede ser haber previsto el resultado y continuar la acción, como ni siquiera haberlo previsto.

La previsión es un juicio futuro acerca de la posibilidad del acaecimiento de un suceso proveniente de una acción. Por pertenecer al psiquismo del agente su comprobación es muy difícil. Es diferente a la representación del dolo aun cuando ambas son operaciones mentales. En este caso el sujeto reproduce en su mente el fin que se ha propuesto alcanzar mediante el proceso causal dirigido por él; en cambio, en la previsión únicamente existe conocimiento de la posibilidad de producir un resultado dañoso -

pero no querido.

La denominada culpa consciente podría verse como la más grave por estar más cercana al dolo; sin embargo, en algunos casos la falta de consciencia podría evidenciar mayor peligrosidad en el agente por corresponder a una personalidad con mayor asociabilidad, lo cual conlleva una mayor peligrosidad social. "Sería totalmente desacertado -- considerar la culpa consciente, por su naturaleza próxima al dolo, como la más grave de las formas de imprudencia, -- siendo frecuentemente mayor la culpabilidad de la culpa in consciente, que desatiende las potencias de entendimiento y voluntad." (141) La gravedad no es un concepto universal en cuanto a la culpa, tiene que determinarse en cada caso, no en relación con el dolo o la representación, sino frente a los bienes jurídicos fundamentales susceptibles de ser -- dañados por el delincuente culposo.

No resuelve el problema la propuesta de Federico Cánovas Theriot (142), quien plantea una triple clasificación al dividir la culpa consciente en dos supuestos: en u no el autor confía en su pericia y en el otro no interviene para nada y deja el resultado al azar. De esa manera -- se originan tres tipos de culpas que, enunciados de la mayor a la menor gravedad, serían: a) culpa consciente: el a gente prevé la posibilidad de producir el daño al bien jurídico, pero no hace nada por evitarlo y deja al azar su --

no producción; es el supuesto de mayor gravedad por la actitud de indiferencia del sujeto hacia la producción del daño; b) culpa inconsciente: el agente no previó para nada la lesión al bien jurídico fundamental; y, c) "culpa con representación y previsión": el individuo confía que con su cuidado, pericia o atención, evitará la lesión al bien. Esta es la hipótesis de menor gravedad por la actitud del autor respecto a la evitabilidad del daño.

La pura previsión, como acto psíquico de prever, no asegura la efectiva administración del cuidado pertinente en la ejecución de la acción; además, no siempre el imperito que se esfuerza en superar sus deficiencias físicas o psíquicas, o su limitación técnico-profesional, resulta ser en los hechos el menos peligroso. Ese es el caso, por ejemplo, del cirujano con una afección física que le produce limitación en su habilidad quirúrgica y se obstina en mantener su práctica de cirujía; en efecto, dicho profesional será mucho más peligroso, a pesar de su esfuerzo y máxima atención, que el sujeto con bajo nivel de escolaridad, quien al manejar sustancias pirotécnicas pone en peligro bienes jurídicos fundamentales, sin ni siquiera imaginárselo. Este puede actuar en forma peligrosa, de manera ocasional; mientras que el cirujano, por la naturaleza profesional de su actividad, tendrá más posibilidades de lesionar los bienes que se ubican en la zona de peligro

sidad de su conducta.

La cuestión fundamental en la culpa no es si previó o no previó el sujeto la lesión típica, sino, como lo entiende el modelo lógico, si proveyó o no a la no producción del resultado dañoso. La gravedad de la omisión culpable depende del valor social del bien jurídico dañado y de si el agente, pudiendo actuar con el debido cuidado no lo hizo, cuando era previsible y posible hacerlo. La culpa es deber y poder. Si el sujeto debía proveer, porque le era exigible la conducta cuidadosa, pero no podía procurar ese cuidado en las circunstancias concretas de su comportamiento, no se integra la culpa y por lo tanto no se le puede reprochar jurídico-penalmente su acción.

7. SISTEMAS DE PUNICION

Las formas básicas son el crimen culpae o numerus apertus y el crimina culposa ó numerus clausus. Conforme al primero se define el delito culposo y se señala su correspondiente sanción en la parte general de los códigos penales. Como esos señalamientos no se hacen de manera particular a tipos específicos, sino en forma global a la totalidad del catálogo penal y tomando como punto de referencia las figuras dolosas, en principio todos los tipos intencionales pueden asumir la forma culposa, a menos que la naturaleza de la acción típica lo impida. En tal sistema, adoptado por la legalidad mexicana, el papel del juez es de primera importancia, pues corre bajo su responsabilidad manejar correctamente la categoría culpa y la definición legal y general del delito culposo, para la solución correcta del caso concreto.

En el sistema del crimina culposa o numerus clausus el legislador señala, de manera expresa y específica -- en la parte especial de los códigos penales, cuales son -- los delitos dolosos que también pueden adoptar la forma -- culposa; desde luego, de acuerdo a la definición del delito imprudencial también ubicado en la parte general. En este caso la responsabilidad del juez es menor, en lo que se refiere a la integración de las figuras culposas, pues la ley le dice cuales son, desprendiéndose de tal declaración

ción que las demás no pueden serlo.

En el *numerus apertus* o *crimen culpae*, el delito culposo tiene que definirse en forma amplia y general, de manera de poder abarcar todos los supuestos de la culpa; y, como en teoría todas las figuras dolosas definidas por el legislador en forma particular pueden asumir la forma imprudencial, algunos autores consideran que dicho sistema "...implica una violación solapada del principio de legalidad.." (143). La verdad es que representa la posibilidad de un aumento cuantitativo de los tipos penales, pues como ya se ha dicho, en principio todo tipo doloso puede transformarse en culposo. A la amplia facultad interpretativa del juez, se opone únicamente la naturaleza de algunas acciones penales que no pueden permitir esa transformación.

En nuestra opinión, el sistema de *crimina culposa* o *numerus clausus* es el más conveniente, no sólo porque no representa un aumento de los tipos penales sino por la seguridad y certeza que proporciona al ciudadano, al señalar de manera específica cuales son los tipos capaces de adoptar la forma culposa.

8. FUNDAMENTO JURIDICO-SOCIAL

¿Por qué se castiga el acto culposo si su autor ha obrado sin proponerse un fin criminal?. No han faltado opiniones en favor de la no punibilidad del comportamiento imprudente, pero la tesis dominante es la de su incrimación penal. Como nos afiliamos a esta última posición, intentaremos exponer en forma sucinta las razones que en nuestra opinión la fundamentan.

Primero y básicamente, el acto culposo debe reprimirse por medio de la ley penal, porque atenta contra la convivencia. Esto por supuesto supone una limitación a la punibilidad de la imprudencia, pues debe amenazarse con sanción penal únicamente aquella conducta culposa que lesione bienes jurídicos fundamentales; por ello debe substituirse el sistema del crimen culpae por el de crimina-culposa, pues no es una necesidad social el que todos los comportamientos dolosos asuman la forma culposa.

En segundo lugar, desde la perspectiva del individuo, todos los miembros de un grupo social tienen el deber social de conducirse en forma tal de no poner en peligro la existencia de la sociedad y el normal desarrollo de la convivencia. La obligación, basada en la necesidad de preservar y promover la vida social, debe traducirse en un deber jurídico que la sociedad deberá reclamar al individuo cuando lo incumpla. Dicha exigencia se hace --

más necesaria cuando se trata de ejecutar acciones peligrosas pero convenientes, en algunos casos hasta indispensables, para el progreso social, como sucede con el transporte terrestre, aéreo y marítimo; y, de igual manera, -- con el extraordinario desarrollo de la industria y de la ciencia de nuestros días, que ha dado lugar a una serie de profesiones basadas en acciones en realidad peligrosas, las cuales no pueden prohibirse sin causar grave daño a la sociedad. En tales circunstancias, el individuo está llamado a ejercer dichas actividades pero poniendo - en ellas su máxima atención y cuidado, para evitar innecesarios riesgos y graves daños a bienes jurídicos indispensables para la convivencia, en el actual estadio del desarrollo económico y social de la sociedad.

En la culpa se dirige un reproche a la voluntad que produce el resultado típico, porque a pesar de estar obligado el sujeto a realizar su conducta de acuerdo a la exigencia del interés social expresado en el deber objetivo de cuidado, la ejecutó de otra manera; con esa actitud contrapone su modo de comportarse, en el tráfico social, a lo establecido por la normatividad jurídico-penal y causa lesiones a bienes esenciales para el normal desarrollo de la vida social.

¿Hasta donde le es reprochable la culpa al autor?. La determinación de la violación del deber objetivo-

vo de cuidado tiene que hacerse a partir de la situación concreta del sujeto y de su capacidad personal para imprimir a su conducta el debido y apropiado cuidado a efecto de no producir la lesión al interés social fundamental. - Lo que no es posible prever no es exigible por cuanto hace a la capacidad intelectual del agente; de igual manera, aquello imposible de proveer tampoco puede ser reclamado, pues ello está fuera del poder del individuo.

La recriminación penal de la culpa, desde los incios de la sistematización, se ligó a la voluntad del autor. En ella se castiga un acto voluntariamente realizado con el cual, por el modo de ejecutarlo, se causa un daño a un bien jurídico protegido por la ley penal. En un derecho penal de culpabilidad no puede concebirse la punibilidad de la culpa sin conectar la conducta a las facultades volitivas del agente. La voluntad reprimida en la culpa no es la orientada a la comisión de un delito, - como sucede en el dolo; sino aquella que por no mantenerse dentro de la exigencia normativa del deber objetivo de cuidado, resulta ser factor causal de una lesión típica.

*En la culpa, tanto consciente como inconsciente, el agente si bien no dirige su acción voluntariamente contra el objeto de protección penal, obra en forma reputada ético-socialmente intolerable en la medida en que no se ajusta su actividad a aquellas exigencias mínimas que

debe observar en la ejecución de la acción correspondiente."(144) El momento de voluntad en la culpa radica en la conducta no orientada a la concretización de un tipo penal; en ella es donde lo volitivo existe, tanto cuando se inicia sin proponerse la realización de un delito, como posteriormente, cuando el sujeto le imprime una modalidad que la hace suficiente causalmente para la producción del resultado dañoso.

El buscar la voluntariedad de la culpa en la previsión, plantea a la culpa inconsciente o sin previsión un insalvable problema, la que con ese criterio necesariamente aparece sin voluntad. La voluntabilidad de la imprudencia no está ligada a la previsión; en efecto, puede prever se lo no deseado que por dicha razón devendrá como algo involuntario. Eso puede suceder en la culpa consciente pues la previsión es un acto cognoscitivo, no volitivo, perteneciente a la actividad intelectual del individuo, cuyo objeto es la derivación causal de la acción ejecutada.

En la conducta culposa la voluntad no apunta al resultado, pues el fin de la acción es atípico al no proponerse el esujeto la comisión de un delito; pero, como al ejecutarla de una tal forma viola el deber de cuidado y produce un resultado típico, debe ser considerado un acto delictivo no intencional. El reproche jurídico-penal se basa entonces, no en la previsión de un posible resultado da

ñoso al interés social, sino en la forma de conducir la vo
luntad de la conducta que entraña una lesión al deber jurí
dico de cuidado exigible al autor. Esa fue la solución, -
en nuestra opinión acertada, a la que arribó Graf Zu Dohna:
"Pero si hacemos responsable al autor por su conducta y no
por falta de previsión que ha demostrado, entonces debe a-
parecer como reprochable precisamente esa conducta."(145)

9. PELIGROSIDAD DEL DELINCUENTE CULPOSO

Tradicionalmente se ha visto la culpa como una - voluntad menos grave que el dolo; y, por lo mismo, se le a signa mucho más peligrosidad al delincuente doloso que al culposo. Mezger llama a la culpa "la forma más leve de la culpabilidad"(146). Por su parte Maurach, para justificar el menor reproche jurídico-penal a la culpa, establece una diferencia a partir de la peligrosidad: en el delincuente ~~culposo la actitud es asocial mientras que en el delincuen~~ te doloso su actitud es antisocial(147).

Es dominante la tesis de la mayor peligrosidad - en la acción dolosa y en consecuencia la de menor en la -- culposa. No ha faltado la posición en favor de la conve-- niencia de excluir la culpa del campo del derecho penal, - afirmación que por lo demás no es nueva; efectivamente, en el derecho natural la acción culposa no fue considerada de lito sino un quasi delictum, frente al delito doloso conce-- bido como un verum crimen. La distinción pues, en la for-- ma de menor gravedad o entidad criminal en la culpa, tiene la opinión mayoritaria a través del desarrollo del pensa-- miento penal.

La diferencia así establecida, en términos gene-- rales es correcta pero no absoluta, y quien sabe si defini-- tiva. El mismo Maurach, después de fijar la diferencia a que nos hemos referido en líneas anteriores, al condenar

la irresponsabilidad del médico que no mantiene al día sus conocimientos profesionales, asienta una expresión lapidaria y propia para un delincuente doloso de la más alta peligrosidad; "el médico que no mantiene su ciencia al día será, con el tiempo, un asesino."(148)

A partir del contenido de voluntad de la acción, si lo doloso es intencional y lo culposo no lo es, la culpabilidad tiene que ser menor en el actor imprudente. A éste no se le reprocha el haber dirigido su voluntad a la concretización de un tipo penal, sino la modalidad que le imprimió a su acción al no observar la prudencia demandada por el orden jurídico. Es mucho más grave querer cometer un delito que cometerlo sin intención, por no cumplir con las exigencias de cautela y cuidado necesarios en la relación social donde se realizó la acción.

Pero cuando el potencial criminal del actor culposo se analiza, no por su actitud frente al orden jurídico en general o su inclinación al delito, sino por el peligro que representa la posibilidad de su comportamiento para algunos bienes jurídicos esenciales a la sociedad, puede aparecer en algunas ocasiones más peligroso que el delincuente intencional. Ciertamente, quien actúa por imprudencia no está demostrando una abierta antisocialidad, pero su bajo nivel de solidaridad para intervenir en la compleja red de las relaciones que conforman la vida en -

sociedad, puede hacer que su asocialidad redunde en un daño serio y grave para la convivencia.

Un cirujano autorizado legalmente para ejercer como tal, afectado por una deficiencia física o psíquica que le limita substancialmente para intervenir con eficiencia en una operación quirúrgica, si se obstina en continuar su práctica profesional puede ser más peligroso que un homicida intencional. Este actúa sólo si algunos estímulos externos desencadenan las tendencias internas de su personalidad, en tanto el cirujano tendrá la oportunidad de atentar contra los bienes de la vida o la integridad física con mucha mayor frecuencia, por lo cotidiano de su quehacer. La misma situación puede plantearse en relación a aquellos cuyas actividades de su profesión requieren de sus facultades físicas y psíquicas al máximo, como es el caso de los pilotos de la aviación comercial, de los que manejan maquinaria complicada o substancias peligrosas, cuyos errores pueden costar vidas y cuantiosas sumas de dinero.

Tras de los grandes y espectaculares accidentes de los últimos meses en plantas nucleares, proyectos de investigación espaciales y vuelos comerciales, pueden estar elegantes y sabios delincuentes-culposos de cuello blanco. Igual situación posiblemente se descubrirá en el campo del error médico, que parece no estar sujeto a un serio y efi-

ciente control de caracter legal. Altavilla al comentar un precepto de la legalidad penal italiana, en relación a este tema, afirma: "...la peligrosidad tiene vastísima aplicación en materia culposa, ya que un delito cometido por un profesional de percepción retrasada, de proceso motor desordenado, de burda impericia, presenta mayor probabilidad de repetición que el de un delincuente intencional endógeno, que para reincidir necesitará siempre algún estímulo externo, - por mínimo que sea, mientras que para el delincuente culposo basta que prosiga en alguna actividad lícita, como es la de su profesión."(149)

El desarrollo social y la complejidad de las relaciones que se establecen en las actividades de los hombres en sociedad, demanda una mayor conciencia de la necesidad - de cumplir cada quien, en la esfera de su respectiva competencia, con poner la debida atención y cuidado en las acciones necesarias para el desenvolvimiento y progreso del grupo. La interdependencia, entre quienes intervienen en el tráfico social, se acentúa y vuelve cada vez más profunda - la interrelación de la actividad de unos y otros. Los bienes jurídicos fundamentales estarán a salvo, únicamente si todos responden al deber de realizar sus acciones necesarias con la debida atención, cautela y cuidado.

