58

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"A C A T L A N"

LA COMPETENCIA POR ORGANIZACION Y COMPETENCIA INSTITUCIONAL EN LA TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA DE JAKOBS

UNAM CAMPUS ACATLAN
AGO. 22 2000
DEPTO. DE TITULOS PROFESIONALES Y CERTIFICACION
UNIDAD DE ADMINISTRACION ESCOLAR

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A :

RUTH ELOISA CRUZ GARCIA

ASESOR LIC. MIGUEL FIGUEROA ZARZA.

SANTA CRUZ ACATLAN, EDO. DE MEX., AGOSTO DE 2000.

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

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.

LA COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIA INSTITUCIONAL EN LA TEORIA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE JAKOBS

AGRADECIMIENTOS

A mis padres.

EULALIO CRUZ LEZAMA (que en paz
Descanse).
Y MANUELA GARCIA MEJIA

Dios los bendiga
Por todo lo que me enseñaron, por su amor
Apoyo, comprensión y paciencia

A mi hermana LUCIA y a mi cuñado EMILIO
Por su apoyo y cariño brindado.

A mis hermanos VICTORIA, GABRIELA, OSBALDO Y LEONOR
Por su paciencia y amor reciproco.

A mi gran amiga y compañera de preparatoria, AMPARO VARGAS ALVARES
Por todos los buenos y malos momentos compartidos. Por su apoyo incondicional,
Y con todo mi cariño.

Al señor JOSE VELAZQUEZ
Por todo el apoyo y generosidad que nos a dado a mi familia y a mi

A todos mis PROFESORES DE LA ENEP ACATLAN

Y sobre todo a MI PROFESOR Y ASESOR LIC MIGUEL FIGUEROA ZARZA
Por ser un claro ejemplo de dedicación, por su ayuda y por instarme siempre a
Concluir este trabajo

Al LIC OSIRIS VAZQUEZ RANGEL
A quien admiro profundamente.

Por compartir incansable y pacientemente sus conocimientos conmigo.
Por toda la ayuda que me ha dado para concluir ésta tesis. Por confiar en mi.

Y por regalarme la alegría que caracteriza su persona y la etapa de su vida que ha querido compartir conmigo.

GRACIAS

A TODOS LOS ABOGADOS Y ESTUDIOSOS DEL DERECHO PENAL

INDICE

INTRODUCCIÓN I

I EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL 1

I.1 Teoría Causalista 2

I 2 *Teoría Causalista Valorativa* 10

I 3 Teoría Finalista 14

II ANTECEDENTES DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA 19

II.1 La Concepción de la Causalidad en el Derecho Penal 20

II 2 La Teoría de la Imputación de Larenz 28

II 3 La Teoría de la Imputación de Frisch 31

II 4 La Teoría de la Imputación de Roxin 34

III LA TEORÍA DE SISTEMAS 37

III 1 Sistema y Entorno 38

III.2 Subsistema y Acoplamiento Estructural 48

IV. LINEAMIENTOS FUNDAMENTALES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA TEORÍA DE JAKOBS 55

IV.1 El riesgo Permitido 56

IV.2 El Principio de Confianza 65

IV.3 Prohibición de Regreso 68

IV 4 Competencia de la Víctima 71

V. LA COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIA INSTITUCIONAL 75
V.1 La Función de los Roles 76
V.2 El Rol del Ciudadano y la Organización Individual 79
V:3 *Los Roles Institucionales y los Deberes Especiales* 84

VI LA CONDUCTA ACTIVA Y OMISIVA 90
VI 1 La Concepción Ontológica de la Acción 91
VI:2 La Concepción Normativa de la Omisión 98
VI.3 La Concepción Funcional de la Acción 103

VII. CONCLUSIONES 110

BIBLIOGRAFIA 114
HEMEROGRAFIA 119
LEYES CONSULTADAS 121

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo presentar las propuestas de Günther Jakobs dentro de la teoría del delito para poder determinar su viabilidad práctica. Se ha seleccionado la división hecha de los delitos en "Competencia por Organización" y "Competencia Institucional" porque son una clara muestra de lo novedoso de sus propuestas.

En el primer capítulo se hace un recopilación histórica de la dogmática jurídico penal en general, (el término de dogmática actualmente a sido desechado por algunos juristas por considerar que el *Derecho no se basa en* dogmas sino en criterios sistemáticos propios de toda ciencia), desde sus inicios con la teoría causalista hasta el finalismo.

En el segundo se reúnen los antecedentes más importantes que son propios de la imputación en materia penal, las etapas que tuvo antes de ser considerada imputación objetiva y las teorías que en torno a ella se formularon.

En los siguientes capítulos se analiza la teoría de la imputación objetiva propuesta por Jakobs desde que adopta conceptos propios de la Teoría de

sistemas de Luhmann y los lineamientos generales que establece para la suya, teniendo en cuenta que Jakobs propone una normativización de los conceptos jurídico penales, orientándolos a la *función que le es propia al Derecho Penal, consistente en garantizar las expectativas normativas ante comportamientos que expresan un modelo de conducta incompatible con las normas jurídicas.* Por ello el Derecho Penal no tiene como cometido el proteger a los bienes jurídicos de todos los riesgos posibles, sino solo contra aquellos riesgos que exceden lo socialmente permitido, porque una sociedad en que no hubiese riesgos sería inmóvil, de museo, sin avances de ningún tipo (hay riesgos en todos los aspectos de la vida diaria como en los vuelos aéreos y en las carreteras, en el manejo de aparatos eléctricos, etc.). Esto hace que Jakobs no vea a los sujetos en forma aislada, sino mediados por lo social, como personas *que tienen que representar un "rol", el del buen ciudadano.*

Finalmente en el último capítulo se analiza, en un breve resumen histórico – normativo el tratamiento que se le ha dado a la acción, a partir del finalismo y hasta nuestros días

Este trabajo fue realizado con la esperanza de que se dé más importancia a la actualización de los programas de estudio de la UNAM, y sobre todo en lo que a materia penal se refiere

Solo resta hacer un esbozo del Dr. Günther Jakobs. Nace en Munchengladbach, Alemania, en 1937; tras haber realizado actividades textiles, estudia Derecho en Kiel y Bonn de 1959 a 1963. Se doctora en 1967 bajo la dirección de Hans Welzel y pasa a ser su asistente científico en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, desde 1971 ha sido profesor de Derecho Penal en la Universidad de Bochum y la Universidad de Regensburg, desde 1986 en Director del Instituto de Filosofía del Derecho de Bonn, en donde imparte cátedras de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Mucho de su trabajo se ve influenciado por el sociólogo y abogado Niklas Luhmann, fallecido recientemente en noviembre de 1998

Günther Jakobs escribió la primera edición de su tratado en 1983, y por desgracia ninguna de sus obras ha sido editada en México

"UNA VERDAD NUEVA, EN CIENCIA, JAMAS LLEGA
A TRIUNFAR CONVENCIENDO A LOS ADVERSARIOS,
SINO MAS BIEN PORQUE FINALMENTE
ESOS ADVERSARIOS ACABAN MURIENDO Y
SURGE UNA NUEVA GENERACION
A LA QUE ESTA VERDAD RESULTA FAMILIAR"

MAX PLANK
NOBEL DE FISICA 1918.

CAPITULO I

EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL

I.1 TEORÍA CAUSALISTA.

Esta teoría surge a finales del siglo XIX en Alemania, país donde hasta la fecha se han llevado a cabo los más claros intentos de mejorar el contenido de la dogmática penal (actualmente este término ya no es utilizado y a sido sustituido por el de ciencia penal)

Antes de aparecer los causalistas fundamentando sus conceptos en el positivismo ya se habían hecho varios intentos de conceptualizar al delito para su mejor comprensión, en el año de 1840 un jurista llamado Heinrich Luden manifiesta que el delito cuenta con tres elementos primordiales a saber, la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad, pero desafortunadamente no fue tomado en cuenta porque en aquel entonces el criterio dominante era el que apoyaba la teoría de la imputación de Samuel Puffendorf. La cual consistía en que sólo aquellos hechos que fueran producidos voluntariamente podían ser imputables a su autor.

Fue hasta 1857 que Albert Friederich Berner retomó lo dicho por Luden para asentar la teoría del delito sobre el concepto de acción Diez años más tarde en 1867 Rudolf von Ihering hace una separación que sería sumamente importante entre antijuridicidad como concepto objetivo y culpabilidad subjetiva

Pero va ha ser hasta el año de 1889 que un autor habla de una categoría superior de especies de la culpabilidad. Adolf Merkel, quien es el primero en decir que el dolo y la culpa podían reunirse bajo un concepto de "determinación de la voluntad contraria a deber" todavía dentro de la teoría de la imputación de Samuel Puffendorf.

Es así como poco a poco se fueron perfeccionando los elementos del delito quedando como base de la denominada "Teoría Causalista" los conceptos de acción, tipo, antijuridicidad y culpabilidad cuyos principales exponentes fueron Franz von Liszt, Ernest Beling y Gustav Radbruch.

Franz von Liszt, es el primero que define al delito como "el acto culpable contrario a derecho y sancionado con una pena"[1], y propone dividirlo en dos partes, una objetiva y otra subjetiva retomando lo dicho por Rudolf von Ihering en 1867 La definición la hizo basándose en un estudio que realizó al Código Penal Alemán de 1871 utilizando el método naturalístico para poder extraer de su contenido los conocimientos fundamentales para el derecho penal, ya que "en la ciencia jurídico penal lo primero que se debe hacer es reunir todas las normas para poder deducir después todos los conceptos a partir de las normas y así constituir con éstos un sistema" [2]

1 Von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, segunda edición, Madrid, España, Edit Reus, 1928, p 254
2 Bacigalupo E , *Derecho Penal*, Buenos Aires, Argentina, Edit Civitas, 1983, p 21

Además define a la acción pero únicamente como la causación de un resultado, es decir, "la conducta voluntaria o no impidente de un cambio en el mundo externo. La idea de acto supone, en primer término una manifestación de la voluntad (objetiva) es decir, la conducta voluntaria es la que se encuentra libre de violencia física o psicológica (sic), está determinada (motivada) por las representaciones. La manifestación de la voluntad puede consistir en la realización o en la omisión voluntarias de un movimiento"[3]. Así el estudio de la acción solo recaería sobre la fase externa, mientras que su fase interna era el contenido de la voluntad que se estudiará dentro de otro concepto, la culpabilidad, en donde se analizará si su contenido es doloso o culposo.

Ernest Beling estaba de acuerdo con Franz von Liszt en considerar a la acción sólo como un movimiento corporal externo diciendo que "la acción consiste en un movimiento corporal (fase externa objetiva de la acción) producida por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, voluntariedad), ello es un comportamiento corporal consistente en un hacer (acción positiva), un movimiento corporal, por ejemplo levantar la mano, movimiento para hablar etc. o un no hacer (omisión) esto es distensión de los músculos"[4], con lo que manifestaba claramente su opinión de incluir dentro del concepto de acción a la omisión.

3 Citado por Placencia Villanueva R , *Teoría del Delito*, Méx D.F., Edit UNAM, 1998, p 48
4 Beling, *Esquema del Derecho Penal*, Buenos Aires Argentina, Edit Depalma, 1944, p. 197

Para fundamentar éste concepto de acción Ernest Beling decía que un delito no podía consistir en una mera propiedad del hombre como lo es la peligrosidad porque esto solamente es una condición para una medida de seguridad, ni tampoco podía consistir en un estado del hombre como el sueño o una enfermedad, o en un simple querer pensar porque esto es algo puramente interno y por lo tanto no punible.

Por su parte Gustav Radbruch manifestaba su oposición a que el concepto de acción incluyera a ésta y a la omisión porque él creía que la omisión es lo contrario de la acción y que por lo tanto no se les podía tratar de la misma forma ya que tanto su naturaleza como su regulación es diferente, aunque estuvo de acuerdo con Franz von Liszt y Ernest Beling en "adoptar aquel concepto amplio de acción que exige únicamente la causalidad de la voluntad respecto al hecho y que remite completamente a la culpabilidad el problema de cuál era el contenido del querer"[5].

Y proponía que en lugar del concepto de acción o de conducta se utilizara el de la "realización del tipo" como base de la estructura del delito.

5 Welzel H *Derecho Penal Aleman*, cuarta edición castellana, Chile, Edit Juridica de Chile, 1993, p 46

Es así como retomando lo que dicen estos autores el causalismo va tomando forma y entienden en primer lugar a la acción como "el mero proceso causal externo (objetivo), por un lado, y el contenido de la voluntad (el impulso voluntario o la inervación) en el mundo exterior (efecto de la voluntad), sin tomar en consideración si el autor lo a querido o si sólo lo podía prever (contenido de la voluntad)"[6]

Que constaba de tres elementos principales:

MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD	NEXO CAUSAL	RESULTADO
Que consiste en un movimiento corporal (expresión verbal tratándose de delitos contra el honor) o distención muscular (omisión).	Que encadena atraves de las leyes naturales de causa y efecto al resultado con la manifestación de voluntad*.	Alteración de una situación o estado determinado que se produce en el mundo físico.

Y la omisión de acuerdo con ellos consistía en no impedir voluntariamente el resultado.

6 Welzel, *Idem (5)*

* Para este elemento se tomaba en cuenta la teoría de la *conditio sine qua non* (la equivalencia de las condiciones)

Por otro lado en el año de 1906 Ernest Beling aporta el concepto de tipo a los elementos del delito considerados por los causalistas, porque antes éste era entendido como "el conjunto de los presupuestos de la punibilidad"[7], es decir, todos los elementos del delito, afirmando que el tipo no contiene ningún juicio de valor y, "está libre de todo elemento subjetivo anímico"[8]

Este concepto fue adoptado posteriormente por otros juristas, quedando como la descripción que la ley hace de una conducta sancionada por el Derecho Penal; de tal forma que no existirá un delito si no hay un tipo que describa cual es la conducta que está sancionada, y como para éste autor el tipo no contiene ningún juicio de valor ni subjetivo ni jurídico, entonces es valorativamente neutro; porque sólo se va a realizar una valoración de tipo jurídico cuando se tenga que decidir sobre la antijuridicidad de la conducta típica.

Ahora bien para poder llevar a cabo una distinción entre tipo y culpabilidad, se establece que el tipo es objetivo es decir que "todo suceso subjetivo transcurrido en el interior anímico del autor no corresponde al tipo penal"[9].

7 Cuello Calón. *Derecho Penal parte general*, Barcelona, España, Edit. Bosch, 1975, p 335
8 Welzel H , *Derecho Penal... (5) Op Cit* , p. 62
9 Roxin Claus, *Teoria del Tipo Penal*, Buenos Aires, Argentina, Edit Depalma, 1979, p 57.

La antijuridicidad como tercer elemento del delito, fue definida por los juristas de ésta corriente como la no adecuación de la conducta típica con lo que prescribe el Derecho o como la simple contradicción de las normas jurídicas; es decir la falta de autorización por parte del Derecho de la realización de una conducta típica.

Por lo tanto la antijuridicidad va ha ser objetiva porque se basa en un juicio valorativo que siempre será el mismo para cualquier conducta no dependiente de la subjetividad del juzgador. Siempre será una misma medida y por lo tanto será objetiva.

Franz von Liszt divide a la antijuridicidad en formal y material diciendo que "un acto es formalmente contrario al derecho en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico, y es materialmente ilegal en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad"[10].

Por último tenemos el concepto de culpabilidad al que definen como "una relación subjetiva entre el hecho y su autor"[11], que es explicada en forma psicológico subjetiva.

10 Von Liszt, *Tratado de... (1) Op. Cit.*, p. 324
11 Zafaroni Eugenio R , *Manual de Derecho Penal*, Méx D.F. Edit. Cárdenas, 1991, p 400

La dividen en dos especies; el dolo y la culpa, al dolo lo entienden como un nexo psicológico que incluía el conocimiento de las circunstancias del hecho y la voluntad de transgredir al Derecho, mientras que la culpa es entendida como la causación de un resultado por falta de precaución y previsión en la que el autor no se representa el resultado pero, si le era evitable será culpable

I. 2 TEORÍA CAUSALISTA VALORATIVA.

La teoría causalista valorativa o neocausalismo valorativo es la segunda corriente que siguiendo los pasos del causalismo trató de perfeccionar de acuerdo con la propia evolución de la ciencia jurídico penal los elementos del delito pero sin cambiar el concepto de acción, ésta vez fundamentándose en el pensamiento filosófico neokantiano y más concretamente en la llamada escuela sudoccidental alemana "que junto con el método científico naturalístico de observar y describir restauró una metodología propia de las ciencias del espíritu caracterizada por comprender y valorar"[12] (Esta escuela parte del pensamiento Kantiano y trató de dar respuesta a la cuestión de la naturaleza y origen de los principios en virtud de los cuales se lleva a cabo la orientación del pensamiento para convertirse en un sistema).

