

30



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES CAMPUS ACATLAN

"LA TEORIA FUNCIONALISTA DEL DELITO"

295618

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: LLUVIA JASMIN AVILA VILLEGAS

ASESOR LIC. RAFAEL CHAVEZ LOPEZ



MEXICO, D. F.



AGOSTO 2001



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES Y HERMANAS

Por haberme permitido conocerlos, amarlos, estar a su lado en los momentos buenos y malos, por todo el apoyo que de ellos he recibido, por haber cumplido todos y cada uno de mis sueños y sobre todo por haberme dado la mejor familia que se pudiera desear.

AL LIC. RAFAEL CHAINE LOPEZ.

Por todo el apoyo brindado para la elaboración del presente trabajo, apoyo sin el cual éste no hubiera sido posible.

A MIS AMIGOS

Por brindarme su incondicional amistad y apoyo, sabiendo que podré contar con ellos toda la vida.

LA TEORIA FUNCIONALISTA DEL DELITO

INTRODUCCIÓN	01
--------------	----

CAPITULO I

LAS TEORÍAS NATURALISTAS DEL DELITO.

1.1.	El Causalismo Natural.	04
1.1.1	La aportación de Von Liszt	04
1.1.2	La aportación de Beling	10
1.1.3	La aportación de Von Buri	12
1.1.4	La aportación de Radbruch	13
1.2.	El Causalismo Teológico.	14
1.2.1	La aportación de Hegler	15
1.2.2	La aportación de M. E. Mayer	17
1.2.3	La aportación de Frank	19
1.2.4	La aportación de Goldschmidt	20
1.2.5	La aportación de Freudenthal	20

CAPITULO II

LA TEORÍA FINALISTA DEL DELITO.

2.1	El Finalismo.	
2.1.1	Antecedentes de Weber	23
2.1.2	Antecedentes de Grab Zu Dohna	24
2.2.	El concepto finalista de la acción.	24
2.2.1	Base Filosófica	25
2.2.2	Estructura objetiva y subjetiva de la Acción	27

2.2.3	Repercusiones en el concepto de tipo	28
2.2.4	Repercusiones en el concepto de error	31
2.3.	Las aportaciones de Roxin.	33
2.3.1	Relación entre Teoría del Delito y Política Criminal	33
2.3.2	La función del Tipo	34
2.3.3	La función de la antijuridicidad	36
2.3.4	La función de la culpabilidad	36

CAPITULO III

LA TEORÍA FUNCIONALISTA DEL DELITO.

3.1.	La teoría normativa del tipo.	38
3.1.1	El tipo subjetivo como dolo.	43
3.1.2	El tipo subjetivo como culpa.	56
3.2.	Teoría del riesgo.	67
3.3.	Riesgo permitido.	68
3.4.	El principio de confianza.	75
3.5.	La prohibición de regreso.	77
3.6.	La competencia de la víctima.	82
3.7.	La realización del riesgo en supuestos de concurrencia de riesgos.	87

CAPITULO IV

PRINCIPALES APORTACIONES DE LA TEORIA FUNCIONALISTA DEL DELITO

4.1	La Importancia del Roll.	92
-----	--------------------------	----

4.1.1	La imputación por organización	92
4.1.2	La imputación derivada de un deber institucional	96
4.2	Las posibles contribuciones de la Teoría Funcionalista al Derecho Penal Mexicano.	99
CONCLUSIONES		102
BIBLIOGRAFÍA		105

I N T R O D U C C I O N

El presente trabajo desarrolla el tema de la imputación objetiva que en la perspectiva de Günter Jakobs no solo se limita al nexo de causalidad sino a todo el tipo objetivo. Para ello se agrupan una serie de categorías desarrolladas a lo largo del siglo XX y se les unifica en un sistema que se aparta de los lineamientos del finalismo y que sin considerar razones ontológicas pretende dar solución a problemas irresueltos por las diversas teorías del delito.

La teoría funcionalista del delito, desarrollada a partir de la década de los 70's, plantea que - en principio- solamente las conductas que exceden el "riesgo permitido" pueden contemplarse como típicas ya que en la sociedad se vive desarrollando diariamente una serie de actividades cotidianas que sería imposible llevar a cabo sino se aceptara cierto margen de riesgo, es por ello que una defensa absoluta de los bienes jurídicos traería como consecuencia la paralización de la sociedad.

Entre los autores que defienden el funcionalismo no existe unanimidad en cuanto al alcance y los detalles de las categorías que se aplican para determinar si estamos ante un hecho "objetivamente imputable", y entre todos ellos el más radical es precisamente Jakobs, que ha sido tomado como base para la elaboración del presente trabajo porque plantea una identificación entre la Teoría de la Imputación Objetiva y la realización del tipo objetivo y porque su teoría retoma aportaciones del finalismo, ya que Welzel fue su maestro, y la entremezcla con las ideas de Roxin, en el plano jurídico, apartándose de la línea ontológica trazada por Welzel. A lo anterior hay que agregar que el punto de partida es una nueva concepción de la sociedad que permite llegar a resultados más provechosos que las otras teorías.

En virtud de que el Derecho Penal al igual que todas las ciencias sigue cambiando y evolucionando, no podemos dejar de prestar atención a los desarrollos que se llevan a cabo en otras latitudes. Si bien - como lo señala Cerezo Mir - "no podemos limitarnos a leer bibliografía extranjera, pero tampoco podemos, encerrarnos en nosotros mismos". Se está viviendo la construcción de una nueva Teoría del Delito y no podemos automarginarnos de la discusión y de la posibilidad de aportar aunque sea, una mayor difusión de la misma.

CAPITULO I

LA TEORIA CAUSALISTA DEL DELITO

1.1. EL SISTEMA CAUSALISTA NATURAL

1.1.1. LA APORTACIÓN DE VON LISZT

La moderna teoría del delito nace en Alemania, apenas a finales del siglo XIX, cuando Franz Von Liszt logra unificar en una teoría para el Derecho Penal una serie de propuestas y descubrimientos que se habían presentado a lo largo de todo el siglo XIX en el Derecho Civil.

En su tratado de Derecho Penal de 1881, Von Liszt propuso dividir al delito en dos partes: una parte objetiva y otra subjetiva. Esta forma de contraponer a lo objetivo lo subjetivo es tomada de Von Ihering, que en 1867 publicó una obra que versaba sobre los momentos de la culpabilidad en el Derecho Privado Romano y en la cual distinguía frente a la culpabilidad una "antijuridicidad objetiva"¹ De ésta forma el eje central de la propuesta de Von Liszt es el binomio objetivo / subjetivo.

No se puede pasar por alto que en esa época, la influencia del positivismo había logrado entrar en el Derecho, por lo que se procuraba justificar su campo de estudio, aduciendo que se trataba de algo a lo que se podían aplicar los métodos de investigación de las ciencias naturales. Esto es lo que lleva a considerar a la acción delictiva como un mero detonador de

¹ Welzel H. *Derecho Penal Alemán*, Chile, Edit. Jurídica de Chile. 1993 p. 46

acontecimientos causales, como un movimiento corporal que desencadena un resultado.

Con estos elementos se elabora la teoría de Von Liszt, quien define al delito como "el acto culpable contrario al derecho"². Esta es la primera vez que se esbozan los elementos del delito que ahora nos son tan familiares:

- Acción
- Antijuridicidad
- Culpabilidad

Entre estos tres primeros elementos, la línea que divide lo objetivo de lo subjetivo se traza entre la antijuridicidad y la culpabilidad, con lo que se afirma que todos los elementos subjetivos que pueda presentar el delito se encuentran en la culpabilidad, mientras que lo objetivo está comprendido por el injusto (acción y antijuridicidad).

Para el causalismo natural, la acción es entendida como un mero movimiento corporal que desencadena un resultado prohibido por la ley. La acción sólo es un proceso causal si esto se puede atribuir a una voluntad humana, independientemente del contenido de la voluntad, ya que el contenido de esa voluntad forma parte del objeto de estudio de la categoría de la

² Von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid España, Edit. Reus, 1926, p. 252.

culpabilidad. Acción es, pues, un movimiento corporal voluntario, Von Liszt la define como la causación de un resultado³ o más exactamente:

“Es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impidente de un cambio en el mundo externo. La idea de acto supone, en primer término una manifestación de 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”⁴.

Con esta definición se pretendía dejar fuera del concepto de acción a los actos reflejos, a los movimientos realizados bajo el influjo de una fuerza física irresistible y los realizados bajo coacción psicológica, para que así este concepto sirviera como un filtro de los hechos penalmente relevantes.

La omisión era tratada marginalmente como la no evitación voluntaria de un resultado.

³ Von Liszt... *Ob. Cit.* p. 292

⁴ Citado por Plascencia Villanueva Raúl, *Teoría del Delito*, México D.F., Edit. UNAM, 1998, p. 48.

El siguiente elemento del delito es la antijuridicidad, que consiste en la contravención del Derecho que además lesiona o pone en peligro bienes jurídicos. La antijuridicidad se entendía como algo objetivo, porque la lesión de bienes jurídicos es algo captable por los sentidos y aunque para averiguar si existió una trasgresión jurídica es necesario hacer una valoración, ésta se lleva a cabo siempre con el mismo criterio y limitándose a lo establecido en la ley penal, es decir, que ésta valoración se encuentra perfectamente determinada en la ley y siempre serán aplicables los mismos criterios.

Von Liszt en su decimoctava edición de su tratado, que es el que se encuentra traducido al español, hace ya una diferencia entre la antijuridicidad formal y la material, señalando lo siguiente:

“El acto es formalmente contrario al derecho, en tanto que es trasgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. El acto es materialmente ilegal en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad”⁵

De ésta forma se le da un contenido material a la antijuridicidad, que consiste en la dañosidad social. “En la antijuridicidad se va a hacer una valoración del hecho típico para determinar si esta conducta a pesar de ser

⁵ Von Liszt... *Ob Cit.* p. 324.

típica, representa o no algo tolerable para la sociedad, según los criterios que el derecho penal determina”⁶

Además del balance que se realiza sobre el hecho causalmente acaecido, sobre la lesión del bien jurídico protegido, es necesario determinar si también se presenta una relación subjetiva entre el autor y el hecho acaecido, siendo esto lo que se analiza en la categoría de la culpabilidad.

Tras haber afirmado la antijuridicidad, se pasa al análisis de la culpabilidad, pero no sin antes determinar si el autor es imputable. La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad.

La imputabilidad es la facultad del autor para comprender y poder determinarse, según las normas jurídicas, en otras palabras, es la capacidad de comportamiento socialmente adecuado. Esta capacidad debe de estar presente en el momento de la comisión del hecho y es claro que no se presenta esta capacidad en los casos de ciertos trastornos mentales y en el retraso mental; incluso considera Von Liszt a la sordomudez como un caso de retraso mental.

Una vez afirmada la imputabilidad, se analiza inmediatamente la culpabilidad del autor que es “la relación subjetiva entre el acto y el autor”⁷, es

⁶ Vázquez Rangel O., *Idem*.

⁷ Von Liszt... *Ob. Cit.* p. 375

decir, el nexo psicológico que une al autor con el hecho. A esta concepción se le conoce como "Teoría psicológica de la culpabilidad".

La culpabilidad puede presentar dos formas: dolo o culpa. La primera es la forma más grave y por tanto le corresponde una culpabilidad mayor, mientras que a la culpa sólo se le considera como la especie menos grave de la culpabilidad.

El dolo consiste en el nexo psicológico que incluye el conocimiento de las circunstancias del hecho, es decir, cuando el autor se propuso el resultado y por ello le era conocido, o bien, previó el resultado aún sin habérselo propuesto y por tanto también le era conocido. Además, el dolo incluye la conciencia de la ilegalidad del hecho, aunque para Von Liszt esto no es una característica esencial del dolo, porque de aceptarse, se tendría que negar el dolo cuando el autor suponga erróneamente que el hecho no está prohibido, y de esta manera desconozca el carácter ilícito del hecho. Esto, siguiendo el principio de que la ignorancia de la ley nadie beneficia *-ignorancia non excusat-*.

Según lo anterior, dolo es "la representación del resultado que acompaña a la manifestación de la voluntad"⁶⁸.

Por otra parte, la culpa se presenta cuando el autor actúa con falta de precaución y previsión; en este caso el autor desconoce la significación

antisocial del hecho "a causa de su indiferencia frente a las exigencias de la vida social"⁸ y por ello actúa culpablemente siempre que le haya sido posible conocer ese significado antisocial.

Desde esta perspectiva, la culpa viene a ser un remanente de culpabilidad cuando no se le puede reprochar al autor el haber actuado dolosamente porque no se representó el resultado acaecido y por tanto no tenía conciencia de la realización típica. Si ésta falta de conocimiento del resultado o de la antijuridicidad del hecho le era evitable al autor, estamos en el caso del delito culposo, de no ser así, se tratará de un caso fortuito.

1.1.2. LA APORTACIÓN DE BELING

Para completar este sistema, Beling incorpora en 1906 el concepto de "tipo" para que el delito sea entendido como acción típica, antijurídica y culpable. A partir de ese momento y hasta la fecha, estos son los elementos del delito aunque cada autor le asigne un contenido diverso, dependiendo tanto de la teoría dominante como de las aportaciones individuales de los juristas.

Esta misma perspectiva la tenía Beling cuando define a la acción como:

⁸ Von Liszt... *Ob. Cit.* p. 398.

⁹ Von Liszt... *Ob. Cit.* p. 420

“Todo comportamiento corporal (fase externa, objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de enervación muscular, voluntariedad, fase interna, subjetiva de la acción) consistente en un hacer (acción positiva), esto es, un movimiento corporal, o en un no hacer (omisión), esto es, distensión de los músculos”¹⁰

Por otra parte, cuando en 1906 se incorpora el concepto de tipo, Beling se apresura a determinar sus características. Para empezar, señala que no hay delito sin tipo y que el tipo consiste precisamente en la descripción que hace la ley de una conducta conminada con una pena.

Hasta antes de Beling se hablaba del tipo (Typus) como el conjunto de los presupuestos de la pena, es decir, de todos los elementos del delito. Pero lo que Beling plantea es sólo un elemento más del delito consistente en el “supuesto del hecho prohibido” que él denomina tipo (Tatbestand), dejando el término de Delikstypus para el conjunto de los elementos del delito. “A éste Delikstypus ahora se le conoce como tipo garantía o tipo en sentido amplio para diferenciarlo del Tatbestand de Beling que significa “la condición o calidad del hecho”, ya que ésta palabra alemana está compuesta por el prefijo *Tat*, que significa “hecho” y por la palabra *Bestand* que significa “estado de” o

¹⁰ Citado por Plascencia... *Ob. Cit.* p. 51

"existencia", y ahora se le conoce como tipo en sentido restringido o tipo sistemático"¹¹.

Beling le asignaba al tipo dos características primordiales para poder diferenciarlo tanto de la antijuridicidad como de la culpabilidad. Primeramente, el tipo tiene que ser -dice Beling- objetivo y con ello ratifica la separación objetivo/subjetivo, porque la descripción de la conducta prohibida versa sobre un hecho real, captable sensorialmente. Con éste primer requisito de objetividad, marca la diferencia con la culpabilidad que es subjetiva.