Resulta dramático constatar que los bienes esenciales para la sociedad, como lo son la vida y la salud de

los individuos, están en manos de técnicos y trabajadores manuales, a quienes sin duda alguna será justo demandar - mucho más cuidado y atención que a los otros miembros de la sociedad, cuya actividad no tiene la misma trascendencia social. Así visto el panorama, la peligrosidad del delincuente culposo no es tan inocua como parece sugerir la diferenciación mencionada al principio de este sub-capítulo, que aun cuando sigue siendo cierta necesita algunos matices, sobre todo en relación a la peligrosidad relacionada a los bienes jurídicos fundamentales.

10. DELINCUENCIA CULPOSA Y SOCIEDAD

Las figuras penales de culpa son una excepción en relación a los tipos dolosos. En lo que toca a la delincuencia, la culposa es minoritaria y casi especializada, - en los actuales momentos, a los accidentes automovilísticos. No es desatinado suponer que parte de los delitos -- culposos acaecidos en la vida real, no llegan a conocimiento de los órganos encargados de perseguir y castigar el delito. La "cifra negra", relativa a los actos delictivos ocurridos pero ausentes en las estadísticas oficiales, abarca una variada y amplia gama de actividades profesionales; en ellas, la lesión al cuidado objetivo puede representar serios daños a fundamentales bienes jurídicos para la vida social.

¿A qué se debe dicha situación?. La mejor respuesta a esta pregunta no pasa por exclusivas consideraciones jurídicas sino por las sociológicas y criminológicas. Los juristas tenemos que reconocer, con todas las consecuencias implícitas en ello, el necesario y beneficioso papel de las ciencias sociales y penales en el tratamiento adecuado del delito, tanto en su dimensión social como en la individual. Ellas también proporcionarán elementos para la formulación de una legislación oportuna y conveniente, en atención a los altos intereses de la sociedad.

La imagen de quien delinque, desde el punto de -

vista de la actual organización social, corresponde a una visión clasista de la delincuencia; en efecto, los delinquentes "pertenecen" a los grupos sociales económicamente desposeídos, acusan poca escolaridad y una actitud antisocial que los conduce a rechazar su integración a la sociedad, de la cual aparecen como enemigos.

Los "delitos" que ocupan la mayor parte de los espacios noticiosos, son los homicidios causados con violencia aparatosa y los robos cometidos por individuos en forma aislada. Esa manera de "ver" el delito y al delincuente, de parte de los medios masivos de comunicación, alcanza también a los técnicos y profesionales encargados de la justicia penal, de manera ya alarmante; lo cual unido a otros factores, produce negativos prejuicios y una in-diferencia contraproducente hacia la delincuencia que no muestra esos caracteres, como la denominada de "cuello -- blanco" y la culposa.

Lo anterior pareciera indicar que el pertenecer a un grupo social hace "lógico" el conducirse delictuosamente; y, la pertenencia a otro, hace "lógico" el no delinquir. Dicha conclusión por ningún motivo puede ser -- cierta y por lo mismo debe ser rechazada. Una lectura así del problema delincencial es prejuiciosa y parcial; -- sin embargo; representa una manera de plantearse frente -- al delito y el delincuente, actitud que sin duda marca --

el enfoque particular y total del problema.

El delito culposo no se presenta a la sociedad tan estigmatizante, ni el delincuente imprudencial es rechazado o afrentado como sucede con el delito intencional y el delincuente doloso. La prensa en sus diferentes medios de expresión, tanto nacionales como internacionales, en forma constante ocupa sus espacios para informar de acidentes en donde los muertos y los lesionados se cuentan por cientos; sin embargo, la única preocupación que motiva el interés por la intervención de la justicia penal, a ese nivel de información, es la posibilidad de un atentado terrorista.

¿Es que no hay ninguna probabilidad de un comportamiento culposo en dichos accidentes de parte de quienes intervienen como obreros, técnicos y profesionales en esas actividades?. La frecuencia de esos percances en los últimos años, como los de aviación, hace suponer que dicha posibilidad quizás no es tan remota; a pesar de ello, ni los medios de comunicación ni los encargados de la justicia penal insinúan, en forma alguna, la conveniencia social de investigar en el sentido apuntado; es más, la misma sociedad, manipulada por la información, parece no tener interés en el asunto.

En teoría todos los delitos intencionales pueden asumir la forma culposa, pero aun así su aplicación e

fectiva sigue manteniendo el carácter de excepcional. En la permanencia de esta situación no sólo cuenta la ley, si no más todavía los criterios para perseguir y castigar penalmente el delito. Como lo hemos señalado, cuando se trata del tráfico social profesional, el delito culposo puede resultar más grave que el doloso por la magnitud de los daños causados. ¿La delincuencia culposa no existe o no la conocemos?. Sería muy provechoso, para una mejor administración de la justicia y mantenimiento de la paz social, responder esta pregunta con mayores y más exactos elementos. Por ejemplo, el error médico es un enigma en los países subdesarrollados, en los cuales pareciera que la práctica médica y quirúrgica es perfecta; sin embargo, llama poderosamente la atención que en los países industrializados la literatura penal mencione casos de errores en ese campo, lo que a simple vista resulta ilógico y hasta contradictorio.

La impunidad de la delincuencia profesional culposa puede estimular la frecuencia de esos delitos y desestimular a las víctimas o familiares de éstas a hacer uso de su facultad de denunciar, o de ejercer la acción penal correspondiente en los países donde eso es posible. Los casos de delincuentes por imprudencia en el ejercicio de alguna profesión, porque no sólo la médico-quirúrgica es preocupante, sólo existen en los ejemplos de clase o en

los textos de estudio; o, al menos, no son objeto de noticia por los medios de comunicación social como sucede con los delitos y delincuentes dolosos comunes.

La vida y la salud están amenazadas ahora por el ejercicio de profesiones peligrosas pero necesarias para el ser humano y la sociedad en su conjunto. En ellas se entrelazan responsabilidades y se hacen dependientes unas acciones de otras, lo cual hace suponer que la falta de cuidado y cautela en dichas actividades puede propiciar graves daños a bienes jurídicos fundamentales. De entre las muchas tareas de la era tecnológica, cuya ejecución entraña serios peligros mencionaremos a manera de ejemplo las siguientes: la de los laboratorios clínicos y radiológicos, intervención de personal médico y paramédico en operaciones quirúrgicas, uso de complejos mecanismos y participación de equipos humanos calificados al máximo en la planeación y ejecución de los modernos vuelos comerciales, operación y control de plantas termonucleares, uso de sustancias peligrosas en programas de investigación, etc. En la mayoría de estos ejemplos, que obviamente no agotan la realidad de la vida moderna, una actividad depende de la otra y así sucesivamente se integra una cadena de cuyo funcionamiento correcto depende la eficiencia del servicio, pero también la vida y salud de millares de seres humanos.

CAPITULO V
OMISION Y DERECHO PENAL

1. DELITO Y OMISION

A) ACCION PENAL Y OMISION: el derecho es una regulación de la conducta social del ser humano. Todo comportamiento carente de alguna trascendencia para los demás, no tiene relevancia para el ordenamiento jurídico. La legalidad penal amenaza con pena toda acción que atenta gravemente contra la convivencia. En la actual etapa de la sociedad, el derecho es un elemento posibilitador de la vida social. Señala al individuo las conductas prohibidas y, a contrario sensu, lo que si le está permitido hacer sin exponerse a ser reprimido penalmente.

La acción penal en el delito, a nivel de su facticidad histórica, puede asumir dos formas: a) la acción propiamente dicha se manifiesta en un hacer de parte del sujeto, es una actividad que puede ser apreciada como movimiento corporal mediante el cual hecha a andar un proceso causal, con un fin típico(dolo) o con un fin atípico(culpa); b) la omisión consiste en un no hacer y es cumplida a través de una inactividad del sujeto quien al observar tal conducta(ausencia de movimiento corporal) no interrumpe un proceso causal. Su fin también puede ser típico(dolo) o a

típico(culpa). Fuera de estas dos modalidades del delito, con sus correspondientes formas dolosa y culposa, no hay otras conductas susceptibles de ser reprochadas jurídicamente a una persona.

Toda acción penal viola un deber jurídico-penal. La actividad o acción propiamente dicha contraría un imperativo normativo de no hacer(no matar), en tanto que la inactividad u omisión niega un deber de hacer(auxiliar). En la comisión el delito es un comportamiento activo mediante el cual el sujeto, a través de su desplazamiento físico, pone en movimiento y maneja un proceso causal de acuerdo al fin prefijado por él; al contrario, en la omisión el delito estriva en permanecer inactivo y omitir la conducta que se está obligado a cumplir, a efecto de evitar el desarrollo causal productor de un resultado típico.

Para el modelo lógico(150) la actividad como la inactividad pueden examinarse en tres niveles conceptuales diferentes: pre-jurídico, tipo y delito. El primero corresponde al mundo de las entidades fácticas y culturales, el del tipo es propio de las meras descripciones legislativas de carácter penal; y, el correspondiente al delito, se refiere a las entidades fácticas y culturales pero típicas. Para la perspectiva jurídico-penal de la omisión interesan los dos últimos grados, aunque los mismos no pueden aislarse en forma absoluta del nivel pre-jurídico. En

este último grado la acción está regida por la causalidad y por lo mismo constituye un acontecer natural. La inactividad pertenece al mundo de la cultura y es generada por una norma moral, social, religiosa, etc. En consecuencia, no es natural la omisión ni se rige por la causalidad; y, en este nivel pre-jurídico, no tiene ninguna relación con la normatividad jurídica.

Interesan al derecho penal, de manera exclusiva, las actividades o inactividades que puedan estar bajo el dominio de la voluntad del hombre, es decir, las producidas de manera intencional o debido a su descuido. Aquellas acciones u omisiones excluidas de ese señorío del ser humano, no pertenecen al campo de lo jurídico-penal y constituyen hipótesis de caso fortuito.

El actuar o el omitir pueden tener, de acuerdo a su naturaleza ontológica y valoración jurídica, una determinada significación jurídico-penal; sin embargo, sólo la acción puede "causar" beneficios o perjuicios. Por su misma naturaleza, la inactividad no puede "causar" ninguno de esos dos efectos; no obstante, eso no le impide tener algún sentido de carácter jurídico y penal, cuando con ella no se evita un perjuicio típico. Las acciones y omisiones son antisociales, las primeras cuando causan un daño y las segundas si no lo evitan, ambas en perjuicio de la sociedad. Son típicas, solo si están descritas en el precepto

de la ley penal como delitos.

Omitir en sentido jurídico-penal no es simplemente un no hacer, una mera actitud pasiva, sino el incumplimiento de un mandato legal; la inactividad del sujeto respecto de lo que él está obligado a hacer por serle exigible de acuerdo al ordenamiento jurídico. Omitir es un no hacer algo ordenado por la ley penal. En este sentido omisión es la no acción. El no actuar sólo puede ser definido en función de su contrario: el actuar; en consecuencia, la inactividad corresponderá a un universo comprensivo de todas las conductas en las cuales se omita el comportamiento jurídicamente prescrito.

La acción se dirige a la producción de un resultado, en tanto la omisión está relacionada a un resultado que se tiene el deber de evitar. La inactividad se vincula a la acción ordenada y no observada. Se puede omitir - de muchas maneras, pero la omisión relevante para el sistema de legalidad penal solamente es aquella violatoria de un deber de evitación, cuya forma normativa es la de un imperativo conductual que ordena impedir o interrumpir el proceso causal, el cual culminará en un resultado dañino - para un específico bien jurídico fundamental.

La acción se castiga por causar un daño típico y la omisión se reprime por no evitarlo. Si la causalidad fuera la nota substancial del delito, la omisión debería -

ser excluida como forma de la conducta criminal porque ella no tiene ninguna posibilidad, desde el punto de vista de lo físico-natural, de causar alguna alteración en el mundo exterior. La omisión no puede producir ningún efecto. Quien omite no crea ni pone una causa o factor físico. Lo que se reprocha a la conducta omisiva es no haber interrumpido un curso causal que culminó en una lesión típica.

B) OMISION PROPIA: en ella encuentran su fundamento -- los denominados delitos de omisión propia (delicta o misiva), los cuales contradicen un mandato de "hacer" consistente en observar una conducta orientada a la evitación de un daño a bienes jurídicos esenciales a la vida social. Para Welzel (151) los elementos del delito de omisión son: a) la situación típica, formada por los presupuestos señalados en el tipo que determinan la obligación del sujeto para actuar de conformidad con la norma imperativa; b) la no ejecución de la acción ordenada para evitar el daño (aunque ese objetivo no sea alcanzado será suficiente un esfuerzo serio y adecuado tendiente a la evitación del daño para tener por cumplido el deber de actuar); y c) el poder final del hecho para el cumplimiento del mandato: el obligado debe estar en condiciones de observar la conducta preceptuada, porque si no puede hacer-

lo por imposibilitárselo una circunstancia que anule su voluntad de actuar, la omisión es atípica.

Este poder final del hecho, requiere que la omisión sea la expresión de una voluntad rectora libre, lo --cual demanda el conocimiento de la situación típica, consciencia de la capacidad de poder actuar y posibilidad real de cumplir con el imperativo de evitación. Si el agente - está imposibilitado para cumplir con la obligación de impedir o interrumpir el proceso causal, no se integra la conducta típica y antijurídica omisiva.

C) OMISION IMPROPIA: su calificativo se debe a que constituye la violación de una norma prohibitiva(en la omisión propia se viola una norma imperativa). En la vida real, a través de esa conducta omisiva, se puede lograr la producción de un resultado típico que también es posible - obtener mediante una acción. El ejemplo más común es el - del homicidio del hijo, acaecido por inanición, al no ser alimentado por la madre; también se usa el del médico que deja morir a su enemigo al no asistirlo profesionalmente para evitar su deceso.

La impropia omisión da origen al denominado delito de omisión impropia(delicta commissiva per omissionem) o de comisión por omisión. Desde una estricta perspectiva - ontológica son delitos de omisión, puesto que la consecuen

cia típica se hubiera evitado de ser observada la conducta omitida; pero desde la óptica normativa parecen ser más de litos de acción, pues al obtener el resultado que se propuso alcanzar, el sujeto en realidad viola una norma prohibitiva y lo logra mediante su conducta omisiva.

El problema central en los delitos de impropia omisión es el de la equivalencia de la inactividad a la actividad. ¿Puede equipararse la lesión causada al bien con la no evitación de esa lesión?. ¿Es lo mismo privar de la vida a una persona que no evitar su muerte?. En el terreno de lo meramente ontológico la respuesta a dichas preguntas no pueden ser más que un rotundo no. En la realidad fáctica omisión y acción no se pueden equiparar. En el mundo natural y causal únicamente el hacer puede producir un efecto. La equivalencia sólo es posible en el plano ético y normativo jurídico.

Desde la visión de un ordenamiento jurídico basado en el liberalismo jurídico, no parecerá muy convincente la equivalencia normativa entre matar y dejar morir a una persona; pero si se parte de una concepción más solidaria de la vida en sociedad y de la necesidad de proteger, por todos los medios disponibles, los bienes fundamentales para la existencia y desarrollo de la organización social -- sin la cual no es posible la vida del individuo, la indiscutible diferencia ontológica entre acción y omisión, no a

parecerá como obstáculo insalvable para ponerlas en el mismo nivel en cuanto a reprocharlas por igual, en tanto que una causa y la otra no impide la lesión de un bien necesario para la sociedad.