Los representantes de esta escuela entendían que a diferencia de las ciencias naturales que captan la realidad empíricamente, las ciencias culturales utilizan como método de conocimiento un método valorativo, ya que los hechos naturales, los sucesos, sólo pueden convertirse en objeto del Derecho en la medida en que son conocidos por nuestra razón empleando la valoración.

12 Jescheck H H , *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Barcelona, España, Edit Bosch, 1985, p 277

La formación teleológica de conceptos tiene sus raíces en la concepción de Hinrich Rickert y Emil Lask según los cuales la ciencia jurídica es una ciencia cultural cuyo objeto no es una realidad libre de valor, sino de conceptos elaborados mediante el procedimiento valorativo.

La principal aportación que se hace en éste periodo de transición es el descubrimiento de los elementos normativos y los elementos subjetivos del tipo y hacen un nuevo planteamiento sobre la concepción de los principales conceptos que se adoptaron del tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Ernest Mayer fue el primero en percatarse que dentro de las descripciones que establecen los tipos penales se encuentran ciertas exigencias típicas no objetivas, elementos normativos que "requieren la atribución de un contenido de valor para alcanzar un sentido susceptible de aplicación"[13] y los elementos subjetivos del tipo que hizo insostenible la concepción puramente objetiva que ya se tenía.

Así por ejemplo en algunos tipos penales como el del robo (art. 367 del Código Penal para el Distrito Federal) se encuentra el elemento "ajeno" que no es perceptible por los sentidos, quedando de ésta manera modificado lo dicho

13 Jescheck, *Idem (12)* p 278

Por Ernest Beling sobre el tipo (que es valorativamente neutro) De acuerdo con esto E. Mayer señala que los elementos normativos constituyen ya la *ratio essendi* (razón de ser) de la antijuridicidad. Como las valoraciones no se realizan dentro del tipo sino dentro de la antijuridicidad entonces se establece que existe una fuerte relación entre lo que es el tipo y la antijuridicidad.

Esta estrecha relación que existe entre el tipo y la antijuridicidad mencionada por Mayer la retoma Edmundo Mezger quien fuera el más importante exponente de ésta corriente estableciendo que no era adecuado un tratamiento diferente para el tipo y la antijuridicidad ya que entre ambos se conforma el injusto penal, "Así el tipo dejó de aparecer como descripción no valorativa de un proceso externo y pasó a ser un instrumento pleno de sentido que en manos del legislador reúne los elementos del injusto característicos del delito"[14] E. Mezger se encuentra con un gran número de elementos normativos que clasifica en jurídicos, culturales y subjetivas.

Un poco antes Guillermo Sauer había dicho ya que el tipo es "una antijuridicidad típicamente acuñada", y después con E Mezger señalan que las causas de licitud son verdaderos elementos negativos del tipo porque eliminan al injusto penal en su totalidad y no sólo la antijuridicidad.

---

14 Jescheck H H, *Tratado de ..(12) Op. Cit*, p 280

Otro importante descubrimiento dentro de ésta corriente fue el de los elementos subjetivos del autor de la acción, y también los elementos subjetivos del injusto o del tipo, que serían perfeccionados más tarde por Hans Welzel. Pero son Hans Albert Fisher, August Hegler y Edmundo Mezger quienes descubren estos elementos subjetivos, porque según ellos en algunos tipos penales existen exigencias subjetivas, que debe reunir el autor o que el hecho se realice con un propósito determinado, por ejemplo: al privar de la libertad a alguien "con la finalidad de pedir rescate" o "con el propósito de realizar el acto sexual", en estos casos los delitos realizados son diferentes y sólo se sabrá cual se cometió si se atiende a la intención del autor, respecto a estos podemos mencionar que nos encontramos con que el dolo va ser en la tentativa un elemento del tipo porque en dichos casos lo que se castiga no es el resultado, obviamente porque no se produce, sino la intención de producirlo.[15]

E. Mezger tenía su propia opinión respecto a la tentativa ya que consideraba que dentro del tipo no hay elementos subjetivos, así que la consideraba como una excepción.

Otra modificación que se hizo en éste periodo de la evolución de la ciencia jurídico penal fue respecto a la culpabilidad. En 1907 Reihard Frank

15 Vázquez Rangel Osiris, *Apuntes de la materia Teoria del Delito*, México D F , Grupo Cultural ICEL 1997-1998 (inéditos)

establece que la culpabilidad también consiste en un juicio de valor, en un reproche, luego entonces culpabilidad es reprochabilidad, es decir, un juicio de reproche que se le hace al autor, descartando así la concepción psicológica entre el autor y su hecho.

Así pues el autor es culpable si tuvo la posibilidad de comportarse de otra manera diversa a la comisión del delito y no lo hizo, pero es hasta 1935 que Graf zu Dhonna distingue claramente entre "culpabilidad como valoración y al dolo como el objeto de dicha valoración" 16.

16 Graf zu Dhonna, *La Estructura de la Teoría del Delito*, Buenos Aires, Argentina, Edit Abeledo-Perrot, 1958, p 60

III. 3 TEORÍA FINALISTA

El precursor de esta importante teoría fue el jurista Alemán Hans Welzel, teniendo como antecedente las concepciones sobre el concepto del tipo hechas por Helmunth von Weber en 1929 y de Alexander Graf zu Dhona en 1936[17]. Welzel aportó a la ciencia penal el más importante cambio metodológico de estudio del derecho penal al utilizar los conceptos ontológicos del ser en vez de los valorativos que se habían estado utilizando en el neocausalismo, así pues en el año de 1931 se propone descubrir la verdadera naturaleza de la acción, estableciendo un concepto ontológico y dejando claro que la acción prohibida por el Derecho Penal es la acción humana que tiene características y elementos que no pueden ser escindidos sin destruir su realidad.

El punto de partida teórico del finalismo "se halla en la crítica de Hans Welzel al relativismo valorativo y al normativismo del pensamiento penal neokantiano. De ella surgió el intento de probar que en las estructuras lógico objetivas del mundo marcado por la convivencia humana y dotada así de sentido se da una mezcla de percepciones ontológicas y axiológicas , de realidad y de valor"[18].

17 Zaffaroni Eugenio R., *Manual de. .(II) Op Cit* , p. 400.
18 Shünemann B., *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*, España, Edit Tecnos S A , 1991, p 54

La acción desde éste punto de vista tiene una parte subjetiva y otra objetiva; la primera consiste en fijarse mentalmente un fin, elegir los medios y considerar los efectos secundarios y la segunda es la manifestación de esa voluntad.

La parte subjetiva de la acción se desarrolla dentro de la psique del autor y consiste en fijarse fines que deben de ser tomados en cuenta para determinar de que acción se trata, ya que no existe la acción en sí, sino acción de violar, secuestrar, calumniar, etc.

Hans Welzel especifica respecto a la acción y su finalidad, que "actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso la finalidad es vidente, la causalidad, ciega"[19]

Partiendo de esa base se deduce que si la acción es típica forman parte del tipo, tanto el elemento objetivo y el subjetivo de la misma. Así pues se dice que el tipo tiene dos partes una objetiva que describe la "materia de la prohibición", es decir, el resultado que se prohibe y una subjetiva que contiene la finalidad propuesta por el autor en los delitos dolosos.

19 Welzel H., *Derecho Penal ..(5) Op. Cit.*, p. 49.

El dolo es trasladado al tipo únicamente como el conocer y querer dejando fuera a la conciencia de la antijuridicidad que sigue perteneciendo a la culpabilidad. De ésta forma el tipo en su parte objetiva contiene todos los elementos descriptivos y normativos y en la parte subjetiva al dolo.

El concepto de antijuridicidad por lo tanto va a consistir en un juicio que se hace sobre el tipo tanto objetivo como subjetivo para averiguar si el derecho en su totalidad lo permite o no. Es por esto que la antijuridicidad es objetiva, no porque se encargue de analizar la parte objetiva de la acción sino porque es una valoración que se hace teniendo en cuenta una serie de causas de justificación que no se pueden ampliar o disminuir a criterio del juzgador [20]

En cuanto a la culpabilidad, se opta por tomar el concepto normativo en el que es entendida como reprochabilidad, es decir que al autor se le reprochará su hecho si pudiendo haberlo evitado no lo evitó Además se establece que la culpabilidad tiene varios elementos que son:

1.- la imputabilidad,

2 - la conciencia de la antijuridicidad, y

3 - la no exigibilidad de otra conducta.

20 Vázquez Rangel O., . *Idem (15)*

Por otra parte respecto a la omisión "ésta constituye para los finalistas una forma especial de hecho punible que no resulta abarcado por el concepto final de acción y cuya comprensión exige en todos sus aspectos la inversión de los principios sistemáticos desarrollados para el delito de comisión" [21]

21 Jescheck H , *Tratado de (12) Op.Cit.*, p. 285

CAPITULO II

ANTECEDENTES DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

II.1 LA CONCEPCIÓN DE LA CAUSALIDAD EN EL DERECHO PENAL

En el presente capítulo se hará un breve resumen de los antecedentes más importantes de la moderna teoría de la imputación objetiva

Los primeros datos que se tienen en los que se hablaba de imputarle a alguien un resultado los tenemos con Aristóteles, quien decía que sólo aquellos actos que son voluntarios pueden ser imputados así, "si un acto es o no un acto de justicia, o de injusticia, se determina por su carácter voluntario o involuntario"[22]

Mucho tiempo después entre el año de 1704-1772 se realiza el primer intento de utilizar el concepto de imputación dentro del derecho penal. Es el jurista Samuel Puffendorf quien toma éste concepto utilizándolo como base para crear una teoría que prevalecería por más de 300 años, y que serviría para la construcción de una parte general del Derecho Penal. Retomando un poco lo dicho por Aristóteles, dice que sólo las acciones que son voluntarias pueden ser imputadas y que imputar significa reconocer que ésta acción voluntaria pertenece al actuante.

---

22 Aristóteles, *Etica Nicomaquea,* México D F., Edit Porrúa, 1996, p. 67.

Pero es hasta que surge el causalismo cuando la imputación adquiere un papel importante dentro de la teoría del delito, en ese periodo en que la tipicidad y la antijuridicidad constituían el aspecto objetivo del delito, la culpabilidad el subjetivo, y en la que el tipo es considerado valorativamente neutro por su carácter descriptivo. Para afirmar la existencia de la tipicidad era suficiente la presencia de una acción que en los delitos de resultado estaba en relación causal con éste, es decir que para el causalismo cualquier comportamiento voluntario era considerado acción (con excepción de los que eran producto de una fuerza irresistible o que se producían en estado de inconsciencia) y como la mayoría de estos era voluntario entonces lo que determinaba la tipicidad era su relación causal con el resultado. Ahora bien, ésta relación causal con el resultado era determinada de acuerdo a "la teoría de la equivalencia de las condiciones" (*conditio sine qua non*) consistente en que todo efecto tiene una multiplicidad de condiciones causales y que cada una de ellas, en la relación de causalidad tiene el mismo valor como causa. Pero lógicamente si fuera así, el simple hecho de que una madre engendre a un hijo que con el tiempo será homicida constituiría una causa productora del resultado muerte y por tanto en una acción típica de homicidio.

Para evitar que esto pasara se pensó en limitar las causas de la producción de un resultado en el ámbito de la culpabilidad, aclarando que un resultado sólo sería imputable si se produjera por dolo o imprudencia; por

ejemplo, si una persona invita a otra a una fiesta y dicha persona muere en el trayecto, de acuerdo con lo anterior, a la que lo invitó no podía imputársele el resultado porque no actúo con dolo y tampoco con imprudencia, (tiempo después durante una etapa del finalismo Hans Welzel resolvía el problema del nexo que une a la acción con el resultado basándose en la "adecuación social", manifestando que el resultado producido con la acción citada en el ejemplo no era imputable porque era una conducta socialmente permitida y más recientemente el funcionalismo lo resuelve basándose en el riesgo permitido), pero entonces surgía otro problema, qué sucedía si la persona que invita a otra a una fiesta la odia a muerte y lo invita con la intención de que en el camino choque y muera, o con la esperanza de que en el camino lo asalten y lo maten, en éste caso el curso causal si es desencadenado dolosamente y por lo tanto el proceso causal es abarcado por el dolo del autor.

El pensamiento causalista solamente nos representaba a los tipos penales como simples procesos de causación, así que para restringir el concepto de causa y no se dieran estos problemas, se crearon una serie de teorías que trataron de establecer una clara diferencia entre causa y condición, porque consideraban que una simple **condición** no podía fundamentar el nexo causal.

A) Teorías individualizadoras:

Las teorías induvidualizadoras procuran establecer dentro de la relación causal determinada por la teoría de la equivalencia de las condiciones, aquella condición que sobresalga más en un determinado suceso, así que, "para el caso individual y destacarla a ella únicamente como causa frente a las otras condiciones concurrentes"[23].

Por ejemplo Karl Binding hablaba del "factor decisivo" y consideraba como causa una actividad humana en la que opera una fuerza preponderante de entre todas las fuerzas tendentes a la producción del resultado y frente a las que impiden su producción.

Por su parte Karl Birkmeyer consideraba como causa "la condición más eficaz", es decir la que más haya contribuido a la producción del resultado. También otros juristas como Michael Köhler y Rudolf Ortmann dieron su propia opinión sobre lo que la causa es, así que para el primero causa era aquella condición que produce el desencadenamiento de una determinada fuerza que conduce al resultado, y para el segundo causa va a ser la última condición que produce el resultado.

---

23 Welzel H., *Derecho Penal...(5) Op. Cit* , p 55.

De todas las explicaciones que se dieron en torno a lo que la causa podría ser, ninguna fue aceptada por ser jurídicamente indiferentes, ya que cualquier esfuerzo producido causalmente podría ser penalmente decisivo. A pesar de ello hubo otro jurista, Johannes Nagler quien formuló su propia teoría individualizadora que utilizaba la valoración social como principio para seleccionar la condición decisiva, así pues causa era aquella acción que de acuerdo a la valoración social debía ser considerada decisiva para la producción del resultado atendiendo principalmente al sector de vida donde se haya producido. Pero al igual que las anteriores ésta teoría no tuvo defensores porque todos se basaron en casos concretos específicos y crearon sus teorías que pretendieron fueran generales para fundamentar la causalidad, lo que hacía imposible su aplicación, y sobre todo como explicaba Claus Roxin porque la causalidad o su comprobación no pueden fundamentarse en predicciones jurídicas, esto porque serían inservibles para la delimitación de un marco externo de responsabilidad.

B) La Teoría de la Causación Adecuada:

Esta teoría fue creada por Von Kries que al igual que los anteriores trató de solucionar el problema de la causalidad (aunque en la actualidad ésta teoría y la de la adecuación social están enfocadas más como principios de

imputación que de relación causal), dicha teoría consistía en que era considerada como causa del resultado sólo aquella condición que en base a la experiencia es idónea para producirlo, esto quería decir, que la idoneidad estaba referida a la condición que en cierta forma eleva de manera relevante la posibilidad de producir el resultado típico. En base a éste pensamiento Taeger también planteó una explicación que hasta la fecha es tomada en cuenta, decía que para determinar si un comportamiento a sido o no adecuado para la producción de un resultado "habían de ser tenidas en cuenta todas las condiciones existentes al tiempo de la acción... que en aquel momento fuesen conocidas o cognoscibles para el hombre más prudente, además aquellas que el mismo autor conocía"[24].

C) Teoría de la Relevancia de Edmundo Mezger:

Mezger, también explicó la causalidad desde su punto de vista, durante el periodo en que el causalismo pasó a ser causalismo valorativo el cual como ya se explicó anteriormente se bazo en el pensamiento neokantiano y en la escuela sudoccidental alemana para la cual los hechos naturales sólo pueden convertirse en objeto del derecho en la medida en que son conocidos por nuestra razón empleando un método valorativo. Así la concepción de la

24 Ferreira Delgado F., *Teoría General del Delito*, Colombia, Edit. Temis, 1988, p. 67

antijuridicidad y del tipo cambiaron, ahora la primera era considerada un juicio de desvalor sobre el comportamiento basándose en el fin del derecho penal (ésta postura de tomar al fin del derecho penal como base para la creación de los conceptos es retomada tiempo después por Claus Roxin), el tipo deja de ser únicamente un indicio de la antijuridicidad y descripción valorativamente neutra del acontecer, pasando a ser tipo de injusto como conjunto de elementos de los cuales se desprende el carácter injusto del comportamiento.

Basándose en esto E Mezger se plantea la posible existencia de un nexo entre la acción y el resultado. Explica que la relación causal por sí sola no puede fundamentar el resultado sino que hace falta que el nexo condicional tenga cierta relevancia jurídico penal, así "el resultado es conectado causalmente con el acto de voluntad del autor" [25] y lo que va determinar dicha relevancia es la interpretación de los tipos penales.

D) La Imputación en el Finalismo:

Por otra parte durante el finalismo se desarrolla un concepto de imputación con bases ontológicas considerando el criterio de finalidad como principio de imputación.