Además de la objetividad, el tipo es "neutro", valorativamente hablando, o sea, que las valoraciones se realizan en la categoría de la antijuridicidad y no en el tipo, ya que éste es puramente objetivo, no valorativo y con ello evita ser asimilado en la antijuridicidad que siempre presupondría la realización típica.

1.1.3. LA APORTACIÓN DE VON BURI

La aportación que realizó esta primera teoría del delito, fue la de entender al tipo como una mera causación y esto basándose en la teoría de la equivalencia de las condiciones establecida por Von Buri en 1873, quien

¹¹ Vázquez Rangel Osiris, *Apuntes inéditos de su cátedra de Teoría del Delito 1998-I* en el Grupo Cultural ICEL. Mex. D.F.

consideraba que todas las condiciones que se habían dado para un resultado eran equivalentes.

Sin esta aportación de Von Buri, no hubiera sido posible mantener el sistema causalista que encontraba en la acción -que había sido condición para un resultado- el fundamento objetivo de la imposición de la pena, si el autor era hallado culpable a título de dolo o culpa.

1.1.4. LA APORTACIÓN DE RADBRUCH

A ésta concepción del delito elaborada por Von Liszt y completada por Beling, también se sumaría Radbruch, quien compartía el concepto causal de acción que es lo que caracteriza a esta teoría. Radbruch afirmaba que "hay que adoptar aquél 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 cual era el contenido del querer"¹².

Esta manera de entender el delito ha variado desde que se expuso por primera vez, aunque se mantienen como elementos del delito a la acción en sentido amplio (conducta), el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad.

¹² Welzel H... *Idem*.

1.2. EL SISTEMA CAUSALISTA TELEOLOGICO

Después de la aparición del sistema de Liszt-Beling-Radbruch, se reacciona al formalismo y naturalismo de esa propuesta teórica, anteponiéndole la filosofía de los valores del sudoeste alemán, rescatando la idea que señalaba la imposibilidad de derivar del ser un deber ser.

Desde esta nueva perspectiva, el pensamiento penal se encamina a reconocer la necesidad de incluir más criterios normativos, para poder explicarse el fenómeno jurídico del delito. No hay que olvidar que el positivismo italiano imperante hasta antes de la propuesta causalista, hacía parecer al delito como un fenómeno digno de ser estudiado por ciencias como la medicina (Lombroso era médico), la sicología, la psiquiatría, la sociología, etc., y que ésta inercia positivista dentro de las ciencias jurídicas impacto profundamente. Lo que ahora se plantea es una perspectiva más jurídica, más valorativa-normativa.

Dentro de ésta reordenación normativa, se revisa todos los elementos del delito que se habían precisado por el causalismo.

En cuanto al concepto de acción, sería el propio Radbruch quien señalaría que no es posible la reunión de la acción y la omisión en un

supraconcepto común, por lo que propuso utilizar el concepto de "realización típica" como base de la estructura de la teoría del delito.

En cuanto a la omisión, se logra establecer que no puede haber causalidad, ya que la nada, nada produce, es decir, el no hacer no puede producir o causar algo. "La explicación de la omisión no se encuentra en un nexo causal, sino en un nexo normativo"¹³

Una omisión es no hacer algo que manda la ley, por lo que primero debe de existir la ley, la norma; sólo después de la norma se puede determinar si no se ha actuado conforme a ella.

1.2.1. LA APORTACIÓN DE HEGLER

En la categoría del "tipo" se hacen una serie de señalamientos que irían resquebrajando la división objetivo/subjetivo.

Fischer y Hegler en 1911 y 1915 hacen notar la presencia de ciertos elementos subjetivos dentro del tipo, como lo es *el propósito* de obtener un rescate en el caso del delito de secuestro. Es éste propósito o intención lo único que permite distinguir el mismo comportamiento objetivo de privación ilegal de

¹³ Vázquez Rangel... *Idem*.

la libertad o rapto del secuestro. En estos tres casos se priva de la libertad a una persona, sólo que en el rapto la intención de esa privación de la libertad es satisfacer alguna finalidad sexual, cosa que no sucede con el secuestro, en donde no existe ninguna finalidad sexual sino económica o bien obtener algún beneficio diverso, pero nunca algo sexual.

Estas exigencias de cierto ánimo, intención o propósito, son elementos exigidos para poder determinar la tipicidad de la conducta, por lo que si no se presentan en la realidad junto con los elementos objetivos que exige el tipo, no se cumplen todas las exigencias que la ley pide y por lo tanto, tendrá que afirmarse la no existencia de una acción típica.

A esto hay que añadir que en los delitos que quedan en tentativa, lo que se castiga es la *intención* de cometer el delito, es decir, el dolo. Mezger señala que el dolo forma parte del tipo del injusto y no de la culpabilidad, en los delitos que quedan en tentativa como una excepción, porque según él el dolo forma parte de la culpabilidad.

Con estos descubrimientos se destruye la idea de que el tipo es puramente objetivo y que todo lo subjetivo se encuentra en el cajón de la culpabilidad.

1.2.2. LA APORTACIÓN DE M. E. MAYER

Además de quedar claro que también hay elementos subjetivos en algunos tipos, se descubren ciertos elementos que no son ni objetivos, es decir, captables por los sentidos, ni subjetivos. Estos elementos requieren de una valoración para poder determinar si se presentan en la realidad. Son requisitos que aparecen en la ley y por ello son típicos, pero como al presentarse la conducta descrita, éstos elementos no se captan por un observador sin hacer sobre ellos un juicio valorativo-normativo; a estos elementos se les denomina elementos normativos del tipo y fueron descubiertos por M. E. Mayer.

Estos elementos como la "ajenidad" de la cosa en el tipo de robo, o la disposición "sin permiso", se encuentran en diversos tipos como en el fraude, que requiere el hacerse "ilícitamente" de alguna cosa (a. 386 del Código Penal para el D.F., C.P.D.F.), o el traspasar una negociación "sin autorización" (a. 387 fracción XIV del C.P.D.F.), etc., dejando demostrado que estos elementos normativos pertenecen al tipo, es decir, a la descripción de la conducta prohibida y no a la antijuridicidad, que era el lugar dentro del sistema causalista natural donde se elaboraban o llevaban a cabo las valoraciones.

Los descubrimientos de estos elementos llevaron a M. E. Mayer a considerar que el tipo representa el fundamento de la antijuridicidad y con ello se vuelve difícil trazar la frontera entre el tipo y la antijuridicidad, aunque se

trataba de mantener la idea del tipo propuesta por Beling y solo se aceptaba que había "cuerpos extraños dentro del tipo penal valorativamente neutro"¹⁴.

Varios juristas realizan un ajuste a la teoría del delito y Mezger entre ellos, se refería a la parte objetiva del delito como "tipo del injusto", mientras que W. Sauer le llama "antijuridicidad típicamente acuñada"¹⁵, realizando una "fusión" entre el tipo y la antijuridicidad.

Esta teoría establece que las causas de justificación que se examinan en la antijuridicidad son causas que de presentarse en la realidad, no sólo excluyen la antijuridicidad, sino la tipicidad ya que el tipo y la antijuridicidad representan una sola unidad (llamada teoría de los elementos negativos del tipo) .

Desde ésta perspectiva, el tipo del injusto presenta un primer momento positivo en donde se analizarán si concurren los elementos que afirman el tipo del injusto, tras lo cual se procede al análisis de un segundo momento negativo, en el que se determina si se encuentra presente una causa de justificación que excluirá al tipo del injusto.

Otro cambio definitivo dentro de la antijuridicidad, sería el dotarla de un contenido material, que aunque ya se citó que Von Liszt alcanzó a conocer e

¹⁴ Mayer M.E. citado por Roxin C. *Teoría del Tipo Penal*, Buenos Aires Argentina, Edit. Depalma, 1979, p. 62.

¹⁵ Roxin C. *Teoría del Tipo... Ob. Cit.* p. 62.

incorporar este adelanto en la ciencia penal, no sería sino hasta ésta etapa, cuando se consolidaría esta idea que determina el contenido del injusto como un daño a la sociedad.

1.2.3. LA APORTACIÓN DE FRANK

Por otra parte, en lo concerniente a la culpabilidad, también se presentan una serie de cambios. Para 1907 Frank plantea que en la culpabilidad también se lleva a cabo un juicio de valor, es decir, una valoración que aunque recae sobre el autor y no sobre el hecho, no deja de ser lo que es un juicio donde se valora el proceder del autor. A esto Frank lo denomina *reprochabilidad*. La culpabilidad es un juicio de reproche.

En la culpabilidad se le reprocha al autor el haber obrado en forma diferente a la debida y jurídicamente correcta. Así, la libertad pasa a jugar un papel importante, ya que si el autor tiene libertad para elegir y es capaz de una adecuada motivación, será considerado como culpable.

1.2.4. LA APORTACIÓN DE GOLDSCHMIDT

Goldschmidt estableció seis años después, que lo que se le reprocha al autor, es el no haberse comportado como le era debido, es decir, se le reprocha el haber infringido una norma de deber; la idea de este autor es que hay dos clases de normas diferentes que se vulneran a la hora de cometer un delito. Mientras que la realización del injusto representa una violación a una norma de derecho, la culpabilidad representa una violación a una norma de deber. En el primer caso se analiza el daño que ha causado el autor del delito, mientras que en el segundo se analiza si el agente tenía el deber en su situación concreta de evitar el hecho injusto.

1.2.5. LA APORTACIÓN DE FREUDENTHAL

Este cuadro lo termina Freudenthal en 1922, quien agrega que el reproche sólo se presenta cuando al autor le era exigible un comportamiento ajustado a Derecho. Así se le agrega otra característica a la culpabilidad. "La exigibilidad".

A pesar de todos estos cambios, la inercia impide a algunos juristas aceptarlos sin más, sino que sin deshacerse la concepción psicológica, sólo se agregan a los elementos ya existentes (dolo y culpa), la reprochabilidad y la

exigibilidad. Este concepto híbrido de culpabilidad constituido por elementos psicológicos-subjetivos y normativos solamente sirvió como transición a una teoría puramente normativa despejada de elementos subjetivos.

El hecho es que a partir de las aportaciones de Frank-Goldschmidt y Freudenthal, la culpabilidad ya nunca sería entendida como un mero nexo psicológico entre el autor y su hecho, sino que toda definición dirá algo similar a que "la culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor, por el hecho punible que ha cometido"¹⁶

¹⁶ Mezger E., *Der. Penal. Parte Gral. Libro de Estudio*. México D.F., Edit. Cárdenas, 1991, p. 189.

CAPITULO II

LA TEORÍA FINALISTA DEL DELITO

2.1. EL FINALISMO

Los diversos descubrimientos acaecidos durante el período neocausalista, obligan a una reformulación integral de la teoría del delito. Dos propuestas interesantes fueron presentadas por H. Von Weber en 1929 y por Alexander Zu Dohna en 1936.

2.1.1. ANTECEDENTES CON WEBER

Weber compartía la idea de fusionar al tipo con la antijuridicidad y formular un tipo del injusto pero con dos partes: una objetiva y otra subjetiva, mientras que la culpabilidad sería total y absolutamente normativa. Esta conclusión es elaborada debido a que se realizó un análisis de los tipos de la parte especial del código penal y observándose en tal estudio que en algunos casos se describen resultados y ello es lo que se prohíbe, mientras que en otros, lo que se describe son conductas, acciones, que se deben de evitar o de realizar (en el caso de los delitos de omisión). En este último supuesto (el de la descripción de acciones) el tipo exige la inclusión de la finalidad en el tipo y ello significa que se incluya el dolo en el tipo debido a que si no se hace de esa manera no es posible saber de que acción se trata.

2.1.2. ANTECEDENTE CON GRAF ZU DOHNA

Para Dohna el tipo no podía confundirse con la antijuridicidad, aunque sí presentaba una parte objetiva (tipo objetivo) y otra subjetiva (tipo subjetivo). En ésta estructura compleja del tipo, éste autor consideraba que el objeto sobre el que recaía la valoración de la antijuridicidad, no era el tipo en su totalidad, sino solamente la parte objetiva del tipo, ya que la parte subjetiva era valorada por la culpabilidad.

Es en este ambiente en el que se plantea la necesidad de concebir al tipo con componentes tanto objetivos como subjetivos y los problemas del contenido de la culpabilidad; cuando hace su aparición Hans Welzel para plantear una solución a los nuevos problemas que proponían los avances de la dogmática penal.

2.2 EL CONCEPTO FINALISTA DE ACCIÓN

En el año de 1939 Welzel publica un artículo titulado "Estudios sobre el sistema del Derecho Penal", en el que da las bases de un nuevo sistema que desarrollaría un año después en su obra "Derecho Penal Alemán".

El punto de partida de Welzel es el concepto de acción. A la pregunta ¿Qué es una acción?, hay que responder lo que es una acción, pero una *acción humana* y por tanto dejar fuera del concepto de acción todo aquello que no corresponda a una acción humana. En segundo lugar, hay que considerar como elementos de la acción a todas aquellas características que la conforman y no sólo las que el derecho vigente requiera, es decir, para determinar si nos encontramos frente a una acción, nos debemos de ceñir a constatar si se presentan o no las características que definen a la acción, antes de pasar a analizar su trascendencia jurídica.

2.2.1. BASE FILOSÓFICA

Welzel lo que propone es un concepto "natural" de acción, un concepto "prejurídico" que él denomina *ontológico* porque se apega únicamente al "ser de la acción".

Resultado de éste planteamiento, es la conclusión de que la acción está conformada por elementos tanto objetivos como subjetivos, ya que la acción no solamente es la manifestación de la voluntad, sino la voluntad misma, que es el querer, y éste exige como condición previa el conocer qué es lo que se quiere. Welzel considera que el actuar humano siempre está dirigido por un fin (*telos*),

es por ello que un principio a su teoría se le denominó “teleológica” y posteriormente “finalista”.

Los antecedentes de éste planteamiento se encuentran ya en Aristóteles, que consideraba que sólo podía hacerse responsable de sus actos a quien había obrado voluntariamente porque “todo el que hace lo hace por un fin”.¹⁷ Ideas similares se encuentran en Hegel y en N. Hartmann.

Las consecuencias para la teoría del delito de esto que era ya sabido pero mal utilizado, era que si la acción es una unidad de elementos objetivos y subjetivos, no se explica por qué sólo se consideraban como pertenecientes a la acción los elementos objetivos y se relegaban a los subjetivos al cajón de la culpabilidad, cuando su ubicación natural era la propia acción, porque la acción siempre y en todo caso es una *actividad final*, porque las personas siempre que actúan lo hacen de acuerdo a fines para los cuales eligen los medios adecuados y los ponen en movimiento siempre con la conciencia del fin¹⁸. La actividad humana no sólo es causal, también es final, entendiendo que no hay una acción final “en sí”, sino acciones finales “en relación con las consecuencias comprendidas por la voluntad de realización”¹⁹.