La antijuridicidad de la conducta no se consuma con la concreción del tipo objetivo que contiene la prohibición de causar el resultado, se hace necesario la contrariedad al deber de evitación o sea el incumplimiento de la norma imperativa dirigida a cumplir con evitar el resultado; sólo de esa manera se agota el injusto y desde luego - se concretiza el tipo penal de la impropia omisión.

D) RELACION NORMATIVA: en la omisión, tanto propia como impropia, no existe un acontecer causal, si esta categoría se entiende (única manera de ser comprendida correctamente) como relación entre una causa y un efecto. Luego de una larga e infructuosa búsqueda de la causalidad en la omisión, finalmente el pensamiento jurídico-penal ha puesto en un primer lugar la conducta omitida para viabilizar la comprensión y sistematización de la omisión impropia en el comportamiento criminoso. El omitir hacer algo no puede "causar" ningún efecto, pero la conducta omitida si puede reclamarse en virtud del deber del omitente de evitar la producción del resultado típico. "La omisión como no ejecución de una acción no causa absolutamente nada. La ú-

nica pregunta legítima dentro del marco de los delitos de omisión se refiere a si la ejecución omitida habría evitado el resultado."(152) La relación entre el resultado típico y la omisión que no lo impide, se establece por la norma mediante el deber de evitar que le es exigible por su posición respecto del bien.

La esencia en los delitos de omisión es no evitar el daño típico, no interrumpir el curso causal que lo producirá. Lo contrario es lo que se propone lograr la prescripción en el respectivo tipo imperativo. Su incumplimiento permite el desarrollo del proceso causal hasta producir el efecto dañino al bien jurídico tutelado por la ley penal. El resultado debe vincularse a la acción ordenada y omitida en la conducta del autor. ¿Pudo haber evitado el resultado el cumplimiento del mandato que no fue observado?. Si la respuesta a esta interrogación es afirmativa, existe omisión en el sentido jurídico-penal; pero, si puede contestarse en sentido negativo, es decir, si el cumplimiento de la norma tampoco hubiera interrumpido el proceso causal, entonces no existe omisión.

La acción omitida tiene una función hipotética porque no puede ser apreciada, como sucede en el delito comisivo, pues de estar presente la conducta deviene atípica y por lo mismo no puede darse el supuesto de la omisión. La probabilidad de la ejecución de dicho comportamiento, -

cuando no fue observado, tiene que estar lo más cercano a la certeza; de lo contrario, si hay motivos para creer -- que el autor no cumplió el mandato porque no le fue posible, el reproche no operará.

E) CALIDAD DE GARANTE: el deber de evitar el resultado no pertenece a todos en los delitos de omisión impropia. Es un mandato dirigido exclusivamente a quien es tá situado, en relación al bien, con la obligación de garantizar su integridad y por ello evitar el daño típico -- que pueda originarse del desencadenamiento de un curso -- causal. Como deber jurídico no puede estar fundado más -- que en la ley, ya sea de manera directa o indirecta.

La obligación de actuar como garante tiene dos características: es personal y es objetiva. Lo primero -- por constituir una posición especial y específica del o-- bligado frente a los demás miembros de la comunidad y reg pecto del titular individual del bien (los padres en relación a los hijos, el guardián ante el propietario del --- bien que lo contrata). Su carácter objetivo deviene del propósito para el cual se establece; en efecto, se le a-- signa la finalidad de salvaguardar el bien jurídico funda mental, por eso el obligado debe responder de la incolumi-- dad de dicho interés social ante el grupo.

La función de garantía es un elemento que co---

rresponde al sujeto activo, es una calidad propia de éste frente al bien encomendado a su cuidado que lo hace titular del deber de su protección. La omisión, en su aceptación jurídico-penal, constituye una violación a ese deber personal y objetivo. No es una obligación de todos sino de quien está, por su relación especial respecto del bien, en la obligación de cuidar y velar por su incolumidad.

Según Olga Islas de González Mariscal, los juristas alemanes inventaron la categoría "calidad de garante", con un triple objetivo: restringir el deber de evitar el resultado material en los tipos penales, "localizar en el tiempo y en el espacio la omisión" y "limitar - la esfera del sujeto autor de la omisión"(153). Estos fines no se pueden alcanzar, dentro de una correcta sistematización jurídica, a no ser que se establezca en forma expresa y en alguna parte del sistema de legalidad, esa responsabilidad de garantizar la integridad del bien jurídico esencial a la sociedad.

La mayoría de los autores, sin discrepancias relevantes, están de acuerdo en reconocer que la calidad de garante puede basarse, en primer lugar en la ley, tanto - la escrita como la costumbre y la jurisprudencia; en el asumir, de hecho, deberes específicos que apunten a la evitación del daño a específicos bienes, tal el caso del e-jercicio de una profesión o la aceptación de tareas singu

lares y personales; existencia de especiales relaciones -
provenientes de ciertas comunidades de vida(familia, aso-
ciaciones, etc.) y comunidades de peligro(guía del escala
dor o del cazador); y un actuar precedente peligroso que
coloca al sujeto en la obligación de evitar el daño al --
bien, si este puede suceder como efecto de su comporta---
miento.

2. OMISION PENAL Y TIPO PENAL

A) TIPO Y-NORMA: las formas comisiva y omisiva de la acción penal dan lugar a dos correspondientes clases - de tipos penales, los de comisión y los de omisión. Los primeros describen delitos cuya acción típica consiste en realizar una actividad para producir con ella un resultado típico y predeterminado; en consecuencia, establecen deberes prohibitivos de no efectuar determinada acción. Los tipos de omisión describen delitos cuya acción típica consiste en abstenerse de actuar; consiguientemente, consagran deberes mandativos de hacer algo, de ejecutar una actividad.

En teoría se puede prohibir tanto la acción como la omisión. Así, es posible la prohibición de no matar como la de no prestar auxilio. Sin embargo, lo usual ha sido y lo es al presente, que en el primer caso la ley se redacte en función de prohibir una conducta; y, por el contrario, en el segundo supuesto, la redacción del texto legal responde a un mandato de observar un comportamiento en favor de la integridad de un bien. En ambos casos, en la prohibición como en el mandato, la conducta ordenada se expresa a través de la forma imperativa que impone la obligación de conducirse de conformidad a la norma.

La existencia formal de las figuras penales, pre

supone la de una norma susceptible de ser violada mediante la ejecución de una conducta típica y antijurídica. En -- los tipos de omisión el actuar típico consiste en abstener se de ejecutar la acción que se tiene el deber legal de -- realizar. Ese comportamiento, omitido por el obligado, de be interrumpir el proceso causal dirigido a dañar el bien jurídico tutelado por el tipo.

La regla está representada por los tipos prohibi tivos y la excepción la constituyen los tipos omisivos. -- La justificación de dicha situación se basa en la necesi-- dad de no invadir la esfera de la libertad individual sino en aquello absolutamente necesario para el desarrollo de - la sociedad. Sin embargo, el supuesto respeto a la liber- tad e individualidad, en algunos momentos manifestado como verdadero culto, ha sido negado por el mismo régimen libe- ral cuando se ha tratado de neutralizar o de eliminar las expresiones políticas de su cuestionamiento.

B) TIPOS OMISIVOS: tres sucesos histórico-socia- les pueden abrir el camino para una mayor pre sencia de estos tipos en los códigos penales: a) crítica - al manejo político de la tesis de la no intervención del estado en la esfera de la libertad individual; b) posibili dad de los postulados del estado social para consolidarse en la organización política debido a la crisis económica

de la sociedad; c) necesidad de la solidaridad social en la vida social moderna.

Los gobiernos organizados bajo los principios -- del liberalismo, especialmente en los últimos tiempos, no se han caracterizado precisamente por respetar la libertad individual; por el contrario, la han conculcado cuando lo han considerado necesario para la defensa de su status político-social y económico. Esto demuestra que no es única^umente el respeto al principio de no invadir el espacio de la individualidad que impide un reconocimiento mayor de -- los tipos de omisión, sino en primer lugar y sobre todo, la concepción individualista del mundo y de la vida.

El derecho penal del estado social tiene mayores posibilidades para dar un mejor status a los tipos de omisión, pues mediante ellos podrá reprimir penalmente las -- conductas que no eviten el daño a bienes jurídicos fundamentales. Desde luego esto no se hará de manera absoluta sino en forma limitada. Ejemplo de esta factibilidad de -- ampliar el ámbito del deber de evitación, lo constituye la equivalencia de la no evitación de un resultado a su pro-- ducción, que algunas legislaciones ya han adoptado(+). To

(+) El artículo 40 del Código Penal italiano, comentado -- por Maggiori en su tratado(Vol. V, pag. 328) dice a la letra: "No impedir un resultado que hay obligación ju-

davía no se trata de un mandato general, puesto que obliga únicamente a quien se encuentra en situación de especial o bligatoriedad respecto del bien, pero es un precedente con posibilidades de ganar espacio en las codificaciones penales.

En esos supuestos legales la equivalencia entre causar y no evitar el resultado requiere de dos condiciones para su aplicación en el caso concreto: la pre-exis-- tencia de una obligación jurídica y la acción típica. La primera debe ser específica y derivada de una relación -- concreta entre el bien y el sujeto obligado, quien tiene respecto de aquel la calidad de garante, de la cual se de riva el deber de evitar la lesión del bien jurídico pue-- to bajo su cuidado. La fuente de tal obligación puede -- ser la misma ley, una orden judicial o un contrato; pero, su condición esencial es la de estar basada de alguna ma-- nera en la legalidad vigente. La acción típica consiste en no actuar, en dejar de ejecutar la acción debida, acti tud con la cual, en lugar de evitar el proceso causal pro ductor del daño al bien, lo deja correr sin interrumpir--

(+) rídica de impedir, equivale a ocasionarlo". En parecidos términos están redactados el arto. 23 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla y el arto. 18 del Código Penal de Guatemala.

10.

Las relaciones sociales cada día son más numerosas y complejas, no sólo por su aumento cuantitativo y cualitativo, sino también por el crecimiento poblacional; el grupo en el poder, con toda la infraestructura político-administrativa de la sociedad a su servicio, no puede responder a la demanda social de una total y efectiva protección de los bienes jurídicos fundamentales. El aumento de las sanciones penales y de los efectivos en los cuerpos policíacos y militares, de ninguna manera constituyen una genuina garantía para la integridad de esos intereses, indispensables para la existencia y normal desarrollo de la vida social. La situación se agrava porque los factores del riesgo aumentan y los recursos para neutralizarlos decrecen a pesar de su aumento formal.

En esas condiciones la solidaridad no es un lujo filantrópico de las formaciones sociales desarrolladas. Es sin duda, un instrumento para asegurar los intereses esenciales de la sociedad. Deja de ser una cuestión religiosa o altruista, asume una dimensión colectiva y se transforma en exigencia ineludible para el grupo social. Complementariamente, también tiene que entenderse como un deber impuesto al individuo en aras de la conveniencia de todos, de evitar el daño a los bienes que son esenciales a la vida y desarrollo del ente social, entre los cua

les ocupan un primer lugar la vida y la salud de las personas.

Así entendida la solidaridad, será exigible al individuo siempre y cuando se pueda cumplir con el deber sin correr igual o mayor riesgo del que se trata de evitar. El derecho no reclama al hombre heroísmo ni sacrificio, sino una normal identificación con el interés común. Mucho más conveniente y efectiva que el aumento de las penas, políticas y cárceles, será formar entre los hombres una actitud más solidaria tocante a la protección de aquellos bienes que en verdad tienen la calidad de esenciales a la organización social.

Las nuevas condiciones de vida, impuestas por el desarrollo científico-tecnológico y el nivel de desarrollo de la sociedad, imponen al individuo nuevos deberes derivados de su calidad de miembro del grupo, los cuales no pueden estar contenidos exclusivamente en la ley penal ni se agotan con la obligación de abstenerse de ejecutar ciertas conductas; al contrario, la misma deberá ser complementada con el deber de evitar el daño a intereses colectivos.

Los riesgos de la vida social, dados los logros obtenidos por el hombre en su perenne lucha para dominar y aprovechar las fuerzas de la naturaleza, requieren una legalidad motivadora de la obligación de ser solidario con los intereses colectivos, en vista de la cada vez más difi

cil posibilidad de garantizar la incolumidad de los bienes jurídicos fundamentales. Dicha condición objetiva en la vida del ente social será un factor decisivo para una mayor importancia de los tipos penales de omisión; y demandará, en un futuro no lejano, la readecuación del sistema de legalidad penal para compaginar tal necesidad con la conveniencia, también colectiva, de aminorar la extensión de los códigos penales.

Los tipos de omisión propia demandan del individuo actuar, le imponen el deber de ejecutar una específica actividad dirigida a evitar la lesión del bien jurídico. En los pocos casos existentes en los códigos penales de corte liberal, se trata de una intervención en favor del prójimo; pero ese deber de protección se debe a un interés colectivo, puesto que la vida, la salud y la seguridad de los miembros de la sociedad, son bienes jurídicos vitales para la convivencia.

Estos tipos se construyen sobre una norma imperativa y su concreción tiene lugar con el incumplimiento de ese deber de actuar. "El tipo se cumplirá precisamente, y tan sólo, por esa inactividad contraria al deber; en esa no actividad se representa también el "resultado" típico." -- (154). Los tipos de omisión propia; además de proteger un bien particular y concreto, apuntan de igual manera a evitar mayores perjuicios para la sociedad; en efecto, si con

ocasión de la omisión reprochable se producen daños más graves, los mismos serán considerados en forma autónoma y se prevé para ellos una punibilidad mayor.

Los tipos de omisión impropios serán siempre abiertos. Su integración se hace enlazando dos elementos: la figura prohibitiva es la referencia ineludible para desprender el contenido de la conducta típica, pero las características del autor deben ser integradas por el juez. La parte del tipo a ser integrada por el juez, llamada por Welzel "extralegal del tipo"(155) y por Maurach "antepuesta del tipo"(156), tiene como fundamento la norma general que equipara la omisión a la comisión, sin la cual no es posible la existencia de un delito de impropia omisión.

El precepto mencionado toma en cuenta la calidad especial del autor, quien situado frente al bien como un garante de su integridad, debe responder del daño, aunque no lo cause una acción suya, si tenía el deber de evitarlo y no actuó en consecuencia cuando podía hacerlo. El bien tutelado es el vínculo entre la norma prohibitiva y la norma general que ordena evitar la lesión típica. El fin de un tipo así integrado es el común a todas las figuras penales: proteger un bien jurídico fundamental.

En los tipos de omisión propia el deber de evitar es general, pertenece a todos los que tengan conoci

miento de la situación de riesgo para el bien jurídico. - En cambio, debido a la especial estructura de los tipos de omisión impropia, en ellos el deber de actuar está individualizado en la persona a quien legalmente le es asignada la calidad de garante, cuya obligación es evitar el resultado típico en virtud de su específica posición en cuanto al bien jurídico protegido penalmente.

C) OMISION Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD: el nullum crimen - nulla poena sine lege y la técnica legislativa con predilección por lo prohibitivo, son de innegable estirpe liberal. Esto explica, en parte, la desconfianza acerca de la omisión que es vista como violatoria del principio de legalidad y conculcatoria del coto individual. En el caso de los tipos de omisión propia, la objeción es menos enérgica debido a la posibilidad de formular la tipicidad con más precisión a través de la descripción de la conducta ordenada. La renuencia a elaborar esta clase de tipos penales obedece básicamente a razones ideológicas, como lo es la voluntad política de no afectar la individualidad mediante el establecimiento de deberes en favor de la comunidad. Se entiende como suficiente aporte del individuo a la convivencia, el no dañar los bienes jurídicos fundamentales.

En la omisión impropia el rechazo a los tipos o

misivos. tiene la posibilidad de contar con argumentos más técnicos; a pesar de ello, la verdad es que el verdadero motivo de tal actitud es de carácter ideológico, específicamente la orientación liberal-individualista de las codificaciones penales, a lo cual se une desde luego, la concepción acerca de la organización política y de la vida social. Se dice, por ejemplo, que no todos los tipos prohibitivos permiten ser transformados en preceptivos y que algunos elementos del tipo deben ser buscados fuera de estos. "Para la mayoría de los autores, la omisión es vista con gran desconfianza desde el punto de vista político-criminal, debido a que introduce un serio peligro para la legalidad, particularmente cuando se trata de impropios delitos de omisión, en los que debe reconocerse que en muchos casos no hay tipo escrito."(157).