---

25 Mezger E., *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, España, Edit Revista de Der. Privado, Tomo I 1935

Hans Welzel creador de la teoría final de la acción explicó claramente como es que fue considerando a la imputación como capacidad de culpabilidad. Para empezar no estuvo de acuerdo en considerar a los tipos penales como procesos de causación y al injusto como simple lesión de bienes jurídicos (proponiendo a la acción como criterio determinador), el injusto debía ser entendido en cuanto obra final de un determinado autor y el tipo como descripción de la conducta prohibida y como indicio de antijuridicidad, que no debe limitarse a la descripción de acontecimientos causales externos, también debe recoger la estructura final de la acción. Al hacer la división del tipo en objetivo y subjetivo, incluye al dolo en éste (tomando como claro ejemplo a la tentativa) aclarando además que para la realización del tipo objetivo es necesario algo más que la pura relación causal.

Establece que, "para que una persona sea imputable (capaz de culpabilidad), es necesario que sea capaz de ser autor es decir que va tener la capacidad de comprender lo injusto del hecho que previo y determinar su voluntad conforme a ésta comprensión"[26]. Sólo concurriendo estos dos elementos se tendrá la capacidad de culpabilidad.

26 Welzel H., *Derecho Penal*...(5) *Op. Cit.*, p. 182

II.2 LA TEORIA DE LA IMPUTACION DE KARL LARENZ

En el año de 1927 otro importante jurista llamado Karl Larenz elabora su propia teoría de la imputación basándose en el pensamiento Hegeliano, en el que se consideraba a la acción como "exteriorización de la voluntad subjetiva o moral"[27], un acontecer solamente podía valorarse cuando se muestra como realización de la voluntad, es decir acción de un sujeto. Es por esto que para Frederich Hegel sólo pueden ser imputadas las acciones dolosas no las imprudentes.

Karl Larenz retoma esta idea aclarando que la imputación va a servir únicamente para distinguir entre un hecho propio y un acontecer fortuito o accidente como él lo llamó. Denomina así imputación objetiva "al juicio sobre la cuestión de si un suceso puede serle atribuido como propio, que será independiente del que decide sobre la existencia o no del nexo causal"[28], porque para él es imposible destacar una sola condición como causa e imputar a esa condición el resultado, manifestando que la voluntad es la única que podría diferenciar entre el hecho propio de un sujeto y un accidente causado por éste, porque la voluntariedad es una característica propia de los hombres como seres racionales.

27 Hegel W., *Filosofía del Derecho,* México D.F., Edit. Juan Pablos, 1998, p. 117
28 Vázquez Rangel O ,...*Idem. (15)*

Luego entonces deben ser imputables, de acuerdo con este autor, aquellas consecuencias que haya producido el sujeto, que previó, pero también las que pudo prever, porque si tenía la posibilidad de prever que su comportamiento iba a causar determinado resultado le va a ser imputado por la simple existencia de esa posibilidad y la que tuvo de evitarlo.

La concepción que tenía Karl Larenz de la imputación objetiva, la cual fundamentaba en un concepto de acción que abarcaba a la acción, la omisión y al resultado como parte del hecho, es un gran avance para la ciencia jurídico penal porque se optan por otra clase de criterios, como el ontológico (aportado por Hans Welzel), para definir cada uno de los elementos del delito y en éste caso específico para explicar la imputación. En la actualidad los juristas no se han conformado y han optado por otras líneas de investigación. Por ejemplo la doctrina mayoritaria en países tan importantes para la ciencia jurídico penal como España, Italia y principalmente en Alemania de los años sesenta a la fecha optaron por utilizar criterios normativos no ontológicos para reformular toda la teoría del delito; en el caso específico de la imputación, lo importante para estos juristas es fijar los criterios normativos mediante los cuales un resultado es atribuible a un comportamiento independientemente de que sea activo u omisivo y saber si dicho resultado se hubiese producido igualmente si el sujeto hubiese actuado conforme a lo que el Derecho establece. Los primeros

en utilizar esta nueva concepción fueron Richard Honig y Gimbernart Ordeing, entre otros.

Richard Honig en su obra "*Kausalitat und objetive Zurechnung*" (Causalidad e imputación objetiva) de 1930 se basa en lo dicho por Karl Larenz, que la imputación es un problema concerniente al concepto de acción, pero a diferencia de éste Richard Honig considera más importante el resultado que la imputación de la conducta, llegando a la conclusión de que solo van a ser jurídicamente imputables aquellos resultados pensados finalmente en virtud de su alcanzabilidad y evitabilidad.

Por su parte Gimbernart Ordeing se enfoca más en resolver cuando será imputable un resultado producido por imprudencia utilizando el llamado fin de protección de la norma, es decir, que según el ese resultado no puede ser imputado porque no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber que emana de la norma de cuidado.

II.3 LA TEORIA DE LA IMPUTACION DE FRISH.

Wolfgang Frish profesor de la Universidad de Filiburgo de Brisgovia Alemania, también formulo su teoría de la imputación partiendo de la nueva concepción que se tiene del tipo objetivo, en la cual el factor de selección que permite determinar si un comportamiento está o no permitido es saber en forma equilibrada que es más importante, si la libertad de actuación o ciertos intereses de protección de bienes basándose en la calificación hecha de determinadas creaciones de riesgos como moderados o tolerables, y en otras como desaprobados.

W. Frisch al igual que otros autores (K. Larenz, R. Honig, Claus Roxin y el propio Ghünter Jakobs) considera que el nexo causal no es determinante para la imputación del resultado así que, además de éste, debe existir la creación de un peligro desaprobado y la realización ese peligro en el resultado. Estas tres condiciones son indispensables para la imputación objetiva del resultado.

La primera de ellas, "la causalidad", va a servir "para delimitar aquellos casos en los cuales la conducta del autor no ha sido de ningún modo relevante para el resultado, en los que de ningún modo ha repercutido en el resultado"[29].

29 Wolfgang Frisch, *Tipo Penal e Imputación Objetiva*, Madrid España, Edit. Colex, 1995, p 29

Pero este requisito sólo no podía fundamentar la imputación del resultado por varias razones, por ejemplo (y como ya se ha mencionado anteriormente) una conducta cualquiera (obviamente inocua) podía ser causa del resultado lesivo. Así que es mejor –dice Frisch- recurrir a otra clase de criterios de índole normativa como lo es la creación de riesgos que sean jurídicamente desaprobados, es decir, que al autor que ha producido causalmente un resultado no se le podrá imputar su conducta si no ha generado un riesgo que es jurídicamente desaprobado por el tipo penal respectivo.

Así al estar hablando de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado estamos hablando de:

1.- El cumplimiento de un requisito de un nexo de adecuación, es decir, que se produzca un perjuicio en el bien tutelado por el tipo penal como consecuencia lógica "según la experiencia de la vida", del comportamiento.

2.- Del nexo del fin de protección, es decir, lo que el tipo penal quiso expresar, ya sea la prohibición de la respectiva conducta, o el mandato de la no producción de riesgos.

Para W. Frish estos criterios de interpretación son válidos tanto para los delitos dolosos como para los imprudentes y toma al comportamiento típico como concepto fundamental en el cual va a llevarse a cabo la imputación sin dejar de lado que para que un resultado sea objetivamente imputable es

necesario "que este sea concreción de un peligro objetivamente desaprobado"[30]. Pero lo más importante que hay que destacar de este autor es que al igual que Jakobs plantea una reformulación del tipo objetivo para incluir dentro de éste y no dentro de la culpabilidad a la imputación.

30 Jakobs Ghünter. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal,* Madrid, España, Edit. Civitas, 1996, p. 53.

II.4 LA TEORIA DE LA IMPUTACIÓN DE CLAUS ROXIN.

Claus Roxin , hace importantes aportaciones al derecho penal, sobre todo en el campo de la política criminal, por ejemplo en el año de 1970 publica su "Política criminal y sistema del Derecho Penal", (que años más tarde fuera traducido por Muñoz Conde). En esta obra C. Roxin propone configurar el contenido de la teoría del delito con los problemas de la política criminal, esto es, definir y llenar los conceptos utilizados por la teoría del delito de acuerdo con la finalidad que persigue el Derecho Penal, porque "el derecho debe de sistematizarse con orientación hacia las finalidades político criminales"[31]. Por ejemplo establece que el tipo tiene la función de cumplir con el principio *nullum crimen*; que la antijuridicidad es el "sector de la soluciones sociales a los conflictos" y que el objetivo de la culpabilidad es averiguar la necesidad de la imposición de una pena. Por otro lado y sin apartarse de estos planteamientos C. Roxin formula su teoría de la imputación basándose en la teoría del incremento del riesgo, en la cual se examina si una conducta que no se le ha podido imputar al autor de acuerdo con el riesgo permitido, comparando con este comportamiento la forma de actuar del procesado, y se comprueba entonces si en la configuración de

31 Roxin Claus, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Madrid, España, Edit. Bosh, 1972, p. 39.

los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor a incrementado la probabilidad del resultado en comparación con el comportamiento que hubiera sido correcto[32] (método hipotético), o también denominado principio del riesgo mediante el cual en base al resultado lo determinante es saber si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado.

Roxin señala cuatro principios rectores para determinar la imputación objetiva, además de la relación causal y son.

1.- La falta de disminución del riesgo,

2 - La creación de un riesgo jurídicamente relevante,

3 - Aumento del riesgo permitido,

4.- La esfera de protección de la norma.[33]

El primer principio mencionado, la falta de disminución del riesgo consiste en un comportamiento que reduce la probabilidad de la producción de una lesión no puede considerarse como dispuesto finalmente. El segundo lo explica diciendo que hay ciertos riesgos que al derecho no le importan por no ser jurídicamente relevantes, por ejemplo los riesgos generales de la vida social.

---

32 Martínez Escamilla M., "La Imputación Objetiva del Resultado una breve aproximación", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XLIV, No. 197-198, enero-abril, 1994.
33 Roxin C., *Política ..(31) Op. Cit.*, p. 167.

El tercer principio, el aumento del riesgo permitido, lo explica basándose en los llamados comportamientos alternativos ajustados a derecho, en los que se plantea si un sujeto debe responder jurídicamente por un resultado "producido imprudentemente causando una lesión aunque se pruebe o se sospeche que la lesión no se habría evitado en el caso de que se hubiera comportado correctamente"[34].Y por último la esfera de protección de la norma se hallaba fundamentada en el alcance que tiene la norma jurídica de la determinada figura delictiva que concurría.

34 Martínez Escamilla ...*Idem. (32)*

CAPITULO III

LA TEORÍA DE SISTEMAS

III. 1 SISTEMA Y ENTORNO.

La razón por la cual se incluye un capítulo completo de éste tema es porque Jakobs toma de esta teoría varios conceptos aplicándolos al Derecho Penal, aunque hay muchos juristas que lo critican por ello, ya que Niklas Luhmann creador de dicha teoría, más que abogado es sociólogo.

Niklas Luhmann estudió Derecho en la Universidad de Friburgo de 1946 a 1953, posteriormente en 1960-1961 realizó estudios de sociología y teoría de la administración en Harvard y de regreso en Alemania realizó su doctorado en 1966. Desde 1968 fue profesor de sociología en la Universidad de Bielefel hasta su muerte en noviembre de 1998.

Luhmann crea una teoría que pretende ser aplicable no sólo a la sociología, sino a cualquier materia que sea objeto de estudio. Este autor incorpora en "su teoría de sistemas" conceptos y descubrimientos de diversas ramas del saber humano como la biología, las matemáticas, y la cibernética; fue asimismo influenciado por la mente brillante de Hein von Foester quien mencionó en uno de sus importantes escritos "que la verdad es un invento de

un mentiroso o que el conocimiento nace cuando se ignora la ignorancia"[35].

Luhmann pretende terminar la tradición humanista del siglo XVIII, a la que cataloga como *alteuropäische philosophie*, (vieja filosofía europea), creando un sistema novedoso y original, dándole forma a una teoría sumamente compleja.

El punto de partida de ésta teoría es la separación que hace entre sistema y entorno. Esta diferencia es fundamental porque, "el mundo... es cortado por una línea divisoria, de un lado se encuentra el sistema y el otro debe ser considerado como su entorno "[36]. El mundo es una unidad en la que se pueden diferenciar sistemas y entorno. Por sistema puede entenderse un conjunto de elementos que se interrelacionan entre sí, además el sistema no puede explicarse por la simple suma de sus elementos, sino sólo por su función; la cual depende de las relaciones de los elementos que la integran.

Un sistema siempre esta dado en un entorno, no es posible la existencia de un sistema sin un entorno; un entorno es entendido como "lo otro", "lo ajeno al sistema", lo que no forma parte del sistema.

35 Watzlawik P., *El Ojo del Observador*, Barcelona, España, Edit. Gedisa, 1944, p. 32
36 Luhmann Niklas, *Sistema Social*, Méx. D.F., Edit. Alianza, Univ. Iberoamericana, 1991, p. 15.

Aunque los sistemas existen por sí, el entorno sólo es entorno en referencia a un determinado sistema, para que sea claro pondré un ejemplo, una planta (que es objeto de estudio) es un sistema orgánico, y todo lo que está fuera de ella, es decir, todo la ajeno a la planta es entorno; los seres humanos, el sol, los ríos, todo esto es *entorno del sistema* orgánico planta. Pero si lo que observamos es un sistema social, entonces las plantas, el sol, el agua, etc., serán el entorno, porque no son elementos integrantes del sistema social Para poder establecer la diferencia entre un sistema concreto y entorno se requiere que un observador decida "que sistema le interesa observar en un momento de su existencia"[37]. **Dependiendo del punto de vista del observador algo puede ser entendido como sistema o como entorno.**

Luhmann considera que existen diversas especies de sistemas:

- máquinas,
- organismos,
- sistemas psíquicos,
- sistemas sociales.

Desde la perspectiva de este autor se puede observar que las máquinas son parte del entorno de cada uno de los otros sistemas (organismos, sistemas

37 Luhmann N., *Idem. (36)*

psíquicos, y sistemas sociales) y que los sistemas psíquicos son entorno de los sociales (así como los sistemas sociales son entorno de los sistemas psíquicos). Esta conclusión conlleva un cambio radical de la concepción tradicional que considera a los seres humanos como integrantes de la sociedad Para Luhmann esto no es así.

Ya he mencionado que un sistema no puede subsistir sin un entorno, pero sin embargo el entorno nunca puede formar parte del sistema, porque por ejemplo, los seres humanos vivimos en un planeta en donde hay ríos, mares, una atmósfera, una capa de ozono, etc. es claro que sin ello no podríamos existir, sin éste entorno los sistemas psíquicos (seres humanos) no existiríamos. Sin embargo ni el planeta, ni la capa de ozono, son elementos que formen parte de nuestro sistema. Los sistemas sólo toman del entorno algunas cosas, de acuerdo a reglas y mecanismos establecidos por el propio sistema, para asegurar su subsistencia, así que podemos tomar el agua y el oxígeno del entorno, pero ya incorporados pasan a formar parte de nuestro sistema, no como oxígeno o agua, sino como elementos propios. Los mares y los ríos siguen siendo entorno. Es claro que el sistema no persiste por sí sino sólo gracias a su entorno, pero la forma de relacionarse entre el sistema y el entorno, lo determina el sistema. De ésta misma manera sin sistemas psíquicos no existen los sistemas sociales, pero aquellos no son elementos integrantes de éstos. Cuando Luhmann ubica al ser humano como entorno del sistema social,

no esta pensando en designarlo sino en reconocer la complejidad humana ya que una de los principios de su teoría es que el entorno siempre es más complejo que el sistema (el universo es más complejo que nuestro sistema social). Reconoce con esto que los seres humanos no pueden relacionarse entre sí sino mediante **LA COMUNICACIÓN**. Por tanto va a ser la comunicación el elemento integrante decisivo de los sistemas sociales.

Es claro que sin una psique no hay comunicación, (sin entorno no hay sistema) pero la psique no es parte de la comunicación; la comunicación es una operación que se lleva a cabo "fuera" de la psique y no implica "ninguna transmisión de significado de una conciencia a otra"[38], porque en la comunicación no se transmite nada. La información se crea a través de la comunicación Tampoco se comunican pensamientos; sólo la comunicación es comunicable. "Ninguna conciencia puede ser prolongación de otra"[39] Esto lleva al autor a aseverar que "no es el hombre, sino sólo la comunicación, lo que puede comunicar"[40]

38 Luhmann N., *La Ciencia de la Sociedad*, Méx. D.F., Edit. Univ. Iberoamericana, 1996, p. 23.
39 Luhmann N., *Idem. (38)*
40 Luhmann N., *Idem. (38)* p. 28.

Si los sistemas psíquicos y los sistemas sociales tienen algo en común "es que se caracterizan por la constitución del sentido"[41]

Es el ***sentido*** lo que posibilita la creación de diversas formas de sistemas sociales y psíquicos, ya que no existe un sistema social único, así como existen diferentes sistemas psíquicos (que somos diferentes todos los sistemas psíquicos lo atestigua la frase "cada cabeza es un mundo"). Basándose en Edmund Husserl y su fenomenología, N. Luhmann señala que "El sentido es la premisa para la elaboración de toda experiencia"[42].