¹⁷ Aristóteles, *Obras Completas*, Madrid España, Edit. Aguilar, 1982, p. 403.

¹⁸ Welzel H.,... *Ob. Cit.*, p. 37.

¹⁹ Welzel H., *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Madrid España, Edit. Ariel, 1964 p. 28.

Con esto se quiere decir que existe una acción final de matar, si la finalidad de quien actúa es privar de la vida a otro o que se presenta la acción final de robar, cuando la finalidad del autor es apoderarse de un bien mueble ajeno, sin derecho y sin consentimiento de quien puede legítimamente otorgarlo.

2.2.2. ESTRUCTURA OBJETIVA Y SUBJETIVA DE LA ACCIÓN

Para Welzel la acción se compone de dos etapas que sólo pueden separarse de manera conceptual y que contienen los siguientes elementos:

“a) La primera transcurre totalmente en la esfera del pensamiento.

Empieza con:

- La anticipación (el proponerse) del fin, que el autor quiere realizar. De ello sigue -a partir del fin.
- La selección de los medios de la acción para la consecución del fin...
- La consideración de los efectos concomitantes...

b) La segunda etapa de la dirección final se lleva a cabo en el mundo real. Es un proceso causal en la realidad, sobredeterminado por la definición del fin y los medios en la esfera del pensamiento...”²⁰.

²⁰ Welzel H., *Derecho Penal... Ob. Cit.*, p. 40, 41 y 42 .

2.2.3. REPERCUSIONES EN EL CONCEPTO DE TIPO

Por todo lo anterior, se comprende que el concepto de acción para el derecho penal ahora es distinto y prejurídico y que como consecuencia, es la acción en su totalidad, la que debe de valorarse por la antijuridicidad y es claro que si la acción es típica, entonces toda la acción y no solo su parte objetiva, forman parte del tipo.

La parte objetiva del tipo seguirá siendo la manifestación de la voluntad que desencadena un nexo causal y obtiene así un resultado material o la puesta en peligro de un bien jurídico, pero en el caso de los delitos dolosos, el dolo formará parte del tipo como elemento subjetivo, ya que es éste dolo el que guía a la manifestación de la voluntad y dentro de sus posibilidades, al nexo causal.

Se establece de ésta manera, que para afirmar la tipicidad, se requiere tanto de un resultado disvalioso, como de una acción disvaliosa, independientemente del resultado. De ésta forma se explica en una manera legítima el que en los delitos que quedan en tentativa, lo que se pune es la acción disvaliosa y no un resultado que no se produjo.

Además de lo anterior, se fundamenta el concepto de "injusto personal", ya que el hecho típico no es algo abstracto, sino una acción que le es atribuible a un autor determinado, por lo que incluso el mismo hecho típico se valora (en

forma negativa) de manera diversa si lo comete un servidor público, un indigente o un sacerdote.

El dolo ya como elemento subjetivo del tipo, es definido por Welzel como "la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito"²¹, de tal manera que cuando la finalidad del autor sea cometer alguna de las conductas que se encuentran descritas en los tipos, estará actuando con una finalidad típica o con dolo.

El dolo debe de contener un elemento cognitivo y otro volitivo. Es decir, que para afirmar el primer elemento, hay que constatar que se tiene "el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal"²², mientras que para afirmar el elemento volitivo, se requiere que se tenga la voluntad no condicionada de realizar el tipo.

Esta voluntad de realización se dirige tanto a la finalidad típica, como a los medios elegidos para la obtención del fin y a los resultados secundarios, si fueron reconocidos por el autor como parte del hecho.

Además del dolo, algunos tipos exigen otros elementos subjetivos como lo son el que se realice el tipo solo como medio para una finalidad que se

²¹ Welzel H., *Derecho P.... Ob. Cit.*, p. 77.

²² Welzel H., *Derecho P... Ob. Cit.*, p. 78.

obtendrá posteriormente, o algunos momentos especiales del ánimo del autor, como que actúe por "motivos depravados" o con "brutal ferocidad".

En general estos elementos subjetivos diversos al dolo se identifican dentro de los tipos cuando aparecen las palabras "con la intención de", "con el objeto de", "con la finalidad", etc.

Como consecuencia de éste planteamiento, Welzel también desarrolla una teoría para explicar la autoría que denomina "teoría del dominio del hecho", ya que si el injusto es personal y el hecho debe de estar dirigido por la voluntad, entonces el autor debe de tener el control de la situación. Debe de tener la posibilidad de dirigir el desarrollo del hecho.

Sólo es autor quien determina finalmente el hecho, y éste autor se puede valer de cualquier instrumento, incluso de otro ser humano al que manipula, si éste último desconoce el verdadero significado del hecho que es controlado por quien está detrás.

A pesar de estas aportaciones, el finalismo tuvo un punto débil. Su forma de explicar la culpa sufrió una serie de rectificaciones y sigue siendo algo discutible ¿Cómo se debe de tratar la situación que produce un resultado prohibido, si éste no era perseguido por la voluntad?.

Primeramente, Welzel planteó que la *evitabilidad* era la característica de la acción tanto dolosa como culposa, de tal manera que en el dolo se tiene una finalidad actual y en la culpa la finalidad sólo es potencial. Este punto de vista se modificó incluyendo "la falta de cuidado externo" que fue desarrollado por Engisch. Así se pone el acento en el disvalor de la acción que no se ajusta a un comportamiento modelo y deja de lado el disvalor del resultado como factor decisivo de los delitos culposos.

Actualmente esto sigue siendo discutible y los mismos finalistas proponen soluciones diversas, como es el caso de Struensee, quien sostiene que la culpa consiste en la conciencia de la falta de cuidado, con lo que el tipo subjetivo del delito culposo es "el dolo del delito imprudente", es decir, la conciencia de que se está alejando de la conducta modelo. Contando con el elemento cognitivo y el volitivo que caracterizan al dolo, pero sin perseguir el resultado.

2.2.4. REPERCUSIONES EN LA CONCEPCIÓN DEL ERROR

Son muchos los aportes de éste teoría finalista y para concluir sólo mencionare que el tratamiento del error también es replanteado y se hablará a partir de Welzel de error de tipo y error de prohibición. El primero consistirá en ignorar que está realizando un hecho típico, es decir, que el agente realiza la acción queriéndola realizar pero ignora que con ello esta realizando un tipo

penal porque se encuentra en un error. Es el caso de quien, por ejemplo, toma una valija que o es la suya y se la lleva a su casa pero en la creencia de que es la propia porque se trata de la misma marca y el mismo color. En el caso del error de tipo se excluye precisamente la tipicidad debido a que la persona actuó sin dolo. Al decaer el dolo, sólo basta averiguar si el agente tuvo la posibilidad de salir de su error, de ser así, entonces el error era vencible y por tanto no procede la exclusión de la tipicidad sino únicamente la atenuación de la pena.

Tratándose del error de prohibición, se excluye la culpabilidad debido a que la conciencia de la antijuridicidad no es entendida como un elemento del dolo sino de la culpabilidad y al no presentarse este elemento en la realidad, porque el autor ignoraba la existencia del tipo, o porque estaba en un error en cuanto a su alcance. En este supuesto se trata de un error de prohibición directo. Si el agente considera que su conducta está justificada pero ello no es así, entonces se encuentra en un error de prohibición indirecto.

En ambos casos el error puede ser vencible o invencible. En el primer supuesto es posible salir del error si se pone la atención, cuidado o interés suficiente, mientras que en el segundo caso no era posible salir del error.

2.3. LAS APORTACIONES DE ROXIN

2.3.1. RELACIÓN ENTRE TEORÍA DEL DELITO Y POLÍTICA CRIMINAL

En 1970 Claus Roxin publicó su "Política criminal y sistema del derecho penal". En éste libro propone que los contenidos de la estructura del delito deben de explicarse en virtud de la función que debe cumplir el Derecho Penal. Es ésta función la que determina el contenido de cada uno de los elementos del delito.

Roxin considera que los fines y contenidos sociales del derecho penal se encuentran en la política criminal y que por lo tanto, es la política criminal la que configura los contenidos de la teoría general del delito, porque cuando los tribunales tienen que resolver sobre la forma de reacción que debe tener el sistema penal en el caso, por ejemplo, de quien es víctima de un ataque antijurídico; si se debe rehuir el ataque o se le permite la defensa, es una decisión que pretende solucionar de la forma más justa y flexible los conflictos sociales.

La propuesta consiste en permitir la entrada de criterios valorativos político criminales en el derecho penal, para evitar soluciones que sean

sistemáticamente correctas, pero injustas. A decir de Roxin “un orden estatal sin una justicia social, no forma un estado material de derecho”²³.

Este autor considera que la separación de la dogmática de la política criminal, hace que el derecho penal se aparte de la realidad social. Por ello considera que una sistematización adecuada que pretenda explicar o conformar una teoría del delito, debe de cumplir con tres requisitos:

- Claridad y ordenación conceptual
- Referencia a la realidad
- Orientación a finalidades político criminales

2.3.2. LA FUNCIÓN DEL TIPO

Teniendo esto en mente, se concluye que la función del tipo es la de cumplir con el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. El tipo tiene la función de establecer qué es lo que se prohíbe. Para cumplir éste cometido el legislador se vale de dos métodos.

a) Describiendo las acciones que se prohíben de la forma más exhaustiva posible, lo que incluye tanto aspectos internos como externos, ya

²³ Roxin C., *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*, Barcelona España, Edit. Bosch, 1972 p. 33

que se requiere conocer exactamente que comportamiento es considerado como prohibido. En éste caso -sostenía Roxin- estamos ante delitos que se cometen mediante acción y como el tipo de participación de los que intervienen de forma activa es algo que concierne al tipo (ya que se tiene que saber si una conducta todavía cabe en la descripción típica), en estos tipos opera la teoría del dominio del hecho.

b) Determinando exigencias de comportamientos que se derivan de deberes surgidos previamente de forma extrapenal en virtud de ciertos papeles sociales que se tienen que cumplir. Estos son los delitos de infracción de un deber, en donde no interesa la forma de conducta que exteriorice el autor, porque la sanción se impone con la simple falta de cumplimiento del deber, sin importar si esto se produce mediante una acción o una omisión. Aquí el autor es determinado no por el dominio del hecho, sino por la infracción del deber, por lo que autores solo son quienes teniendo un deber especial (mandatario, administrador, guardia de seguridad, padre de familia, etc.) no lo cumple.

Esta nueva concepción no se agota aquí, sino que el tipo debe ser considerado no como una mera producción causal, sino como la producción de un resultado lesivo que es consecuencia de un comportamiento que ha sobrepasado el riesgo permitido (figura jurídica desarrollada para los delitos culposos).

2.3.3. LA FUNCIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD

Dentro de la antijuridicidad, se trata de dar solución a los conflictos sociales que se presentan al chocar los intereses particulares o bien al entrar en contraposición alguna exigencia social con una pretensión particular. Es aquí donde se ponderan los intereses en caso de que entren en conflicto y se privilegia al bien que representa mayor utilidad a la sociedad.

2.3.4. LA FUNCIÓN DE LA CULPABILIDAD

Por último, la culpabilidad se encarga de determinar si en el caso concreto y valorando las características personales del autor (imputabilidad o inimputabilidad, si estaba en un error, etc.) de forma normativa, es adecuado o no imponer una sanción penal.

La culpabilidad se encuentra más ligada a la teoría de la pena, ya que es en ésta categoría de la teoría del delito, en donde se determina la conveniencia o no de imponer una pena y esto solamente se puede averiguar si la pena tiene un fin y este fin va a ser alcanzado al imponerse al caso concreto, ya que si no es así, entonces no tiene sentido imponerla.

CAPITULO III

TEORÍA FUNCIONALISTA

3.1. LA TEORIA NORMATIVA DEL TIPO

La nueva teoría normativa elaborada por Günther Jakobs se nutre de las ideas filosóficas de Hegel y del sociólogo Niklas Luhmann. Este último creador de la teoría de sistemas (ya con antecedentes en Parsons profesor de Luhmann) por lo que suele considerarse a la teoría de Jakobs como una teoría sistémica.

El presupuesto es el siguiente: las personas no son entendidas como elementos naturales o fisiológicos de la sociedad, sino como una construcción de la misma sociedad. La sociedad decide qué características de los seres humanos va a tomar en cuenta para considerarlos personas, por ello, una sociedad esclavista puede considerar a algunos seres humanos como personas y a otros no. La persona como sujeto que desempeña un rol en una determinada sociedad es una creación social y por tanto no es algo dado de forma natural. De la misma manera la imputación por un resultado sólo puede decidirse conforme a criterios sociales y no naturalísticos, o psicológicos.

En abril de 1991, Jakobs escribía en el prólogo de su libro "El mundo conceptual jurídico-penal ha de organizarse con arreglo a la misión social del Derecho Penal y no conforme a datos previos naturales o de cualquier otra

clase ajenos a la sociedad”²⁴, además de que ya desde la primera edición anunciaba la quiebra de la dogmática penal ontologista.

Si el Derecho Penal debe de llenarse de acuerdo a la función que éste debe cumplir ¿cuál es la diferencia con el pensamiento de Roxin?. Los dos en este sentido funcionalistas pero Jakobs no considera que la misión del Derecho Penal sea evitar la lesión de bienes jurídicos, de hecho critica las definiciones de bienes jurídicos; para Jakobs la función del Derecho Penal es la de asegurar expectativas, y con ello la identidad de la sociedad.

Hay que hacer una distinción entre expectativas cognitivas y normativas. “Las primeras son aquellas que ante la decepción se reacciona modificando la expectativa o suprimiéndola de tal forma que aprendemos de la decepción”²⁵.

Ejemplo de expectativa cognitiva es el hecho de esperar que una piedra lanzada hacia arriba viaje hacia el infinito y no regrese a la tierra. Esta expectativa es decepcionada cuando con todas nuestras fuerzas lanzamos una piedra y ésta no alcanza la velocidad de escape y regresa a la tierra. Al darse ésta decepción modificamos nuestra manera de entender las cosas y cambiamos esa expectativa por otra.

²⁴ Jakobs G., *Derecho Penal parte general*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997, prólogo.

²⁵ Vázquez Rangel Osiris, *Apuntes inéditos de su cátedra de "Teoría del Delito"*, en el Grupo Cultural I.C.E.L., 1998-I, Méx. D.F.

Lo mismo sucede si nuestra expectativa es no sufrir un daño si tocamos el fuego, expectativa que tras la decepción será modificada y nosotros habremos aprendido de la decepción y por tanto modificamos nuestro comportamiento.

Diversa es la situación en las expectativas normativas ante las cuales tras la decepción no modificamos nuestro comportamiento y mantenemos vigente la expectativa. No aprendemos de ella, no nos adaptamos a la desilusión. Ejemplo de una expectativa normativa es la expectativa de no ser privado de nuestro dinero al salir con él a la calle. Si somos asaltados no por ello modificamos nuestra conducta y nunca más salimos con dinero, sino que a pesar de la decepción mantenemos la expectativa y el Derecho Penal afirma ésta expectativa de forma contrafáctica imponiendo una sanción a quien ha originado la decepción y así se reafirma la vigencia de la expectativa a pesar de la decepción.