Los argumentos apuntados no son tan contundentes como para renunciar a sostener la conveniencia, para la misma sociedad capitalista sustentada en los principios del liberalismo, de un mayor espacio para los tipos omisivos. En primer lugar, una buena política criminal no quiere transformar todos los tipos de prohibición en preceptivos; ello sería necesario únicamente para aquellas figuras que tutelan bienes de la más alta jerarquía para la convivencia, entre otros, la vida y la salud de las personas. En segundo lugar, no se puede ni debe concebir nada

fuera del tipo porque ello pondría a los ciudadanos a merced del autoritarismo estatal. Es cuestión de voluntad política y técnica legislativa.

El hecho de que algunos autores, Welzel y Maurach entre ellos, consideren a la parte imperativa (deber de evitar) fuera del tipo en el delito de omisión impropia, plantea la duda en cuanto a si en estos casos se viola el principio de legalidad. Al derredor de esta interrogante es posible hacer dos consideraciones: una respecto a la estructura del tipo y otra en relación a la fundamentación de la parte negativa de éste.

La tipificación de la omisión impropia requiere la concurrencia de dos preceptos penales, los cuales conforman una unidad a nivel normativo: el prohibitivo, cuya estructuración está en función de una acción que lo concretiza del cual se deriva la conducta típica omisiva; y el mandato de la calidad de garante contenida en la norma general (parte imperativa), que en el caso concreto el juez debe integrar para conformar la figura de la impropia omisión.

Se trata entonces de un tipo integrado, de una figura penal componente del sistema de legalidad, por lo tanto no puede decirse con propiedad que haya una parte del delito que debe buscarse fuera del tipo; por supuesto, siempre y cuando de alguna manera se establezca en la ley

la calidad de garante y la equivalencia entre la acción y la omisión que no evita un resultado típico.

3. OMISION E IDEOLOGIA

¿Por qué predominan en el actual derecho penal - de corte liberal los tipos comisivos?. Todo orden jurídico nacional tiene su soporte teórico en una determinada ideología política; por esa razón, las leyes de un país conforman un sistema de legalidad en el cual se refleja la naturaleza ideológica de su organización política y una concepción de la vida. La normatividad penal, como parte de ese ordenamiento legal, comparte su base ideológica y responde inevitablemente a sus postulados político-económicos. De ahí que en última instancia, la valoración del hacer y del no hacer como modalidades del delito, depende de la cosmovisión adoptada y especialmente de cómo se conciba la responsabilidad del individuo frente a la convivencia.

Dada la orientación liberal del actual derecho penal, la acción es apreciada como un comportamiento más grave que la omisión, a menos que entre el autor de la omisión y el afectado por ella exista una particular relación, determinante de una obligación mayor en relación a los demás miembros de la comunidad. Esta actitud es consecuencia de la concepción individualista de la vida, conforme a la cual hay una evidente resistencia a imponer deberes sociales a los individuos; por eso Welzel pudo afirmar que "...el no actuar pesa fundamentalmente menos que el hacer activo." (158) Sin embargo, la complejidad de la vida

moderna, aumentada y complicada cada día más por la mecanización y automatización, nos muestra casos en los cuales - el no hacer resulta tanto o más reprochable que una actuación. Por ejemplo, la no atención de un paciente para provocar su muerte, si de esa manera se asegura un desenlace más lento y doloroso; o, dejar morir a un niño mediante la no suministración de sus alimentos de parte de quien está obligado a proporcionárselos.

El derecho latinoamericano, en su mayor parte, está inmerso en una sociedad organizada conforme a las concepciones de la filosofía liberal. Este es su fundamento teórico y económico, por lo mismo, es un derecho calcado - en los principios individualistas. En un sistema de normatividad jurídica de tal naturaleza, el correspondiente derecho penal es esencialmente prohibitivo. Lo informa el - criterio rector de limitar al nivel mínimo la libertad individual; por eso, se circunscribe a vedar las conductas - absolutamente necesarias para garantizar la realización -- plena del individuo.

La legalidad debe ser la menos posible y es considerada un mal inevitable por constituir una limitación a la esfera de la individualidad. Se le asigna como finalidad esencial garantizar y promover el bienestar del individuo, en razón de lo cual proscrib[e] la invasión de la esfera de lo individual, a no ser en lo necesario para asegu--

rar la de los demás. Esta clase de normatividad jurídica únicamente puede corresponder a una sociedad que existe - por y para el individuo; en ella cada quien debe hacer lo conveniente a su realización y satisfacción, se vive para sí mismo sin tomar en cuenta a los demás, de manera independiente y sin ningún vínculo social, a no ser el necesario a la afirmación y defensa de la individualidad.

Gustav Radbruch al reflexionar sobre este tipo de derecho, señala que responde a las expectativas de un prototipo de hombre-comerciante, para quien la motivación de vivir es la ganancia, el egoísmo y la especulación mercantil. "La concepción jurídica individualista se orienta hacia un tipo de hombre egoísta y calculador, idealmente aislado y a quien se supone, en abstracto, igual a los demás y viviendo al margen de todo vínculo social."(159)- Esta descripción, hecha en 1948 por el ius-filósofo alemán-occidental después de haber contemplado las horrendas consecuencias de la segunda guerra mundial, corresponde a una realidad histórica no tan lejana de la actual, tanto en el tiempo como en el espacio.

El derecho penal liberal de finales de siglo -- XX, es parte de un sistema de legalidad penetrado de elementos sociales que lo parchan pero no lo transforman --- substancialmente. Es el resultado de la incorporación de algunas críticas asimiladas que lo hacen no ser el mismo,

por lo menos en su forma declarativa, del pensamiento liberal ortodoxo. El mismo Radbruch en la cita anterior, - se refiere a un derecho social más humano que se expresa en el nuevo estilo de la legalidad positiva; sin embargo, la experiencia de la vida ha evidenciado esas novedades - formales como un simple maquillaje del viejo derecho libero-individualista.

Las modernas legislaciones laborales, agrarias y familiares, son un reconocimiento hecho dentro del mismo sistema de legalidad capitalista, de las ficciones del juridicismo liberal acerca de la igualdad de quienes intervienen en una relación jurídica; en efecto, el llamado derecho social admite que las "partes" en estos casos no son en realidad iguales a pesar de la declaración de la ley al respecto. Por eso pretende alcanzar tal igualdad, en el proceso y en las relaciones jurídicas, a través de una serie de principios como la carga de la prueba y la - suplenencia de la queja, entre otros, en favor del más débil.

Se dijo que el derecho social busca hacer iguales a los desiguales. Vana ilusión: la ley no puede cambiar con su sólo declaración, las posiciones de las relaciones económicas. La belleza de los principios del derecho social no pueden negarse, pero también es cierto que mientras no existan condiciones objetivas apropiadas para

garantizar su vigencia real, no pasarán de ser una aspiración noble y justa.

En la realidad del proceso judicial y de la vida jurídica en general, el poderoso económicamente tiene todas las ventajas frente al débil. "Se defiende como principio el carácter absoluto de los derechos subjetivos, en cuanto estos deben facultar a su titular para ejercitarlos a su sabor y sin restricción de ninguna clase, aun cuando con ello no consiga beneficio alguno o, aun, cuando con ello pueda causar daño a otro, pues un daño derivado del ejercicio de un derecho no origina responsabilidad."(160)

La idea retributiva de la pena con todas sus implicaciones, el reconocimiento del ejercicio de un derecho, sin ninguna limitación, como causa de justificación; pero sobre todo la abrumadora presencia de los tipos prohibitivos, es la más elocuente demostración de la persistencia de una concepción individualista, todavía dominante en la actual legislación penal latinoamericana. Esta conclusión es válida a pesar de la existencia, por supuesto, de principios y preceptos que contienen importantes elementos sociales.

Es obvio que en un derecho penal, sustentado sobre bases tan marcadamente individualistas, las normas preceptivas no tengan mucho porvenir. Sin embargo, el desarrollo científico-tecnológico ha dado lugar a la profundi-

zación de la complejidad e interdependencia de las relaciones sociales y económicas, circunstancia que sin duda modificará esa situación y reclamará una legislación general, pero más urgentemente en lo penal, con una orientación más solidaria. A través de ella se demandará de los hombres - mayores deberes en pro del bien común y la convivencia.

CAPITULO VI
OMISION Y CULPA

1. OMISION Y CONDUCTA CULPOSA

Delito es la exteriorización de una voluntad típica a través de una conducta de acción o de omisión. La acción entraña una concreta actividad del sujeto, misma -- que será dolosa si el fin propuesto es típico; o culposa, si con ella decidió alcanzar una finalidad atípica. Por el contrario, la omisión implica inactividad del agente y también es susceptible de adoptar la forma dolosa o la -- culposa, según que se haya resuelto alcanzar un fin típico o uno atípico. La significación jurídico-penal de la omisión está inseparablemente unida a la conducta típica y lesiva de un interés protegido por el tipo.

Para la teoría del delito la omisión admite ser referida a tres niveles conceptuales: el normativo que corresponde al tipo, el fáctico perteneciente al delito y - el vinculado a la idea de la culpa. En el primer nivel - la omisión es un elemento del tipo, como tal es parte de las descripciones generales y abstractas de la ley, específicamente de la conducta típica. En la dimensión de la facticidad, la omisión es un elemento del delito, propio de una conducta particular y concreta que da cumplimiento a un tipo penal.

En cuanto a la culpa, la omisión viene a ser el elemento definitorio de su concepto, en tanto la esencia de ella consiste en la inactividad. Toda acción típica - de culpa, sea actividad o inactividad, consistirá en omitir el cuidado posible y adecuado exigible jurídicamente a su autor. Así lo reconoce Mezger: "Como la omisión, -- también la culpa es, pues, un "no hacer algo(esto es, lo debido)", a saber, no cumplir un deber de precaución, mediante cuya observancia habría evitado el autor el hecho y las consecuencias del mismo"(161)

En la acción culposa es necesario distinguir el llamado por la doctrina tradicional "acto inicial"(162) - del contenido de voluntad insito en él. La conducta que causa el resultado típico es voluntaria, esto es, expresa el querer de su autor en cuanto a su fin y ejecución. Es tá constituida por la acción orientada a una finalidad no relevante para el derecho penal. Se torna típica de culpa en el momento que el agente incumple el deber de cuida do al imprimirle a su comportamiento una modalidad contra ria al derecho. Este "acto inicial" ha sido considerado de dos maneras, restringida una y amplia la otra. De a-- uerdo a la primera tiene que ser lícito, es decir, sin - contrariedad con el sistema de legalidad vigente. Una -- consideración más amplia lo identifica con la finalidad a signada por el sujeto a su actuación.

¿Qué voluntad se reprocha al autor de una conducta culposa?. El acto inicial es voluntario en cuanto el sujeto desea realizarlo para alcanzar un fin que no tiene trascendencia alguna para el derecho penal; por dicha razón, ese contenido volitivo no se le puede reprochar en tanto no viola ninguna norma jurídico-penal. Sin embargo, cuando en la ejecución de ese acto inicial el agente omite proveer el cuidado oportuno que le es posible en la situación concreta y da lugar a la lesión del bien jurídico bajo la tutela de la ley penal, la conducta se torna típica de culpa y concretiza un tipo penal.

Esa es la voluntad que se reprocha a quien ejecuta una acción culposa: la omisión del debido cuidado de mandado a él por el ordenamiento jurídico. La ausencia de esa cautela o prudencia es característica de toda acción culposa, independientemente de si se trata de una conducta comisiva u omisiva. En ambos casos existe un omitir de parte del autor imprudente, pues como bien lo ha dicho Claus Roxin, "...toda imprudencia presupone una inobservancia del cuidado necesario."(163)

El deber de cuidado requerido en el ámbito de relación es una exigencia normativa en función de una conducta peligrosa, pero legalmente permitida. Se establece para fijar un límite al accionar individual conforme al cual no debe excederse del riesgo autorizado. Si el au--

tor se mantiene dentro de los linderos legales y sociales del peligro, no opera en su contra responsabilidad alguna ni el consiguiente reproche, aun cuando se origine un daño típico.

En determinadas circunstancias puede admitirse jurídicamente traspasar ese límite y la consiguiente lesión formal del cuidado necesario, si con ello se alcanza el alto fin de ese deber legal y social: asegurar la integridad de los bienes jurídicos fundamentales. La conducta se transforma en culposa, cuando el agente la ejecuta de tal manera que viola en forma material el deber de cuidado y se excede del límite señalado por la ley para el riesgo, sin ser ello necesario para alcanzar su fin atípico ni a los efectos de salvaguardar algún bien jurídico esencial para la sociedad.

El actuar del autor imprudente puede asumir la forma comisiva, si consiste en un hacer como intervenir quirúrgicamente; pero también es posible una expresión omisiva si el sujeto deja de aplicar una cautela, tal el caso de no revisar los frenos del vehículo antes de usarlo. La omisión culposa tiene la posibilidad de adoptar una forma propia, como cuando el abandono del niño se origina porque la persona encargada de su cuidado se distrae al conversar con un tercero. También es posible la expresión impropia de la omisión culposa; por ejemplo, si la -

madre no alimenta al niño víctima de diarrea intensa por -
entender, según su nivel de escolaridad y costumbres, que
la mejor manera de curarlo es no administrarle alimentos -
para no complicar la situación.

Pero esas formas de la acción culposa y de la o-
misión representan lo exterior, lo percibido por los senti-
dos, el movimiento o pasividad del sujeto que sale a la su-
perficie; sin embargo, esas manifestaciones sensibles son
consecuencias de la actitud interna, consistente en la vo-
luntad de omitir una manera de conducirse que le es jurídi-
camente exigible al agente. ¿Qué significa para el grupo
esta omisión del deber de cuidado de parte del obligado a
observarlo?. En la búsqueda de la respuesta a esta inte-
rogante es necesario tomar en cuenta el aspecto indivi-
dual y más aún el social.

De acuerdo al nivel personal del obligado, como
miembro de una sociedad concreta, su comportamiento omisi-
vo constituye la violación a un deber legal, lo cual de --
por sí ya es grave; sin embargo, lo más trascendente está
relacionado con el interés social, porque esa no observa-
ción del cuidado además de constituir una extralimitación
innecesaria del riesgo autorizado, representa una lesión -
a un bien jurídico fundamental. Para el derecho penal la
consecuencia lesiva es la más relevante; en efecto, dañar
un bien de tal jerarquía jurídica y social encarna un ata-

que frontal del individuo a la convivencia, pues de esa ma-
nera se están lesionando intereses indispensables para su
mantenimiento y desarrollo. Vista así la violación del -
deber de cuidado, quien decide omitir en su conducta tal
exigencia al ejecutar su acción, en principio intrascen--
dente para el derecho penal, pone en evidencia una acti--
tud abiertamente antisocial por menoscabar directamente
la integridad de la vida en sociedad.

La seguridad e integridad de los bienes jurídi-
cos esenciales a la comunidad, no debe depender de la vo-
luntad de los individuos orientada o no a cometer un deli-
to, sino del cumplimiento de los deberes que a cada quien
le impone la necesidad de un tráfico social, cuyo desarro-
llo implica muchos y graves riesgos para relevantes inte-
reses de la comunidad, pero indispensable para la vida y
permanencia del ente social, fuera del cual no es posible
al hombre vivir.

2. OMISION: ELEMENTO ESENCIAL DEL CONCEPTO DE CULPA

La idea de omisión es esencial a la significación de culpa. Concepto es lo que se puede decir de un objeto, el entendimiento acerca de una materia expresado en palabras, la respuesta a la pregunta "qué es" dirigida a una parte de la realidad. El significado jurídico-penal de culpa está íntimamente ligado al deber de cuidado requerido en el ámbito de relación; en este sentido, culpa es el incumplimiento de la obligación de observar la debida cautela y atención frente a una situación de peligro para un bien jurídico fundamental.

En el accionar culposo se incumple la norma que ordena observar el cuidado requerido, el cual se establece legalmente en atención al interés social y a efecto de evitar resultados típicos. El autor culposo, al no realizar la conducta ordenada por la norma se comporta con imprudencia en el caso concreto. La acción culposa, desde cualquier perspectiva, es tal por omitir en ella el deber de cuidado impuesto a quien está en la situación de ejecutar una actividad riesgosa. La idea de culpa, como omisión de la conducta exigida legalmente, tiene carácter universal y por tal razón es aplicable y está presente en toda hipótesis culposa.

La acción en el delito imprudente, ya a nivel fáctico como a nivel normativo, se manifiesta en una con-

ducta concreta y particular, como manejar un vehículo o no operar un mecanismo de alarma; que por el modo de ser ejecutada degenera en culposa al no ponerle su autor el debido cuidado. Este deber jurídico exige al sujeto plantearse frente a la situación con la máxima cautela que sus potencialidades le permitan, lo cual equivale a decidirse -- por la alternativa posible más apropiada para no causar un daño típico. El sujeto debe decidirse a actuar mediante una actividad o a través de una inactividad. Ambas opciones tienen la posibilidad de ser típicas o atípicas de culpa, según se adecúen o no a la conducta jurídicamente cuidada. En todo caso se reprochará al autor no haber puesto en su conducta el cuidado legalmente requerido.

La culpa como concepto abarca una situación que incluye al autor como titular del deber, al ordenamiento jurídico en el cual se fundamenta la exigencia del cumplimiento de esa obligación, y al bien en cuyo bienéficio se establece en resguardo de su integridad. La acción culposa es parte de esta globalidad, como expresión de la voluntad del sujeto, pero no la agota. El cuidado requerido es el punto de referencia de la culpa: si se viola hay culpa, pero si se cumple no la hay. El cumplimiento es posible -- satisfacerlo de dos maneras: ejecutar la acción con la debida atención y cautela; o, abstenerse de realizarla, si no se tiene la suficiente capacidad de incorporar a su actua-

ción el cuidado necesario para mantenerla dentro del riesgo permitido por la ley. Por lo tanto, es evidente que en toda culpa hay una omisión consistente en la violación del deber de cuidado.

La omisión, como característica fundamental de la culpa, se refiere a un elemento universal aprehendido mediante el lenguaje. Otra cosa es la acción culposa como conducta concreta y particular del autor, aprehensible en el mundo del acontecer fenoménico. El sujeto omite culposamente, tanto en su actividad como en su inactividad, si no incorpora a su conducta el cuidado que el orden jurídico le exige y a cuyo cumplimiento se condiciona el derecho de intervenir en el tráfico social. Culpa es la no observación de la conducta exigida y esperada por la ley, de parte de quien realiza una actividad peligrosa pero autorizada legalmente en aras de la conveniencia social.

El hecho de que la culpa, en el actual derecho penal de extracción liberal, sea considerada conceptualmente como omisión, explica el lugar que la reflexión teórico-jurídica le asigna, al estimarla un grado de mucho menor responsabilidad respecto del dolo. En los hechos esa toma de posición ha conducido a la casi impunidad del delito culposo en algunos órdenes de la vida social contemporánea, debido fundamentalmente a la tolerante actitud asumida por los órganos públicos encargados de la atención de la pro--

te a ella.

La pena de privación de libertad deberá tener el carácter de extraordinaria y reservarse exclusivamente para aquellos delincuentes culposos que demuestran mayor insensibilidad frente al delito cometido y sus consecuencias. Habrá que pensar en otras reacciones del estado frente al comportamiento culposos, agregando a las ya existentes como la suspensión de la autorización para ejercer actividades que entrañen alguna peligrosidad, otras que motiven y estimulen una actitud más solidaria y humana del autor con la víctima y la sociedad, con ocasión de la ejecución de su acto.

CAPITULO VII
CULPA Y SOCIEDAD

La sociedad identifica, no tanto a la asociación de individuos agrupados al derredor de un fin, cuanto a un conjunto de relaciones cuya tendencia es el aumento cuantitativo y cualitativo; a ello se debe la propensión a socializar más sectores de la vida del ser humano. "El concepto de sociedad, pues, designa más bien las relaciones entre elementos y las leyes a las cuales esas relaciones subyacen, y no a los elementos y sus descripciones simples." (164) En medio de ese tremendo e inagotable torrente de posiciones y funciones interconectadas de la vida social, el hombre en su condición de individuo cumple, según su ubicación de clase y en relación con la sociedad en general, una serie de "papeles" o funciones respecto de otros individuos: hijo-padre, paciente-médico, alumno-maestro, etc. La participación en ese tráfico social, sin el cual no es posible la existencia y el desarrollo tanto del hombre como de la sociedad, provoca una interdependencia intrincada, variada y compleja, de los individuos entre sí y de todos hacia la comunidad en su conjunto. De dicha situación, fatal e invariablemente resultan derechos y deberes de los hombres hacia la convivencia, cuya presencia y justificación no puede encontrarse más que en la sociedad.

La complejidad de la vida social contemporánea impone al individuo más deberes que en el pasado, para actuar en defensa de intereses esenciales al grupo. La peligrosidad del delincuente no depende únicamente de su intención, pues ello relegaría dicho concepto a una dimensión - muy subjetiva; se impone tomar en cuenta también la perspectiva de lo social, lo cual significa poner énfasis en el daño causado o que se pueda causar al bien típico. Desde esta perspectiva, en algunas situaciones el delito culposo resulta más peligroso que el doloso. "En la era de la mecanización, que está viviendo la humanidad, los delitos culposos producidos por medio de mecanismos constituyen más grave peligro general que los dolosos, y cuando esos mecanismos están afectos al servicio público de transportes y de comunicaciones, el peligro lo corre la sociedad entera, a más de los individuos particulares".(165)

Sin ignorar al autor, elemento valioso para personalizar el reproche e individualizar la pena, deberá pararse de lo socialmente afectado; además, la voluntad de la acción culposa tiene que valorarse en razón de la capacidad del sujeto para conducirse de manera adecuada al interés social, sobre todo cuando por la magnitud del riesgo provocado por su acción se le reclama, con justicia, más atención.

El culposo es un delito evitable si el sujeto po

ne su máxima atención en la ejecución de su conducta; si -
piensa en los demás y actúa, de manera consecuente, al des-
plazarse en las relaciones sociales. Los deberes impues-
tos a los individuos únicamente pueden ser justificados en
la exigencia de que la sociedad apunte al bien común; su -
existencia debe estar en función del bienestar de todos. -
La mecanización de la vida moderna y el impacto de lo cien-
tífico-tecnológico en la vida social, ha dado lugar a una
serie de actividades y profesiones de efectos beneficiosos
para el ser humano, pero también ha creado la posibilidad
de dañarlo en igual o mayor intensidad. Este riesgo de la
vida moderna crea obligaciones a los ejecutores de tales -
acciones, quienes al momento de realizarlas deberán obser-
var una actitud solidaria hacia los altos intereses de la
colectividad.

La vida moderna, junto a las inagotables posibili-
dades que ofrece, ha creado los más inimaginables ries-
gos para el hombre. La única manera de evitar la "mala --
parte" del desarrollo de la sociedad, es una mayor ingeren-
cia del poder público en el control de las actividades pe-
ligrosas; y además, en forma complementaria, definir más -
deberes legales de actuar y hacer efectivos los pocos ya -
existentes.

Los delitos culposos todavía ocupan un segundo -
lugar, en cantidad y calidad, respecto de los actos delic-

tivos dolosos. Su tendencia es el aumento, a pesar de que por el momento casi están exclusivamente dominados por los accidentes de tránsito, al punto que en algunos países (no sólo los industrializados) existen tribunales especializados para atender esa clase de ilícitos penales; en la Alemania occidental, incluso funcionan tribunales de tránsito - específicos para menores (166).

El aumento de la locomoción y la posibilidad de conducir los automotores a velocidades cada vez mayores, - provoca que los delitos culposos sean preponderantemente - cometidos en esta área de la vida social. (+) Sin embargo, es lógico suponer que si el control social en su nivel jurídico se hace efectivo a otros órdenes de la actividad -- del grupo, como a los que nos hemos referido anteriormen-- te, los delitos culposos originados por otras conductas au mentarán, posiblemente sin desplazar del primer lugar a -- los provocados por el tránsito vehicular.

La falta de supervisión o la insuficiencia de la que se ejerce a nivel administrativo, en algunas actividades peligrosas para la salud y la vida de la población, de

(+) En una encuesta levantada con los jueces de la ciudad de Puebla, a la pregunta de "cuáles son los hechos (no delitos) más comunes por los que se consignan en los procesos de culpa", unánimemente respondieron que son los originados en el tránsito de vehículos.

manda una mayor atención jurídico-penal para el ejercicio de ciertas profesiones. De los responsables de esos quehaceres la sociedad necesita, no sólo que no dañen bienes jurídicos esenciales situados en la esfera de peligro de sus acciones, sino además su intervención activa para evitar consecuencias típicas lesivas.

El control a través de la legalidad penal no será fácil aplicarlo con efectividad, entre otras causas -- porque esas actividades son parte del ejercicio privado -- de algunas profesiones; sin embargo, es urgente encontrar mecanismos funcionales para lograr su fiscalización. Deberá empezarse con la definición legal de deberes para -- las personas autorizadas a practicar profesiones peligrosas, a quienes por su posición especial en el tráfico -- social, es justo atribuir obligaciones en función del interés colectivo. En la actualidad, la casi total autonomía en que se realizan algunas de esas tareas, empieza a resultar dañina por la impunidad de ciertos actos y la -- magnitud del daño ocasionado.

Papel de primer orden pueden jugar los reglamentos a través de los cuales se regularía legalmente el ejercicio de esas actividades profesionales y se definiría buena parte del cuidado objetivo. Los ordenamientos reglamentarios tienen que basarse, necesariamente, en las -- legis artis peculiares de las respectivas profesiones. --

Su recopilación y traducción en reglas legales, es tarea - urgente y necesaria para hacer efectivo el control sobre - actividades peligrosas, que la dinámica de la vida social contemporánea requiere.

También será beneficioso establecer la colegiación profesional obligatoria de las personas autorizadas - legalmente a ejercer profesiones en las que se ejecutan ac - ciones peligrosas. No sólo a los efectos de luchar contra el empirismo, sino fundamentalmente para tener un factor - coadyuvante al prudente ejercicio de esas profesiones, así como para evitar las maniobras de las grandes corporacio-- nes transnacionales, las cuales para satisfacer sus insa-- ciabiles apetitos de lucro y sin importarles las consecuen-- cias en contra de la humanidad, no reparan en hacer en o-- tros países lo que les prohíben en el de origen. Un trágico ejemplo de esta condenable práctica está dado por lo -- que suelen hacer los magnates de la industria farmacológica, al exportar para su venta al público medicamentos ---- prohibidos en su país.

La intervención de la autoridad en el ejercicio de las profesiones peligrosas y la atención de sus efectos negativos, está también justificado por la desvalencia ju-- rídica de la víctima, quien debe enfrentarse a grupos muy bien organizados y con gran poder económico; lo cual produce, entre otras consecuencias, la dificultad para obtener

pruebas acerca de sus denuncias y la imposibilidad de hacer conciencia en la opinión pública. Esto último, por la actitud de los medios de comunicación social hacia la delincuencia culposa, en tanto ésta no consista en un aparatoso choque de vehículos u otro espectacular tipo de accidente.

Otra dificultad a vencer en esta problemática, es la determinación real de los responsables en algunos hechos, sobre todo cuando en la ejecución de las actividades que causan las consecuencias típicas intervienen gran número de personas. En tales circunstancias, la burocratización hace difusa la responsabilidad y dificultad a la víctima encontrar a quien, o a quienes hacer su reclamo.

El extraordinario desarrollo social y el tremendo impacto de los avances de la ciencia y la técnica, que de una u otra manera afectan a las sociedades sin importar su grado de desarrollo, han hecho del hombre el mayor peligro de la especie humana por las posibilidades destructoras que puede tener a su alcance; no sólo por las máquinas o elementos que maneja, sino peor aún, por el poder de las organizaciones detrás de esas actividades y su capacidad para evadir los controles nacionales e internacionales. ---
"Las otrora terribles fuerzas de la naturaleza, el trueno y el relámpago, no asustan más al hombre moderno. Este ha dominado las panteras salvajes del mundo natural y canali-

zando sus energías para su propio uso, Pero ahora el mismo hombre es la causa del terror. Sus máquinas y sus organizaciones como maquinarias pueden causar más daño o traer más salud, que todos los relámpagos y truenos juntos."----- (167).

Para la sociedad de nuestra época, más allá de su filiación político-ideológica, es imperiosa la necesidad de formar una actitud más solidaria en los hombres que participan en la vida social, ya por realizar actividades peligrosas o por tener poder sobre quienes las ejecutan. Resulta justificado pedir de dichas personas más responsabilidad si están en la posibilidad de producir, con su indolencia y falta de atención, graves daños a bienes jurídicos fundamentales. De ahí que, junto a normas imperativas e instancias contraloras de esas actividades, sea mucho más conveniente y fundamental priorizar la formación de una conciencia solidaria en los individuos.

La solidaridad social, entendida como necesidad de compartir intereses y responsabilidades, puede verse como un hecho de la organización colectiva del ser humano. En este sentido resulta una demanda de la existencia del hombre y de la sociedad, desde los más simples niveles de los primeros tiempos de la organización social hasta los más complejos de la época moderna. Novoa Monreal, prefiere verla "...como un espíritu nuevo que indispensablemente

debe animar a los miembros de una sociedad moderna bien organizada."(168) La solidaridad, tiene que ser una disposición del hombre a cuidar, en las relaciones sociales en las cuales interviene, no exclusivamente su interés sino también el de los demás; una actitud de no dañar un bien jurídico fundamental y así mismo de evitar su lesión.

Este "deber social", impuesto por la calidad de las complejas relaciones que profundizan la interdependencia de los hombres, demanda ser asimilado y "traducido" -- por la técnica legislativa en una legalidad acorde con los cambios de la sociedad. La ley ya no puede ser una mera prohibición; de acuerdo a su función formadora, tiene que ampliar el deber legal de desplazarse en las relaciones sociales con diligencia y así evitar el daño a los bienes jurídicos, aunque no se haya provocado, si se está en posibilidad de hacerlo. En las condiciones de la moderna sociedad, la responsabilidad jurídico-penal no debe originarse únicamente en lo que se hace sino también en lo que no se hace, cuando con esa conducta omisiva se está atentando gravemente contra la convivencia.

El concepto jurídico de la culpa penal, como contenido de voluntad de la acción delictiva no intencional, tendrá que responder a las expectativas de defender y consolidar la vida social; por lo tanto, deberá traducirse en mayores exigencias a quienes ejecuten u ordenen activida--

des creadoras de innecesarias y graves dosis de peligro a fundamentales intereses sociales. El reproche jurídico-penal deberá poner mayor atención a la omisión del cuidado en la ejecución de la conducta; en el comportamiento - esperado de adecuarlo a los altos intereses de la sociedad, los cuales correctamente entendidos de ninguna manera pueden dar lugar a la negación del hombre, sino todo - lo contrario, a su más plena realización.

CONCLUSIONES

CAPITULO I.

1. El delito está marcado por las características de la sociedad en la que aparece y se desarrolla

2. La definición legal del delito debe corresponder a la concepción social del mismo. Si el legislador penal se obstina en no tomarla en cuenta, en lugar de dar respuesta a vitales necesidades colectivas, ~~creará condiciones~~ contrarias a la paz social.

CAPITULO II.

1. Toda tesis jurídica tiene su fundamento filosófico que es necesario conocer primero para su correcto entendimiento. Por dicha razón resulta fundamental, a los efectos de una exacta comprensión de las diversas sistematizaciones de la teoría del delito, el conocimiento fiel de su base teórica.