El tener la posibilidad de escoger o de ordenar las referencias porque son varias, nos da la oportunidad de decidir por un sentido o por otro, de tal manera que al actualizar una posibilidad porque fue seleccionada, se potencializan a otras posibilidades.

Tanto los pensamientos –que son los elementos de los sistemas psíquicos- como las comunicaciones –que son los elementos de los sistemas sociales- se realizan en base en el sentido. Sólo algo limitado es tema de la comunicación o centro de la intención psíquica.

---

41 Luhmann, *La ciencia .(38) Op. Cit.*, p. 27.
42 Corsi G., Esposito E., Baraldi G., *Glosario Sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*, Méx. D.F. Edit. Univ. Iberoamericana, p. 146.

Los seres humanos como tales no le importan al sistema social; solamente le interesan en la medida en que son capaces de generar actos comunicativos. Para ello crea a las "personas", que no son equivalentes a los sistemas psíquicos, sino que son sólo una parte de ellos. La función de la personalización queda circunscrita a la comunicación en los sistemas sociales. Esto es lo único que puede hacer comprensible aquellas tradiciones semánticas que niegan a los seres humanos (por ejemplo a los esclavos) una personalidad, sin poner en tela de juicio, al mismo tiempo, su existencia corporal y mental"[43], (la persona así entendida es un sistema psíquico observado por otro sistema psíquico o un sistema social) es decir, persona es lo que el sistema social percibe de un ser humano por ello es el sistema social el que decide que observa de los sistemas psíquicos. Solamente lo externo, que contenga un significado desde la perspectiva del sistema social será considerado como aportación personal, por ello, no es posible conocer a un sistema psíquico a partir de una persona. Jakobs comparte este punto de vista cuando señala que "desde el punto de vista de la sociedad no son las personas las que fundamentan la comunicación personal a partir de sí mismas, sino que es la comunicación personal la que pasa a definir los individuos como personas "[44].

43 Luhmann, *La Ciencia (38) Op. Cit.*, p. 30.
44 Jakobs G., *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*, España, Edit. Civitas, 1996, p. 81.

Con esta perspectiva se deja de lado cualquier posición psicologista y se pasa a una concepción normativa, por lo que al sistema jurídico se refiere Ya Emmanuel Kant en su Metafísica de las Costumbres señalaba que "persona es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de una imputación". La misma idea se encuentra en la filosofía del Derecho de F. Hegel en su parágrafo 36 dice "sé una persona y respeta a los demás como personas".

La diferencia que hace N. Luhmann entre sistema y entorno le sirve para superar y sustituir la diferencia entre el todo y las partes en donde, hablando de la sociedad se pensaba que *los seres humanos eran partes integrantes del todo social*, y que eran capaces "de reconocer la totalidad a la que pertenecían y estar dispuestos a orientar su vida, según dicho conocimiento"[45]. N. Luhmann señala que los sistemas sociales y los sistemas psíquicos son independientes entre sí y son resultado de una especie de coevolución. Los sistemas sólo toman del entorno lo que requieren –como ya se ha señalado- según sus propias reglas y por lo mismo son cerrados al entorno en lo que ellos mismos deciden.

45 Luhmann N., *La Ciencia. .(38) Op., Cit.*, p. 29.

Por lo anterior, ni siquiera es utilizable el concepto de ***causalidad***, el cual es sustituido por el de ***producción***, ya que de una cantidad indeterminada de causas, el sistema social selecciona según sus reglas, algunas causas a las cuales le asigna la producción de determinados efectos. En el Derecho Penal esto es muy claro, de la cantidad indeterminada de causas de un homicidio cometido con un vehículo al desobedecer un semáforo, el sistema penal selecciona sólo ciertas causas (deja fuera al fabricante de auto, al vendedor del mismo, al padre del conductor, etc. aunque nadie puede negar que si ellos no existieran, el resultado no se hubiera producido) de que o quien produjo el resultado de homicidio. Así "para comprender la producción de un resultado hay que partir no de las leyes naturales sino de las ventajas de la selección"[46] Esta selección en el caso del Derecho lo hace el propio Derecho no basándose en leyes de la naturaleza, sino en base a normas jurídicas, ya que sólo el propio sistema crea sus criterios de selección. El concepto de selección se basa en la diferenciación útil-inútil para el sistema. Con una diferencia, no es necesaria la presencia de un ser o dios que determine las razones de la selección, útil o inútil siempre será algo con relación al cumplimiento de una determinada función del sistema.

[46] Luhmann N., *La Ciencia. (38) Op. Cit.*, p. 42.

Por otra parte, los elementos de un sistema, adquieren ésta cualidad porque cumplen con una función dentro de él y no por sus características ónticas Los elementos del sistema, únicamente son tales para los sistemas y sólo existen con ésta cualidad dentro del sistema, por esto obtienen su unidad mediante la complejidad del sistema. Por último hay que recordar que la diferencia entre sistema y entorno, no es una diferencia de tipo óntico, sino una diferencia hecha por un observador.

III.2 SUBSITEMAS Y ACOPLAMIENTO ESTRUCTURAL

Los sistemas siempre tienen una función, por lo que para poderla cumplir se tienen que componer por un número determinado de elementos que a través de las relaciones entre sí, cumplen con la función del sistema.

Entre más elementos tenga un sistema, más complejo se vuelve, porque al aumentar el número de elementos, ya no podrán relacionarse todas entre sí de manera puntual, es decir se vuelve imposible que un elemento se relacione con todos y cada uno de los otros elementos, por lo que las relaciones entre ellos se volverán selectivas.

En un sistema complejo las relaciones entre sus elementos pueden llegar a condicionarse, es decir, solo se dará cierta relación si antes se a dado otra que es necesaria como antecedente. Pero, ¿de dónde surgen los elementos del sistema?, del sistema mismo. N. Luhmann utiliza el concepto de autopoiesis, que fue creado por un biólogo chileno llamado Humberto Maturana y según el cual un sistema vivo está caracterizado por su capacidad de producir y reproducir por sí mismo todos los elementos que lo constituyen; a su vez N. Luhmann incorpora este concepto a su teoría para determinar que un sistema solo puede realizar ciertas operaciones incluyendo la creación de los propios

elementos del sistema y que además ningún sistema puede operar más allá de sus límites. "Un sistema es sistema sólo si por medio de sus propias operaciones el sistema se vuelve así mismo sistema"[47].

Los sistemas autogeneran sus límites y solo se pueden referir a si mismos al construir sus elementos y operaciones. Cuando un sistema se vuelve complejo, es común que elabore subsistemas, la formación de estos subsistemas se da a partir de la "diferenciación" del sistema, es decir que este crea divisiones internas para aumentar su capacidad de selección ya que cada subsistema tiene un ámbito más reducido de posibilidades que las que tiene el propio sistema, logrando así que los subsistemas se especialicen en cierta selección, en la sociedad por ejemplo, existe el subsistema del Derecho, que es seleccionador de las comunicaciones bajo un criterio legal/ilegal, esta es una selección especializada, que permite reducir la complejidad. Ahora bien para un subsistema, el resto de los subsistemas son su entorno y viceversa, "el sistema total se utiliza asimismo como entorno de la formación de sus sistemas parciales"[48].

47 Luhmann .. *Idem.(38)*
48 Luhmann... *Idem.(38)*

Para que una sociedad pueda cumplir con su cometido, es necesario que cree subsistemas como por ejemplo el económico, educativo, jurídico, religioso, etc. y que cada uno tenga su criterio de selección. Estos subsistemas realizan la selección de las comunicaciones relevantes en base a lo que podemos denominar un código binario, es decir solo se tendrán dos opciones posibles, de las cuales solo una puede ser la correcta, por ejemplo vivo/no vivo, tener/no tener, gobierno/oposición, etc., y si a esto se le agrega que solo el subsistema decide lo que es relevante para si mismo, entonces el Derecho como subsistema que es, es considerado Derecho positivo porque ha cumplido con las propias reglas de creación de Derecho, cumpliendo a su vez con la autopoiesis, que como ya se señaló es la capacidad que tiene el sistema de reproducirse asimismo

Sin embargo no hay que pasar por alto que aunque un sistema es autopoietico siempre va a requerir del entorno en el cual esta inserto, es decir el uno siempre va a requerir del otro para poder existir, de ahí que N. Luhmann señale que "los sistemas sociales solo pueden autoreproducirse si la continuación de la vida y de la conciencia está garantizada"[49]. Aunque ésta característica no es exclusiva del sistema social, ya que todo sistema tiene como finalidad asegurar su subsistencia

49 Luhmann N., *La Ciencia ..(38) Op. Cit.*, p. 227.

Por otra parte como el sistema social (y todos sus subsistemas) está constituido por comunicaciones, que sólo se reproducen en base a otras comunicaciones, así que el sistema social va a tomar de su entorno (en este caso el sistema psíquico) lo que requiere, es decir a los seres humanos, para que lleven a cabo la comunicación. ¿Pero como es que se lleva a cabo la comunicación?. La comunicación no es solamente transmisión de información, es una unidad entre información y entendimiento, no depende de una persona sino de por lo menos dos, es decir es una relación entre dos sistemas mediante un acoplamiento estructural; resultando que al relacionarse dos o más personas mediante la comunicación, se crea un nuevo sistema, que hace de esa comunicación su elemento conformador, es decir la sociedad. Es claro que el significado comunicativo es diverso al significado psíquico; además de que únicamente la comunicación es lo que en verdad le importa al sistema social y no lo que se piensa. De ahí que Jakobs lleva a considerar en el Derecho que "el Estado no está legitimado para optimizar la disposición moral de los ciudadanos, sino que se ha de conformar con la obediencia externa del Derecho"[50].

La relación que se da entre un sistema "A" y un sistema "B" (que es

50 Jakobs Günther, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, España, Edit Marcial Pons, 1997, p 33

entorno del sistema "A") sólo se logra a través de lo que Luhmann denomina **acoplamiento estructural,** pero hay que dejar claro que el entorno no puede interferir libremente con el sistema, sino que es el sistema el que decide qué toma del entorno para continuar existiendo. Este acoplamiento estructural se caracteriza porque es temporal y únicamente se presenta al llevarse a cabo un evento, es decir, sólo cuando coincidan un breve momento dos sistemas distintos pero sin llegar a fusionarse.

Esta es la razón fundamental por la que N. Luhmann no considera a los hombres como elementos del sistema social, ya que no se están comunicando siempre, sino solo lo hacen por breves periodos de tiempo, por ello lo único que forma parte de un sistema social es la comunicación misma.

En el sistema social se da el caso de que debido a la improbabilidad de comunicación, se toman en cuenta las expectativas. Pero hay que entender que la comunicación se dirige a un sistema, al que a modo de ejemplo llamaremos "ego" y que la información y notificación estarán a cargo de otro sistema al que llamaremos "alter" (estos dos términos son utilizados por N. Luhmann para hacer más prácticas sus explicaciones), luego entonces, ego siempre actúa tomando en consideración la conducta de alter y esto lo sabe alter, por lo que ego actúa anticipando la conducta y la reacción de alter. Todo ello permite que ego oriente sus selecciones, dando como consecuencia que las acciones no

son unilaterales, sino que son condicionadas por otras acciones o expectativas de acciones.

Toda acción desde esta perspectiva es comunicación. Para el sistema jurídico solo las acciones que tengan un significado comunicativo conforme al código jurídico/antijurídico significaran algo para el Derecho, las demás serán desechadas (no seleccionadas).

Ahora bien, si conjuntamos el concepto de autopoiesis, subsistema jurídico y comunicación, tendremos que todos los elementos del Derecho son creados por el Derecho mismo y no tienen una cualidad óntica sino funcional. Por ello solo será acción para el Derecho penal, lo que el Derecho Penal decida que es acción (esta decisión no es arbitraria, sino que el concepto de acción debe ser útil a la función del Derecho Penal), y así como este, todos los conceptos serán funcionales Con esto no se desatiende a la realidad, sino que teniendo como trasfondo comportamientos humanos, el sistema jurídico solo tomará de ellos lo que le sea útil para su función.

En realidad se renuncia a la creencia de poder definir en forma definitiva a los actos humanos, porque lo que sean no es asunto del Derecho (acaso de la psicología). El Derecho se limita a lo normativo y reconociendo un sustrato óntico solo toma de él con criterios normativos lo que el mismo Derecho

considera necesario para su autopoiesis, porque "el Derecho Penal no responde a necesidades externas, sino a las necesidades de sí mismo"[51].

51 Giorgi R., *Filosofía del Derecho y Teoría de los Sistemas*, ENEP Acatlán, Cuadernos de Posgrado 1998, p. 98.

CAPITULO IV

LINEAMIENTOS FUNDAMENTALES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA TEORÍA DE JAKOBS

IV. 1 EL RIESGO PERMITIDO

Antes de explicar este concepto, debe quedar claro cómo es que Jakobs se fundamenta en la teoría de sistemas de Luhman. Lo más importante que hay que destacar es que Ghünter Jakobs considera al Derecho como un sistema autopoietico porque es capaz de producir sus propios elementos integrantes sobre la base de su función (que ya no será la protección de bienes jurídicos sino que se cumplan las expectativas sociales), y no a sus características ontológicas. Explicando cada uno de los elementos del delito basándose en la función que tiene el Derecho Penal, apegándose así a una nueva corriente que los juristas han tenido a bien llamar "Funcionalismo", la cual comparten importantes estudiosos del Derecho Penal (aunque cada uno con diferente perspectiva) como Claus Roxin, Wolgang Frisch, Jürgen Wolter, Gimbernart Ordeig y Lesch (éste último como discípulo de G. Jakobs) entre otros.

Específicamente forma una nueva teoría de la imputación objetiva reformulando al tipo objetivo de tal manera que la imputación forme parte de éste y no de la culpabilidad, considerando que al desvalor de la acción más importante.

G Jakobs parte de la idea que sólo serán imputables aquellos actos comunicativos que expresen un sentido de contrariar a las normas jurídicas, defraudando las expectativas generales de determinada sociedad, (este concepto de expresión de sentido la retoma Jakobs de su maestro Welzel, quien en su doctrina de la adecuación social, antes de la subjetivización del finalismo decía que el acontecer jurídico penalmente relevante no debe entenderse como causación sino como expresión de sentido a analizarse tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes en el marco del tipo objetivo)[52], se habla de una sociedad determinada porque sólo una sociedad concreta en un tiempo determinado (como sistema que es) va a establecer qué tipo de comportamientos van a entrañar un riesgo, y solamente el sistema jurídico a través de criterios puramente normativos y no naturalísticos considerará si estos comportamientos son penalmente relevantes o no. Así las cosas, en una sociedad determinada pueden realizarse ciertas conductas que a la nuestra le parezcan antisociales y antinormativas, por ejemplo, en la Alemania, durante la segunda guerra mundial, les estaba permitido a los ciudadanos alemanes entregar o en su caso matar a todos los judíos, porque eran considerados dañinos para la sociedad, o también países del medio oriente donde la bigamia es algo perfectamente normal y por lo tanto permitido, o en algunos países de Europa en donde el aborto no es considerado como delito.

52 Welzel H., *Derecho. (5) Op. Cit.*, p. 53, del mismo, "Lo permanente y lo transitorio en la ciencia del Derecho Penal", *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, Méx. D.F , INACIPE, enero-junio, 1978, p 205

Con esto podemos darnos cuenta que como decía N. Luhmann existen una gran diversidad de sistemas sociales, en el que cada uno tomará de su entorno lo que considere necesario para su subsistencia.

La sociedad, de acuerdo con lo que dice G. Jakobs va a requerir de las personas, pero no como integrantes de ella, como seres humanos, sino más bien, el termino de persona lo otorga a quienes son capaces de generar actos cumunicativos que expresen un sentido (si no fuera así ¿Cómo se explicaría el que en algún momento en determinada sociedad los esclavos no fuesen considerados como personas, sin negarles su calidad de seres humanos?), que como ya se dijo debe de ser el de contrariar a las normas jurídico penales. Y para cumplir con las expectativas que desde el punto de vista del Derecho Penal tiene toda persona que vive en sociedad: cada persona será portadora de un "rol " general de buen ciudadano, que va a ser establecido por el propio sistema social, este rol consiste en que cada persona estará encargada de administrar correctamente el segmento del acontecer social que le corresponda, (pero de los roles y de la competencia que de ellos se deriva se hablará más ampliamente en capitulo siguiente). Ahora sólo mencionaré que Jakobs consideró que el quebrantamiento de un rol (que consiste básicamente en defraudar las expectativas que el Derecho tenía de cierta persona), constituye el elemento central del injusto penal. Así pues es importante señalar que "alguien" debió realizar el comportamiento que defraudó expectativas y de

acuerdo con este autor ese alguien pudo ser el autor, la víctima o un tercero; aunque existe una cuarta posibilidad, que se da cuando todos los que intervinieron cumplieron correctamente con el rol que les correspondía, entonces se dirá que lo acontecido es mero producto de una desgracia. "Por tanto entre autor, víctima y un tercero según los roles que desempeñen ha de determinarse a quien compete, por sí solo o junto con otros, el acontecer relevante, es decir, quien por haber quebrantado su rol administrándolo de modo deficiente responde jurídico penalmente"[53]

G. Jakobs dice que existen dos clases de expectativas, las cognitivas y las normativas. Las primeras son aquellas que ante la decepción se reacciona modificando la expectativa o suprimiéndola de tal forma que aprendemos de la decepción, por ejemplo, cuando alguien pone su mano en el fuego (cuya expectativa en el momento es no sufrir lesiones) y sufre alguna quemadura, aprende mediante la decepción y modifica su comportamiento no volviendo a poner su mano en el fuego; las segundas, las expectativas normativas (que son las que importan al Derecho Penal), son aquellas ante las cuales tras la decepción aún así se mantiene vigente la expectativa, ya que lo que importa al subsistema penal es mantener dichas expectativas porque son las que el propio subsistema seleccionó para subsistir

53 Jakobs G., *La imputación. .(30) Op. Cit.*, p 100.

Por ello G. Jakobs afirma que no pretende decir como debe de ser el Derecho sino que sólo lo explica tal y como es, así pues, el Derecho Penal afirma dichas expectativas de forma contrafáctica imponiendo una sanción a quien a generado la decepción y de ésta manera se "reafirma" la vigencia de la expectativa y de la norma.