El Derecho Penal, entonces, tiene la función de hacerle 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. La pena tiene la función de hacerle ver al autor que su conducta no es lo decisivo, que lo decisivo es la expectativa normativa a la cual la sociedad no esta dispuesta a renunciar.

De esta manera la *acción* no es entendida como un proceso causal externo como lo entendían los causalistas, ni como un acontecer final, como lo entendían los finalistas que sólo le agregaron datos psíquicos. La acción no es algo que únicamente dependa del autor y su psique, sino que es un acto comunicativo y por lo tanto es una comunicación que consta de tres elementos – siguiendo a Luhmann - información, expresión y comprensión.

La comunicación es el elemento fundamental y básico en una sociedad y como tal siempre es una expresión de sentido y como solamente se puede expresar un sentido en un mundo organizado objetivamente, es decir, con criterios de interpretación que no dependen de una sola persona, para atender al significado de un comportamiento no basta con saber lo que el autor hace y quiera (finalidad), sino que es necesario atender también a la víctima, terceros y en general al contexto social, porque es necesario reconocer aquello que tiene el significado de "creador de daños".

Analizar el significado de la conducta en el contexto social es la misión de la *imputación objetiva*, ya que la acción como decía Welzel es un fenómeno con sentido que no puede ser entendido de mera forma individual, sino social, porque la sociedad es un sistema ya conformado y por tanto la "acción es un tipo sociológico y no psicológico"²⁶.

²⁶ Lesch Heiko H., *Intervención Delictiva e Imputación Objetiva*, Colombia, Edit. Univ. Externao de Colombia, 1995, p.23

“Cuando un autor realiza un delito está afirmando que las normas no valen para él y que la sociedad puede desarrollarse sin ellas, ante lo cual el Derecho mediante la pena le niega validez a su dicho y restablece al Derecho”²⁷.

La teoría de Jakobs no parte de la idea de que los sujetos son integrantes de la sociedad sino de que sólo las personas, que son definidas por la sociedad pueden realizar actos comunicativos que siempre son expresiones de sentido las cuales deben de interpretarse según las reglas sociales (usos y normas) y no según la psique del autor.

De tal suerte que la imputación objetiva es el señalamiento o la interpretación de un hecho como atribuible a un autor por significar una contravención a la norma. Dentro de la teoría de la imputación objetiva se señalan una serie de criterios que sirven para delimitar lo socialmente relevante de lo que no lo es y ocupa el lugar de lo que anteriormente era considerado como tipo objetivo.

Si un automovilista al pasar un tope y yendo a menos de 50 kilómetros por hora le pasa por encima a un menor que sorpresivamente aparece cayéndose de su triciclo al dar la vuelta en una esquina y que se proyecta sobre

²⁷ Vázquez *Idem*.

el arroyo vehicular, no realiza una acción de homicidio ya que su comportamiento no tiene el significado de infringir la norma o de defraudar la expectativa normativa que prohíbe matar, el hecho puede ser explicado como caso fortuito o como competencia de la persona que debía cuidar al menor y no lo hizo.

Desde esta perspectiva lo determinante no son los acontecimientos acaecidos naturalísticamente sino la valoración que de los mismos se hace en forma normativa.

3.1.1. EL TIPO SUBJETIVO COMO DOLO.

El dolo ha sido ubicado en diversas partes dentro de la estructura del delito. Ya en la escuela Clásica, Francesco Carrara decía que el dolo era un conocimiento de lo ilícito y no sólo un conocimiento del hecho, incluyendo en el actuar doloso un análisis total y reflexivo sobre la maldad del hecho que además de serle conocida al autor la comprende y valora. Por esto Carrara califica al autor doloso como *malvado*

Para determinar la naturaleza del dolo se han intentado varias teorías. La "*Teoría de la Voluntad*", la cual considera que lo esencial del dolo es la voluntad de realización delictiva; ya en Roma se hablaba de *malitia* que no

sólo consistía en un hacer, sino en un *querer* hacer algo prohibido. Esta idea de dolo como expresión de la maldad del hombre se mantiene en la edad media y pasa hasta Carrara que define al dolo como "la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley"²⁸.

De acuerdo a éste criterio – que es el más antiguo – el dolo consiste en tener la voluntad de realizar un resultado que se sabe es típico y punible. La voluntad es entendida como querer, intención o propósito ya que viene de *voluntatis*, que significa designio, intención o propósito; mientras que querer deriva de *volo, volvi*, que significa tener la voluntad de algo, por lo cual se les toma como sinónimos.

Esta teoría voluntarista no niega la presencia de un elemento cognitivo dentro del dolo, sino que lo presume como preexistente al querer ya quien quiere, previamente conoce y en el caso del dolo, conoce incluso la ilicitud del hecho.

Otra teoría que pretende explicar la naturaleza del dolo es la "*Teoría de la Representación*", que surge del problema que sobreviene cuando un autor se representa un resultado como consecuencia de su acción a pesar de lo cual continua con su acción sin querer el resultado. Ante esta posibilidad y para no dejar en la impunidad estos hechos, se considera que para afirmar la presencia del dolo basta con representarse un resultado o preverlo, teniendo

además conocimiento que es un resultado tipificado por la ley sin importar si éste resultado es o no es querido por el autor.

Desde ésta óptica hay dolo con sólo conocer y ya no es necesaria la voluntad del autor al momento de ejecutar su acción.

Entre otros argumentos utilizados en defensa de ésta teoría se señala la imposibilidad práctica de determinar el contenido de la voluntad del autor que normalmente negará que quiso realizar un resultado prohibido por lo que el conocimiento es tomado como sintomático del querer.

Una tercera posición trata de conciliar las dos teorías anteriores.

Esta es la "*Teoría del Asentimiento*", desarrollada por Beling y denominada por Mayer como "*Teoría de la motivación*". Para que haya dolo – según esta perspectiva – se requiere que el autor advierta la ilicitud de su hecho (conciencia) y además asienta en la realización de la acción.

El asentimiento es la fuerza que impulsa a la acción de acuerdo a los motivos del autor. Así se incluye la motivación en el dolo por ser el impulso determinante de la voluntad. El dolo de acuerdo a ésta teoría se puede definir como la concreción de una finalidad propuesta desde antes de iniciar la acción. Teniendo en cuenta lo anterior es fácil concluir que los elementos

del dolo y su ubicación dentro de la estructura del delito varía según el momento histórico y la teoría que uno acepte como correcta.

Los causalistas por ejemplo consideraban que el dolo era una forma de culpabilidad porque todo lo subjetivo estaba excluido del injusto. El dolo así entendido contenía tres elementos:

- Conocer (aspecto cognito),
- Querer (aspecto volitivo),
- Conciencia de la antijuridicidad o ilicitud.

Este pensamiento casi unánime fue contrariado por Von Liszt quien consideraba que la conciencia de la ilicitud no formaba parte del dolo porque si el autor demostraba que no conocía que lo que realizaba estaba prohibido, eso haría que se excluyera el dolo. Esta solución es inaceptable si se considera que en esos años – principios del siglo XX – se consideraba que la ignorancia de la ley no podía excluir su cumplimiento.

Es conocido que éste error de derecho no beneficiaba, mientras que el error de hecho, es decir, sobre algunas cosas de las características del tipo, sí era tomado en cuenta y podía llegar a excluir el dolo.

La idea de que el dolo es una forma o especie de culpabilidad fue sostenida tardíamente por Jüngen Baumann quien en 1972 indicaba que:

" El dolo como elemento de la culpabilidad se define, en general, como el conocimiento y la voluntad de las circunstancias de hecho... no puede interesar tan sólo el conocimiento y la voluntad de las circunstancias, sino también el conocimiento y la voluntad de la comisión antijurídica del hecho"²⁸.

Esta manera de ubicar el dolo en la culpabilidad empezó a variar en 1929 cuando Weber lo colocó dentro del injusto y más tarde Dohna (1936) también ubica al dolo dentro del tipo que no era valorado por la antijuridicidad sino que sólo era objeto de la valoración de la culpabilidad.

La primera razón y la de más peso es ontológica y se refiere al ser de la acción.

Si la acción para ser punible tiene que ser típica, entonces toda la acción debe pertenecer al tipo y no solamente a la parte objetiva de la acción.

²⁸ Baumann J. *Derecho Penal Conceptos Fundamentales y Sistema*. Buenos Aires, Argentina. Edit. Depalma. 1981. Pág. 234.

La acción humana se compone de una parte objetiva que consiste en la manifestación de la voluntad, pero también de una parte subjetiva que es precisamente esa voluntad que guía y origina la manifestación de la voluntad.

La acción es "ejercicio de actividad final" dice Welzel por lo que ésta finalidad que es la que guía a la manifestación de la voluntad no sólo determina a esta última sino que forma parte innegable del concepto de acción que debe de ser abarcado por el tipo ya que si se quiere imponer normas a las acciones humanas, se tiene que presuponer la estructura de estas acciones y eso es algo que no puede ser modificado por el legislador.

De ésta manera el tipo requiere un apartado subjetivo que incluye a la finalidad que guía a la manifestación de la voluntad, siempre que dicha finalidad esté tipificada, es decir, que tenga por contenido un resultado y todos los elementos del tipo objetivo.

Esta finalidad tipificada es el dolo que consta de dos elementos:

- a) Conocer (aspecto cognitivo)
- b) Querer (aspecto volutivo).

El primer elemento se refiere al conocimiento de los elementos del tipo objetivo y éste conocimiento debe ser actual y no potencial ya que un

conocimiento potencial todavía no es conocimiento (es un "no conocimiento") y en cuanto al querer se refiere a que el autor quiso la realización del tipo objetivo que le era conocido.

Esta concepción del dolo es conocida como "dolo bueno" porque no incluye la conciencia de la antijuridicidad del hecho que es dejada por Welzel en la culpabilidad como elemento independiente.

Esta nueva ubicación del dolo fue rápidamente aceptada aunque no todos compartían las mismas razones.

Así Roxin aceptó la ubicación del dolo en el tipo por razones de política criminal, ya que el tipo sirve para saber qué es lo que está prohibido y por seguridad jurídica las descripciones típicas deben de contener todos los elementos que caracterizan a los hechos prohibidos y esto incluye tanto elementos objetivos, como normativos y subjetivos ya que por ejemplo, "no es lo mismo (no es el mismo hecho) matar dolosamente que realizar un homicidio culposo. Son hechos diferentes, lo cual equivale a decir, son realizaciones típicas diversas"²⁹

Colocando el dolo en el tipo se tiene una explicación legítima para el hecho innegable de que los delitos que quedan en tentativa lo injusto consiste en la intención (finalidad) de realizar el tipo, es decir, en el dolo de realización

típica. Lo mismo vale para los delitos de mera actividad y los de peligro que no requieren un resultado y el injusto se agota en el disvalor de la acción.

Este es el punto de partida para Jakobs que considera que el tipo tiene una parte subjetiva a la que se le denomina tipo subjetivo. Dentro del tipo subjetivo se ubican aquellos elementos subjetivos del injusto que caracterizan un injusto como puede ser el dolo o la culpa y las demás características subjetivas exigidas por el tipo.

Estos elementos deben de estar presentes en el momento en que se realiza la acción, es decir, en el momento en que el autor genera un curso causal que sale de su ámbito de organización y que excediendo el riesgo permitido es conducente al resultado según su representación o de forma real.

Primeramente hay que aclarar en cuanto al dolo, que es lo que en este momento nos ocupa, que no existe ni un dolo antecedente ni un dolo subsecuente ya que este tiene que estar presente en el momento de la realización de la conducta delictiva.

El dolo abarca al tipo objetivo pero como elemento del tipo no puede ser a su vez objeto de sí mismo por lo que el conocimiento del tipo tanto objetivo como subjetivo, el conocimiento del injusto no forma parte del dolo sino de la culpabilidad.

²⁹ Vazquez Rangel O. *Idem*.

El fundamento de la separación del dolo y la culpa no se puede encontrar en que en el dolo hay una decisión de lesionar y en la culpa no convence, ya que al final en los casos hay una lesión que no puede ser pasada por alto porque en un caso ya se había decidido y en otro había una decisión (caso que ocurre incluso en el dolo eventual); tampoco al argumento de que en caso de presentarse dolo es más fácil evitar el resultado o la concepción que sostiene una mayor peligrosidad del autor doloso, nada más hay que imaginar el peligro creado por una orda de conductores imprudentes (tanto de aviones, ferrocarriles, barcos y automotores).

Desde la perspectiva de Jakobs los hechos culposos afectan menos la expectativa normativa que los hechos dolosos porque la acción culposa revela al autor como incompetente incluso para manejar sus propios asuntos mientras que el actuar doloso representa una aseveración de que las normas no merecen respeto y por tanto a él no le son aplicables.

El dolo es definido por Jakobs como:

“Conocimiento de la acción junto con sus consecuencias”³⁰.

Lo anterior quiere decir que no considera el aspecto volitivo como relevante para la determinación del dolo al cual le basta el aspecto cognitivo.

³⁰ Jakobs G. *Derecho Penal... Ob. Cit.* pág 316.

Las razones para no incluir al querer dentro de la definición del dolo se encuentran en el **dolo de consecuencias secundarias**.

Si se utiliza el género "dolo" para incluir a la producción de resultados conocidos y queridos (dolo directo) como para la producción de resultados conocidos pero no queridos, entonces no es posible considerar al aspecto volitivo (el querer) como un elemento indispensable en el dolo.

Para hablar de dolo bastará entonces el conocimiento de que la **total** realización del tipo, la obtención del resultado material (para los delitos de resultado) depende de la concreción de la acción querida. Lo que tiene que querer el autor doloso es la realización de la acción que pone en marcha un nexo causal que excede el riesgo tolerado jurídicamente cuando conocía **las** consecuencias de dicha acción aunque estas consecuencias no sean queridas.

El conocimiento que exige el dolo no puede ser potencial sino que **tiene** que ser actual como ya lo había señalado Welzel. Hasta aquí, podemos **hablar** de un dolo que persigue las consecuencias de la acción y por ello se hablará de consecuencias principales mientras que las consecuencias secundarias no **son** vistas como necesarias por el autor y por tanto no son queridas.

Como el autor no puede conocer un resultado si el conocimiento de la situación particular, ésta situación debe de ser tomada en cuenta para la

determinación de la existencia del dolo porque "la consecuencia siempre está especificada mediante el contexto típico en que se encuentra"³¹.

Jakobs da el ejemplo de un hombre que para llamar la atención destruye un objeto que tiene a mano. Si el autor no es consciente de que el objeto es ajeno (no conoce esta situación) entonces aunque tiene dolo de destrucción de un objeto, no tiene dolo de destrucción de un bien ajeno (no hay dolo de daño en propiedad ajena) por lo que no habrá tipicidad dolosa sino imprudente por lo que respecta al daño de algo ajeno. El dolo puede presentarse como conocimiento de un resultado que probablemente acaecerá, aunque esto no es seguro.

En éste caso nos encontramos con el dolo eventual que para Jakobs se presenta "cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción"³².