2. La vigencia real de los postulados científicos en relación a la materia penal, requiere necesariamente de una organización política verdaderamente democrática de la sociedad.

CAPITULO III.

1. A pesar de la antigüedad del delito su teoría es relativamente joven. Las condiciones actuales de la so-

ciudad le colocan en el primer lugar de la reflexión jurídica penal.

2. Aun cuando el interés social debe privar en la formulación de toda política criminal, no es posible pensar dentro de una concepción correcta del derecho penal, en la imposición de la pena por meros motivos de conveniencia colectiva. La represión penal se justifica únicamente cuando es posible formular, al autor de la conducta típica y anti-jurídica, un reproche jurídico-penal derivado de su actuación personal.

3. La legitimación final de la culpabilidad, entendida como el reclamo social dirigido a quien en ejercicio de su capacidad de autodeterminación cometió un delito, únicamente puede venir de una sociedad organizada para proporcionarle al individuo las condiciones esenciales de su plena realización humana.

4. El fin de la pena, en las actuales condiciones de la sociedad, no puede ser la venganza o simple castigo del delincuente; conviene mucho más, al interés de la sociedad, su efectiva resocialización.

CAPITULO IV.

1. La delincuencia culposa real no se circunscribe a los accidentes del tránsito vehicular. La vida moderna de la sociedad científico-tecnológica ha dado lugar a profesiones y actividades peligrosas, cuya práctica sin du-

da provoca la realización de delitos culposos en otros órdenes de la vida social, los cuales aún no forman parte de las estadísticas oficiales. La impunidad de esas conductas puede atentar contra la estabilidad social.

2. La peligrosidad del actuar culposo no deberá determinarse, en forma radical y absoluta, en base a la ausencia de intencionalidad. Tiene que partirse de la situación concreta y de la jerarquía social de los bienes jurídicos fundamentales lesionados. El delincuente culposo -- puede resultar, en determinadas circunstancias, más peligroso que el doloso.

3. La idea del cuidado requerido en el ámbito de relación tiene que particularizarse al máximo, en función del círculo profesional del autor y de sus potencialidades personales en relación al caso concreto.

4. La adopción del sistema crimina culposa o número clasus, es conveniente a los efectos de la destipificación penal y una mayor seguridad jurídica para los ciudadanos.

CAPITULO V.

1. La imposibilidad de proporcionar efectiva cobertura a todos los bienes jurídicos fundamentales, justificará asignar a los individuos deberes sociales tendientes a evitar la lesión de esos intereses colectivos.

2. La preponderancia de los tipos penales prohi-

bitivos en los códigos penales actuales, responde a razones político-ideológicas, específicamente a su orientación liberal-individualista; sin embargo, el desarrollo científico-tecnológico está creando condiciones para un mayor espacio a los tipos penales omisivos, al aparecer la solidaridad como vital exigencia de la moderna vida social.

3. La equiparación de la acción y la omisión para efectos penales únicamente es posible a nivel normativo. La omisión no causa ningún efecto, pero ello no impide asignarle una significación penal a la inactividad, sobre todo si se busca proteger un interés social.

CAPITULO VI.

1. Ningún problema se presenta para la reflexión jurídico-penal actual, en reconocer que la omisión es el elemento esencial y definitorio del concepto de culpa; sin embargo, las consecuencias de concebirla así todavía no permean plenamente la práctica global del derecho penal, - debido especialmente a la sustentación y orientación liberal de la respectiva legislación vigente.

2. El cuidado requerido en el ámbito de relación constituye un deber exigible al individuo en aras de la necesidad social de evitar la lesión de un bien jurídico fundamental. Su incumplimiento implica la omisión de la actividad idónea y posible de parte del sujeto en el caso con-

creto.

3. A nivel fáctico es posible la omisión culposa tanto en la conducta comisiva como en la inactiva; pero a nivel conceptual, toda hipótesis de culpa entraña una omisión por consistir en la inobservancia del deber de proveer lo necesario y posible para evitar la lesión de un interés esencial para la convivencia.

CAPITULO VII

1. La reglamentación de las actividades peligrosas es necesaria para precisar al máximo los elementos objetivos del cuidado necesario en el tráfico social. Los correspondientes reglamentos tienen que basarse en las "leges artis" de cada profesión y actividad, así como en el desarrollo y la tecnología del respectivo sector del conocimiento; además, en ellos se buscará deslindar deberes y responsabilidades, especialmente cuando en la realización de la actividad intervienen varias personas.

2. La asociación profesional obligatoria y la reglamentación de profesiones y actividades peligrosas deberán diseñarse como instrumentos de control, con vista a la verificación de esos quehaceres que no se pueden prohibir por ser necesarios a la existencia y desarrollo de la sociedad; pero que reclaman, en función de ese mismo interés, promover su ejecución dentro del margen legalmente permitido. En todo caso no tienen que ir más allá de su calidad

de factores coadyuvantes, pues las autoridades deberán tener la mayor intervención y responsabilidad en dicha supervisión.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. W. Adorno Theodor y Horkheimer Max: "La sociedad" -- (lecciones de Filosofía), traducción de Floreal Ma-- zia e Irene Cusie, Editorial proteo s:c.a., Buenos Ai res, 1969, pag: 56.
2. Stoyanovitch Konstantin: "El pensamiento marxista y - el Derecho", traducción de Andres López Acotto, si-- glo XXI España editores s.a., segunda edición en espa ñol, Madrid, 1981, pag. 21.
3. Letelier Valentín: "Génesis del Derecho", editorial - Jurídica de Chile, Santiago, 1967, pag. 401.
4. Cañizares Fernando Diego: "Teoría del Derecho", edito- rial Pueblo y educación, La Habana, 1979, pag. 36.
5. Stoyanovitch Konstantin, ob, cit. pag. 25.
6. Yavich L. S.: "Teoría general del derecho", traduc-- ción de Alejandro Arroyo M. Sotomayor, primera edi-- ción en español, editorial nuestro tiempo s.a., Méxi- co, 1985, pag. 67.
7. López-Rey y Arrojo Manuel: "La criminalidad"(un estu- dio analítico), traducción de Pedro-Luis Yañez, edito- rial tecnos, Madrid, 1967, pag. 25.
8. Castellanos Tena Fernando: "Lineamientos elementales de Derecho Penal", editorial Porrúa s.a., décimo sex- ta edición,México, 1981, pag. 125.
9. Cabanellas Guillermo: "Diccionario de Derecho Usual", ediciones santillana, Madrid, 1963, pag. 603(tomo I).
10. García Ramírez Sergio: "Justicia Penal, editorial Pó- rrua s.a., México, 1982, pag. 167.
11. Delmas-Marty Mireille: "Modelos actuales de política criminal", traducción bajo la dirección de Marino Bar- bero Santos, colección temas penales, centro de publi- caciones-secretaría general técnica, ministerio de - justicia, Madrid, 1986, pag. 20.
12. Middendorf Wolf: "Sociología del delito", traducción de José María Rodríguez Devesa, editorial revista de

- occidente, Madrid, 1961, pag. 43.
13. Ibid. pag. 16.
 14. García Ramírez Sergio, ob. cit. pag. 1.
 15. Letelier Valentín, ob. cit. pag. 350.
 16. Wessels Johannes: "Derecho Penal"(parte general), traducción de Conrado A. Finzi, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, pag. 3.
 17. Mir Puig Santiago: "Introducción a las bases del Derecho Penal"(concepto y método), Bosch casa editorial, s.a., Barcelona, 1976, pag. 132.
 18. Muñoz Conde Francisco: "Introducción al Derecho Penal", Bosch casa editorial s.a., Barcelona, 1975, pag. 49.
 19. Vinogradoff Paul: "Introducción al Derecho", traducción de Vicente Herrero, colección breviaros no. 57, fondo de cultura económica, México, 1952, pag. 42.
 20. Muñoz Conde Francisco, ob. cit. pag. 49.
 21. Welzel Hans: "Derecho Penal Alemán"(parte general), 11a. edición alemana y 2a. edición castellana, editorial jurídica de Chile, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Santiago de Chile, 1976, pag. 13.
 22. Muñoz Conde Francisco, ob. cit. pag. 47.
 23. Ibid.
 24. Rodríguez Mourullo Gonzalo: "Derecho Penal"(parte general), editorial civitas s.a., Madrid, 1978, pag. 21.
 25. Muñoz Conde Francisco, ob. cit. pag. 7.
 26. Bettiol Giuseppe: "Instituciones de Derecho Penal y Procesal", traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conrade, Bosch casa editorial, Barcelona, 1977, pag. 52.
 27. Gimbernat Ordeig Enrique: "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?"(ensayo), en "ESTUDIOS DE DERECHO

- PENAL", segunda edición ampliada, editorial civitas - S.A., Madrid, 1981, pag. 117.
28. Kunz Josef L.: "La teoría pura del derecho"(conferencias), editora nacional, reimpresión, México, 1974, - pag. 83.
 29. Radbruch Gustav: Introduc. a la Fil. del Dcho. traducción de Wenceslao Roces, reimpresión de la primera edición, fondo de cultura económica, colección breviaros no. 42, México, 1955, pag. 166.
 30. Roche Johns P.: "Tribunales y Derechos", traducción de Martín Esteve, primera edición en español, editorial letras s.a., México, 1965, pag. 20.
 31. D'ors Alvaro: "Una introducción al estudio del derecho", ediciones rialp s.a., Madrid, 1963, pag. 16.
 32. Carnelutti Francesco: "Metodología del Derecho", traducción de Angel Ossorio, segunda edición en español, unión tipográfica editorial hispano americana(utha), México, 1962, pag. 33.
 33. Radbruch Gustavo: "Filosofía del Derecho", cuarta edición, no se consigna traductor, editorial revista de derecho privado, Madrid, 1955, pag. 243.
 34. Ibid.
 35. Carrara Francesco: "Programa de Derecho Criminal"(parte general), volumen I, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, editorial Temis ltda., Bogotá, 1971, pag. 53.
 36. Camargo Hernández Cesar: "Introducción al estudio del Derecho Penal", Bosch, casa editorial, Barcelona, --- 1964, pag. 53.
 37. Bellon Jacques: "Derecho Penal" en "MARXISMO Y DEMOCRACIA"(revista), traducción de Agustín Alonso Fernández, ediciones rioduero de la editorial católica s.a., Madrid, 1975, pag. 1.
 38. Tomás y Valiente Francisco: en la "introducción" a -- "De los delitos y de las penas" de Cesare Beccaria, - traducción de Francisco Tomás y Valiente, editorial - Aguilar s.a., Madrid, 1969, pag. 26.

39. Mezger Edmund: "Derecho Penal", traducción de Conrado A. Finzi, Cárdenas editor y distribuidor, Tijuana, B. Cfa. México; 1958, pag. 35.
40. Welzel Hans: "Derecho Penal Alemán", ob. cit. pag. -- 25.
41. Carrara Francesco, ob. cit. pag. 45.
42. Carrancá y Trujillo Raul: "Derecho Penal Mexicano" -- (parte general), editorial Porrúa s.a., México, 1980, pag. 163.
43. Novoa Monreal Eduardo: "La evolución del derecho penal en el presente siglo", colección monografías jurídicas no. 3, editorial jurídica venezolana, Caracas, 1977, pag. 14.
44. Cuello Calón Eugenio: "Derecho Penal", tomo I (parte general), volumen primero, Bosch casa editorial, Barcelona, decimosexta edición, 1971, pag. 54.
45. Battaglioni Giulio: "Derecho Penal", versión portuguesa de Paulo José de Costa Jr., Arminda Bergamini Miotto y Ada Pellegrini Grinover, editorial de la universidad de Sao Paulo, 1973, pag. 3. Traducción del autor de este trabajo.
46. Ibid. pag. 5.
47. Ruiz Servio Tulio: "La estructura del delito", editorial Temis, Bogotá, 1978, pag. 48.
48. Islas de González Mariscal Olga y Ramírez Hernández - Elpidio: "El error en el Modelo Logico del Derecho Penal", en el no. 38 de "Derecho Penal Contemporaneo", mayo-junio de 1970, UNAM, México, pag. 42.
49. Goldstein Raul: "La culpabilidad normativa", Monografías Jurídicas no. 36, editorial Abeledo-Perrot, Bs. As. Argentina, 1960, pag. 37.
50. Graf Zu Dohna Alexander: "La estructura de la teoría del delito", traducción de la 4ta. edición alemana -- por Carlos Fontán Balestra, editorial Abeledo-Perrot, Bs. As. Argentina, 1958, pag. 17
51. Welzel Hans: "El nuevo sistema del Derecho Penal" (una

introducción a la doctrina de la acción finalista), versión castellana y notas por José Cerezo Mir, ediciones ariel, Barcelona, 1964, pags. 11-12.

52. Welzel Hans: "Derecho Penal Alemán", ob. cit. pag. 53.
53. Islas de González Mariscal Olga y Ramírez Hernández Elpidio: "El error en el Modelo Lógico del Derecho Penal", ob. cit. pag. 43.
54. Wessels Johannes: ob. cit. pag. 25.
55. Ibid.
56. Rodriguez Mourullo Gonzalo: ob. cit. pag. 217.
57. Novoa Monreal Eduardo: "Causalismo y Finalismo en Derecho Penal", editorial juricentro, San José, Costa Rica, 1980, pag. 123.
58. Welssels Johannes: ob. cit. pag. 25.
59. Rodriguez Mourullo: ob. cit. pag. 210.
60. Novoa Monreal Eduardo: "La evolución del Derecho Penal en el presente siglo", ob. cit. pag. 64.
61. Ibid. pag. 75.
62. Islas Olga y Ramírez Elpidio: "Logica del tipo en el Derecho Penal", editorial Jurídica mexicana, primera edición, México, 1970, pag. 13.
63. Islas de González Mariscal Olga: "Nueva Teoría General del Derecho Penal", en "CRIMINALIA", revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, año XLIV, nos. 1-3, editorial Porrúa, s.a., enero-marzo de 1978, pag. 43.
64. Islas de González Mariscal Olga: "Análisis lógico de los delitos contra la vida", editorial Trillas s.a., primera edición, México, 1982, pag. 5.
65. Islas de González Mariscal Olga: "Contenido de las normas penales", en REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA no. 1, vol. 1, enero-marzo/1983, México, pag. 71.
66. Ramírez Hernández Elpidio: "Fuentes reales de las --

- normas penales", en REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA" no. 1. vol. 1, enero-marzo/1983, México, pag. 24.
67. Islas de González Mariscal Olga: "Contenido de las - normas penales?", ob. cit. pag. 77.
68. Ibid. pag. 78.
69. Ibid. pag. 70.
70. Ibid. pag. 80.
71. Islas de González Mariscal Olga: "Análisis lógico de los delitos contra la vida", ob. cit. pag. 43.
72. Ibid. pag. 55.
73. Ibid. pag. 44.
74. Escamilla Hernández Jaime: "Lineamientos básicos en torno al análisis marxista del derecho" (artículo), en revista "A", volumen VI, No. 14, enero-abril de 1985, "El derecho normatividad y legitimidad", Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco-División de Ciencias y Humanidades, pag. 188.
75. Zdravomislov, Schneider, Kélna y Rashkóvscaia: "De recho Penal Soviético"(parte general), traducción de Nina de la Mora y Jorge Guerrero, editorial Temis, Bogotá, 1970, pag. 116.
76. Bellón Jacques: ob. cit. pag. 16.
77. Zaffaroni Eugenio Raul: "Manual de Derecho Penal"--- (parte general), primera edición mexicana, Cárdenas Editor y distribuidor, Tijuana B.C. México, 1986, - pags. 334-337.
78. Quintano Ripollés Antonio: "Curso de Derecho Penal", Tomo I, editorial revista de derecho privado, Madrid, 1963, pag. 37.
79. Carrara Francesco, ob. cit. pag. 37.
80. Maurach Reinhart, "Tratado de Derecho Penal", traducción de Juan Córdova Roda, ediciones ariel, Barcelona, 1962, pag. 182.

81. Welzel Hans: "Derecho Penal Alemán", ob. cit. pag. -- 54.
82. Ibid. pag. 55.
83. Maurach Reinhart, ob. cit. pag. 268.
84. Mezger Edmund: ob. cit. pag. 145; SAUER GUILLERMO: "Derecho Penal"(parte general), traducción de Juan -- del Rosal y José Cerezo, Boch, casa editorial, Barcelona, 1956, pag. 111.
85. Vela Treviño: "culpabilidad e Inculpabilidad", editorial "Trillas, México, 1973, pag. 229.
86. Welzel Hans: "Derecho Penal Alemán", ob. cit. pag. -- 259.
87. Ibid. pag. 95.
88. Ibid. pag. 113.
89. Maurach Reinghart: ob. cit. pag. 311.
90. Welzel Hans: "Derecho Penal Alemán", ob. cit. pag. -- 97.
91. Ibid. pag. 107.
92. Ibid. pag. 111.
93. Pavón Vasconcelos Francisco: "Manual de Derecho Penal Mexicano"(parte general), editorial Porrúa s.a., quinta edición, México, 1982, pag. 288.
94. Jiménez Huerta Mariano: "Derecho Penal Mexicano", tomo I, editorial Porrúa s.a., cuarta edición, México, 1983. pag. 211.
95. Vela Treviño Sergio: "Antijuridicidad y justificación", editorial Trillas, segunda edición, México, -- 1986, pag. 71.
96. Guarneri José: "Las influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal", traducción de Constancio Bernaldo de Quirós, editorial José M. Cajica Jr., Puebla, México, 1952, pag. 173-216.
97. Maggiore Giuseppe: "Derecho Penal", volumen I, traducción de José A. Ortega Torres, editorial Temis, Bogotá, 1971, pag. 271.

98. Welzel Hans: "El nuevo sistema del Derecho Penal", -- ob. cit. pag. 47.
99. Welzel Hans: "Derecho Penal Alemán", ob. cit. pag. 77.
100. Maurach Reinhart, ob. cit. pag. 358.
101. Kaufmann Armin: "Teoría de las normas"(fundamentos de la dogmática penal moderna), traducción de Enrique Balcigalupo y Ernesto Garzón Valdés, ediciones Depalma, Bs. As. Argentina, 1977, pag. 30.
102. Wessels Johannes, ob. cit. pag. 37.
103. Sauer Guillermo, ob. cit. pag. 222.
104. Cuello Calón Eugenio, ob. cit. pag. 407.
105. Zaffaroni Eugenio Raul, ob. cit. pag. 548.
106. Righi Esteban: "La exigibilidad como base del juicio de culpabilidad"(ensayo), en "cuatro ensayos de derecho penal", ENEP-acatlán-unam, sin fecha ni lugar, - pag. 16.
107. Castellanos Tena Fernando: ob. cit. pag. 232.
108. Mezger Edmund: ob. cit. pag. 189.
109. Ibid. pag. 221.
110. Islas Olga y Ramírez Hernández Elpidio: "El error en el Modelo Lógico del Derecho Penal", ob. cit. pag. - 42.
111. Welzel Hans: "Derecho Penal Alemán", ob. cit. pag. - 197.
112. Ibid. pag. 209.
113. Maurach Reinhart, ob. cit. pag. 35.
114. Ibid.
115. Gallas Wilhelm: "La teoría del delito en su momento actual", publicaciones del seminario de derecho penal de la Universidad de Barcelona, traducción de -- Juan Córdova Roda, Bosch casa editorial, Barcelona, 1959, pag. 62.

116. Roxin Claus: "Culpabilidad y Responsabilidad como categorías sistemáticas jurídicopenales"(ensayo), en "Problemas Básicos del Derecho Penal", traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, editorial reus s. a., Madrid, 1976, pag. 209.
117. Ibid. pag. 210.
118. Ibid. pag. 211.
119. Gimbernat Ordeig Enrique: "El sistema del Derecho Penal en la actualidad"(ensayo), en "ESTUDIOS DE DERECHO PENAL", segunda edición ampliada, editorial civiltas S.A., Madrid, 1981, pag. 149.
120. Gimbernat Ordeig Enrique: "Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal", ob. cit. pag. 123.
121. Selsam Howard: "Etica y Progreso", traducción de Joaquín Sempere, colección 70, primera edición en español, editorial Grijalvo s.a., México, 1968, pag. 15.
122. Ibid. pag. 94.
123. Russell Bertrand: "Autoridad e individuo", traducción de Mária Villegas, colección breviaríos no. 15, tercera edición en español, fondo de cultura económica, México, 1954, pag. 121.
124. Roxin Claus: "Política Criminal y Sistema del Derecho Penal", traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, Bosch casa editorial, Barcelona, 1972, pag. 25.
125. Ibid. pag. 9.
126. Gallas Wilhelm: ob. cit. pag. 5.
127. Roxin Claus: "Política Criminal y Sistema del Derecho Penal", ob. cit. pag. 27.
128. Ibid. pag. 40.
129. García Ramírez Sergio: ob. cit. pag. 26.
130. Struchkov Nicolái: "La educación del penado: ley, teoría y práctica", traducción de E. Cherniavski, editorial progreso, Moscú, 1985, pag. 50.

131. Deuteronomio 4:41 y 42; Números 35:9-28, Sagrada Biblia, versión directa de las lenguas originales por Eloiño Nacar Fuster y Alberto Colunga Cueto, biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1969, págs. 210 y 201, respectivamente.
132. Polaino Navarrete Miguel: "La voluntariedad de las acciones punibles", editorial artes gráficas salesianas, Sevilla, 1979, pag. 60.
133. Cuello Calón Eugenio: ob. cit. pag. 444.
134. Welzel Hans: "El nuevo sistema del Derecho Penal", ob. cit. pag. 69.
135. Welzel Hans: "Derecho Penal Alemán", ob. cit. pag. - 194.
136. Maurach Reinhart: ob. cit. pag. 239.
137. Ibid. pag. 253.
138. Ibid. pag. 244.
139. Roxin Claus: "Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes"(ensayo), en "Problemas Básicos del Derecho Penal", ob. cit. pag. 169.
140. Nuñez Barbero Ruperto: "El delito culposo", Universidad de Salamanca, 1974. pag. 32.
141. Ibid. pag. 37.
142. Cánovas Theriot Federico: "Delitos culposos"(ensayo), en "cuatro ensayos de derecho penal", ob. cit. pag. 53.
143. Terragni Marco Antonio: "El delito culposo", Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, República Argentina, 1984, pag. 34.
- (*)
145. Graf Zu Dohna Alexander: ob. cit. pag. 85.
146. Mezger, Edmund; ob. cit. pag. 224.
147. Maurach, Reinhart: ob. cit. pag. 216.
148. Ibid. pag. 247.
149. Altavilla Enrico: "La culpa: el delito culposo, re-
- (*)La cita 144 se encuentra al final de esta sección.

- percusiones civiles, su análisis psicológico", traducción de José J. Ortega Torres, editorial Temis, Bogotá, 1978, pag. 110.
150. Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, editorial Porrúa S. A. y Universidad Nacional Autónoma de México, 2da. edición revisada y aumentada, México, 1988, pag. -- 2272
151. Welzel Hans: "Derecho Penal Alemán", ob. cit. pags. 281 y 282.
152. Welzel Hans: "Derecho Penal Alemán", ob. cit. pag. 292.
153. Islas de González Mariscal: "La Omisión impropia o comisión por omisión", en Revista Mexicana de Derecho Penal, cuarta época, número 12, abril-junio de 1974, México, pag. 15.
154. Maurach Reinhart: ob. cit. pag. 276.
155. Welzel Hans: "Tratado de Derecho Penal Alemán", pag. 292.
156. Maurach Reinhart: ob. cit. pag. 263.
157. Zaffaroni Eugenio Raul: ob. cit. pag. 491.
158. Welzel Hans: "Derecho Penal Alemán", ob. cit. pag. 306.
159. Radbruch Gustav: "Introducción a la filosofía del derecho", ob. cit. pag. 158.
160. Novoa Monreal Eduardo: "El derecho como obstáculo al cambio social", siglo XXI editores s.a. México, 1975, pag. 113.
161. Mezger Edmund: ob. cit. pag. 257.
162. Cuello Calón Eugenio: ob. cit. pags. 444-446
163. Roxin Claus: "Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes", ob. cit. pag. 155.
164. W. Adorno Theodor y Horkheimer Max: ob. cit. pag. 23.

165. Carrancá y Trujillo Raul y Carrancá y Rivas Raul: -- "Código Penal Anotado", editorial Porrúa s.a. México, 1986, pag. 209.
166. Middendorff Wolf: "Estudios sobre la delincuencia en el tráfico" (volumen XII de "estudios de psicología - criminal"), traducción de José Belloch Zimmermann, - espasa-calpe s.a., Madrid, 1976, pag. 61.
167. Cox Harvey: "La responsabilidad del cristiano en un mundo tecnológico", en "testimonium" (revista) dedicado al tema "en la era tecnológica", Bs. As. Argentina, sin fecha, pag. 17.
168. Novoa Monreal Eduardo: "El derecho como obstáculo al cambio social", ob. cit. pag. 169.
- (*) 144. Malamud Goti Jaime E.: "La estructura penal de la culpa", cooperadora de derecho y ciencias sociales, Bs. As., 1976, pag. 103.

BIBLIOGRAFIA

1. Altavilla Enrico: "La Culpa: el delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis psicológico", traducción de José J. Ortega Torres, editorial Temis, Bogotá, 1978.
2. Battaglioni Giulio: "Derecho Penal", versión portuguesa de Paulo José de Costa Jr., Arminda Bergamini Miotto y Ada Pellegrini Grinover, editorial de la Universidad de Sao Paulo, Brasil, 1973.
3. Bettiol Giuseppe: "Instituciones de Derecho Penal y Procesal", traducción de Faustino Gutiérrez-Alvez y Conrade, Bosch casa editorial, Barcelona, 1977.
4. Camargo Hernández Cesar: "Introducción al estudio del Derecho Penal", Bosch casa editorial, Barcelona, 1964.
5. Cánovas Therior Federico: "Delitos culposos" (ensayo), en "Cuatro ensayos de Derecho Penal", Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán-UNAM, México, sin fecha.
6. Cañizares Fernando Diego: "Teoría del Derecho", editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1979.
7. Carnelutti Francesco: "Metodología del Derecho", traducción de Angel Ossorio, segunda edición en español, Unión tipográfica editorial hispano americana (uteha), México, 1962.
8. Carrara Francesco: "Programa de Derecho Criminal" (parte general), volumen I, traducción de José J. Ortega Torre y Jorge Guerrero, editorial Temis ltda., Bogotá, 1971.
9. Carrancá y Trujillo Raul: "Derecho Penal Mexicano" -- (parte general), editorial Porrúa s.a., México, 1980.
10. Carrancá y Trujillo Raul y Carrancá y Rivas Raul: "Código Penal Anotado", editorial Porrúa s.a., México, 1986.
11. Castellanos Tena Fernando: "Lineamientos elementales de Derecho Penal", editorial Porrúa s.a., décimo sexta edición, México, 1981.

12. Cuello Calón Eugenio: "Derecho Penal", tomo I (parte general), volumen primero, Bosch casa editorial, -- Barcelona, decimosexta edición, -1971.
13. Delmas-Marty Mireille: "Modelos actuales de Política criminal", traducción bajo la dirección de Marino Barbero Santos, colección temas penales, centro de publicaciones--secretaría general técnica, ministerio de justicia, Madrid, 1986.
14. D'iors Alvaro: "Una introducción al estudio del derecho", ediciones rialp s.a., Madrid, 1963.
15. Gallas Wilhelm: "La teoría del delito en su momento actual", publicaciones del seminario de derecho penal de la Universidad de Barcelona, traducción de -- Juan Córdova Roda, Bosch casa editorial, Barcelona, 1959.
16. García Ramírez Sergio: "Justicia Penal", editorial Porrúa s.a., México, 1982.
- Gimbernat Ordeig Enrique: "Estudios de Derecho Penal", segunda edición ampliada, editorial civitas s. a., Madrid, 1981:
17. "¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?" (ensayo).
18. "El sistema del Derecho penal en la actualidad" (ensayo).
19. Graf Zu Dohna Alexander: "La estructura de la teoría del delito", traducción de la 4ta. edición alemana -- por Carlos Fontán Balestra, editorial Abeledo-Perrot, Bs. As. Argentina, 1958.
20. Guarneri José: "Las influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal", traducción de Constancio Bernaldo de Quirós, editorial José M. Cajica Jr., Puebla, --- México, 1952.
21. Goldstein Raul: "La culpabilidad normativa", Monografía Jurídicas No. 36, editorial Abeledo-Perrot, Bs. As. Argentina, 1960.
22. Islas Olga y Ramírez Elpidio: "Lógica del tipo en el Derecho Penal", editorial jurídica mexicana, primera edición, México, 1970.

23. Islas de González Mariscal Olga: "Análisis lógico de los delitos contra la vida", editorial Trillas s.a., primera edición, México, 1982.
24. Jiménez Huerta Mariano: "Derecho Penal Mexicano", tomo I, editorial Porrúa s.a., cuarta edición, México, 1983.
25. Kunz Josef L. "La teoría pura del derecho"(conferencias), editora nacional, reimpresión, Médico, 1974.
26. Kaufmann Armin: "Teoría de las normas"(fundamentos de la dogmática penal moderna), traducción de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdéz, ediciones De palma, Bs. As. Argentina, 1977.
27. Letelier Valentín: "Génesis del Derecho", editorial jurídica de Chile, Santiago, 1967.
28. López-Rey y Arrojo Manuel: "La criminalidad"(un estudio analítico), traducción de Pedro-Luis Yañez, editorial tecnos, Madrid, 1976.
29. Maggiore Giuseppe: "Derecho Penal", traducción de José J. Ortega Torres, editorial Temis, Bogotá, 1971.
30. Malamud Goti Jaime E.: "La estructura penal de la culpa", cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1967.
31. Middendorf Wolf: "Sociología del delito", traducción de José María Rodríguez Devesa, editorial revista de occidente, Madrid, 1961.
32. Mir Puig Santiago: "Introducción a las bases del Derecho Penal"(concepto y Método), Bosch casa editorial, s.a., Barcelona, 1976.
33. Muñoz Conde Francisco: "Introducción al Derecho penal", Bosch casa editorial s.a., Barcelona 1975.
34. Mezger Edmund: "Derecho Penal", traducción de Conrado A. Finzi, Cárdenas editor y distribuidor, Tijuana, B. Cfa. México, 1985.
35. Maurach Reinhart: "Tratado de Derecho Penal", traducción de Juan Córdova Róda, ediciones ariel, Barcelona, 1962.

-- Novoa Monreal Eduardo:

36. "La evolución del derecho penal en el presente siglo", colección monografías jurídicas No. 3, editorial jurídica venezolana, Caracas, 1977.
37. "Causalismo y Finalismo en el Derecho Penal", editorial juricentro, San José, Costa Rica, 1980.
38. "El derecho como obstáculo al cambio social", siglo XXI editores s.a. México, 1976.
39. Nuñez Barbero Ruperto: "El delito culposo", Universidad de Salamanca, España, 1974.
40. Pavón Vasconcelos Francisco: "Manual de Derecho Penal Mexicano (parte general)", editorial Porrúa s.a., quinta edición, México, 1982.
41. Polaino Navarrete Miguel: "La voluntariedad de las acciones punibles", editorial artes gráficas salesianas, Sevilla, 1979.
42. Quintano Ripollés Antonio: "Curso de Derecho Penal", - Tomo I, editorial revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

-- Radbruch Gustavo:

43. "Introducción a la Filosofía del Derecho", traducción de Wenceslao Roces, reimpresión de la primera edición, fondo de cultura económica, colección breviarío No. 42, México, 1955.
44. "Filosofía del Derecho", cuarta edición, no se consigna traductor, editorial revista de derecho privado, Madrid, 1955.
45. Righi Esteban: "La exigibilidad como base del juicio de culpabilidad" (ensayo), en "cuatro ensayos de derecho penal", ENEP-acatlan-UNAM, México, sin fecha.
46. Roche Johns P.: "Tribunales y Derechos", traducción de Martín Esteve, primera edición en español, editorial letras s.a., México, 1965.
47. Ruiz Servio Tulio: "La estructura del delito", editorial Temis, Bogotá, 1978.

-- Roxin Claus:

48. "Política Criminal y Sistema del Derecho Penal", traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, ---- Bosch casa editorial, Barcelona, 1972.
- "Problemas Básicos del Derecho Penal": traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, editorial reus s.a. Madrid, 1976:
- 49 "Culpabilidad y Responsabilidad como categorías sistémáticas juridicopenales"(ensayo).
- 50 "Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes"(ensayo).
51. Russell Bertrand: "Autoridad e Individuo", traducción de Margara Villegas, colección breviaros no. 15, tercera edición en español, fondo de cultura económica, México, 1965.
52. Stoyanovitch Konstantin: "El pensamiento marxista y el Derecho", traducción de Andrés López Acotto, siglo XXI de España editores s.a., segunda edición en español, Madrid, 1981.
53. Sauer Guillermo: "Derecho Penal"(parte general), traducción de Juan del Rosal y José Cerezo, Bosch casa editorial, Barcelona, 1956.
54. Struchkov Nicolái: "La educación del penado: ley, teoría y práctica", traducción de E. Cherniavski, editorial Grijalvo s.a. México, 1968.
55. Selsam Howard: "Etica y Progreso", traducción de Joaquín Sempere, colección 70, primera edición en español, editorial Grijalvo s.a. México, 1968.
56. Sagrada Biblia, versión directa de las lenguas originales por Eloino Nacar Fuster y Alberto Colunga Cuesta, biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1969.
57. Terragni Marco Antonio: "El delito culposo", Rubin---zal-culzoni editores, Santa Fe, República Argentina, 1984.
- Vela Treviño Sergio:
58. "Antijuridicidad y Justificación", editorial Trillas, segunda edición, México, 1986.
59. "Culpabilidad e inculpabilidad", editorial Trillas -

México, 1973.

60. Vinogradoff Paul: "Introducción al Derecho", traducción de Vicente Herrero, colección breviaros no. 5, fondo de cultura económica, México, 1952.
61. W. Adorno Theodor y Horkheimer Max: "La sociedad" (lecciones de filosofía), traducción de floreal Mazia e Irene Cusie, editorial Proteo s.c.a., Buenos Aires, 1969.
62. Wessels Johannes: "Derecho Penal" (parte general), -- traducción de Conrado A. Finzi, ediciones Depalma, - Buenos Aires, 1980.
- "Welzel Hans:
63. "Derecho Penal Alemán" (parte General), 11a. edición alemana y 2a. edición castellana, editorial jurídica de Chile, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Santiago de Chile, 1967.
64. "El nuevo sistema de Derecho Penal" (una introducción a la doctrina de la acción finalista), versión castellana y notas por José Cerezo Mir, ediciones ariel, Barcelona, 1964.
65. Yavich L.S.: "Teoría general del derecho", traducción de Alejandro Arroyo M. Sotomayor, primera edición en español, editorial nuestro tiempo S.A., México, 1985.
66. Zaffaroni Eugenio Raul: "Manual de Derecho Penal" -- (parte general), primera edición mexicana, Cárdenas editor y distribuidor, Tijuana B.C. México, 1986.
67. Zdrovomislov, Schneider, Kélna y Rashkovskaia: "Derecho Penal Soviético" (parte general), traducción de Nina de la Mora y Jorge Guerrero, editorial Temis, - Bogotá, 1970.

DICCIONARIOS - REVISTAS - PUBLICACIONES

68. Bellon Jacques: "Derecho Penal", en "Marxismo y democracia" (revista), traducción de Agustín Alonso Fernández, ediciones Rioduero de la editoria católica - s.a., Madrid, 1975.

69. Cabanellas Guillermo: "Diccionario de derecho usual", ediciones santillana, Madrid, 1963.
70. Código Penal y Procesal Penal de Guatemala: Ayala editores, Guatemala, 1988.
71. Cox Harvey: "La responsabilidad del cristiano en un mundo tecnológico", en "testimonium"(revista) dedicado al tema "en la era tecnológica", Bs. As. Argentina, sin fecha.
72. Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, editorial Porrúa S.A. y Universidad Nacional Autónoma de México, 2da. edición revisada y aumentada, México, 1988.
73. Escamilla Hernández Jaime: "Lineamientos básicos en torno al Análisis marxista del Derecho"(artículo), en revista "A", volumen VI, No. 14, enero-abril de 1985, "El derecho normatividad y legitimidad", Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco-División de Ciencias y humanidades, México.
74. Islas de González Mariscal Olga y Ramírez Hernández - Elpidio: "El error en el Modelo Lógico del Derecho Penal", en el no. 38 de "Derecho Penal Contemporáneo", - mayo-junio de 1970, UNAM, México.
- Islas de González Mariscal Olga:
75. "Nueva Teoría General del Derecho Penal", en Criminología, "Revista de la Academia Mexicana de Ciencias penales", año XLIV, nos. 1-3. editorial Porrúa, enero-marzo de 1978.
76. "La omisión impropia o comisión por omisión", en Revista Mexicana de Derecho Penal, cuarta época, número 12, abril-junio de 1974.
77. "Contenido de las normas penales": revista mexicana de justicia, no. 1, vol. 1, enero-marzo/1983, México.
78. Ramírez Hernández Elpidio: "Fuentes reales de las normas penales", en revista mexicana de justicia, no. 1, vol. 1, enero-marzo/1983, México.

México, D. F., marzo 30 de 1990.

SR. DR. RAUL CERVANTES ANULDA,
JEFE DE LA DIVISION DE ESTUDIOS SUPERIORES.
FACULTAD DE DERECHO.
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.
P R E S E N T E .

Estimado señor Doctor:

Le permito informarle que he dirigido, desde el mes de septiembre del año pasado, la tesis intitulada CULPA Y OMISION EN LA TEORIA DEL DELITO, que, para obtener el grado de Doctor en Derecho, elaboró el aspirante ERASMO DOMESTICO SUEVA-TERRELL.

La tesis está concluida y, en mi opinión, constituye una investigación original y de calidad académica sobre un problema de considerable relevancia para la justicia penal; por lo que, en mi calidad de directora, tengo a bien aprobarla.

A t e n t a m e n t e .

"POR LA RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

Dr. Olga Isidro de Guzmán
Dra. Olga Isidro de Guzmán

México, D. F., a 16 de julio de 1990.

Dr. Raúl Cervantes Ahumada,
Jefe de la División de Estudios de Posgrado
de la Facultad de Derecho,
Universidad Nacional Autónoma de México,
Presente.

Muy distinguido maestro:

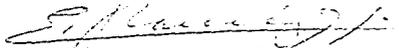
Recibí para su evaluación la tesis "CULPA Y OMISSION EN LA TEORIA DEL DELITO", que, para obtener el grado de Doctor en Derecho, elaboró el señor Licenciado JORGE EFRAIN MONTERROSO SALVATIERRA.

La tesis aludida es el producto de una investigación que, metódicamente: a) enmarca la materia penal en la realidad social; b) explora la trayectoria de las doctrinas penales en función de las diversas corrientes filosóficas e ideológicas; c) explica la ubcación y conceptualización dominantes de la culpa; d) adopta, sin titubeos y de manera convincente, la tesis de que la culpa es una inactividad, y e) subraya la necesidad de extender, en función del progreso de la tecnología, el universo de la culpa para la mejor protección de los bienes jurídicos fundamentales.

Es importante señalar que la "CULPA Y OMISION EN LA TEORIA DEL DELITO" es un trabajo que, sin exageración alguna, puede ser considerado como una aportación original, ya que examina críticamente los resultados de investigaciones anteriores nacionales y extranjeras. Además, lleva hasta sus últimas consecuencias el análisis y, con ello, cierra coherentemente la estructura de la culpa.

Considero que el trabajo del Licenciado JORGE EFRAIN MONTERROSO SALVATIERRA satisface ampliamente las exigencias del Reglamento, por lo cual le otorgo mi VOTO APROBATORIO.

A t e n t a m e n t e
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"


Lic. Elpidio Ramírez Hernández.

Luis Rodríguez Manzanera

DRA. MARIA EUGENIA PADUA GONZALEZ,
SECRETARIA ACADEMICA DE LA
FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO,
U. N. A. M.
P R E S E N T E.

He recibido el Oficio No. 414/90/301 de mayo 25 de 1990, en el que me comunica mi designación como sinodal propietario para integrar el jurado del examen que para obtener el grado de Doctor en Derecho solicita el señor Licenciado JORGE EFRAIN MONTERROSO SALVATIERRA.

Leí con todo cuidado la tesis doctoral titulada: "CULPA Y OMISION EN LA TEORIA DEL DELITO", encontrando que reúne con toda amplitud los requisitos necesarios para su aprobación.

El trabajo en estudio contiene una revisión general al problema de la sistematización y teoría del Derecho. Posteriormente se pasa al análisis de la culpa, su lugar dentro de la dogmática y los problemas de la omisión.

Por mi especialidad, me fue de particular interés la primera parte en la que se estudia el problema desde el punto de vista social y, hasta cierto punto criminológico.

La bibliografía es abundante y actualizada, y -- las conclusiones me parecen lógicas y acertadas.

Por todo lo anterior, me es muy grato otorgar mi VOTO APROBATORIO, con una especial felicitación al Sustentante.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
JULIO 26 DE 1990



DR. LUIS RODRIGUEZ MANZANERA



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva Ciudad de la Investigación en Humanidades. C U
Delegación Coyoacán. 04510 México. D.F. FAX 055 86 08

50 años
1910-2000

Cd. Universitaria, D.F., 10 de julio de 1990

Sr. Dr. Raúl Cervantes Ahumada
Jefe de la División de
Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho
P r e s e n t e .

De mi consideración:

Me es grato saludarle y de paso informar a usted, la tesis que para optar al grado de doctor en Derecho presenta el Lic. JORGE EFRAIN MONTERROSA SALVATIERRA bajo el título "Culpa y Omisión en la teoría del Delito".

Sin pronunciarme sobre el contenido científico de la investigación, pues corresponde a una área que desconozco, y habiendo leído dicha tesis, me parece que cumple metodológicamente con los requisitos de forma y fondo propios a una tesis doctoral.

La hipótesis planteada, los argumentos centrales, las conclusiones y su bibliografía denotan un conocimiento esencial que debe presentarse en toda investigación jurídica.

En mérito a lo anterior, por medio de la presente, externo con agrado, el VOTO APROBATORIO pertinente, a fin de que la tesis sea defendida en su oportunidad por el doctorando.-

Sin otro particular, le saludo atentamente.

Dr. Jorge Witker Velázquez



VERDAD NACIONAL
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

CALLE MARTIN MARTI DE LA OVEJA
CIUDAD DE LA INVESTIGACION EN HUMANIDADES, C.V.
DELEGACION Coyoacan, 04510 Mexico, D.F.

México D.F., a 17 de Julio de 1990.

Señor Doctor
Raúl Cervantes Ahumada
Jefe de la División de Estudios
de Posgrado de la Facultad de Derecho
P r e s e n t e .

Señor Director,
me es grato poner en su conocimiento que he examinado la tesis sobre "Culpa y omisión en la teoría del delito" que para obtener el grado de Doctor en Derecho presenta el señor Licenciado Jorge Efraín Monterroso Salvatierra.

A mi juicio, la referida tesis satisface tanto desde el punto de vista metodológico como desde el bibliográfico los requerimientos académicos para que el sustentante sea admitido a defenderla en el examen respectivo.

Saludo a usted muy atentamente.

Alvaro Bunster

México, D.F., 5 de julio de 1990

DR. RAUL CERVANTES AHUMADA
JEFE DE LA DIVISION DE ESTUDIOS
SUPERIORES DE LA FACULTAD DE
DERECHO DE LA U.N.A.M.

Distinguido y estimado Maestro:

He estudiado cuidadosamente en mi calidad de sinodal, la -- tesis Culpa y omisión en la teoría del delito, que presenta el licenciado- Jorge Efraín Monterroso Salvatierra, y considero que dicho trabajo cumple los requisitos de fondo y forma que marca la legislación universitaria -- para acceder al grado de Doctor en Derecho, por lo que otorgo mi VOTO -- aprobatorio.

Aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo.

A t e n t a m e n t e



DR. LUIS DE LA BARREDA SOLORZANO



**INSTITUTO NACIONAL
DE CIENCIAS PENALES**

Magisterio Nacional N° 113
Delegación Tlalpan
14000 - México, D.F.
Tels. 573-74-09 y 573-74-30

México, D.F. 7 de junio de 1990.

SR. DR. RAUL CERVANTES AHUMADA
JEFE DE LA DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO
U.N.A.M.
P R E S E N T E

Estimado Doctor:

En relación con el oficio 414/90/302 de la Secretaría Académica de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, en el que -- se me designa Sinodal Suplente para el Examen de Grado de Doctorado en Derecho que deberá presentar el señor Licenciado Jorge Efraín Monterroso Salvatierra y se me hace envío de la correspondiente tesis intitulada " Culpa y Omisión en la Teoría del Delito"; agradezco la designación de que he sido -- objeto.

Revisada la tesis de referencia, encontré un análisis cuidadoso -- del Delito Culposo, especialmente acentuado el aspecto de la omisión como -- elemento definitorio de la culpa haciendo una interesante relación con la -- reglamentación de las actividades peligrosas..

Todo este desarrollo está apoyado en una importante y conducente -- Bibliografía y permite llegar a específicas conclusiones por lo que me es -- grato otorgar mi VOTO APROBATORIO.

Aprovecho la ocasión para enviar a usted un cordial saludo, reite--rándole mi constante afecto.

A T E N T A M E N T E

DRA. EMMA MENDOZA BREMAUNTZ
CONSULTORA ACADEMICA

EMB/blci.

Cd. Universitaria, Julio 5 de 1990.

SR. DR. RAUL CERVANTES AHUMADA.

JEFE DE LA DIVISION DE ESTUDIOS SUPERIORES

FACULTAD DE DERECHO.

Hago referencia a su oficio número 414790/304 de fecha 23 de Mayo de 1990, relativo al voto que se debe otorgar, mismo que emito como aprobatorio, respecto del trabajo titulado -- "CULPA Y OMISION EN LA TEORIA DEL DELITO", que presenta el Licenciado JORGE EFRAIN MONTERROSO SALVATIERRA, por cumplir con los requisitos del estatuto Universitario y en razón al examen realizado a dicho trabajo en el que se observo lo siguiente :

En el primer capítulo, se analizan las relaciones de los sujetos en la sociedad que acarrearán conflictos trascendentes entre sí o bien en el núcleo social, actos que se regulan por principios o preceptos legales y que al violarse trae como consecuencia la sanción, integrándose en algunos casos conductas delictivas.

En el segundo capítulo se plasman los criterios de las escuelas Clásica, Positiva y la Tercera escuela completando estudio de la Sistematización del Delito con las corrientes penales, mismas que enriquecen el trabajo.

Al realizarse el tercer capítulo con la denominación de Teoría del Delito, se analizan la conducta, la Tipicidad, Antijuricidad y al Culpa como elementos del delito, con sus respectivas modalidades de cada uno.

Se estudia concretamente en el capítulo cuatro, La Sistemática Penal de la Culpa adentrándose al análisis de las clases de culpa los sistemas de Punición y su fundamento jurídico.

En los capítulos quinto y sexto se establecen aspectos delictivos en base a la omisión, con sus respectivas variantes que dependen o se vinculan con la omisión.

Se termina éste trabajo con el estudio de la culpa y sociedad, enfocando aspectos sociológicos y jurídicos.

Aprovecho la oportunidad para repetirme su sergidor y amigo.

POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU.

LIC. ELIAS POLANCO BRAGA.