Entonces el Derecho Penal tiene la función de hacer ver a la sociedad que puede mantener la confianza en las expectativas normativas que determinan la identidad de la sociedad, castigando a quien realiza la decepción.

G Jakobs nos habla de imputación objetiva del comportamiento y de imputación objetiva del resultado Para la imputación objetiva del comportamiento, que es de la que nos ocuparemos, se requiere que sean verificados cuatro presupuestos, **el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima**. De acuerdo con esto ahora el derecho penal no va a analizar que acciones son producidas de manera objetivamente imputable, sino que más bien qué comportamientos por ser objetivamente imputables van a ser acciones jurídico penalmente relevantes. "Porque sólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse en un sentido general acción"[54]

54 Jakobs G *Idem (30)*

Pero para que haya un comportamiento jurídico penalmente relevante se necesita que previamente haya existido un contacto social (lo que N. Luhmann denomina acto comunicativo) entre por lo menos dos personas y que dicho comportamiento defraude expectativas que como ya mencioné será cuando alguien quebrante su rol, pero sucede que no forma parte del rol de cada persona el que elimine toda clase de riesgos de lesión de otro: existe por tanto un **RIESGO PERMITIDO**.

Desde hace mucho tiempo varios autores han utilizado éste termino de riesgo, en similitud con el de peligro, como es el caso de Roxin o la doctora en Derecho Margarita Martinez Escamilla quienes tomaban la peligrosidad de una conducta como requisito mínimo del desvalor de un comportamiento, y requerían que el riesgo creado se verificara en el resultado para que pudiera haber imputación, porque según afirma la doctora "no toda conducta peligrosa puede fundamentar la imputación del resultado que causa, sino sólo aquella que sobrepasa la medida de lo que se entiende por socialmente soportable, es decir, las fronteras del riesgo permitido"[55]. Además menciona que se requiere que exista el resultado porque solamente así puede incrementarse lo injusto del hecho y por tanto la justificación de la pena. Pero Jakobs explica al riesgo permitido desde otro punto de vista.

55 Martínez Escamilla M ..*Idem.(32)*

Él dice que en toda sociedad (al menos conocida) siempre hay contactos entre varias personas, inclusive hay quienes afirman que, para que una sociedad funcione correctamente debe existir el trabajo de equipo, es decir realizar las actividades entre varios, cada uno desempeñando una función determinada, pero ciertamente al interrelacionarnos unos con otros siempre existe la posibilidad de que la función que desempeñemos entrañe cierto riesgo, por ejemplo al manejar maquinaria pesada en una fábrica se corre el riesgo de lesionarse o de lesionar a otro, o cuando en un hospital el médico realiza una operación corre el riesgo de que al paciente le de un paro cardiaco y muera, o simplemente cuando salimos a la calle a pie o manejando un automóvil se corre un riesgo, el primero de que lo atropellen y el segundo de atropellar a alguien. Como es lógico pensar, sería imposible evitar toda clase de riesgos porque para ello sería necesario evitar todo tipo de contacto social. Entonces queda claro que hay riesgos que son tolerados, o que son necesarios porque al utilizar ciertos bienes se ponen en peligro otros tantos, un ejemplo es la utilización de un vehículo, y en nuestro país eso es muy claro, sobre todo en el Distrito Federal, donde se ha puesto de manifiesto que es más importante la circulación de una gran cantidad de vehículos, que la propia seguridad de los ciudadanos, así ejemplos recientes de la permisión de riesgos: un avión de TAESA cayó en Guadalajara muriendo varias personas y no por ello se cerraron todos los aeropuertos del país para evitar el riego de que volviera a suceder y más recientemente en el puente vacacional del 21 de marzo del 2000 las

estadísticas publicadas el día 22 nos demuestran lo riesgoso que es el conducir un automóvil ya que perecieron más de 500 personas y se causaron daños superiores al millón de pesos, no con ello se ha prohibido conducir; otro ejemplo claro, el día 22 de marzo del mismo año un helicóptero perteneciente al Gobierno del Estado de México cayó casi inmediatamente después de despegar muriendo en el acto seis funcionarios de dicha entidad, y no con ello se dejará de volar en helicópteros, y como estos tenemos un sin fin de ejemplos que ocurren a diario no sólo en nuestro país sino en todo el mundo. Todos ellos riesgos socialmente tolerados porque pese a que hay desventajas en la utilización de cosas que generan riesgos también es verdad que son superiores las ventajas que la sociedad ha considerado como necesarias para evolucionar.

A todo esto surge una interrogante, ¿Cómo se establece cuales riesgos son permitidos y cuales no? Jakobs menciona que cierta clase de riesgos, los más comunes, han sido aceptados por simple costumbre, pero para el caso de la materia que nos ocupa (el Derecho como sistema autopoietico), van a ser las propias normas jurídicas las que establezcan cuando podemos hablar de la existencia de un riesgo permitido Con base en lo antes dicho, originalmente las normas establecían lo que era permitido por los costes y beneficios que generara tal o cual comportamiento, el beneficio consistiría básicamente en la libertad obtenida con la permisión de un riesgo, y los costes consistirían en la pérdida de bienes a cuya destrucción conduce el riesgo; pero esta forma de ver

las cosas no perduró mucho porque para poder llevar a cabo una diferencia clara entre lo que era un coste y un beneficio se tenia que acudir a una valoración de tipo ontológica, lo cual resultaba imposible. Con todo esto se pensó que era mejor considerar la existencia de un riesgo permitido, como dice Jakobs, con base en la adecuación social.

Así pues G. Jakobs considera que se excede un riesgo permitido cuando una persona incumple con lo que su rol social le exija, ya sea porque debió de organizarse de tal manera que su comportamiento no afecte a los demás, o porque tenía un deber institucional.

IV. 2 PRINCIPIO DE CONFIANZA.

Otro principio que debe verificarse dentro de la imputación objetiva del comportamiento, es el **PRINCIPIO DE CONFIANZA**.

H. Welzel hablaba de este principio dentro de la acción de tipo en los delitos culposos en los que según él lo importante es el cuidado requerido (y no el ejercido) en el ámbito de relación, "que comprende la consideración de todas las repercusiones de una acción que son previsibles (objetivamente) mediante un juicio razonable"[56] y que sólo van a ser contrarias a dicho cuidado las puestas en peligro que rebasen la medida adecuada socialmente, esta medida es la normal en el ámbito de relación, y lo que va a servir para establecer dicha medida es la confianza en que el otro va a cumplir adecuadamente con su rol. En Alemania este criterio del principio de confianza surgió en los Tribunales alemanes para resolver los problemas de tránsito como un beneficio pero sólo para aquel que se haya comportado correctamente en el tránsito. "Con relación al punto de vista de lo que un conductor esmerado y consciente de su responsabilidad debe admitir como riesgo moderado, la jurisprudencia a planteado y desarrollado para el tránsito urbano el principio fundamental de la

56 Welzel H., *Derecho.. (5) Op Cit*, p. 159.

confianza, según el cual al participante en el tránsito le es admisible confiar en que el otro partícipe se comportará también en forma correcta, hasta que circunstancias especiales del caso hagan reconocible lo contrario "[57].

Este ejemplo es muy claro, y nos demuestra que el citado concepto es utilizable. G. Jakobs lo explica diciendo que "el principio de confianza esta destinado a hacer posible la división del trabajo" y al igual que el riesgo permitido es aplicable en el ámbito de las relaciones interpersonales. Como es realmente imposible que en nuestro acontecer diario vivamos pendientes de lo que va a hacer el otro o de cómo se vaya a comportar, vigilándolo, o rigiéndolo, entonces es necesario que exista la confianza.

Pero de la confianza que hablamos aquí es en el sentido de que podamos cumplir con nuestro rol, esperando que los demás lo hagan igualmente, por ejemplo, cuando conducimos un vehículo lo hacemos confiando en que los demás, al igual que nosotros, van a respetar los señalamientos de tránsito.

Un ejemplo claro en el que podemos hablar de éste principio, y al que me referiré más adelante (haciendo un análisis jurídico más profundo del caso), es

57 Welzel H., *Derecho .(5) Ob. Cit.*, p 159.

lo acontecido el día 7 de marzo de 2000 en nuestro país, específicamente en el Estado de Jalisco, en Puerto Vallarta, cuando en un hospital de la Entidad fallecieron cinco personas a las que en ves sumistrarles oxígeno se les suministró bióxido de carbono ocasionando así la muerte de dichas personas. Al realizar las investigaciones correspondientes se determinó que hubo un error en la colocación de los tanques (equivocadamente se recibió un tanque de bióxido de carbono en lugar de uno de oxígeno, mismo que fue instalado sin verificar que se tratara de oxígeno), aquí es claro que a los médicos no se les debe imputar la muerte de dichas personas porque el médico y las enfermeras cumplieron con su rol, "confiando" en que la persona encargada de colocar el citado tanque de oxígeno lo hiciera correctamente porque en ello consistía el desempeño de su rol. Generalmente todos actuamos confiando en que cada cual va a hacer lo correcto: es el caso de la repartición del trabajo.

Como éste principio generalmente se da cuando existe una repartición de trabajo terminará cuando este se haya cumplido, o bien cuando se haya defraudado la confianza de alguien.

IV. 3 LA PROHIBICIÓN DE REGRESO.

Como ya he mencionado anteriormente, G. Jakobs retoma en gran parte ideas de su maestro H Welzel, pero perfeccionándolas de tal manera que puedan estudiarse desde el punto de vista normativo y no del ontológico.

Por ello la prohibición de regreso fue estudiada por H Welzel (aunque no con ese nombre) cuando al hablar de la adecuación social decía que existían conductas "que se mantienen dentro de los marcos de libertad de acción social"[58], es decir que hay conductas que por sí mismas son inofensivas, por realizarse en forma común, habitualmente, y que no implican violación a las normas jurídicas.

De esto trata básicamente la prohibición de regreso, si una persona cumple solamente con lo que su rol de ciudadano establece, entonces no tiene porque ser responsable si la situación en la que se encuentra va a degenerar en delictiva, aunque su aportación sea causal del resultado, es decir, "existe la prohibición de regreso cuyo contenido es un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en la organización

58 Welzel H., *Derecho.. (5) Op. Cit.*, p. 67.

no permitida"[59], un claro ejemplo que maneja el autor y que es muy común: un taxista transporta a una persona que en el trayecto le platica que va a robar un banco, y efectivamente lo hace; no podemos hablar de que el taxista sea responsable, porque él sólo esta cumpliendo con su rol, que le exige llevar al pasajero con bien a su destino y nada más, es decir que el rol del taxista no implica que tenga que impedir el robo o persuadir a la persona de que no lo cometa, el taxista se "organizó " de tal manera que su comportamiento no afectó a otros De la misma forma, si el pasajero le platica que va recibir una recompensa, el taxista no participa ni de los méritos del pasajero ni de su recompensa.

Otro ejemplo muy recurrido por algunos juristas, y al cual no le han encontrado una solución satisfactoria: un camarero que siendo estudiante de biología se da cuenta de que el plato que está sirviendo contiene un ingrediente que es venenoso. ¿Si la persona que consume el platillo envenenado muere, se le debe imputar el resultado muerte al camarero? De acuerdo con los causalista sí es responsable por el simple hecho de llevar el plato a la mesa, desencadenando el proceso causal que produce el resultado muerte; para los finalistas es responsable porque el camarero tenía dolo eventual de homicidio; y de acuerdo con los funcionalistas, específicamente para Jakobs, el camarero

59 Jakobs G., *La Imputación ..(30) Op. Cit.*, p 107

no es responsable de la muerte de la persona porque de acuerdo con la prohibición de regreso él sólo está cumpliendo con su rol, aunque también en este caso se presenta el problema de los denominados "conocimientos especiales", ¿podría ser posible que el camarero tuviera cierta responsabilidad porque debido a sus conocimientos especiales sobre biología, pudo haber evitado el resultado? Al menos por homicidio no, porque como ya se dijo no forma parte del rol del camarero el impedir que la persona ingiera sus alimentos, pero sí se puede hablar de una omisión de prestar auxilio En México se requiere, para responder por el delito de omisión de auxilio o de omisión de dar aviso a las autoridades, que se encuentre a una persona "abandonada" de acuerdo con el artículo 340 del Código Penal para el Distrito Federal, por lo que en el ejemplo mencionado no se da el supuesto típico de dicho artículo

IV. 4 COMPETENCIA DE LA VÍCTIMA.

Como ya se dijo anteriormente para resolver la cuestión de a quien va a imputársele el comportamiento defectuoso por quebrantamiento de su rol se mencionaron cuatro posibles respuestas, es decir, podría ser al autor, a un tercero, a la víctima, o por la existencia de una desgracia.

En este apartado hablaremos específicamente de la víctima. Sucede que hay ciertos casos en los que el comportamiento de la propia víctima es la causa de que no haya a nadie más a quien imputarle la consecuencia lesiva, sino sólo a ella misma, o que al no conocer ningún aspecto de la situación que se genera la víctima únicamente es tal por "desgracia". Es así como se da cabida a una competencia de la víctima, el caso más común de esto es el consentimiento, (art. 15 fracción III del Código Penal para el D.F.) con el que G. Jakobs no esta muy de acuerdo por tratarse solamente de un hecho psíquico, al igual que el del dolo del autor. Así explica esta situación basándose en criterios normativos: violación de un "deber de autoprotección" que obviamente va a degenerar en una lesión pero a propio riesgo.

Es decir, si la propia víctima excede el riesgo permitido consciente de ello deberá asumir la responsabilidad de su comportamiento. Por ejemplo, si una

persona le pide a otra que está visiblemente ebria que maneje su vehículo, si chocan y resulta lesionada, deberá asumir la responsabilidad de sus lesiones por violar su propio deber de autoprotección.

Por ejemplo, cuando una persona va manejando su vehículo con todo cuidado, observando todas las reglas de tránsito establecidas, y de pronto un sujeto se avienta debajo del vehículo, porque se quiere suicidar, ¿qué sucedería en nuestro país por ejemplo? Como ya sabemos el conductor sería detenido y remitido a alguna agencia del Ministerio Público por la comisión del delito de "homicidio", y si el Agente del Ministerio Público determina que fue culposo le fijará la fianza correspondiente y podrá salir libre, pero si no fuera así, es decir, si el Ministerio Público después de sus "exhaustivas" investigaciones determina que fue doloso, o no le da tiempo de hacer las investigaciones correspondientes, entonces será consignado por "homicidio simple intencional", remitido al juzgado y después de un par de meses de trámites e investigaciones, resulta que no era culpable y sale bajo fianza, parece que no es muy justo; en cambio si analizamos a fondo lo que plantea Jakobs la situación sería diferente, es decir desde que el conductor es detenido y presentado ante el Ministerio Público, al hacer las investigaciones correspondientes con testimonios, peritajes, etc., podría establecerse que al conductor no puede imputársele la muerte de ésta persona, porque ella misma violó su deber de auto protección, y por lo tanto no tendría porque ser juzgada

por el delito de homicidio porque el resultado le es objetivamente imputable a la víctima y no al conductor si se encuentra conduciendo respetando las reglas de tránsito (dentro del riesgo permitido).

En Alemania éste principio ya es aplicable para la resolución de casos, por ejemplo, en el año de 1990 el Tribunal Supremo del Estado de Baviera resolvió que una persona infectada de VIH acusada de tentativa de lesiones por mantener relaciones sexuales, ante la petición insistente de una joven de 16 años que conocía de su infección y que afortunadamente no resultó infectada, era inocente, debido a que la joven se había autopuesto en peligro[60].