Esta manera de entender el dolo eventual es muy parecida a las concepciones que lo definen como "asumir el resultado", "tomarlo como vengá", etc., por lo que el sólo "ocurrírsele" o el mero pensar sin realizar un juicio sobre la realización del tipo ya no constituye dolo y puede llamársele culpa consciente.

³¹ Jakobs G. *Derecho Penal... Ob. Cit.* Pág. 323.

³² Jakobs G. *Derecho Penal... Ob. Cit.* Pág. 327.

De ésta manera quien tiene relaciones sexuales sabiendo que está infectado de V.I.H. y no se lo dice a su pareja sin importarle el que pueda infectarla tiene dolo eventual y si además sabe que su pareja sexual puede morir a causa de ello, tiene dolo de homicidio (dolo eventual).

El juicio que lleva a cabo el autor debe recaer sobre un riesgo suficiente para producir el resultado que podría impedirse si el autor se motivara conforme a la norma, por lo que no se debe de tratar de un riesgo irrelevante. Por otra parte hay que negar la existencia de un dolo alternativo; éste dolo se presenta cuando – esto se dice – el autor sabe que aún cuando con dos dolos, la realización de uno excluye al otro. Esto en realidad es producto de una percepción que no toma en cuenta que siempre que se crea un riesgo no permitido se puede dar una serie de resultados ya que conocemos que es imposible determinar de una vez las consecuencias todas de nuestros actos.

Así entendida ésta cuestión concluiremos que al disparar sobre la víctima con dolo de homicidio, se sabe que tal vez se falle y solamente se le lesione (dolo de lesiones) o bien la bala cause daños sobre el auto en que la víctima se encuentra recargada (dolo de daños); si sólo se posee una sola bala, entonces el dolo será alternativo, pero esto es irrelevante ya que únicamente un resultado se dará ya sea con dolo directo o eventual.

Independientemente de las formas del dolo, éste debe referirse a la totalidad de los elementos que integran el tipo objetivo, incluyendo las calificativas o atenuantes o tipos especiales. También el conocimiento del riesgo creado tiene que ser abarcado por el dolo.

Si se diera el caso de que el autor conoce el riesgo pero considera que se encuentra dentro del riesgo permitido, estamos en el caso de un error de prohibición y no en el del error de tipo que excluye el dolo ya que el riesgo sí se conoce sólo que se tiene conciencia de que está prohibido, es decir, no se tiene conciencia de la antijuridicidad.

También los elementos subjetivos diversos al dolo deben de ser abarcados por el dolo, ya por ejemplo en el delito de secuestro el dolo del autor debe abarcar la finalidad de pedir rescate y con ello el dolo se configura como de secuestro. Se trasciende de ésta manera el puro conocimiento del tipo objetivo.

En cuanto al objeto del dolo en el caso de las leyes en blanco, las cuales son disposiciones penales que remiten a otro ordenamiento como en el caso de la tala indebida de árboles que remite a la ley forestal, es claro que tanto la norma penal marco como la norma complementaria deben de ser abarcadas por el dolo, porque entre las dos normas conforman un tipo total que requiere ser conocido por el dolo.

Por lo que concierne a los elementos normativos, es decir, de aquellos que requieren una valoración y que por tanto no son perceptibles por los sentidos, se discute si el autor debe de conocer tanto su significado como su alcance.

Ya Mezger y antes que él Binding había manifestado que el mero conocimiento sensible no es suficiente para considerarse satisfecho el dolo, además se requiere una valoración del hecho dentro de los alcances de un profano o una valoración de acuerdo a la conciencia del autor, sin embargo el error en la determinación de un elemento normativo no afecta al dolo.

En otras palabras, si el autor conoce la prohibición pero considera que su acción no cae dentro de lo que el tipo señala, actúa dolosamente pero en error de prohibición. Lo cierto es que el dolo abarca no sólo el conocimiento de los hechos sino también los del significado de los mismos.

3.1.2. EL TIPO SUBJETIVO COMO CULPA.

La culpa es una forma de realización del delito que ya Aristóteles en su "Ética Nicomaquea" había considerado, aunque suele decirse que fue con los primeros cristianos cuando se le da una estructura a la culpa que era entendida como negligencia en lo previsible y como imprudencia en lo previsto y no

querido en sí. De ésta forma se le distingue del dolo que era una "voluntad malvada" de realización.

En la jurisprudencia del pretor del Imperio Romano se habla de "culpa aquiliana" en los propios asuntos cuando se convivía con otras personas, si sobrevenia algún resultado nocivo. También se habla de la "culpa contractual" que se refería a la falta de cuidado nacida de los contratos.

A partir del siglo XII se desarrollan – por los postglosadores – las características de la culpa que tendría, así entendida, dos elementos:

- 1) Posibilidad de prever la aparición de un resultado que aunque no sea querido, es lesivo para los derechos ajenos.
- 2) Posibilidad de evitar la existencia de ese resultado con un comportamiento previsto y ordenado por la ley.

Lo que se castiga con la culpa – desde éste punto de vista – no es tanto el resultado lesivo sino la no evitación del mismo al ser prevista su producción.

Posteriormente Alfonso el sabio estableció en la Partida VII cuatro características de la culpa:

- 1) Ejecución de una acción, que, aunque voluntaria, es en sí inocua al Derecho Penal,

2) El efecto conseguido por esa acción, es lesivo de los derechos ajenos,

3) El efecto era previsible por tratarse de un encadenamiento causal que, como tal, es analizable por uso de la lógica,

4) También era evitable, siguiendo la conducta omisiva prescrita por la ley.

Estos principios se conservan hasta la actualidad con uno u otro matiz. En un principio la sanción de un hecho culposo se fundamentaba en el mero resultado objetivo y lesivo del derecho ajeno y no se requería buscar otra razón que lo explicara como un acto de voluntad; lo único necesario era comprobar la materialidad del hecho, es decir, el encadenamiento causal al efecto lesivo y la aparición de un daño.

Se suelen clasificar en dos grupos de teorías a las explicaciones que pretenden justificar la punición de la culpa. Por otra parte están las teorías subjetivas que consideran que el hecho imprudente o culposo es producto de diversos factores de la inteligencia humana. En éste grupo se encuentra tanto Blockelmann como Almendingen que sostienen que la culpa consiste en la falla del sistema intelectual humano que impide comprender o determinar la situación de forma lógica. Esta perspectiva dejaría en la impunidad los delitos culposos ya que los iguala a la inimputabilidad.

Binding que también lo podemos encuadrar en una corriente subjetiva, sostenía que la culpa era un defecto de la voluntad, es decir, consiste en una falla en la capacidad de determinarse con libertad. A ésta concepción le son aplicables las críticas que se han vertido respecto a Bockelmann.

Las teorías normativas, por otra parte, consideran que la culpa consiste en una actividad despectiva frente a la norma jurídica que obliga al ciudadano en el actuar, por lo que no es algo mensurable conforme a los patrones psíquicos, sino que resulta un fenómeno de infracción de principios normativos. Este principio fue defendido por Alexander Graf zu Dohna, entre otros, que consideraba que la culpa es el resultado de la violación del "debido hacer" o el "debido omitir", ya que está obligación de hacer o de omitir está expresada para evitar resultados nocivos. Ahora bien, también se han desarrollado teorías que conjugan aspectos objetivos y subjetivos dando lugar a una teoría mixta.

En general, se explicaba a la culpa por la producción del resultado en una especie de responsabilidad objetiva que sólo se vería exenta de pena en el supuesto del caso fortuito. En 1930 Engisch señala que la característica de la culpa es la "carencia de cuidado externo".

Esta aportación fue pasada por alto en ese momento, incluso el finalismo de Welzel consideró hasta 1951 que la culpa era una "finalidad potencial" sin tomar en cuenta la "falta de cuidado" hasta que tras la crítica de Niese se

rectifica y se reestructura al tratamiento de la culpa. El finalismo pasó el acento del disvalor del resultado, al disvalor de la acción, es decir, que lo que se reprocha en los delitos culposos es que la acción no se realizó con el cuidado debido y exigido por las circunstancias.

El finalismo explica que lo que sucede en los delitos culposos es que la acción del autor tiene una finalidad permitida por el derecho (por ejemplo, limpiar un arma, llegar temprano al trabajo, etc.), pero esa finalidad no es alcanzada porque en la ejecución de la acción no se pone el cuidado debido.

Y esta falta de cuidado, esta ejecución defectuosa de la acción es lo que provoca que se obtenga un resultado que originalmente no era el que se perseguía, de tal forma que el resultado obtenido es prohibido por la ley y además no coincide con la finalidad del autor.

La acción del autor para los finalistas, sí contiene una finalidad, lo cual es el requisito para todas las acciones humanas, pero esta finalidad no entra en el tipo, debido a que es una finalidad ilícita, atípica.

Esta falta de cuidado objetivo que caracteriza a la culpa estaría ubicada dentro del tipo y además en la parte objetiva del tipo. Actualmente al finalista Struensee considera que debe formar parte del tipo el conocimiento de que se

actúa con falta de cuidado y este conocimiento de los elementos del tipo objetivo es definido por él como "dolo del delito imprudente" ya que consiste en un conocer y querer el tipo objetivo pero del delito imprudente o culposo.

Se suele dividir a la culpa con representación (culpa consciente) y culpa sin representación (culpa inconsciente.).

En el primer caso se dice que el autor sí prevé como posible el resultado lesivo, pero confía en que éste no se va a producir debido a su pericia o habilidad que conseguiría evitarlo. A pesar de esta "confianza" en la no producción del resultado, este sobreviene aún sin ser querido o aceptado por el autor.

En el caso de la culpa inconsciente el autor desconoce totalmente el resultado, ni siquiera le pasa por la mente, pero el resultado no previsto sobreviene y se le reprocha al autor cuando a pesar de no ser previsto le era previsible.

Esta división de la culpa podría ser utilizada tanto por los que consideran que la culpa pertenece a la culpabilidad como los que sostienen que es una característica del hecho y por lo tanto debe ubicarse en el tipo.

Para Jakobs la culpa es una de las dos formas en las que se puede presentar la realización del tipo objetivo – la otra es el dolo – por lo que la culpa se encuentra ubicada en la parte subjetiva del tipo (tipo subjetivo). Este autor considera que la culpa es una especie de error ya que el autor obtiene un resultado que no se corresponde con lo querido o representado y sostiene que “la imprudencia es uno de los casos en que no se corresponden la representación y la realidad, o sea, un supuesto error”³³.

Jakobs realiza una contraposición entre la culpa y la tentativa; en éste último caso el autor se representa un resultado que nunca se presenta, mientras que en la culpa se presenta un resultado no advertido por el autor: el autor no advierte la producción del resultado porque se encuentra en un error ya sea que considere que no es real alguna circunstancia del hecho cuando sí lo es o se encuentra, es decir, que haga mal los cálculos que le indican cuál es la situación, o bien puede ignorar, es decir, no pensar siquiera en alguna característica o circunstancia del hecho.

Este aspecto de la culpa se presenta cuando el autor desconoce algunas de las circunstancias que pertenecen al tipo objetivo – como suele suceder, se desconoce por lo menos el resultado material – de esta forma se descarta el dolo, pero además es necesario para afirmar la culpa, que los elementos del tipo o las circunstancias no conocidas sean o hayan sido en el momento del hecho cognoscibles.

³³ Jakobs G. *Derecho Penal...* Ob. Cit pág. 380-381.

La forma de determinar la cognoscibilidad de los elementos del tipo objetivo viene dada por el supuesto de que si el autor estuviera motivado en ese momento por el cumplimiento de la ley, entonces se habría percatado de que su acción produciría un resultado no querido pero prohibido por la norma jurídico-penal y por tanto habría omitido esa acción ya que **la acción consiste precisamente en un hacer evitable.**

La evitabilidad es, a decir de Jakobs, lo que caracteriza a la acción y constituye el meollo del asunto ya que así como el dolo no está definido como fenómeno psíquico sino como una forma de evitabilidad agravada, la culpa por su parte, constituye un injusto no por el elementos psíquico de la cognoscibilidad de los elementos del tipo objetivo, sino porque esa realización del tipo era evitable.

Lo que el derecho exige a las personas no es que conozcan u obtengan conocimiento – esto no es un deber – lo que el derecho reclama es que **se eviten** acciones sobre las cuales ya se conoce el resultado que producirán – dolo – o de las cuales es cognoscible – y por ello evitable – la realización típica. Lo que el derecho pide es el cumplimiento del “deber de evitar resultados lesivos”.

El cumplimiento a ésta exigencia del derecho no implica que la ciudadanía o todas las personas estén continuamente reflexionando sobre las

posibles consecuencias de su actuar ya que esto sólo se exige cuando se ha creado una situación peligrosa, es decir, cuando se ha excedido el riesgo permitido; únicamente en ese caso es exigible al autor que considere las posibilidades de una producción jurídicamente desaprobada.

Jakobs también considera que no es posible hablar de una culpa consciente o culpa con representación que comparta con el dolo eventual la característica cognitiva.

Si el autor considera como probable – conoce la realización eventual de un resultado – la producción de un resultado actúa con dolo eventual y nunca con culpa (consciente) ya que la culpa se caracteriza por la “falta de conocimiento de la realización del tipo”³⁴.

Solamente se podría hablar de culpa si el autor no se decide a considerar o descartar un posible resultado imaginado: si el autor considera como posible el resultado, entonces actúa dolosamente. Así vista la cuestión, no tiene ningún sentido hablar de una separación entre culpa consciente e inconsciente.

Jakobs define a la culpa como “aquella forma de evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse”³⁵

³⁴ *Ibid...* pág. 382.

³⁵ *Idem.*

Con esta definición logra crear una línea divisoria de la culpa con el dolo y también confirma su aseveración de que la acción es evitabilidad (hacer evitable) y la culpa como una forma de acción humana es una especie de evitabilidad caracterizada o en razón de la cognoscibilidad de la realización típica.

Pasando revista a las concepciones de la culpa más difundidas es necesario comentar que la postura causalista que considera que la culpa es una forma de culpabilidad, entendida como un nexo psicológico o subjetivo entre.

El autor y el resultado, no puede explicar la culpa sin representación, es decir, la acción que produce un resultado no previsto cuando le era previsible (cognoscible). En este caso no hay ningún nexo psicológico entre el resultado (totalmente desconocido por el autor) y el autor.

Si tomamos la postura que considera a la culpa como "falta de cuidado objetivo" o incumplimiento "del deber de cuidado" se refiere al deber de observar la norma para evitar un resultado lesivo, es decir, se refiere a tener cuidado **en el cumplimiento de la norma** y no en el actuar, ya que en la acción culposa el autor debe omitir el hecho, debe de evitar un comportamiento descuidado.

Este deber de cuidado no se refiere a que se deba actuar cuidadosamente sino a que se omita el actuar descuidado. Esto es de vital importancia ya que esto mismo se exige en los delitos dolosos. También en estos caso hay que evitar el hecho, respetar la norma y no actuar de forma descuidada **para con la norma.**

Jakobs considera que la previsibilidad del resultado requiere ser subjetiva, es decir, que quien considera que esta previsibilidad debe estar dada por la capacidad de un hombre promedio es errónea y transgrede el principio de realización del tipo objetivo. La culpa en cuanto cognoscibilidad de un hecho presupone la realización del tipo objetivo, es decir, que el hecho es objetivamente imputable por lo que los parámetros objetivos vienen dados por el principio del riesgo permitido.