El Tribunal Supremo Federal de la República Federal de Alemania conoció del caso en el que una persona (acusada de homicidio culposo) le propuso a un amigo suyo que se inyectaran heroína. Como el amigo era un conocido toxicómano le pidió al acusado que le consiguiera una jeringa. Después de inyectarse la heroína los dos perdieron el conocimiento, y al llegar un médico el amigo había muerto debido a un paro cardiorespiratorio provocado por la inyección, el Tribunal "absolvió al acusado del delito de homicidio imprudente argumentando que con independencia de la constatación de la relación de causalidad y de la previsibilidad, la conducta del acusado tan solo

60 Cancio Meliá Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho Penal*, Barcelona, España, Edit. Bosch, 1998, p. 35

constituye una modalidad de participación en una autopuesta en peligro autoresponsable, participación que, sea dolosa o imprudente, no puede ser punible a falta de un hecho típico principal"[61].

61 *Ibidem (60)* p. 22

CAPITULO V

LA COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIA INSTITUCIONAL

V. 1 LA FUNCIÓN DE LOS ROLES.

Como ya se explicó anteriormente, G.Jakobs basó su teoría en la de sistemas de N Luhmann y al igual que otros, el concepto de *persona* lo formula basándose en que no considera a los seres humanos como partes integrantes del sistema social, es decir, una persona sólo lo será para el Derecho Penal, como ya dije anteriormente, cuando sea capaz de efectuar actos comunicativos que expresen un sentido de contrariar a las normas jurídicas, defraudando las expectativas sociales generales que respecto a él tiene el Derecho. Ya F. Hegel hace mención de cómo es que se identificaba a una "persona", de la que no lo era, diciendo que "desde la época de los Griegos los miembros de una comunidad que al gozar de derechos iguales, no están hermanados por la común sujeción de todo derecho, no son iguales porque todos sean iguales a cero sino por el disfrute de derechos iguales"[62].

La interpretación que se hace respecto al comportamiento de una persona es objetivo porque es llevado a cabo desde el punto de vista de un observador y basándose en normas que se configuran como estándares de comportamiento y cuya violación consiste en el quebrantamiento de un *rol*

62 Valcárcel Amelia, *Hegel y la Ética*, Barcelona, España, Edit Anthropos, 1988, p. 77

social, solamente cuando un sujeto es portador de un rol puede ser destinatario de expectativas y por lo tanto ser persona para el Derecho. Un rol consiste en la administración correcta de un segmento del acontecer social que es fijado mediante estándares generales de comportamiento, por ello "el rol como mucho es una abreviatura del ciudadano modelo en cada contexto, y esto último es precisamente lo que la imputación objetiva del comportamiento debe determinar"[63].

En ello estriba la importancia de los roles sociales, como ya lo mencioné, en que G. Jakobs pone al quebrantamiento de un rol como elemento central del injusto penal. El concepto de rol, podemos decir, está diseñado a la medida del ser humano particular, hace alusión a un formato abstracto esto es en el sentido de que el rol puede ser realizado por diversos individuos en forma similar, esto quiere decir que al igual que hay un sin fin de roles, hay un sin fin de posibilidades de que varias personas tengan que desempeñar el mismo rol La diferencia la hace la forma en que se organice cada persona al cumplir con su rol, que debe ser de tal manera, que su comportamiento no afecte a los demás.

Si alguien al cumplir con su rol, lo administra de modo deficiente y su comportamiento afecta a otro, entonces estamos en presencia de un delito;

63 Jakobs G, *La imputación (30) Op. Cit.*, p. 68.

Debemos mencionar que (como ya se explico en el capítulo tercero), G. Jakobs considera al Derecho como un sistema, y al Derecho Penal como un subsistema autorreferente, y por lo tanto estos conceptos no se aplican a otras materias –subsistemas del Derecho-, al menos que alguno de ellos decida adoptarlos para sí.

G. Jakobs plantea dentro de su teoría una división de los delitos diversa a la realizada por causalistas y finalistas, es decir, él no considera que sea necesaria una subdivisión entre delitos de acción y de omisión, para él es irrelevante, porque para que se dé un injusto penal se requiere más que nada del quebrantamiento de un rol: resulta irrelevante si se hizo por un actuar o un omitir. Ahora bien, la división que hace se basa en la "distinción entre delitos producidos por la creación o administración de un riesgo común (delitos derivados de un status general de ciudadano: delitos derivados en virtud de organización) y aquellos que derivan de deberes especiales establecidos por el ordenamiento jurídico frente a determinado bien (delitos en virtud de una institución)"[64].

64 Jakobs G , *La Imputación ..(30) Op. Cit.*, p. 87

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

V. 2 EL ROL DEL CIUDADANO Y LA ORGANIZACIÓN INDIVIDUAL.

El Derecho Penal tiene como finalidad mantener la forma de la sociedad y del Estado, ya que "son funciones las prestaciones que mantienen un sistema"[65].

La sociedad tiene una identidad, ya que establece una configuración del mundo que si bien podría ser de otra manera no lo es. En este mundo social el Derecho Penal tiene la tarea de confirmar la identidad social toda vez que la sociedad mantiene a las normas y se niega a entenderse a sí misma de otra manera.

De lo anterior se concluye que la pena no se puede ver de forma aislada como un mal, sino en su contexto social o penal, significa una negación de la contradicción de la norma Este razonamiento ya se encuentra en F. Hegel para quien "la superación del delito es el castigo, pues según el concepto es vulneración de la vulneración"[66].

Con este antecedente es viable considerar que la posibilidad de existencia de la sociedad está dada por una configuración de expectativas basadas en el ordenamiento legal (por lo que al subsistema jurídico se refiere).

---

65 Jakobs G., *Sociedad, Norma .(44).Op. Cit.*, p. 17.
66 Hegel, *Filosofía del. (27) Op Cit.*, p 109.

De ser así la finalidad del Derecho Penal será la protección de las expectativas normativas frente a comportamientos que defrauden estas expectativas ya que dichos comportamientos representan una configuración de la sociedad que si bien podría existir, la sociedad actual se niega a darles existencia; por lo que hay que anular esa defraudación para que la configuración social no cambie (podría haber una sociedad donde imperara la ley del más fuerte físicamente)

Siendo así las cosas, las personas que interactúan en una sociedad tienen por lo menos que cumplir con el rol de "respetuoso de la ley": el rol de buen ciudadano; "el mandato jurídico es por tanto: se una persona y respeta a los otros como personas"[67]

Las personas tienen que "organizarse" de tal manera que no lesionen la organización de otra persona, es decir, tienen que respetar los derechos de los demás Cuando una persona que no tiene un deber especial sino el simple deber de cualquier persona, contribuye con un comportamiento evitable a la producción de un resultado, primero hay que analizar si ha defraudado una expectativa normativa, es decir, si yendo más allá de lo que permite el Derecho (es decir, ha excedido el riesgo permitido) es que se ha producido el resultado,

67 Hegel, *Filosofía del .. (27) Op Cit.*, p. 66.

de ser así esa persona será "competente" para que se le impute el resultado, debido a su organización defectuosa. A esto le llama G. Jakobs ***competencia por organización***. "En caso de responsabilidad (competencia) por organización, el papel del autor se define siempre negativamente· Se trata de evitar daños"[68]

Todas las personas tienen que garantizar que su organización no lesione a los demás, en este sentido son garantes a causa de su organización. El fundamento de la competencia por organización es que el autor en la comisión amplía su ámbito de organización pero sin tener en consideración a otras personas y a costa de estas. Si el autor ha de responder tiene que ser garante de la no interferencia en los derechos de los demás ya que las otras personas esperan que el autor se guíe por las normas jurídicas (en base al principio de confianza del que ya se habló). Todos tenemos que garantizar que en nuestro contacto con organizaciones ajenas, la propia siempre se encuentre dentro de lo permitido (dentro del riesgo permitido). G. Jakobs refiere que todas las personas tienen el derecho de configurar su organización como lo deseen, siempre y cuando no excedan el riesgo permitido por el Derecho. Lo decisivo es que todo titular de una organización determinada, es garante de la evitación de un *output* que exceda el riesgo permitido, a esto lo denomina deber de

68 Jakobs G , *Derecho Penal.. (50) Op Cit.*, p. 252.

aseguramiento el cual se cumple si no se excede el riesgo permitido al no modificar la conducta y si se excedió el riesgo modificándola de tal forma que no se produzca el daño, por lo que el centro de la atribución de un resultado a alguien es la constatación de que el curso dañoso es atribuible a una organización defectuosa (que excedió el riesgo permitido). Estos deberes llamados de "aseguramiento" pueden presentarse de dos formas, la primera se da al realizar un comportamiento que es inofensivo, en este caso el deber de aseguramiento se da por el simple hecho de no modificarlo en sentido nocivo, es decir, "por la omisión de una conducta arriesgada", la segunda se presenta cuando se realiza un comportamiento peligroso, el deber de aseguramiento consiste en éste caso en reorganizarse de tal manera que dicho comportamiento no genere un resultado prohibido.

A pesar de lo anterior también se puede dar el caso de que alguna persona asuma el dominio de un riesgo (deber generado por la asunción de un riesgo) al decidir que su disposición genere un *output* peligroso.

Es claro que hay fuentes de daños que son jurídicamente adecuadas, como por ejemplo la venta de bebidas alcohólicas, en las que el vendedor no produce una conducta (*output*) que exceda el riesgo permitido y no tiene por que ayudar a su comprador a manejar bien si éste se ha bebido ya lo que compró

Aunque se aporte causalmente algo para la producción del resultado, no se es competente para responder por ese resultado, (esto supone que la aportación causal no excede el riesgo permitido), si éste se produce debido a un tercero que excede el riesgo permitido o a la víctima que incumple su deber de autoprotección.

V. 3 LOS ROLES INSTITUCIONALES Y LOS DEBERES ESPECIALES.

Los delitos de competencia institucional consisten en el incumplimiento de un deber especial (en similitud con los roles institucionales), como por ejemplo los deberes que tienen los padres hacia sus hijos o los deberes de los servidores públicos

Desde esta perspectiva sólo será responsable quien incumpla un deber especial. Estos deberes sólo afectan a determinado número de personas por tener un *status* especial. Las personas que no están especialmente obligadas nunca serán tenidas como autores de estos delitos, por falta del ya mencionado *status* especial, por lo tanto no serán competentes para el resultado

En esta clase de delitos el autor no solamente debe cuidar que su organización no lesione el bien jurídico del cual es garante, sino que tiene que responder por la existencia de este bien, por lo que debe de existir entre el bien y el autor una relación que G. Jakobs denomina positiva. El autor debe adaptarse a una institución para que el bien, entendido como "unidad funcional" pueda existir y persistir, ya que "El bien jurídico como unidad funcional surge sólo cuando el deber (obligado) desempeña el papel que le está asignado

en la institución"[69]. Jakobs ejemplifica con el caso de una persona confiada a su cuidado y dice que en este supuesto no "hay una vulneración de la relación de guarda, sino que la relación de guarda no existe en lo absoluto como unidad funcional"[70]

Por lo anterior en éstos delitos la competencia no se define como el incumplimiento del deber de evitar un resultado si no que se encuentra dada a través de una expectativa de interacciones. En la competencia institucional el Derecho Penal debe garantizar las expectativas que se refieren al mantenimiento de la institución. Una institución es una forma de relación personal y jurídicamente reconocida y que no depende de la disposición individual de las personas. Se pueden mencionar como instituciones al matrimonio (regulado en los artículos 162 y siguientes del Código Civil para el D.F.), las relaciones paterno filiales (art. 411 y siguientes del C.C.) y sus sustitutos como la adopción (art 390 y siguientes del C.C.) y la tutela (art. 449 y siguientes del C.C.); las relacionadas con la administración de la justicia (art. 225 del Código Penal para el D.F.) y con el desempeño de los servidores públicos (cuyo incumplimiento está tipificado del artículo 212 al 224 del C.P.).

69 Jakobs G., *Derecho Penal...,(50)* p. 53
70 Jakobs G., *Idem (50)*

Además de las instituciones arriba mencionadas G. Jakobs señala que la "confianza especial" también es una institución aunque no se encuentra positivizada actualmente. Esta se manifiesta de diversas maneras como puede ser el prometer ayuda en una situación determinada y debido a ésta promesa quien recibiría la ayuda elimina cualquier otra posibilidad que le rescate de su situación; otra forma en que se puede manifestar es la denominada "comunidad de peligro" consistente en el deber de auxilio que se tienen quienes comparten una actividad que conlleva un riesgo (como el alpinismo o el buceo); otro caso es el de los deberes que surgen por "ayuda voluntaria", como lo sería el caso del cuida coches que no forma parte del *valet parkin*

Esta división de los delitos no se basa en la apariencia externa de la conducta (acción u omisión), sino en el fundamento de la responsabilidad y tiene importancia más que nada para la autoría, ya que solo será autor quien tenga el deber especial, por ejemplo, si un visitante de los separos de la Procuraduría General de Justicia del D.F. abre la reja para que escape el detenido ante la vista del servidor público responsable, es este (el empleado) el autor en virtud de su competencia institucional, y no quedaría impune quien abre la reja debido a su competencia por organización.

La trascendencia de esta división es lo que hace superflua la distinción entre delitos de acción y de omisión, ya que en los delitos de competencia

institucional da lo mismo que el empleado público abra la puerta de la celda y el detenido escape, o que permita que otro abra la puerta de la celda o que viendo que se encuentre abierta no la cierre.

El fundamento de la responsabilidad en la conducta omisiva y en la activa es el mismo· ***La competencia del autor***

Por otra parte también esta forma de ver a los delitos implica un cambio en la concepción del bien jurídico, ya que en los delitos de competencia institucional no se presupone la existencia de un bien jurídico (al menos no necesariamente) sino que es el autor el que debe darle existencia a ese bien, como ya se señaló.

Si esto es así el núcleo de los delitos de competencia institucional, no sería la lesión de un bien jurídico (que como unidad funcional no existiría). Con esto cambiaría la concepción de que la finalidad del Derecho Penal es proteger a los bienes jurídicos. Aunque el concepto de bien jurídico ha evolucionado es aceptable como punto de partida que un bien "es una situación o hecho valorado positivamente"[71], además de que un bien es considerado como jurídico, porque está protegido por el ordenamiento jurídico

71 Jakobs G , *Idem,(50)* p. 50.

Ya desde K. Binding se consideraba que lo valioso para la comunidad como condición de vida de la misma era un bien jurídico; se suele mencionar que la vida, la propiedad, la libertad, son bienes jurídicos, la cuestión a este respecto es que efectivamente son bienes, pero no necesariamente jurídicos, por ejemplo, si un virus ataca a una persona y la priva de la vida, no lesiona a un bien jurídico ¿o sí? El sólo expresar que un virus o un rayo puede lesionar bienes jurídicos suena absurdo. Si un huracán priva de sus bienes a una familia, el huracán no ha lesionado un bien jurídico. Ya que no es la propiedad, ni la vida, ni siquiera la relación de una persona y una situación o la disponibilidad de los bienes, el bien jurídico.

Bien jurídico es "la vinculatoriedad práctica de la norma"[72], porque sólo puede ser atacado por un comportamiento humano, por un acto comunicativo, un suceso que significa algo. El bien jurídico es la validez del contenido de la norma Esta consideración es sumamente entendible a la luz de la teoría de sistemas utilizando los conceptos de autopoiesis y autorreferencia. El sistema penal no tiene referencia a nada que se encuentre fuera de él.

El bien jurídico es algo que se refiere al propio sistema jurídico y no algo extrajurídico ya que el hecho natural como tal, no le interesa, verbigracia, no importa que se lesione la libertad de alguien al secuestrarlo, lo importante para

72 Jakobs G., *Idem. (50)* p. 47.

el derecho penal, es que una persona plantea la posibilidad de que el mundo sea de otra manera diversa a la configurada normativamente, lo que importa al Derecho penal es que se transgrede una norma, que se afirma que se puede privar a las personas de su libertad y seguir viviendo en la sociedad con esta máxima de comportamiento.

CAPITULO VI

LA CONDUCTA ACTIVA Y OMISIVA

VI. 1 LA CONCEPCIÓN ONTOLOGICA DE LA ACCIÓN.

En 1931 Hans Welzel era asistente del Instituto de Ciencias Criminales en la Universidad de Colonia. En éste año con apenas veintisiete años de edad publica un artículo titulado "Causalidad y acción" en el que plantea que el punto de partida del Derecho Penal no debe ser el resultado obtenido, sino la estructura de la acción humana, entendida en forma ontológica.

El estudio ontológico se refiere a cualquier objeto, en cuanto se logre captar la verdad o el "ser" de ese objeto. Según José Ferrater no hay una línea que separe claramente una hipótesis científica general de una hipótesis ontológica [73]. H. Welzel planteaba en 1931 lo problemático que resulta separar los factores causales relevantes para el Derecho penal de los que no lo son. El punto de partida es el diferenciar lo que pertenece al mundo del ser y lo que pertenece al mundo valorativo ya que las valoraciones solamente pueden referirse a objetos del mundo del ser. La primera tarea es averiguar qué es lo que el Derecho penal debe valorar porque "los juicios de valor se fundan en el juicio del ser, o sea, los valores presuponen un objeto ontológicamente

73 Ferrater Mora José, *Diccionario de Filosofía*, Tomo III, segunda edición, Madrid, España, Edit. Alianza, 1980, p. 2426.

determinado"[74]. Para H. Welzel la acción humana y sus características son el objeto de la valoración jurídica, la acción humana está integrada no sólo del nexo causal que desencadena, sino el nexo teleológico que consiste en el fin que se propone el autor, en la **intencionalidad del sentido.** "La base objetiva esencial de posibles valoraciones penales no es el nexo causal, sino el nexo teleológico"[75] La teleología es entendida como una acción fundada intencionalmente, esto lo llevó a denominar su teoría como teleológica (*telos*=fin), poco después la llamó **intencionalidad de la acción** y posteriormente **finalista,** denominación que tomó de Nicolai Hartmann a quien por cierto cita en ese primer artículo. N. Hartmann en su *Ethik* de 1926 ya hablaba de la capacidad de determinar desde la finalidad el curso de una acción

H. Welzel niega el origen Hartmaniano de su teoría, en el prólogo de la cuarta edición de "El nuevo sistema del Derecho penal" a pesar de que Hartmann en el tercer tomo de su "ontología" de 1939 (*Der Aufbau der realen Welt*) precisa que "la conciencia es libremente móvil en el tiempo de la intuición, pudiendo anticipar el fin y luego retrocediendo desde el, elegir los medios"[76] palabras muy parecidas a las que Welzel pondría en su Derecho Penal Alemán.

74 Welzel H., Causalidad. y Acción, traducido por Conrado A. Finzi, Rev. *Cuaderno de los institutos*, Argentina, 1975, p. 211.
75 Welzel . *idem. (74)*
76 Nicolai Hartmann, *Ontología III, la fábrica del mundo real,* México, segunda edición, Edit. F C E., 1986, p. 369.

Para 1939 H. Welzel había publicado un nuevo artículo "Estudios sobre el sistema del Derecho Penal" en el que apuntaba que lo característico de las acciones humanas es la "realización del sentido de la acción formulado por la voluntad"[77] Este artículo sería la base de su "*Der Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts in seinem Grunzugen*" escrito en 1940, libro que más tarde llamaría solamente "*Das Deutschen Strafrechts*" (Derecho Penal Alemán).Estas ideas serían defendidas hasta su muerte en 1977.

En 1953 H. Welzel señalaba que "Quien quiera imponer normas a la acción tiene que presuponer la estructura categorial del hacer humano; ningún legislador puede modificarla"[78]. En su libro citado en el párrafo anterior hablaba más del hacer humano pero como ejercicio de actividad final, y esta consistía en un obrar orientado conscientemente desde el fin. La dirección final de una acción se lleva a cabo en dos momentos, el primero transcurre en la esfera del pensamiento y el segundo en el mundo real.

En la esfera del pensamiento primero el autor se propone un fin; en segundo lugar desde el fin selecciona los medios para poder conseguir el fin y

77 citado por Cancio Melia M., *Los Orígenes de la Teoría de la Adecuación Social,* Colombia, Edit. Univ. Externado de Colombia, 1994, p. 29.
78 Welzel H., *Más Allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico,* Argentina, Edit. Univ. Nal. de C , 1962, p. 39.

por último como suele haber diversos efectos además del fin perseguido se consideran los efectos concomitantes Por otra parte en el mundo real se desencadena un proceso causal al manifestarse la voluntad que tendrá un fin predeterminado y de no alcanzarse el fin querido solo se estará en una tentativa. De esta forma Welzel establece que la acción es la piedra angular sobre la que han de establecerse las valoraciones jurídico penales, aclara que no existe una acción final en sí sino concretamente dirigida a algo, por ejemplo matar, robar, construir, etc.

Este concepto surge de la necesidad de acabar con el naturalismo en el Derecho –según el propio H. Welzel refiere- impulsado por ideas "exclusivamente filosóficas"[79], y encuentra los antecedentes de su concepción en la "Etica Nicomaquea" de Aristóteles y la obra de Santo Tomás de Aquino.

La idea principal es definir a la acción humana que es objeto de la valoración jurídica pero reconociendo que solo los seres humanos pueden dirigir sus acciones de acuerdo a determinados fines y esto le da un sentido al actuar humano por lo que estas características deben de tenerse en cuenta dentro de la acción y no fuera de ella porque el Derecho penal no prohibe resultados como la muerte de alguien o el aborto, sino que prohibe las acciones

79 Welzel H., *La teoría de la Acción Finalista*, Argentina, Edit. Depalma, 1951, p. 17.

encaminadas a producir la muerte de una persona o a la consecución de un aborto. Son las acciones finales lo que prohibe el legislador y no los meros resultados.

Esta manera de entender a la acción dejaba claro el porqué se sancionaba a la tentativa ya que lo reprochable es " una acción que apunta a un resultado elegido previamente"[80].

Cuando la finalidad que se fija un autor es la producción de un resultado prohibido por la ley, entonces es típica por recaer dentro de lo que el tipo establece y cuando la finalidad que persigue el autor no es algo prohibido por la ley, entonces es atípica. La finalidad tipificada es el dolo que consiste en conocer y querer la parte objetiva del tipo. Y en los delitos culposos la finalidad del autor es algo permitido, sólo que por obrar sin cuidado se produce el resultado prohibido por la ley.

Así tenemos dos casos diferentes.

a) El delito doloso donde tanto la parte psíquica como la parte externa de la acción están dentro del tipo y como consecuencia el tipo tiene una parte subjetiva y otra objetiva.

---

80 Welzel H., *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Barcelona España, Edit. Ariel,1964, p. 33.

b) El delito culposo, donde sólo la parte externa de la acción está dentro del tipo ya que la parte psíquica no se encuentra prohibida, pero que esta finalidad atípica no se alcanza debido a que se a obrado con falta de cuidado.

Sin embargo, la no equivalencia de la acción dolosa con la culposa como objeto de valoración llevó a H. Welzel a considerar en un principio que en la acción culposa se daba una finalidad potencial, es decir, que la acción culposa se sancionaba por su **evitabilidad**. Tiempo después esta explicación fue abandonada para dar paso a la concepción de que lo característico de la acción era "el modo de ejecución", o sea, que cuando se observa el cuidado requerido en el ámbito de relación", es cuando por el actuar descuidado se sanciona precisamente el actuar culposo.

Al morir Welzel solo Hans Joaschim Hirsh prosiguió con las tesis de quien fuera su maestro, sin alterar ni cambiarlas. Por otro lado Günter Stratenwerth y Armin Kaufmann cambiaron algunos de sus postulados.

A Kaufmann a llevado al extremo los razonamientos de su maestro al defender la tesis de que el injusto solo se integra por el desvalor de la acción ya que cuando se actúa, la obtención del resultado solo es contingente y por lo tanto no cambia en nada el actuar que consigue su objetivo del que no lo logra,

de esta manera tenemos que el desvalor del resultado no agrega ya nada al injusto y solo se le tendrá como una condición objetiva de punibilidad.

Esta manera de razonar confirma que lo que el Derecho penal prohibe no son los resultados, sino las acciones finales, no obstante lo anterior Welzel nunca acepto semejantes conclusiones, no así los discípulos de A. Kaufmann como Diethard Zielinski y Rodrigo Favio Suarez Montes.

VI. 2 LA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA OMISIÓN.

El tratamiento de la omisión en el Derecho penal en forma no casuística se da hasta 1828 con Paul Johann Anselm Feuerbach quien consideraba al contrato y a la ley como el origen de la obligación de evitar un resultado[81]. En este mismo año Christoph Carl Stübel agrega que también puede surgir el deber de evitar resultados de las acciones previas (del llamado actuar precedente). En 1836 Luden distingue entre los delitos propios de omisión y los delitos de comisión por omisión

A pesar de lo anterior y de que incluso E. Beling en su teoría del Delito de 1906 planteara que era necesario un deber en los delitos de omisión, el problema de la conexión entre omisión y resultado se consideró un problema causal, esto quizás debido a que se consideraba a la acción y a la omisión como especies del comportamiento humano y como tales deberían tener un tratamiento similar, no sería sino hasta 1904 cuando Gustav Radbruch señala que la omisión y la acción no pueden reunirse en un concepto superior porque no comparte similitudes sino que en realidad la una es antónimo de la otra, por lo que propuso sustituir a la acción en *lato sensu* por el concepto de realización típica como base de la teoría del delito.

81 Jeschek H.H., *Tratado de Derecho.. (12) Op. Cit.*, p. 827.

Finalmente sería Karl Engish quien en 1931 planteara el problema de la diferencia entre acción y omisión con la distinción de "aplicación de energía" para la primera y la "no aplicación de energía" para la segunda, con esto se allanaba el camino para establecer que sólo mediante la aplicación de energía se podría influir en el mundo material, por lo que la naturaleza de la omisión debía de buscarse en otra parte. Si la omisión no puede explicarse por un principio de causalidad porque "la nada, nada causa", era necesario aceptar que había una referencia normativa dentro de su estructura. Ya Luden hablaba de que la omisión estaba presente cuando se esperaba una acción, en ese mismo sentido V. Liszt quien en su tratado apuntaba que no importa el no hacer, sino el no hacer algo, sumándose a este parecer está Robert von Hippel, Von Bar, Michael Köhler, E. Mezger y otros.

El problema de esta explicación de la teoría de la acción esperada consiste en que no se puede determinar quién espera dicha acción ¿la sociedad o el Derecho? Ni uno ni otro ya que el Derecho solamente se mueve con parámetros normativos que no "esperan" sino ordenando o prohibiendo. Otra posible explicación de la omisión se planteó con la teoría del "otro hacer" o *aliud agere* en la que se prohibe hacer algo diverso a lo ordenado y por ello se castiga ese "otro hacer".

A pesar de lo anterior todavía hay quien sostiene que las omisiones causan resultados como en el caso de Friedrich Toepel quien en 1992 defiende esta postura en su libro que no ha sido traducido aún "*Kausalitat und Plichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*"[82].

Pareciera que es inevitable concluir que la omisión es un concepto normativo que tiene poco que ver con la acción entendida en forma ontológica, pero tanto H. Welzel como su discípulo Armin Kaufmann dicen que "acción y omisión de una acción son dos subclases independientes dentro de la conducta...".[83].

La omisión es normativa en el sentido de que para determinar su existencia es necesario que previamente exista una valoración o disvaloración jurídica que señale lo que se prescribe. Si no se conoce lo que se prescribe, no es posible hablar de omisión.

Queda asentado que la omisión no tiene una existencia independiente del Derecho y que es la normatividad jurídica la que le da un contenido. La omisión no es concepto prejurídico, sino que el Derecho lo crea, y si la omisión es una

82 citado por Gimbernart O, *Causalidad, omisión e imprudencia,* publicado en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Tomo III, sep-dic., 1994, p. 11.
83 Welzel H , *Derecho Penal...(5) Op. Cit.*, p. 238.

forma o especie de conducta, entonces, esta es una forma de conducta de origen normativo. Los intentos de aplicar el principio de causalidad de la equivalencia de las condiciones fracasaron a pesar de la formulación adaptada que decía que una omisión es causa del resultado si suprimida mentalmente se suprime el resultado, ese razonamiento está apoyado en que una omisión es una negación y que la negación de la negación es una afirmación.

Ante la división de los delitos de omisión en delitos de omisión simple y de comisión por omisión es bastante claro que la omisión simple consiste en la sola transgresión de una norma perceptiva sin la producción del resultado; mientras que la comisión por omisión no solamente es la violación de una norma perceptiva sino que la ley la atribuye a esta violación de la norma la producción de un resultado, es decir que al aparecer un resultado, este será atribuible o imputable si se ha transgredido una norma que establezca el deber de evitar el resultado. En este último caso se requiere que el omitente tenga el deber de evitar el resultado y este deber se origina por disposición de la ley, porque existe un contrato que así lo señala o por el propio actuar precedente del omitente, en estos casos se afirma que el omitente es garante, es decir, que debe garantizar que el resultado no se va a producir.

El principio general es el siguiente: existe el deber, por disposición de la ley, de evitar que se den resultados prohibidos por la ley, concluyendo, sólo hay omisión cuando existía el deber de evitar el resultado.

Por otro lado nuestra Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia tiene contemplada a la omisión en una tesis del Estado de Veracruz desde el 15 de mayo de 1969 de la siguiente forma: "Omisión delitos por (legislación del Estado de Veracruz); De acuerdo con el artículo quinto del Código penal del Estado de Veracruz, el acto y la omisión son las únicas formas de manifestación de la conducta que pueden ser constitutivas del delito, si la conducta del inculpado fue omisiva, es necesario prescindir del delito realizado mediante una acción, para analizar su aspecto negativo: la omisión. La legislación penal del Estado, que establece el concepto del delito en el precepto legal invocado ha aceptado respecto de la omisión la teoría de la "acción esperada" que se funda en que el sujeto no actúo como se esperaba y su omitir es reprochable en cuanto que pudo, sin impedimento, realizar el acto esperado, los delitos así cometidos no son más que el resultado de un doloso omitir del agente que con la abstención de un hecho esperado actualizó un evento dañoso que le es imputable porque no hizo aquello que debió hacer, siendo que nada le impedía de una manera perentoria haber actuado de conformidad con el Derecho. En síntesis, la omisión resulta punible cuando se abstiene de hacer lo que tiene la obligación legal de ejecutar".

VI. 3 LA CONCEPCIÓN FUNCIONAL DE LA ACCIÓN.

El concepto de acción fue buscado por Von Liszt en la naturaleza separando lo subjetivo o psíquico de lo físico en donde se pensaba que se encontraba la acción; H. Welzel pretendió encontrar el concepto de acción en la ontología pero sin rechazar la concepción causalista sino que solamente se le incorporó un nuevo elemento: lo subjetivo o psíquico (consistente en la finalidad. selección de los medios y consideración de los efectos concomitantes).

Pero a la acción no se le puede encontrar antes de la sociedad, sino dentro de ella, el concepto de acción aplicable al Derecho penal procede de la sociedad y del mismo Derecho penal.

El causalismo al quitarle a la acción la finalidad le mutila una característica propia del comportamiento humano por ello el finalismo da un paso hacia delante al concebir a la acción como "expresión de sentido", su equivoco se encuentra en pretender que es el dolo quien expresa ese sentido, dejando así a la culpa sin un sentido jurídico que expresar. Es bastante claro que el hecho doloso es expresión de sentido y eso es lo que lo convierte en acción, pero también la culpa es expresión de sentido por ser un comportamiento evitable individualmente.

Aquí encontramos un elemento que configura a la acción: **la evitabilidad**. Una acción es un comportamiento evitable y un comportamiento es evitable porque las consecuencias son cognocibles. Esta definición da cabida en forma adecuada tanto a las acciones dolosas, en donde el comportamiento es definitivamente evitable y las consecuencias del mismo son conocidas (la cognoscibilidad se desarrolla plenamente hasta llegar a convertirse en conocimiento); y también a las culposas donde la acción también es evitable (si no lo fuera no sería acción) pero la cognosibilidad de las consecuencias no llega a convertirse en conocimiento actual. En éste caso lo que ocupa el primer plano no es el conocer las consecuencias, sino evitarlas. Siempre es evitable cualquier causación que no se produciría si existiese una motivación que permitiera evitar las consecuencias.

Para G. Jakobs todos los elementos que integran el delito, como ya se ha mencionado anteriormente, se definen por su función, por lo que si la función del Derecho penal es proteger las expectativas normativas, una acción se presenta cuando no hay la motivación normativa. El concepto de acción debe servir para diferenciar lo que es un comportamiento jurídico penal relevante del que no lo es.

Por esto cuando se señala que una acción es expresión de sentido, quiere decir que el autor a objetivizado algo significativo para el Derecho. Este

significado sólo es entendido como un proceso comunicativo en donde no importa únicamente quien lo emite, sino también quien lo recibe, por lo tanto no son las propiedades psíquicas o subjetivas por sí, lo que conforman esta "expresión de sentido" sino que es la comprensión de lo que es un sujeto y "cuándo este es responsable de las consecuencias de su organización"[84]. Por ello Jakobs afirma que definir a la acción es definir también al sujeto de la acción

Las personas desde esta perspectiva son conceptualizadas como portadoras de un rol, son tenidas como un ciudadano modelo. Sólo si el sujeto es definido normativamente, como portador de un rol que debe cumplir, podrá tenérsele como destinatario de expectativas generales. Todo ello nos lleva a puntualizar que la evitabilidad es un rasgo característico de la acción; que además es objetivo porque se está hablando de las motivaciones normativas que mueven a un ciudadano modelo, quien evita todo comportamiento que pueda interpretarse como jurídico.

Los datos psicológicos pertenecen a la naturaleza porque son creados en una función propia de todo ser humano que es el pensar, y por tanto no tienen relevancia jurídica (son parte del entorno jurídico) lo relevante no son estos

84 Jakobs G , *Derecho Penal.. (50), Op Cit.*, p. 172.

datos *per se*, sino una toma de postura que expresa un sentido que es comunicativamente relevante. Tanto el dolo como la culpa son la manifestación de la falta de motivación normativa.