Al momento de decidir sobre la previsibilidad del resultado hay que estar a las capacidades del autor en concreto porque el injusto es personal y en palabras de Jakobs el "Derecho Penal... no garantiza la expectativa de que todos los hombres estén capacitados por igual, sino sólo la expectativa de motivación fiel al Derecho"³⁶.

³⁶ *Ibidem...* pág. 389.

Al autor le debe ser cognoscible no sólo el resultado sino el nexo causal que en concreto produce el resultado por lo que no responderá de todos los nexos causales generados sino de únicamente aquellos que le eran cognoscibles.

3.2. TEORÍA DEL RIESGO

En un Estado de Derecho no persecutorio se les permite a los gobernados organizarse libremente mientras respeten las normas de cuidado, reglamentos y lineamientos, técnicas establecidas social y jurídicamente.

No se puede considerar como una conducta jurídica relevante a cualquier comportamiento, sino solamente a aquella que representa un riesgo para la producción de un resultado material.

Para la determinación de la existencia del riesgo no se puede atender a criterios probabilísticos que señalan que una conducta riesgosa es la que representa más del 51% de posibilidad de desencadenar un resultado prohibido.

Lo anterior se puede ilustrar con el caso de un piloto de fórmula uno que maneja a exceso de velocidad con un grado moderado de intoxicación alcohólica. Este es un ejemplo de creación de un riesgo; cosa diversa ocurre

cuando un conductor inexperto maneja dentro de la velocidad permitida en medio de una gran tormenta que ocasiona una precipitación intensa de lluvia y granizo. En este segundo ejemplo es más *probable* que el conductor pierda el control que en el primero o tal vez exista la misma probabilidad pero en éste caso no se crea un riesgo si nos atenemos a un criterio normativo que incluso va más allá de la teoría de la adecuación que plantea que es causal para el resultado aquella aportación que hace probable de *acuerdo a la experiencia* o a la perceptibilidad general de la producción de un resultado.

De esta manera tenemos que el riesgo debe de ser explicado de acuerdo a criterios normativos ya que se trata de establecer cuándo una conducta excede lo socialmente permitido y no de cuando una conducta aporta algo al resultado cosa –esta última- que tendría un interés naturalístico pero no jurídico.

3.3. EL RIESGO PERMITIDO

Es claro que el problema relativo a determinar cuando una conducta va más allá de lo socialmente permitido presupone que hay un nexo causal. La causalidad es el elemento mínimo necesario para poder determinar si una conducta excede el riesgo permitido.

La ley penal pretende hacer posible la vida en sociedad asegurando las expectativas normativas, estas expectativas se mantienen a pesar de ser decepcionadas de vez en cuando, ya que si se evitara a toda costa su defraudación, se reduciría sensiblemente las formas de comportamiento posibles.

Quizá debemos comenzar por mencionar que en la sociedad todo comportamiento conlleva un riesgo. Si debiéramos predecir o calcular todas las consecuencias de nuestras acciones estaríamos paralizados. El conducir un automóvil implica un riesgo aún observando el reglamento de tránsito; también hay un riesgo al tener relaciones sexuales o participando en una contienda deportiva como el *basquet ball* o el *fut ball* americano, no digamos ya sea karate, *tae kwan do* o judo.

Por todo lo anterior, la determinación de cuándo un comportamiento se mantiene dentro del riesgo permitido y cuando no es así, no puede depender exclusivamente del riesgo creado probabilísticamente, ni de criterios técnicos ya que requiere hacer una valoración jurídica basada en la utilidad o presindibilidad del comportamiento para el funcionamiento y marcha de la sociedad; se trata de averiguar si a final de cuentas se protege un interés jurídicamente reconocido.

En cuanto a los criterios normativos es necesario decir que no siempre es posible hacer un balance de la permisibilidad del riesgo basados en el resultado de la operación costo/beneficio como lo demuestran las fallas en las plantas núcleo-eléctricas o las estadísticas de muerte producto del tráfico terrestre o el aumento de la temperatura global del planeta que ha creado cambios atmosféricos.

Algunas formas de comportamiento simplemente han sido aceptadas históricamente a pesar de su alta probabilidad de crear resultados nocivos, lo cual no ha impedido el que sean consideradas como socialmente adecuadas. Esto nos explica el porqué a pesar del daño a bienes, determinadas conductas son socialmente aceptadas: porque no defraudan expectativas ya que estos comportamientos han sido aceptados históricamente.

De ésta manera contamos ya con un primer filtro para determinar cuando una conducta puede ser considerada como típica ya que no se castiga o mejor dicho no se prohíbe que *se cause* un resultado, o se lesione un bien ya que esto no es en sí mismo ni antisocial, ni antijurídicamente relevante para el Derecho Penal. Lo que se castiga son conductas que sobrepasan el riesgo permitido. Esto se puede mostrar con un ejemplo: la producción de armas de fuego no es un comportamiento desaprobado por el Derecho si se realiza en una fábrica legalmente constituida, registrada y que opera según los regímenes legales de seguridad, fiscales, laborales, etc., a pesar de que el elaborar una

arma es un comportamiento que definitivamente realiza un aporte causal en un delito de homicidio por arma de fuego. Este comportamiento a pesar de ser causal no excede el riesgo permitido. Otro ejemplo: La producción de automóviles a pesar de ser causal de los accidentes de vehículos automotores con motivo del tráfico rodado no es un comportamiento inadecuado socialmente y por lo tanto no sobrepasa el riesgo permitido, a pesar de que el fabricante tanto de armas como de automóviles odie a la sociedad y desee que mueran el mayor número de personas posibles y por ese motivo se haya dedicado a la fabricación de estos objetos.

Es claro que sólo se puede pasar a analizar el tipo subjetivo, es decir, el dolo o la culpa y más adelante la antijuridicidad y la culpabilidad si se ha sobrepasado el riesgo permitido socialmente y esto ha producido un resultado que también como se explicará más adelante se trata de un resultado normativo.

Este principio ya era conocido y aceptado ampliamente en el caso de los delitos culposos, en que se habla de "falta de cuidado". Así Welzel señala: "contrario al cuidado es sólo aquella puesta en peligro que va más allá de la medida adecuada socialmente"³⁷.

37 Welzel H., *Derecho Penal Alemán*, Chile, Edit. Jurídica Chile, 1993, p.159.

Sólo que Welzel señala que para poder determinar el riesgo hay que adoptar el criterio del hombre prudente o inteligente. Pero como ya se señaló, la creación de un riesgo relevante no depende de que el autor se represente o no el resultado material consecuencia de su actuar culposo. El dolo o la culpa es irrelevante para la determinación de la creación de un riesgo. Comportarse conforme al estándar socialmente aprobado siempre está permitido independientemente de que se busque un resultado material tipificado como en el caso del fabricante de armas que busca como fin el desarrollo y ejecución de homicidios.

No importa el juicio del autor para determinar la existencia del riesgo ya que si el comportamiento es socialmente aceptado o usual o cotidiano y por ello entendido como necesario para mantener la normalidad de los contactos sociales, no defrauda expectativas y eso significa que es un riesgo permitido.

Para saber si estamos ante un riesgo permitido es necesario que se trate de una conducta aceptable en general; ésta determinación es por tanto objetiva y además no depende de si se produjo o no el resultado y en este sentido el criterio utilizado es "ex ante".

En el caso de los llamados **conocimientos especiales** en el que el autor puede hacer un pronóstico con un alto grado de confiabilidad para la producción de un resultado, debido a su saber superior o especial hay que decir

que al autor siempre se le debe considerar según la situación en que se encuentre, desempeñando un rol, y únicamente se deben de tomar en cuenta los conocimientos exigibles para cualquiera que cumpla ese rol; ésta es la ventaja de una sociedad compleja que ya no es pequeña y no acude con "Juan el cartero" o "Pedro el policía" o "Hugo el mesero", sino que se dirige con un mesero, es decir con quien sea que cumpla ese rol, o en su paso, se dirige hacia la policía o cartero.

Así podemos dar ejemplos:

1) "Un ingeniero que quiere adquirir un coche usado y por sus conocimientos técnicos especiales se da cuenta en el viaje de prueba de que los frenos del automóvil van a tardar en fallar"³⁸

En este caso se debe de tomar al ingeniero no en su rol de ingeniero, sino en el de ciudadano que va a adquirir un auto, es decir, su rol de "comprador" por lo que sus conocimientos especiales no lo hacen responsable si al entregar el auto no avisa del problema detectado y el siguiente comprador se lesiona o muere al fallar los frenos del automóvil. Es claro que el ingeniero no responde ni por el delito de lesiones ni por el de homicidio.

³⁸ Jakobs G., *Derecho Penal... Ob. Cit.* p. 252.

2) Un pasante de ingeniería civil que realiza su servicio social en una constructora elabora una mezcla de acuerdo a las instrucciones recibidas a pesar de saber que la proporción de los materiales no es la adecuada y que al utilizarse para un techo éste cederá.

En éste segundo caso tampoco tiene responsabilidad el pasante debido a que él está cumpliendo con su rol y la creación del riesgo no depende de su subjetividad sino de la condición objetiva dada.

Otro es el caso cuando el autor utiliza dichos conocimientos especiales para obtener un resultado ya que en ese caso el conocimiento se incorpora a la situación y la determina, situación que es objetivamente diversa como sería el caso del ingeniero del primer ejemplo que busca a su ex mujer para que pruebe el auto, buscando que ella muera. En este caso sí se le hará responsable por haber creado un riesgo no permitido al crear una situación objetivamente peligrosa; invitar a una persona a conducir un auto con frenos defectuosos, independientemente de que el resultado querido se de.

Concluyendo, para hablar de que una conducta realiza el tipo de un determinado delito primeramente hay que determinar si dicha conducta excede el riesgo permitido.

3. 4. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

Este segundo punto dentro de la teoría de la imputación objetiva nos refiere que existe una confianza permitida que de presentarse excluiría la imputación. "El principio de confianza significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar en su comportamiento correcto"³⁹.

Este principio trata de descargar del autor la responsabilidad por un resultado acaecido cuando puede ser explicado como atribuible a un tercero. Dicho principio es definido en su especial concepción en la imputación objetiva por Jakobs también tiene sus antecedentes en los delitos culposos, que incluso ha sido reconocido por la jurisprudencia alemana, ya Welzel señalaba su desarrollo en los delitos de tránsito (vehículos automotores) y lo hacía extensivo a otras actividades.

"El principio de la confianza rige más allá del ámbito del tránsito para cualquier obrar conjunto en un trabajo dividido entre varias personas"⁴⁰. Al desarrollarse cualquier actividad que por su complejidad requiera de la participación de varias personas, se actúa siempre en base a la división

³⁹ Jakobs G., *Derecho Penal... Ob. Cit.*, pág. 253.

⁴⁰ Welzel H., *Derecho... Ob. Cit.*, pág. 159.

del trabajo. Esta división del trabajo no serviría y sería ineficaz si cada interviniente tuviera que responsabilizarse o controlar lo que le corresponde a los demás intervinientes. Si tuviera que dedicarse cada uno a controlar lo que los demás hacen no podría realizar la propia tarea de forma eficiente o satisfactoria. Con el principio de confianza se evita sobrecargar con una exigencia excesiva a cada participe tanto de alguna actividad ordenada en base a la división del trabajo como en las acciones donde participa un gran número de personas, además de hacer responsable del resultado a quien ha fallado.

De esta manera un cirujano puede confiar en la correcta asistencia de la enfermera y quien despacha gasolina no responde por la forma de conducir de quien maneja el auto. Claro está que cuando el rol de una persona es de supervisar o controlar el comportamiento de otros, no se presenta aquí el principio de confianza ya que no se puede en este caso esperar un desempeño impecable de los participantes, sino que se prevé un margen de error que es función del supervisor corregir.

En el caso de que intervenga en forma posterior una persona que obre con un margen de error tolerable no opera el principio de confianza contra este tercero.

Por ejemplo: tras un accidente de tránsito un conductor choca con los restos del accidente que se encuentran todavía en el arrollo vehicular porque se

distrajo un momento. En éste caso no responde el tercero por los daños acaecidos a quienes lo acompañaban en el auto debido a que si bien existió la posibilidad de que actuara con atención extrema al manejar, esto no significa que se pueda confiar en que esto es lo que sucederá.

3. 5. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO

La figura de la prohibición de regreso no es nueva, ya en 1903 Frank hacía referencia a ella y se entendía como interrupción del nexo causal que impedía hacer responder por un resultado a personas que habían realizado un aporte causal pero que no tenían ni dolo, ni culpa, ni nada que ver con el hecho delictivo. Un buen ejemplo para explicar esto es el conocido caso de adulterio que se realiza en una cama con base de madera. Aquí sólo serán responsables del adulterio los dos "amorosos" que cohabitan o copulan si uno de ellos (por lo menos) está casado con otra persona que no es su pareja sexual en ese momento; y esto a pesar de que definitivamente el carpintero que hizo la base de la cama, así como los padres de los adúlteros realizaron una aportación causal sin la cual el resultado no se hubiera presentado.

Esto solamente es entendible si se toma en cuenta el principio de la prohibición de regreso –hasta aquí, entendido en forma causalista- que corta o

interrumpe el nexo causal para con el carpintero y los progenitores de quienes intervinieron en el hecho delictivo.

Jakobs retoma este principio pero no de una manera "causalista" o "naturalista", sino normativa, proponiendo la extensión de la calidad de garante a los delitos de acción y esto porque no todo incumbe a todos. Únicamente quien tenga que evitar un resultado responde por el mismo, sin importar quienes más realicen una aportación causal ya que se trata de un problema de imputación (en sentido objetivo) y no de un problema de causalidad.

De esta manera si un sujeto "A" realiza un comportamiento que se encuentra dentro del riesgo permitido y por tanto no es relevante para el Derecho Penal, no responde por un resultado material penalmente sancionado si un sujeto "B" desvía al aporte causal de "A", manipulando la actividad previa para obtener un curso causal dañoso.

En palabras de Jakobs: "La responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión decae cuando una acción llega a ser causal de un resultado típico, sólo porque en tercero desvía, sin relación con el agente las consecuencias de la acción hacia el daño"⁴¹.

⁴¹ Jakobs G., *Derecho... Ob. Cit.* pág. 259.

Esto se aclara con los siguientes ejemplos: Un sujeto que pretende robar un banco toma un taxi para llegar a la sucursal bancaria donde lo esperan sus cómplices. En éste caso aunque el taxista realiza una aportación causal no se le puede imputar (objetivamente) el robo en virtud de principio de prohibición de regreso.

Otro ejemplo: un panadero expende pan de dulce y un sujeto le compra varias piezas de pan para envenenarlo y poder privar de la vida a varias víctimas que ha invitado a merendar. En éste otro caso la acción del panadero de vender pan se encuentra dentro de lo permitido por el derecho y no origina jurídicamente ningún riesgo desaprobado o prohibido por lo que las acciones que realicen sus clientes con el pan ya no entran dentro de su competencia y por ello no le son imputables.

Los resultados anteriores se mantienen sin importar si el taxista o el panadero conocía lo que iban a realizar sus clientes. La prohibición de regreso es un criterio objetivo –normativo previo al análisis del tipo subjetivo que no toma en cuenta para su determinación el dolo o la culpa.

No por el hecho de que el taxista sepa que a quien transporta piensa robar un banco comparte la imputación como partícipe del robo ya que él solo cumple con su rol que es socialmente admitido de la misma manera que no respondería, ni le serían imputadas las proezas o logros de quien lo aborda para

**ESTA TESIS NO SALE ⁷⁹
DE LA BIBLIOTECA**

que lo traslade a recibir un premio por su valor, honradez o para realizar un donativo.

En todos los casos de intercambios frecuentes e indispensables en la vida social opera el mismo principio ya que sólo así podemos comprender el porqué un cantinero a pesar de haberle servido cuatro tequilas a su cliente y oír sus penas de amor, no responde por el homicidio que su cliente realiza al privar de la vida a su esposa al salir de la cantina desinhibido por los efectos del alcohol.

También se da la prohibición de regreso si un tercero vincula de forma unilateral a nuestro actuar, consecuencias que serán creadas por el propio tercero; es el caso de quien amenaza con matar a un personaje famoso si un juez no absuelve a su familiar. En estos casos ni la novia ni el juez están ligados normativamente con el resultado (aunque sí causalmente, lo cual como ya se ha dicho es irrelevante).

Jakobs también incluye dentro de los casos manejables con el principio de la prohibición de regreso los "daños por schock" que otros autores prefieren tratar con el principio de "ámbito de competencia de la norma".

Los casos de quien sufre una lesión o muerte tras enterarse de que un ser querido fue víctima de homicidio. En estos casos el autor que ultima a la primera víctima realiza una aportación causal para la segunda muerte, es decir,

la muerte de su ser querido que al enterarse fallece, a pesar de esto, no responde en virtud de la prohibición de regreso.

Desde otra perspectiva se puede alegar que la exclusión de responsabilidad deviene del hecho de que el tipo de homicidio no cubre también otras muertes acaecidas al conocerse el homicidio y por tanto estas muertes ulteriores caen fuera del ámbito de protección de la norma que prohíbe el homicidio.

Se puede concluir junto con Jakobs que: "La responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión sólo está fundada cuando el agente, con independencia de su acción actual, es garante, es decir, cuando está obligado a causa de otra acción previa o a causa de sus deberes de la vida de relación, a especiales limitaciones de acción, o bien cuando, a causa de sus deberes institucionales de solidaridad está obligado a sacrificar su libertad de acción"⁴².

⁴² Jakobs G., *Derecho... Ob. Cit.*, pág. 265.

3. 6. LA COMPETENCIA DE LA VICTIMA

Es reconocido y ampliamente aceptado que una cantidad considerable de bienes jurídicos que están penalmente protegidos se encuentran a pesar de ello, a la disposición de su titular por lo que quien con la voluntad del propietario estropea un parabrisas no realiza el tipo de daño en propiedad ajena.

También está fuera de discusión que cuando se destruye un bien sin la autorización voluntaria del titular o se obtiene mediante coerción o engaño, estamos en el caso de una lesión imputable a quien la realiza.

Para determinar cuando hay un consentimiento del titular tenemos que atenernos a una serie de reglas ya que no basta el mero "acuerdo" para poder hablar de consentimiento de la víctima. Se requiere también que quien dé el consentimiento esté facultado de acuerdo a las reglas jurídicas (sea capaz) para poder disponer del bien porque el acuerdo no es sólo un "soportar consciente". Quien da su consentimiento debe de querer las consecuencias que produzca dicho consentimiento al menos desea un comportamiento que previsiblemente tendrá alguna consecuencia.

Es claro también que el consentimiento es revocable y que quien actúe creyendo de forma errónea que la víctima ha consentido actúa con error de tipo ya que excluye el dolo y hay que estar a, si éste error es o no vencible.

El consentimiento de la víctima no solamente es una causa de justificación aunque ciertamente existe un consentimiento que excluye no al tipo sino a la antijuridicidad en virtud del contexto y una ponderación costo/beneficio respecto de la finalidad perseguida con el consentimiento. Este no es el caso que nos ocupa aquí nos referimos a un consentimiento que excluye la tipicidad (parte objetiva del tipo) o lo que es lo mismo excluye la imputación objetiva.

Es indiscutible que el consentimiento en la transmisión de la propiedad excluye el robo, así como el consentimiento de subir a un juego mecánico o a un ferrocarril, evita que podamos hablar de privación de libertad o de la libertad ambulatoria aunque nos queramos bajar a medio recorrido.

Dentro de las reglas para que el consentimiento sea válido y eficaz, no se admite el consentimiento para transgredir disposiciones de carácter de Derecho Público, además de requerirse el consentimiento de todos aquellos que pueden disponer de un bien validamente. El consentimiento debe de manifestarse aunque no mediante las reglas de Derecho Civil para los contratos.

Si el consentimiento se obtiene mediante un engaño que se refiere a la calificación de quien va a producir un daño, se crea una situación en la que quien obtiene el consentimiento actúa como autor mediato del daño y no sirve como excluyente el que una persona calificada habría actuado de la misma forma, de tal forma que quien consciente actúa como instrumento.

Si quien presta su consentimiento actúa sin error y consciente del comportamiento que autoriza entonces asume él el control de la situación que no se presentaría si no lo hubiese querido, por lo que los resultados sólo le son imputables a quien consciente voluntariamente y exonera a los demás intervinientes a pesar de sus aportes causales.

De especial interés es el caso en que la víctima se autopone en peligro. En estos casos en que los daños no afectan al patrimonio pecuniario de la víctima sino a su salud, su integridad corporal o que incluso le podrían costar la vida, siempre cabe la posibilidad de que la víctima haya incumplido su deber de autoprotección.

El daño causado a una persona siempre puede ser explicado por alguna de las siguientes razones:

- a) Es imputable al autor,
- b) Es imputable a un tercero,
- c) Es imputable a la propia víctima,

d) Es imputable a algunos de los anteriores o a los tres conjuntamente,

e) Es un caso fortuito no imputable a nadie.

El resultado le será imputable a la víctima cuando ella misma se autopone en peligro (descartando la coacción y el error) como es el caso de quien se arroja sobre el arroyo vehicular esperando ser atropellada. De presentarse esta situación es claro que el resultado le es imputable a la víctima y no al chofer del auto que si conducía dentro de lo permitido y observando las reglas del tránsito no tendrá ninguna responsabilidad, mientras que si excedía la velocidad permitida el daño se explica por la acción tanto de la víctima (autopuesta en peligro) como la del chofer, en forma conjunta.

Si la autolesión llevada a cabo por personas responsables, incluso llevada hasta su propia destrucción no constituye un injusto, tampoco lo constituirá la participación en ella. Lo mismo opera en sentido inverso, si alguien con engaños o coacción convence a la víctima de practicarse una autolesión o bien en que permita que se le lesione da lo mismo axiológicamente hablando (el autor en ambos casos tiene la misma responsabilidad).

Quien produce una lesión sin arrogarse un ámbito de organización ajeno sino que su acción constituye una manera de auto organización de esa otra persona, no vulnera un bien personal.

El deber de autoprotección "es equivalente a las posiciones de garante que provienen de las instituciones que implican la creación de un mundo en común"⁴³.

De tal manera que quien mantiene las relaciones sexuales con otra persona de la cual sabe que se encuentra infectada por el V.I.H. se autopone en peligro y el portador del virus del SIDA no realiza ni el delito de peligro de contagio, ni lesiones, ni ningún otro.

Por lo tanto es indiferente si alguien se autolesiona o consciente una lesión porque nadie priva de nada al conservar la víctima la total determinación de su ámbito de organización.

En conclusión la autopuesta en peligro por parte de la víctima responsable excluye la sola imputación del autor o un tercero y por tanto excluye ya el tipo.

43 Jakobs G., *Estudios de Derecho Penal*, Madrid España, Edit. Civitas-UAM, 1997, pág. 402.

3.7. LA REALIZACIÓN DEL RIESGO EN SUPUESTOS DE CONCURRENCIA DE RIESGOS

Un daño, es decir, un resultado material siempre se explica atendiendo a un complejo de condiciones que podemos denominar "riesgo".

El campo de estudio de la concurrencia de riesgos consiste en la coexistencia tanto de un comportamiento del autor que excede el riesgo permitido, como la falta de autoprotección de la víctima, o bien, el resultado se presenta al combinarse varios riesgos.

Ya mencionado que para explicar un daño se puede atender al comportamiento defectuoso del autor, de un tercero, de la víctima o bien, se está en presencia de un caso fortuito. Este problema únicamente se presenta en los delitos de resultado y sólo interesa saber o determinar cuál fue el riesgo que se hizo efectivo en el resultado.

Para esto primeramente hay que atender a la real producción del daño y rechazar la fórmula de los "cursos causales hipotéticos" por lo que no es aceptable el razonamiento que señala que no se realiza el riesgo cuando de todas formas el resultado se habría producido. Por ejemplo quien priva de la vida a otro de un balazo, comete homicidio y se realiza el riesgo creado por el autor en el resultado a pesar de que quien muere este sentenciado a muerte o

se encuentre intoxicado con un veneno de acción retardada o se encuentre en etapa terminal de un padecimiento de cáncer.

“El que realice o no un riesgo no depende de lo que habría ocurrido sin este riesgo, sino de lo que ha ocurrido con él”⁴⁴. La realización del riesgo supone el nexo causal el cual es necesario pero no suficiente ya que es lo mínimo indispensable para afirmar que el riesgo se ha realizado en el resultado, pero además de ello se requiere que éste nexo causal corresponda un riesgo no permitido o jurídicamente insoportable ya que de no ser así no habrá una correspondencia entre un riesgo no permitido y el resultado.

En los casos en que el autor excediendo el riesgo permitido crea una situación que somete a la víctima a otros riesgos pero que son de los aceptados socialmente, no estamos ante la presencia de la realización del riesgo porque el bien sólo es expuesto a los riesgos normales o usuales de la vida, por ejemplo, quien es herido con un arma punzo cortante y al ser trasladado al hospital muere por la acción (aunque causal) del autor de la herida sino que su muerte se debe a un tercero (coche a exceso de velocidad) o a un caso fortuito (tiembla y esto hace que la autopista se hunda y los automovilistas pierdan el control de sus autos).

44 Jakobs G., *Derecho... Ob. Cit.*, pág. 271.

Hay que descartar también la realización del riesgo cuando se realiza un comportamiento defectuoso que más tarde cuando se ha modificado, y ya se encuentra dentro de lo permitido, produce un resultado. Este es el caso de quien no respeta una señal de alto y tras reducir la velocidad, dos cuadras adelante arroja a un peatón que intempestivamente aparece sobre la calle. En éste caso al comportamiento no permitido (pasarse un semáforo en rojo) no explica el resultado (que se explica por una autopuesta en peligro).

Puede darse el caso de que el riesgo sea creado por varias personas, lo cual no representa un problema ya que todas responderán o bien únicamente las que crearon el riesgo. Esto es posible porque nuestra sociedad está organizada en virtud de la división del trabajo.

Si concurrieran varios riesgos "posibles" sólo se realiza el que opera de forma efectiva en la realidad y éste es el primero. No realizan el riesgo aquellas aportaciones causales que corresponden a algún riesgo permitido como es el caso de quien quiere envenenar a otro con bombones, pero la víctima se asfixia con los primeros bombones por lo que la muerte le sobreviene precisamente por asfixia y no por envenenamiento. En este caso se realiza en el resultado un riesgo general de la vida y no el riesgo no permitido sin que por ello se exima al autor de responder por tentativa de homicidio.

De forma similar se trata el añadir a un riesgo no permitido otro de la misma naturaleza pero que no surte efecto. Se realiza –claro esta- el primero y no el segundo.

El resultado únicamente se le imputa al autor cuando se da la realización del riesgo y no por su aporte causal ya que los bienes para poder ser utilizados siempre están expuestos a riesgos y no es posible sobrecargar la imputación por el resultado sin que esto paralice el funcionamiento de la sociedad.

CAPITULO IV

PRINCIPALES APORTACIONES DE LA TEORÍA

FUNCIONALISTA DEL DELITO

4.1. LA IMPORTANCIA DEL ROLL

4.1.1. LA IMPUTACIÓN POR ORGANIZACIÓN

Jakobs considera que no todo es asunto de todos por lo que solamente se le puede hacer responsable a alguien de lo que produzca si tenía que haberlo evitado y si previamente se ha constatado que ha excedido el riesgo que el derecho le permite para la función que desarrolla el autor en concreto. Aquí es donde aparece la función de los "rolles".

Jakobs no considera que los sujetos como entes le interesen al derecho penal, sólo le interesan aquellas características de los sujetos que podemos denominar en su conjunto como constituyentes de la persona. Al Derecho Penal solamente le interesan los sujetos en cuanto personas, es decir, en cuanto realizan actividades dentro de la sociedad y desempeñan rolles o papeles. La palabra "persona" –es bien sabido- deriva de *personare* que era la resonancia obtenida al hablar tras una máscara utilizada en los teatros griegos. De ahí la palabra personaje; persona es, con base en la anterior, quien desempeña un roll en la vida (o varios rolles como el de padre, esposo, patrón, chofer, etc.).

Como al Derecho sólo le importan los actos comunicativos de las personas y en particular –hablando del Derecho Penal- los actos comunicativos que expresan el sentido de desprecio por las normas jurídicas, es decir, aquellos

actos que se interpretan como una defraudación de la expectativa normativa o de lo que el derecho esperaba de las personas, es necesario saber previamente qué es lo que debe de cumplir cada persona. Es necesario establecer cuál es el rol de cada quién; establecer qué le compete a quién.

La imputación objetiva consiste precisamente en la atribución de un resultado a una persona que ha quebrantado los estándares que en forma objetiva están establecidos, en otras palabras, el autor es competente para responder por el resultado porque a él le competía evitarlo.

Lo importante para la teoría propuesta por Jakobs es que siempre que se presenta un resultado éste será objetivamente imputable si la persona que lo produjo tenía el deber de evitarlo, es decir, si era parte de su competencia el evitar ese resultado. Desde esta perspectiva el fundamento de la imputación objetiva es el quebrantamiento de un rol; la competencia del autor se presenta independientemente de si realiza un comportamiento positivo (acción) o uno negativo (omisión) ya que en ambos casos el autor responde en virtud de la competencia que le exigía la evitación del resultado.

El rol es necesario en una sociedad compleja porque permite la realización de una función estandarizada sin importar quién la realice. De esta forma el rol primario que es común en todas las personas es el del "buen ciudadano" y en esto consiste la competencia por organización: las personas

tienen que organizarse como lo deseen, siempre y cuando no produzcan resultados lesivos. La competencia por organización consiste en la administración de la esfera personal y de los riesgos que nos son comunes a todos, de tal forma que el producto de esta administración no sean daños a terceros.

El Derecho plantea una serie de expectativas que están determinadas socialmente, es decir, por la propia comunidad de acuerdo a su estructuración, historia, costumbres, etc. El Derecho espera ciertos comportamientos y por ello las normas (reglas de conducta) han previsto o planteado expectativas (como no matar, no robar, etc.). Estas expectativas muestran la constitución social que es protegida por el Derecho Penal ya que ciertamente la sociedad podría ser de otra manera y arreglarse de acuerdo a otras expectativas y con otras reglas.

Establecidos estos principios, toda persona que forzosamente participa en la vida social tiene que respetar esta constitución social y cumplir con las expectativas normativas, lo que equivale a decir que tiene que cumplir con las normas. Este es el rol que el Derecho le exige a todo mundo y que tiene antecedentes en la "filosofía del Derecho" de Hegel.

Cuando Jakobs refiere que las personas tienen que organizarse de tal forma que no lesionen la organización de los demás, lo que en realidad dice es que se tiene que respetar la ley y así se respetan los derechos de los demás. Así como

en los delitos de omisión que producen un resultado (comisión por omisión u omisión impropia) se requiere de una "calidad de garante" para poder atribuir el resultado a un autor; también en los delitos de acción se requiere que se tenga esta calidad de garante si se ha de atribuir un resultado a alguien: no todo incumbe a todos.

Quien vive en sociedad (¡todos!) tiene que **garantizar** que de su organización, es decir, que de sus actividades como quiera que las realice, no se desprenderán consecuencias típicas. Por eso Jakobs considera que en la competencia por organización la función del autor "se define siempre negativamente: se trata siempre de evitar daños"⁴⁵.

Todas las personas son garantes a causa de una organización defectuosa por ello todos deben de cuidar que la propia organización siempre se encuentre dentro de los límites que marca el Derecho: siempre se debe de encontrar dentro del riesgo permitido.

Tratándose del común de las personas que no tienen deberes especiales, sino solamente el deber de comportarse sin lesionar bienes ajenos (competencia por organización), el resultado sólo puede ser atribuido a alguien cuando se ha constatado que el curso dañoso es producto de una organización defectuosa. Esto también lo denomina Jakobs "deber de aseguramiento". En

⁴⁵ Jakobs G., *Derecho Penal... Ob. Cit.*, pág.252

éste sentido el autor será competente en virtud de su organización para responder de un resultado si ha incumplido el deber de aseguramiento consistente en percatarse de que su actuar no genere daños.

Si se da el caso de que el autor asuma el riesgo, entonces tiene que asegurarse de modificar a tiempo su organización para evitar un resultado lesivo y en caso de que no lo logre, se generará un **deber de salvamento**. De la misma forma, quien interrumpe un curso causal salvador es competente para responder por el resultado si este se presenta en virtud de su organización que ha interferido con el curso causal salvador. Por lo tanto se tiene por **asunción** el deber de evitar el resultado en virtud de la injerencia realizada en el desarrollo del evento.

4.1.2. LA IMPUTACIÓN DERIVADA DE UN DEBER INSTITUCIONAL

La imputación derivada de un deber institucional (también llamada competencia institucional) se presenta cuando se incumple un deber especial por lo que esta competencia sólo la poseen un determinado y restringido número de personas que tienen un estatus especial.

Cuando se produce un resultado que cae dentro de los que únicamente pueden ser cometidos por quien tenga competencia institucional es requisito que el autor tenga este estatus especial que lo liga de forma positiva con un bien del cual no sólo tiene que evitar dañarlo con su organización o eventual organización defectuosa sino que además tiene que evitar que sufra cualquier daño venga de donde venga el curso causal dañino.

El autor en estos casos tiene que asegurar la existencia del bien jurídico que Jakobs entiende como una "unidad funcional" consistente en cumplir con el rol que le ha sido asignado. Por ejemplo quien tiene que cuidar de algún menor incumple su deber al no cuidarlo. En este caso no se ha lesionado "el cuidar" sino que ni siquiera ha existido. Por ello el bien jurídico no es un valor o un objeto sino el deber mismo.

El caso de la competencia institucional no se refiere únicamente a la no producción de daños sino al mantenimiento de una institución que es una forma de relación que se encuentra social y jurídicamente reconocida y que no depende por ello del reconocimiento subjetivo de las personas. Solamente son consideradas como instituciones que producen deberes especiales aquellas que son básicas para la sociedad. Jakobs sólo considera las siguientes:

- 1) LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES; y sus sustitutos consistente en la guarda que deben de realizar los padres respecto de los hijos y los

bienes de los hijos. Los padres deben cuidar, alimentar y brindar educación a los hijos, etc., en virtud de que se configura un mundo en común entre padres e hijos. Por eso se deben evitar incluso los riesgos de autolesión dolosa o culposa por parte de los menores. El nivel de cuidado debe ser el mínimo indispensable y no el óptimo ya que no es posible determinar éste último. No se requiere que estos deberes los cumplan los padres por sí mismos ya que los pueden delegar siempre que se asegure el cumplimiento mínimo. Estos deberes concluyen con la adquisición de la mayoría de edad por parte de los hijos y surge con la concepción de éstos. En cuanto a las relaciones sustitutivas se hace referencia a los deberes surgidos de la adopción y tutela.

2) EL MATRIMONIO. Aquí también se hace referencia a un deber derivado de la configuración conjunta del mundo vital. Al igual que las relaciones fraterno-filiales solamente se garantiza el estándar mínimo.

3) LA CONFIANZA ESPECIAL. Aquí se hace referencia a la comunidad de peligro que consiste en la convivencia de dos o más personas que realizan actividades peligrosas y se han prometido ayuda mutua en caso de necesitarla (caso de los alpinistas) y en general se trata de todos aquellos casos en que el autor ha prometido ayuda en alguna situación peligrosa o en la cual él mismo ha introducido el peligro.

4) RELACIONES ESTATALES DE PODER. Jakobs se refiere a uno de los **deberes genuinamente estatales**. Que sería el género del cual las relaciones estatales de poder consisten básicamente en deberes surgidos de ciertas actividades, por ejemplo, el servicio militar, la escolarización obligatoria o la prisión. Así se tienen que asegurar los satisfactores mínimos a los presos y los que prestan algún servicio militar, lo cual no incluye el aseguramiento de la ausencia de las autolesiones.

5) LOS FINES ESTATALES. Aquí se hace referencia a otro deber del Estado y se refiere a aquellos servicios irrenunciables. Por ejemplo, aunque el estado no es garante de la producción de fracturas, si el que la ha sufrido es atendido en una institución médica de carácter social (secretaría de Salud) entonces se tiene que garantizar la salud del fracturado.

4.2. LAS POSIBLES CONTRIBUCIONES DE LA TEORIA FUNCIONALISTA AL DERECHO PENAL MEXICANO

Es de llamar la atención que en nuestro país no se trata el tema del funcionalismo. Sólo se han editado dos libros al respecto. Uno es del mexicano Enrique Díaz Aranda que estuvo en Alemania realizando estudios de postdoctorado y adopta la posición de Roxin sin comentar absolutamente nada de la posición de Jakobs. Es curioso que esto lo haga en un libro dedicado a

desarrollar lo que es dolo, texto que aprovecho para hablar de la evolución de la teoría del delito.

El otro texto que se editó en nuestro país es del español Feijoo, que trata de la imputación objetiva y también lo hace desde la perspectiva de Roxin a pesar de que este jurista estuvo estudiando en Bonn Alemania con Jakobs. Fuera de estas dos referencias bibliográficas no se encuentra ninguna otra. Las dos son del 2000. Eso no ha impedido que se produzcan cada vez más se realicen artículos que tratan tópicos muy específicos sin tener un alcance global que afecte a toda la teoría del funcionalismo ni mencionando las diversas posturas que existen dentro de esta misma corriente.

En nuestro derecho penal existen varias maneras en que puede influenciar la teoría funcionalista. Primeramente se puede realizar una influencia en lo que es el ámbito académico, analizando y discutiendo las posibles aportaciones a las bases de la teoría del delito, en un retorno a Hegel que considera una teoría absoluta de la pena en la medida en que no espera que cumpla ninguna otra función que la de reestablecer el derecho que ha sido violado al cometerse el delito y por otra parte que entiende al delito como una afirmación del delincuente en el sentido de que las normas que prohíben determinadas conductas pueden ser modificadas para quedar de la siguiente manera "se puede matar", "se puede robar", etc. De aprobarse o consecuentarse estas propuestas hechas por personas libres y responsables

(presupuesto del funcionalismo de Jakobs) la sociedad dejaría de ser como es en la actualidad con lo que se afirma que el derecho penal tiene la función de proteger la estructura de la sociedad tal y como se encuentra en la actualidad.

En el ámbito del foro, es posible utilizar el funcionalismo como un criterio para interpretar los contenidos de la ley penal. Se puede, por ejemplo, discutir la subsunción de un hecho en la descripción típica en los casos en que no se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado o cuando el resultado le es imputable a la víctima como puede ser el caso de una persona que fallece por estar no en la banqueta sino parada sobre el arroyo vehicular y ser arrollada por un automóvil. En estos casos, independientemente del caso fortuito se puede razonar que a pesar de un exceso de velocidad, el resultado se produce por competencia de la víctima ya que al darse una combinación de la imprudencia del agente y la falta de cumplimiento del deber de autoprotección por parte de la víctima, lo decisivo no es el exceso de velocidad sino el hecho de que el peatón se encontraba indebidamente sobre el arroyo vehicular.

Hablar de la utilidad de esta teoría nos empuja a la parte especial del código penal y ver en forma casuística tipo por tipo, las posibles maneras de entender los casos concretos que se presentan en la realidad, es decir, se trata de un problema de aplicabilidad de esta teoría al ámbito forense.

CONCLUSIONES.

1.- La teoría del delito de Jakobs es producto de la evolución de la ciencia jurídico penal alemana: reúne lo mejor del finalismo y de las aportaciones críticas de la teoría teleológica de Roxin.

2.- El tipo sigue contando con dos partes: el tipo objetivo y el tipo subjetivo.

3.- El tipo objetivo esta constituido por la imputación objetiva.

4.- La imputación objetiva es un juicio sobre un hecho para determinar si puede ser determinado jurídicamente como consecuencia de una organización defectuosa o del incumplimiento de un deber institucionalmente establecido.

5.- En el juicio de imputación objetiva se utilizan los siguientes criterios:

- a) Riesgo permitido,
- b) Principio de confianza,
- c) Prohibición de Regreso,
- d) Competencia de la víctima y
- e) Realización del riesgo en el resultado.

6.- El riesgo permitido no se determina de forma probabilística sino normativa.

7.- No todo es competencia de todos: se puede confiar en que los demás se comportarán de forma responsable.

8.- Cuando se presenta un resultado lesivo no se pueden considerar como responsables a todos los que hayan intervenido y hayan contribuido en forma causal al mismo: a los comportamientos ajustados a un rol socialmente establecido y los que no desarrollan un riesgo jurídicamente desaprobado, a pesar de ser causales del resultado, no se les puede imputar objetivamente el mismo.

9.- Todos tenemos un deber de autoprotección por lo que al ser incumplido y presentarse como consecuencia un resultado lesivo, éste debe de imputársele a la propia víctima.

10.- Para poder determinar la existencia de una acción jurídicamente relevante se requiere, como condición necesaria, determinar en forma objetiva si un resultado le es imputable a alguien. La imputación objetiva no es algo que siga a la determinación de que exista una acción, sino que la constatación de aquella es parte de la consideración para verificar si existe ésta.

11.- La diferencia entre delitos de acción y de omisión es jurídicamente irrelevante ya que en ambos casos el fundamento de la imputación del resultado es la competencia para evitar un resultado jurídicamente desaprobado derivado de una organización defectuosa o del incumplimiento de un deber institucionalmente establecido.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) Bauhmann Jürgen, *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema*, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1991, 350 p.p.
- 2) Cancio Melia Manuel, *Los Orígenes de la Teoría de la Adecuación Social*, 2ª Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1998. 128 p.p
- 3) Carrara Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte General. Vol. I*, 3ª Edición, Editorial Temis, Colombia, 1991, 132 p.p.
- 4) Jakobs Günther, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid España, 1997, 436 p.p.
- 5) Jakobs Günther, *Estudios de Derecho Penal*, 2ª Edición, Editorial UAM-Civitas, Madrid España, 1997, 469 p.p.
- 6) Jakobs Günther, *La Autoría Mediata con Instrumentos que Actúan por Error como Problema de Imputación Objetiva*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999, 208 p.p.

- 7) Jakobs Günther, *La Competencia por Organización en el Delito Omisivo*, 3ª Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1998, 198 p.p.
- 8) Jakobs Günther, *La imputación Objetiva en Derecho Penal*, Madrid Editorial Civitas, España, 1996, 146 p.p.
- 9) Jakobs Günther, *Sociedad, Norma y Persona, en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, 2ª Edición, Editorial Civitas, Madrid España, 1998, 152 p.p.
- 10) Lesch Heiko H., *Intervención delictiva e Imputación Objetiva*, 3ª. Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999, 197 p.p.
- 11) Luhmann Niklas, "La comunicación Jurídica" en *Confluencias, No. 1, Vol. I*, Veracruz México, Septiembre, 1996.
- 12) Luhmann Niklas, *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, 4ª Edición Editorial C.E.C., Madrid España, 1997, 175 p.p.
- 13) Luhmann Niklas, *Teoría de los Sistemas Sociales*, Editorial Alianza-Universidad Iberoamericana, México D.F., 1991, 321 p.p.

- 14) Martínez Escamilla Margarita, *La Imputación Objetiva del Resultado*, Editorial Edersa, España, 1998, 196 p.p.
- 15) Reyes Alvarado Yesid, *Imputación Objetiva*, 2ª Edición, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1998, 183 p.p.
- 16) Roxin Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 2ª Edición, Editorial Civitas, Madrid España, 1999, 249 p.p.
- 17) Roxin Claus, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, 8ª Edición, Editorial Bosch, Barcelona España, 1992, 112 p.p.
- 18) Roxin Claus, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, 12ª Edición, Editorial Reus, España, 1996, 210 p.p.
- 19) Sancinetti Marcelo, *Ilícito Personal y Participación*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires Argentina, 1999, 258 p.p.
- 20) Schünemann Bernd, *El Sistema Moderno del Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales*, 2ª Edición, Editorial Tecnos, España, 1998, 188 p.p.

- 21) Stratenwerth Gunter, *Derecho Penal. Parte General. I*, 3ª Edición, Editorial Edersa, Madrid España, 1992, 302 p.p.
- 22) Welzel Hans, *Derecho Penal Alemán*, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1998, 121 p.p.
- 23) Welzel Hans, *Nuevo Sistema del El Derecho Penal*, 5ª Edición, Editorial Ariel, Barcelona España, 1994, 244 p.p.
- 24) Welzel Hans, *Teoría de la Acción Finalista*, 6ª Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1971, 359 p.p.