El hecho psíquico solo es indicio de la existencia de tal déficit. El autor tenido como ciudadano modelo no evita resultados o comportamientos evitables porque no esta motivado por las normas jurídico penales; si lo estuviera evitaría tal comportamiento.

Acción es causación imputable. Solamente hay acción si se puede vincular a una persona con un resultado y esto al igual que la omisión sólo se logra si el autor es garante. Todas las personas (ciudadanos) deben de garantizar que su comportamiento no produzca ningún resultado prohibido jurídicamente. Así verbigracia quien manipula un arma de fuego es garante de no producir ningún daño a los demás, lo mismo quien conduce un auto; caso similar a quien desempeña un rol reconocido institucionalmente, como lo puede ser el rol de servidor público, o el rol de tutor, etc. en estos casos se tiene el encargo de no defraudar las expectativas creadas al asumir este rol institucional. No toda causación evitable realiza el tipo objetivo, porque no todo es asunto de todos, por ello es necesario la calidad de garante también en los delitos de acción, esta atribución a las personas de los resultados no es, ni puede ser anterior a las expectativas normativas. Es algo que sólo se encuentra

dentro de la sociedad. Porque quien realiza una acción jurídico penalmente relevante, excediendo el riesgo permitido, expresa que para el no tiene validez la norma, que la norma no es una máxima de comportamiento que lo determine. Lo mismo sucede en la omisión, quien omite expresa que la norma no lo determina a actuar. No actuando se hace objetivo el no reconocimiento de la vigencia de la norma.

Es común al concepto de acción (comportamiento activo) y al de la omisión la evitabilidad de esa expresión de sentido por ser cognoscibles (en el caso de los delitos de resultado y de comisión por omisión) las consecuencias de esa toma de postura. Por lo que se les puede agrupar en el supraconcepto de "comportamiento" o cualquier otro que signifique objetivación de la falta de reconocimiento de la validez de la norma.

La norma desde esta perspectiva puede entenderse como no hacer u omitir algo que se interprete como un daño. La acción para el Derecho penal es un comportamiento socialmente inadecuado. No puede ser entendida en forma prejurídica para después caracterizarla de jurídicamente relevante

Si hay acción –dice G. Jakobs- es porque se trata de un comportamiento imputable. Solo la imputación objetiva determina cuando hay una acción. De esta forma quedan fuera todos los comportamientos que no perturban a la

sociedad, porque el concepto de acción "se convierte en un concepto que es relativo al sistema de imputación relevante en cada caso"[85], ya que no puede darse la tipicidad si no se presenta una conducta objetivo-socialmente relevante. Se habla de imputación y no de causación porque de todos los factores causales que intervienen en un resultado se individualiza al autor como causa del conflicto a través de los criterios de la imputación objetiva. Esta forma de proceder tiene ya antecedentes en Rolf-Dietrich Herzberg quien en 1972 afirmaba que acción es "la no evitación evitable estando en posición de garante"[86].

Esta manera de entender a la acción por parte de Jakobs sitúa el fundamento del reproche de la acción y la omisión en el mismo plano por lo que hace no decisiva esta diferencia ya que a pesar de todo se trata de un comportamiento evitable. El que se trate de una acción o de una omisión depende de la forma casual en que se encuentre la organización del autor en el momento de presentarse la expresión de sentido. Para el Derecho (la imputación) da lo mismo que quien tiene que cuidar a un niño que no sabe nadar cerca de una alberca, lo tire al agua o que lo deje que caiga y no lo saque de la alberca, da lo mismo que quien maneja un auto y ve a su enemigo no

85 Jakobs G *Derecho Penal (50) Op Cit.*, p. 157.
86 Jakobs G., *Derecho Penal.. (50) Op Cit.*, p. 177

frene (omita frenar) y lo arroye o que pise el acelerador (actúe) persiguiendo el mismo objetivo

Otra consecuencia de los razonamientos expuestos es que sería posible que se presentara la participación en los delitos de omisión porque éstos no son entendidos como la falta de un suceso solamente "sino también –como- responsabilidad por un curso causal"[87].

Definitivamente lo reciente de estas formulaciones y la falta de su exploración representan una serie de consecuencias prácticas para el ejercicio del Derecho Penal. Por ejemplo el que un concepto como el del cuerpo del delito (que fue incluido nuevamente en nuestra legislación penal), de pie a que se cometan injusticias tales como el que una persona inocente pase uno o dos años en prisión tratando de demostrar su inocencia, siendo que pudo haberlo hecho desde la Averiguación previa, o el que al no tener una base teórica para entender los conceptos utilizados cada quien "interprete" la ley como mejor le convenga

87 Jakobs G , *Derecho Penal .(50) Op. Cit.*, p. 1029.

VII. CONCLUSIONES.

1.- El atraso que se vive en nuestro país respecto a la ciencia jurídico penal es muy notable y preocupante. Más en estos momentos en los que se a optado por ignorar a la teoría del delito para crear y aplicar las normas penales; así por ejemplo las reformas propuestas por importantes juristas mexicanos como Moisés Moreno Hernández en 1994, en las que se incluía criterios teóricos finalistas han sido modificadas de manera que se retoman conceptos como el de cuerpo del delito, que en su momento se consideraron obsoletos pero que ahora resultan aceptables. La pregunta que se hacen no pocas personas es porque sucede esto; por mi parte pienso que es porque no hay suficiente difusión de los cambios que ha sufrido la teoría del delito y por lo tanto no saben que hay más opciones factibles para ser utilizadas

2.- Ghünter Jakobs es un jurista Alemán que actualmente imparte sus cátedras de Derecho Penal en la Universidad de Bonn, Alemania, sustituyendo a quien fuera su director de tesis doctoral y maestro Hans Welzel, del que retoma varios conceptos para explicarlos de acuerdo a la función que tiene el Derecho Penal. Por ello se le ha considerado Funcionalista.

3.- El Funcionalismo al igual que todas las teorías del delito surge en Alemania con Claus Roxin y muy pocos juristas lo conocen y aceptan, en México es

prácticamente desconocido ya que la bibliografía con que se cuenta está en Alemán y las pocas traducciones que se han hecho no son muy accesibles y son realizadas fuera del país.

4.- El Funcionalismo Jurídico es una nueva corriente en materia penal cuyas bases fundamentales son explicar cada uno de los elementos del delito basándose en criterios puramente normativos, dejando a un lado la ontología que habia sido utilizada para explicarlos desde mediados del siglo vente.

5.- G. Jakobs fundamenta su explicación teórica del delito en la de sistemas de Niklas Lhumann Retoma muchas cosas importantes de ella como la de considerar al Derecho como un sistema autopoietico, es decir que es capaz de producir sus propios elementos contitutivos para su subsistencia, en el caso específico del Derecho, las normas jurídicas, por ello no necesita recurrir a otro tipo de conceptos como los ontológicos sino sólo los normativos; también el de no considerar a los seres humanos como partes del sistema social y por lo tanto del sistema jurídico.

6.- Dentro de su teoría la imputación pasa a formar parte del tipo objetivo, porque ahora primero se verificará si una conducta jurídicamente imputable va a ser considerada acción para el Derecho Penal.

7.- Lo que fundamentará el injusto penal será el incumplimiento de los roles sociales.

8.- G. Jakobs hace una división de los delitos en delitos de competencia por organización, en la que cualquier persona tiene la obligación de organizarse de tal manera que no afecte la organización de los demás debido a que debe cumplir con el rol social del ciudadano modelo y por lo tanto se le asignan expectativas que debe cumplir, y en delitos de competencia institucional en los que se tiene un deber especial debido a que la expectativa a cumplir es la protección de una institución jurídica.

9 - La finalidad del Derecho Penal ya no será tanto la protección de bienes jurídicos sino el restablecimiento del orden normativo, vigilando que se cumplan las expectativas sociales.

10.- Por lo anterior yo considero que sería viable incluir en nuestra legislación penal algunos de estos conceptos como ya se hace en Alemania, Suiza y otros países de Europa donde ya se utilizan prácticamente para la resolución de casos ante los Tribunales como ya se mencionó en el capítulo IV de éste trabajo, porque al igual que los conceptos finalistas fueron incluidos en nuestro Código Penal para el Distrito Federal en las reformas de 1994, y desafortunadamente fueron cambiados nuevamente en diciembre de 1999

sustituyéndolos y dejándolos como estaban antes de las reformas del 94, yo creo que pueden ser incluidos criterios funcionalistas, el problema es que primero hay que entenderlos y difundirlos (ese es uno de los propósitos fundamentales de este trabajo, por lo que, el cómo debe reestructurarse el Código Penal para incluir éstos conceptos ameritaría una tesis completa a manera de anteproyecto). Así que considero que no debemos cerrarnos a las opciones que nos presentan juristas de otros países porque si bien es cierto aunque su forma de organización social es diferente podemos utilizar sus adelantos doctrinarios adaptándolos a la nuestra, para no quedarnos al margen de lo que pasa en el mundo y que se siga considerando el sistema judicial de nuestro país como uno de los más deficientes.

11 - Finalmente yo considero que es importante estar al tanto de los avances que tiene la teoría porque como dice el Dr. Manuel A Abanto Vázquez en su nota introductoria del libro "La imputación objetiva en el Derecho Penal" de Claus Roxin: erróneamente se cree que la doctrina, no puede ser de mucha utilidad en el trabajo práctico de dar o buscar solución a casos penales. Nada más alejado de la verdad, si los fallos judiciales no son motivados con explicaciones doctrinarias, fácilmente puede caerse en la arbitrariedad. Si los jueces pudieran interpretar y aplicar las leyes solo basándose en los que ellos creen que ésta dice, se hace imposible controlar su labor judicial.

BIBLIOGRAFÍA.

Aristóteles, *Etica Nicomaquea*, México D.F., Editorial Porrúa,1996.

Bacigalupo Enrique, *Principios de Derecho Penal*, Madrid, España, Editorial Akal, 1990.

Bauman Junger, *Derecho Penal, conceptos fundamentales y sistema*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1981.

Beling Ernest, *Esquema del Derecho Penal*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1944.

Bustos Ramírez J., Larrauri Elena, *La Imputación Objetiva*, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1989.

Cancio Meliá Manuel, *Los Orígenes de la Teoría de la Adecuación Social*, Bogotá, Colombia, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1994.

- *Conducta de la víctima e Imputación Objetivo en el Derecho Penal*, Barcelona, España, Editorial Bosch, 1998.

Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos de Derecho Penal*, México D.F., Editorial Porrúa, 1996.

Corsi G , Esposito E., Baraldi G., *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, México, Editorial Universidad Iberoamericana, 1996.

Cuello Calón, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, España, Editorial Bosch, 1975

Ferrater Mora José, *Diccionario de Filosofía*, Tomo II, segunda edición, Madrid, España, Editorial Alianza, 1980

Ferreira Delgado F , *Teoría General del Delito*, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1988.

Gallas Wilhelm, *La Teoría del Delito en su Momento Actual*, Barcelona, España, Editorial Bosch, 1959.

Giorgi Rafael, *Filosofía del Derecho y Teoría de los Sistemas*, México, Editado por la ENEP Acatlán en Cuadernos de Posgrado, 1998.

Graf zu Dhonna, *La Estructura de la Teoría del Delito*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 1958.

Hartmann Nicolai, *Ontología III, la Fábrica del Mundo Real*, segunda edición México Editorial Fondo de Cultura Económica, 1986.

Hegel Frederich, *Filosofía del Derecho*, México D.F., Editorial Juan Pablos, 1998.

Jakobs Ghünter, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 1997

- *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Madrid, España, Editorial Civitas S A., 1996.
- *Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi, 1998.
- *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, Madrid, España, Editorial Civitas S A , 1996.

Jescheck Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Barcelona España, Editorial Bosch, 1994.

Liszt Franz von , *La Idea del Fin en el Derecho Penal*, México D F., Editorial Universidad de Valparaiso de Chile - UNAM, 1994.

- *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, España, Editorial Reus, 1928.

López Betancourt Eduardo, *Teoría del Delito*, México D.F., Editorial Porrúa, 1997

Luhmann Niklas, *Fin y Racionalidad en los Sistemas*, Madrid, España, Editorial Nacional, 1983.

- *La Ciencia de la Sociedad*, México, Editorial Universidad Iberoamericana, 1996.
- *Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo*, México D.F , Editorial Universidad Iberoamericana, 1997.
- *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Madrid, España Editorial Centro de Estudios Constitucionales,1983
- *Sistemas Sociales*, México D F., Editorial Alianza, 1991.

Mezger Edmundo, *Derecho Penal, Libro de Estudio*, México, D.F., Editorial Cárdenas, 1991.

- *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Madrid, España, Editorial Revista de Derecho privado, 1935.

Moreno Hernández Moisés y otros, *Hacia el Derecho Penal del Nuevo Milenio*, México D F., Editorial INACIPE, 1991.

Placencia Villanueva, *Teoría del Delito*, México D.F., Editorial U.N A.M., 1998.

Orellana Wiarco Octavio A., *Teoría del Delito, Sistema Causalista y Finalista*, México D.F., Editorial Porrúa, 1995

Roxin Claus, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Barcelona, España, Editorial Ariel S.A., 1989.

- *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, traducción del Dr. Manuel Abanto, Lima, Perú, Editorial IDEMSA, 1997.
- *Política Criminal y Estructura del Delito*, Barcelona, España, Editorial P.P U., 1992.
- *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Barcelona, España, Editorial Bosch, 1972.
- *Teoría del Tipo Penal;* Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1979.

Sainz Cantero José A , *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Barcelona España, Editorial Bosch, 1990.

Shünemann Bernar, *El Sistema Moderno del Derecho Penal, Cuestiones Fundamentales*, España, Editorial Tecnos S.A., 1991.

Valcárcel Amelia, *Hegel y la Ética*, Barcelona, España, Editorial Anthropos, 1988.

Vázquez Rangel Osiris, *Apuntes de la materia de Teoria del Delito*, México D.F., Grupo Cultural ICEL 1997-1998 (inéditos).

Watzlawik P., *El ojo del observador*, Barcelona, España, Editorial Gedisa, 1944

Welzel Hans, *Derecho Penal Alemán*, cuarta edición castellana, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

- *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Barcelona España, Editorial Ariel, 1964.

- *La Teoria de la Acción Finalista*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1951.
- *Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*, Argentina, Editorial Univesidad Nacional de Córdoba, 1962.

Wolfgang Frisch, *Tipo Penal e Imputación Objetiva*, Madrid, España Editorial Colex, 1995

Zaffaroni Eugenio R , *Manual de Derecho Penal Parte General*, México D.F., Editorial Cárdenas, 1991.

HEMEROGRAFÍA.

Baratta Alessandro, "Integración Prevención: Una Nueva Fundamentación de la Pena Dentro de una Teoría Sistemática", *Derecho Penal y Criminología*, Vol. VIII, No. 29, Colombia, Mayo - Agosto, 1986

Daza Gómez Carlos, "Evolución Doctrinal del Finalismo", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XLVI, No 209-210, México D.F., Septiembre - Diciembre, 1996.

Gimbernart Ordeig E., "Causalidad, Omisión e Imprudencia", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVII, Fascículo 3, España, Septiembre - Diciembre, 1994.

Jeschek H., "Nueva Dogmática Penal y Política Criminal en Perspectiva Comparada", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, España, Tomo XXIX, Fascículo 1, Enero - Abril, 1986.

Kaufmann Armin, "¿Atribución Objetiva en el Delito Doloso?", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, España, Tomo XXXVIII, Fascículo 3, Septiembre – Diciembre, , 1985.

Martínez Escamilla Margarita, "La Imputación Objetiva del Resultado, una Breve Aproximación", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XLIV, No. 197-198, Enero – Abril, 1994.

Molina Fernández Fernando, "El Concepto de Injusto en la Evolución de la Teoría Jurídica del Delito", *Revista Chilena de Derecho*, Chile, Vol. XXII, No. 2, Mayo – Agosto, 1995.

Torio López Angel, "Naturaleza y Ambito de la Teoría de la Imputación Objetiva", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España, Tomo XXIX, Fascículo 1, Enero – Abril, 1986.

Walter Ashton Peter, "La Evolución del Pensamiento Penal en Alemania", *Revista Chilena de Derecho*, Chile, Vol XXII, Mayo – Agosto, 1995.

Welzel Hans, "Causalidad y Acción", traducción de Conrado Finzi, *Revista Cuaderno de los Institutos*, Argentina, 1975.

- "Lo permanente y lo transitorio en la Ciencia del Derecho Penal", *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, México D.F., INACIPE, enero-junio, 1978.

LEYES CONSULTADAS.

Código Civil para el D.F. en materia común y para toda la República en materia Federal, México D F., Editorial Delma, 1999.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, México D.F., Editorial Sista S A. de C.V., 1999.

Código Penal para el Distrito Federal, México D.F., Editorial Sista S.A. de C.V., 1999.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México D F., Editorial Sista S.A de C V , 1999.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación