

00721
720

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



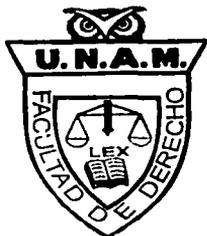
Facultad de Derecho

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

SISTEMA E IDENTIDAD PENAL

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA:

RUBEN QUINTINO ZEPEDA



Asesor: Dr. Ricardo Franco Guzmán

MEXICO, D. F.

2003



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

1.1
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/131/SP/05/03
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.**

El alumno QUINTINO ZEPEDA RUBEN, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. RICARDO FRANCO GUZMAN, la tesis profesional intitulada "SISTEMA E IDENTIDAD PENAL", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor DR. RICARDO FRANCO GUZMAN, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "SISTEMA E IDENTIDAD PENAL" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno QUINTINO ZEPEDA RUBEN.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquel en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 30 de mayo 2003

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LFD/ipp.

2

Será un día agradable,
lo será cuando finalice mis estudios de licenciatura,
entonces sabrás que nada,
para mí nada es más alegre que saber que correspondo
—con mis limitaciones desde luego—
al esfuerzo, talento y sacrificio tuyos: gracias mamá.

~~_____~~
FIRMA: _____
FECHA: 19-VI-2003
NOMBRE: ALFONSO
C. a la Dirección de Trabajo
M. a difundir en formato electrónico
número de _____
IND 2 BPPDA R.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3

Agradezco –como siempre– a quienes debo mi formación jurídico-penal:
Carlos Daza Gómez, Rafael Márquez Piñero y Ricardo Franco Guzmán.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4

Dedico esta tesis –humildemente– para ofrendar y reconocer los cincuenta años que cumple el doctor Ricardo Franco Guzmán como catedrático de nuestra Facultad de Derecho.

Ahora que reflexiono –seriamente– acerca de cómo agradecer a mi maestro Ricardo Franco Guzmán, entonces encuentro la convicción para seguir –para continuar– procurando ser atento, guiado por el respeto, con lo más inmediato: mi familia. He aquí una virtud, una gran enseñanza de mi maestro: su familia es ejemplar. está guiada por el respeto. Y si logro ser coherente con esta idea, entonces –lo sé– habré aprendido la enseñanza más importante: el valor de la familia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

5

SISTEMA E IDENTIDAD PENAL

*Se trata de dar continuidad a la forma
-única forma- de seguridad (dogmática penal)
hasta de-formarla,
con sus mismas reglas,
con el mismo principio de seguridad.*

Rubén Quintino Zepeda

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

SISTEMA E IDENTIDAD PENAL

Índice de contenido:

Introducción General 11

Derecho penal: 1. Nociones fundamentales del Derecho penal. 1.1. Concepto de Derecho Penal. 1. 2. Objeto del Derecho penal. 1.3. Finalidad del Derecho penal. 1.4. El Derecho penal como parte del Derecho público. 1.5. Autonomía del Derecho penal. 2. Legitimación del Derecho penal. 3. Características del Derecho penal. 4. Derecho penal Parte General. 5. Derecho penal Parte Especial. 6. Derecho penal objetivo (*ius penale*). 7. Derecho penal subjetivo (*ius puniendi*). 8. Derecho penal del resultado. 9. Derecho penal de acción. 10. Derecho penal moderno. 11. Derecho penal internacional. 12. Relación del Derecho penal con otras disciplinas jurídicas. 12.1. Derecho constitucional y Derecho penal. 12.2. El Derecho procesal penal y la búsqueda de la verdad histórica de los hechos. 12.3. Derecho penal y Derecho administrativo. 12.3. El Derecho penal y el Derecho fiscal. 13. El Derecho penal y otras áreas del conocimiento. 13.1. La filosofía y el Derecho penal. 13.2. Derecho penal y sociología. 13.3. El Derecho penal y la política social. 14. Comentario general..... 13

Ciencia y metodología jurídico-penal: 1. Concepto. 2. La ciencia jurídica: disciplina que propicia argumentos razonablemente defendibles. 2.1. La teoría de la "resistencia de las cosas" para la comprensión del grado de cientificidad del Derecho. 2.2. El criterio de verdad en la ciencia jurídica. 2.3. La ciencia jurídica como ética y como técnica. 3. Metodología de la ciencia jurídica. 4. Metodología de las doctrinas penales. 4.1. Metodología de la teoría causalista-naturalista del delito. 4.2. Metodología del sistema causalista-valorativista del delito. 4.3. Metodología del sistema finalista del delito. 4.4. Metodología del sistema funcionalista del delito. 4.5. Metodología del sistema posfuncionalista. 5. Comentario general..... 28

Norma penal: 1. Norma. 1.1. Norma primaria y norma secundaria. 1.2. Normas de valoración y normas de determinación. 2. Norma y comunicación. 3. La norma como un precepto jurídico imperfecto. 4. La norma jurídico-penal como un precepto jurídico perfecto. 5. Estructura de las normas jurídico-penales. 6. La norma penal y la causación de un resultado lesivo. 7. La vigencia de la norma entendida como estabilización de la misa. 8. Teoría de la norma penal. 9. Aplicación de la ley penal, conforme a casos prácticos. 10. Comentario general..... 35

Principio de legalidad: 1. Concepto. 2. Antecedentes. 3. El principio de legalidad y el principio de culpabilidad. 4. El principio de legalidad y la prohibición de analogía. 5. La irretroactividad de la ley penal. 5.1. Retroactividad en el Derecho procesal penal. 5.2. Retroactividad en la jurisprudencia penal. 6. Ejercicios. 7. El principio de legalidad y el principio de oportunidad. 8. El principio de legalidad y la traslación de tipos penales, conforme a casos prácticos. 9. Comentario general..... 40

Interpretación de la ley penal: 1. La interpretación y la pre-comprensión del intérprete. 1.1. La interpretación y la autocomprensión del juzgador. 1.2. La elección del medio o método para la interpretación. 2. Métodos para la interpretación de la ley. 2.1. La dogmática penal como modelo general de interpretación. 2.2. Clasificación de las interpretaciones. 3. Teorías de la interpretación. 4. Analogía de la ley penal. 4.1. La analogía como un complemento del principio de legalidad. 4.2. La analogía como interpretación prohibida de la ley. 4.3. La analogía como prohibición de aumentar el carácter general de la ley penal. 4.4. Analogía de la jurisprudencia penal. 4.5. Validez de la analogía de la jurisprudencia penal. 4.6. Validez de la analogía en la Parte General del Derecho penal. 4.7. Validez de la analogía en las causas de justificación. 4.8. Validez de la analogía en la Parte Especial del Derecho penal. 4.9. Prohibición de la analogía para la aplicación de medidas de seguridad. 5. El Derecho en su carácter analógico o relacional. 5.1. Ejercicios. 6. Comentario general..... 51

El delito y la dogmática penal: 1. Definición dogmática de delito. 2. Presupuestos generales y presupuestos especiales del delito. 2.1. Elementos esenciales del delito. 2.2. Elementos accidentales del

delito. 3. Prelación lógica de los elementos del delito. 3.1. Prelación temporal de los elementos del delito. 4. Algunas clasificaciones del delito. 5. Circunstancias generales del delito. 6. Circunstancias especiales del delito. 7. Circunstancias accidentales del delito. 8. Concepto de dogmática. 8.1. El objeto de la dogmática. 8.2. La lógica del Derecho penal. 8.3. Dogmática penal y Política criminal. 8.4. Principios dogmáticos del Derecho penal universal. 9. Comentarios generales. 60

Teoría jurídica del delito: 1. Introducción. 2. Teoría causalista-naturalista del delito. 2.1. Metodología y fundamentos teórico-filosóficos del causalismo-naturalista. 2.2. El causalismo-naturalista, un sistema libre de valoraciones jurídico-culturales. 3. El causalismo-valorativista, un sistema abierto a decisiones jurídico-culturales. 3.1. Posición teórico-filosófica del causalismo-valorativista. 3.2. Resultados dogmáticos a los que condujo la teoría causalista-valorativista. 4. Sistema finalista del delito. 4.1. Argumentos filosóficos del finalismo. 4.2. La fenomenología como base metodológica del finalismo. 4.3. Crítica del finalismo a los penalistas neokantianos. 4.4. Crítica a la posición metodológica del finalismo. 5. Resultados dogmáticos a los que condujo el finalismo. 6. El sistema funcionalista teleológico-racional del delito. 6.1. Fundamentos filosóficos del funcionalismo teleológico-racional. 6.2. Características dogmáticas del funcionalismo teleológico-racional. 6.3. Crítica al funcionalismo teleológico-racional. 7. El funcionalismo sistémico-normativo. 7.1. Características del funcionalismo sistémico-normativo. 8. Comentarios generales. 68

La acción: 1. Concepto. 1.1. La acción en sentido físico, en sentido ontológico y en sentido normativo. 2. La acción como categoría jurídico-penal. 3. El papel secundario que desempeña la acción como categoría jurídico-penal. 3.1. Función limitadora de la acción. 3.2. Función de enlace de la acción. 4. La acción en el sistema causalista del delito. 5. La acción en el sistema finalista del delito. 6. La acción en el funcionalismo teleológico-racional. 6.1. La acción típica como el producto de una valoración. 7. Los movimientos reflejos como aspecto negativo de la acción. 7.1. Ejemplos. 8. Capacidad de acción de las personas jurídicas-colectivas. 9. La acción en el funcionalismo sistémico-normativo. 10. Tentativa. 11. Comentarios generales. 82

Omisión: 1. Concepto. 1.1. La omisión y la comisión. 2. Elementos de la omisión. 3. La comisión por omisión. 3.1. Elementos de la comisión por omisión. 3.2. La comisión por omisión en los aparatos organizados de poder. 3.3. La comisión por omisión, conforme a casos prácticos. 4. La posición de garante del omitente para resolver los problemas de causalidad en la omisión. 4.1. La posición de garante en concreto. 4.2. El deber jurídico de actuar en los delitos de omisión, fundamentado por una cierta posición de garante. 4.3. Garantes de cuidado y garantes de seguridad. 4.4. Ejemplos. Problema uno. 5. La posición de garante y la responsabilidad por productos defectuosos. 6. Ejemplos. Problema cuatro. 7. Comentarios generales. 90

Tipicidad: 1. La tipicidad como categoría jurídico-penal. 1.1 La tipicidad en el sistema causalista. 1.2. La tipicidad en el sistema finalista del delito. 1.3. La tipicidad en el sistema funcionalista. 2. El tipo objetivo. 2.1. La calidad de garante como elemento del tipo (caso particular del término "relación de pareja permanente"). 2.2. Funciones del tipo objetivo. 2.3. Cuerpo del delito. 2.4. El tipo objetivo y la imputación objetiva. 3. El tipo objetivo en delitos dolosos y en los delitos culposos. 4. El tipo subjetivo. 4.1. Elementos del tipo subjetivo. 4.2. Elementos subjetivos del injusto. 4.3. El dolo. 4.4. El dolo y el tratamiento dogmático del error de tipo. 4.5. Ejemplos de algunas clases de error. Problema uno. 4.6. El dolo y la causación del resultado. 5. La doble posición del dolo. 5.1. Fundamentación de la doble posición del dolo en el sistema funcionalista. 6. El tipo culposo. 6.1. Culpa consciente y culpa inconsciente. 6.2. La culpa y el resultado material. 6.3. Imprudencia dirigida e imprudencia no dirigida. 6.4. Concurrencia de culpas e imputación objetiva. 7. Elementos normativos del tipo. 7.1. Delimitación entre los elementos objetivos y los elementos normativos del tipo penal. 7.2. El error de subsunción como error sobre los elementos normativos del tipo penal. 8. El dolo y la culpa, conforme a la solución de casos prácticos. 9. El bien Jurídico. 9.1. El bien jurídico y el objeto de la acción. 9.2. El bien-jurídico desde la perspectiva del funcionalismo sistémico-normativista. 9.3. El nexo causal. 9.4. Error sobre el nexo causal. 9.5. El nexo causal en sentido estricto. 9.6. Ubicación sistemática del nexo causal. 9.7. La causalidad, conforme a casos prácticos. 9.8. El nexo de causalidad en la omisión. 9.9. La desviación del curso causal. 10. El resultado. 10.1. El resultado en el sistema normativista. 10.2. El desvalor de resultado y el desvalor de la acción. 11. Comentarios generales. 104

Teoría de la imputación objetiva: 1. Antecedentes. 1.1. Imputación objetiva e imputación subjetiva. 1.2. Importancia de la imputación objetiva. 2. Campo de aplicación de la imputación objetiva. 3. La imputación objetiva en la teoría de Günther Jakobs. 4. El riesgo permitido. 4.1. Tratamiento dogmático del riesgo permitido. 4.2. El incremento del riesgo permitido como la base común de la imputación objetiva. 5. La actuación a propio riesgo. 5.1. Concepto. 5.2. Actuación a propio riesgo sobre bienes jurídicos disponibles. 5.3. La actuación a propio riesgo y el principio de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. 6. El concepto de competencia en el contexto de la imputación objetiva. 6.1. Competencia del resultado típico, según el deber infringido. 6.2. Competencia de la víctima. 6.3. La competencia de la víctima en el contexto de la viciumdogmática. 7. El principio de confianza. 8. La prohibición de regreso. 8.1. La prohibición de regreso, el riesgo permitido y el principio de confianza. 8.2. La prohibición de regreso en casos en que existe una posición de garante. 8.3. La prohibición de regreso en casos en que el primer aporte se puede actualizar. 8.4. La prohibición de regreso en casos en que el primer aporte se puede actualizar, teniendo un deber especial para reificar. 9. Comportamientos alternativos conforme a Derecho. 9.1. La simple alternativa. 9.2. La alternativa compuesta. 9.3. Los comportamientos alternativos conforme a Derecho y el riesgo permitido. 10. El rol como fundamento de la responsabilidad penal. 10.1. El rol especial y el deber institucional. 10.2. El rol y los conocimientos especiales. 10.3. Tratamiento dogmático de los conocimientos especiales. 11. El ámbito protector de la norma y la imputación objetiva. 12. La imputación objetiva, conforme a casos prácticos. 12.1. En cuanto a la creación de un riesgo no permitido. 12.2. En cuanto a la actuación a propio riesgo: Problema uno. 12.3. En cuanto a los comportamientos alternativos conforme a Derecho. 12.4. En cuanto a la prohibición de regreso. Problema uno. 12.5. En cuanto a los conocimientos especiales. 13. Comentarios generales..... 140

Antijuridicidad: 1. Concepto. 2. La antijuridicidad como categoría jurídico-penal. 2.1. Ubicación sistemática de la antijuridicidad. 2.2. Relaciones dogmáticas entre la tipicidad y la antijuridicidad (especial referencia a la teoría de los elementos negativos del tipo). 2.3. Relaciones dogmáticas entre la antijuridicidad y la culpabilidad. 2.4. Juridicidad-antijuridicidad. 3. Requisitos para la existencia de la antijuridicidad. 3.1. El juicio de antijuridicidad. 3.2. Elementos del juicio de antijuridicidad. 4. Carácter objetivo y subjetivo de la antijuridicidad. 5. Antijuridicidad formal y antijuridicidad material. 6. La antijuridicidad para el sistema teleológico-racional. 6.1. Antijuridicidad y política criminal. 7. La antijuridicidad en los delitos de comisión por omisión. 8. El injusto penal. 8.1. El injusto penal en las diversas teorías del delito: a) El injusto penal en la teoría finalista del delito. b) El injusto penal en la teoría funcionalista del delito. c) El injusto penal en la teoría normativista del delito. 9. Comentarios generales..... 164

Causas de justificación: 1. Concepto. 1.1. Las causas de justificación como excluyentes de la antijuridicidad. 1.2. Teoría del interés preponderante. 2. Las causas de justificación y el Ordenamiento jurídico en general. 2.1. Diferencia entre las causas de justificación y las causas de exculpación. 2.2. Las causas de justificación no escritas y el principio de legalidad. 2.3. Las causas de justificación y la política criminal. 2.4. Concurrencia de las causas de justificación. 2.5. Concurrencia de causas de justificación, conforme a casos prácticos. 2.6. Concurrencia de causas de justificación y exculpación, conforme a casos prácticos. 3. Defensa legítima. 3.1. La defensa legítima como el sector en que tiene solución un conflicto de intereses. 4. Bienes susceptibles de protegerse mediante defensa legítima. 4.1. Bienes sobre los que debe recaer la defensa legítima. 5. La defensa legítima y los grados de tolerancia del defensor. 6. La defensa legítima, el desvalor de acción y el desvalor de resultado. 7. Defensa legítima de tercero. 7.1. La defensa legítima a favor de un tercero y el consentimiento del agredido. 8. Exceso de defensa legítima. 9. Defensa legítima putativa. 9.1. Tratamiento dogmático de la defensa legítima putativa. 10. La defensa legítima, conforme a casos prácticos. 10.1. En cuanto a la defensa legítima putativa. 11. Naturaleza jurídica del consentimiento. 11.1. El consentimiento como causa excluyente de la tipicidad. 11.2. El consentimiento como una causa de justificación. 11.3. La atipicidad en virtud de una autorización administrativa. 11.4. Elementos del consentimiento eficaz. 12. Consentimiento presunto. 12.1. Características del consentimiento presunto. 12.2. Ejemplos. 13. Defensa legítima por medio de dispositivos de protección. 13.1. Ejemplos. 14. El estado de necesidad justificante, conforme a casos prácticos. 14.1. El estado de necesidad justificante y la necesidad de pena. 15. Las órdenes de conformidad a Derecho y la justificación de quien las obedece. 15.1. Órdenes que vinculan al subordinado. 15.2. Órdenes que implican un

comportamiento que a su vez pone en riesgo la dignidad humana, y órdenes que son contrarias a las reglas de Derecho internacional. 15.3. Ejemplos. 16. Comentarios generales.....172

Culpabilidad: 1. Concepto y requisitos de la culpabilidad. 1.1. El libre albedrío como fundamento de la culpabilidad. 1.2. La culpabilidad en el sistema causalista del delito. 1.3. La culpabilidad en el sistema causalista-valorativista del delito. 1.4. La culpabilidad en el sistema funcionalista. 1.5. La culpabilidad en el sistema normativista. 2. La culpabilidad entendida como reprochabilidad. 2.1. Reprochabilidad estándar (concepto social de culpabilidad). 3. Culpabilidad y prevención jurídico-penal. 4. El principio de culpabilidad. 4.1. El principio de culpabilidad y la necesidad del nexo psicológico. 4.2. Prohibición de la responsabilidad objetiva, conforme a casos prácticos. 4.3. El principio de culpabilidad y las infracciones administrativas. 4.4. El principio de culpabilidad en los casos de error invencible. 4.5. El principio de culpabilidad y la medición de la pena. 5. La atribuibilidad y la culpabilidad. 6. La culpabilidad, la necesidad y el merecimiento de pena. 6.1. Merecimiento de pena. 6.2. La necesidad de pena. 6.3. El merecimiento y la necesidad de pena dentro de los fines de la prevención especial y general. 6.4. Necesidad y merecimiento de pena según el caso concreto de que se trate. 7. Comentarios generales.....198

Causas de exculpación: 1. Concepto. 2. Causas de exculpación, necesidad y merecimiento de pena. 3. Concepto de error. 3.1. Error sobre los elementos esenciales del delito. 4. El error de prohibición. 4.1. Error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación. 4.2. El error de prohibición y el error de tipo. 5. El error sobre las normas penales en blanco. 6. Error sobre los presupuestos objetivos de alguna de las causas de exculpación. 7. El estado de necesidad disculpante. 7.1. Ejemplos. 8. La inexigibilidad de otra conducta. 8.1. La inexigibilidad de otra conducta y la indemostrabilidad del poder comportarse de distinta manera. 8.2. La culpabilidad, conforme a casos prácticos. 8.3. En cuanto a la imputabilidad disminuida. 8.4. En cuanto al error de prohibición. 8.5. En cuanto al conocimiento de la antijuridicidad. 8.6. Modalidades del error de prohibición. 9. *La actio libera in causa* en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, conforme a la conferencia intitulada "Acercas de la *Actio libera in causa*", cuyos conferencistas fueron: Hans Joachim Hirsch y Ricardo Franco Guzmán. 9.1. Concepto, estructura y clasificación de la *actio libera in causa*. 9.2. Ejemplos. 9.3. Regulación de la *actio libera in causa*. 9.4. Crítica al nuevo Código Penal para el Distrito Federal. 9.5. Teorías que explican la *actio libera in causa*. 10. El alcance o extensión del dolo perteneciente a la acción libre precedente. 10.1. La tentativa en la acción libre precedente. 10.2. El desistimiento en la acción libre precedente. 11. Comentarios acerca de la ponencia del profesor Hans Joachim Hirsch, por el doctor Ricardo Franco Guzmán. 11.1. Acerca de por qué la *actio libera in causa* no atenta ni contra el principio de legalidad, ni contra el principio de culpabilidad. 11.2. La *actio libera in causa* y la estructura de los delitos culposos. 11.3. Acerca de por qué la *actio libera in causa* es también aplicable en los asuntos que se refieren a delitos de propia mano. 11.4. Otras consideraciones en torno a la *actio libera in causa*. 12. Comentarios generales.....210

Autoría: 1. Teorías que explican las formas de autoría y participación. 1.1. Teoría objetivo-formal. 1.2. La teoría de la causalidad física y causalidad psíquica. 1.3. Teorías subjetivas de la autoría. 1.4. Teoría del dolo. 1.5. Teoría del interés. 2. Concepto unitario de autor. 3. Concepto extensivo de autor. 4. Concepto restrictivo de autor. 4.1. Críticas al concepto de autor restrictivo y el concepto normativo de autor. 5. El lugar en los casos de autoría comisiva y autoría omisiva. 6. La autoría mediata. 6.1. Dominio de voluntad en virtud de coacción. 6.2. Dominio de voluntad por error. 6.3. Autoría mediata por valerse por la incapacidad de voluntad de un sujeto. 6.4. Dominio de voluntad por organización. 6.5. ¿Autoría mediata en los casos de culpa consciente? 6.6. ¿Autoría mediata sobre alguien que yerra sobre la consecuencia de la antijuridicidad del hecho? 7. Ejemplos. 8. Coautoría. 9. Autoría y participación. 10. Ejemplos. 11. Comentarios generales.239

Participación: 1. Concepto. 1.2. Elementos de la participación. Toda participación exige. 1.3. Participación en un hecho principal no doloso. 1.4. La participación en forma de encubrimiento. 1.5. Los principios que rigen en la participación. 1.6. Participación culposa. 1.7. Participación sobre una conducta justificada. 1.8. Participación sobre una conducta justificada pero excedida. 1.9. Participación sobre una conducta culpada. 2. La participación en el sistema finalista. 2.1. Autoría y participación en el sistema sündeo-normativo. 3. Principios dogmáticos para distinguir entre autoría y participación. 3.1. Principio de

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

accesoriedad limitada. 3.2. Principio de accesoriedad mínima. 3.3. Principio de accesoriedad máxima. 3.4. Principio de accesoriedad extrema. 3.5. Principio de accesoriedad externa. 4. Inducción e imputación objetiva. 5. Inducción, complicidad y autoría mediata. 6. La inducción al suicidio. 7. Participación, conforme a casos prácticos. 8. Comentarios generales.....252

Penas y medidas de seguridad: 1. La pena y sus causas de exclusión. 1.1. Las condiciones objetivas de punibilidad. 1.2. Fundamentación de las condiciones objetivas de punibilidad. 1.3. Las condiciones objetivas de punibilidad, necesarias para definir la tipicidad. 1.4. La inmunidad, el indulto y la amnistía. 1.5. La inmunidad, conforme a casos prácticos. 2. La pena como un acto comunicativo. 3. La pena y la prevención penal. 4. Teorías que explican la prevención penal. 4.1. Prevención general negativa. 4.2. Prevención general positiva y comunicación. 4.3. La fidelidad al Derecho. 4.4. La prevención general positiva y el sistema penal en general. 5. Resocialización del delincuente. 6. La indemnización en materia penal. 7. Punibilidad a personas físicas y punibilidad a personas jurídico colectivas. 8. Medidas de seguridad. 8.1. Diferencia entre penas y medidas de seguridad. 8.2. Presupuestos para la imposición de una medida de seguridad. 8.3. Medición de las medidas de seguridad. 9. La peligrosidad como fundamento de las medidas de seguridad. 9.1. El juicio de peligrosidad. 9.2. La peligrosidad del autor neutralizada por las penas y medidas de seguridad. 10. Las medidas de seguridad, conforme a casos prácticos. 11. Comentarios generales.....274

Conclusiones generales: 1. La sistemática como producto de la época moderna (época de la razón instrumental). 1.1. Concepto de modernidad. 1.2. Crítica a la Ilustración. 1.3. Crítica a la modernidad en tanto racionalismo. 1.4. La modernidad como unilateralidad. 2. La modernidad como etapa que condujo a la creación de sistemas cerrados. 2.1. La modernidad como etapa que condujo a la creación de un sistema jurídico-penal cerrado. 2.2. El problema de la abertura —que no de la orientación— del sistema penal, depende del concepto de razón que se siga. 3. El funcionalismo teleológico-racional como un sistema orientado a decisiones político-criminales, sabiendo que la orientación no implica la abertura de un sistema.....287

Propuestas de carácter filosófico-metodológico: 1. Propongo que se lleve a cabo una crítica definitiva al sistema penal, conforme a la estrategia de la deconstrucción. 1.1. La *différance* como una estrategia concreta para el desocultamiento. 1.2. Signo, significado y *différance*. 2. Propuesta para una deconstrucción de las categorías y signos jurídico-penales. 2.1. La tipicidad-legalidad y la orientación teleológico-racional del sistema penal. 2.2. El problema de la abertura del sistema penal, desde el punto de vista de Claus Roxin. 3. Propongo la abertura del sistema penal conforme a una categoría general de identidad. 3.1. La identidad y la idea de lo social. 3.2. Identidad y conciencia. 3.3. Identidad e identificación de nos-otros. 3.4. Identidad e identificación de nos-otros. 3.5. Comunicación, norma e identidad.....293

Bibliografía.....300

Introducción General

En esta mi tesis profesional de licenciatura deseo dar continuidad —en lo principal— a los trabajos intitulados: *Perspectivas Penales, Dogmática Penal Actual, Libro en Homenaje al Prof. Dr. Rafael Márquez Piñero, y, Diccionario Básico de la Ciencia Penal Moderna.*

En los trabajos anteriores quise analizar el Derecho penal a partir de la teoría general de sistemas, comencé por describir las propiedades de la sistemática en general, luego identifiqué las propiedades sistemáticas del Derecho penal en particular; posteriormente, las críticas y deficiencias de la sistemática en general, traté de especificarlas en el propio sistema penal; de ahí deduje lo que ahora es la base de la tesis que presento: El Derecho penal moderno ha sido construido de conformidad a un concepto de razón instrumental que propicia la configuración de un sistema cerrado, siendo que dicho sistema determina para sí una lógica posicional (dogmática penal) que no puede sino adecuarse al sistema que pertenece.

Era importante decir lo anterior porque con ello afirmé que el funcionalismo teleológico-racional —hoy dominante— no ha logrado en realidad la construcción de un sistema penal abierto, pues las decisiones político-criminales (principalmente preventivas) a las que se ha decidido orientar al sistema penal, no son decisiones político-criminales (de merecimiento y necesidad de pena, por ejemplo) que determinen una decisión de modo asistemático. Por el contrario, las decisiones político-criminales, si bien influyen en la orientación preventiva del sistema penal, ello lo hacen sistemáticamente, conforme al sistema. Incluso, concebí a la política criminal como el conjunto de decisiones preventivas que van (empíricamente) del problema al sistema, y (normativamente) del sistema al problema, siendo esta última la única aplicación válida de la misma.

Consideré que un sistema penal abierto no se logra con la sola orientación político-criminal preventiva, sino que un sistema abierto, además de estar debidamente orientado, sobre todo debe permitir una categoría adicional que le posibilite —*temporal e intrasistemáticamente*— operar —en forma dialógica— atendiendo a criterios razonables, defendibles no sólo sistemáticamente. Claro, todo esto supone contrariar la esencia y consecuencias del principio de legalidad, mismo que exige exacta aplicación de la ley penal; tal problema —si como dije deseo dar continuidad a mi trabajo— debo abordarlo en esta mi tesis profesional de licenciatura.

Es obvio, si en realidad se quiere un sistema penal abierto, debemos superar, primeramente, el concepto de razón instrumental que lo ha propiciado; mismo concepto de razón que nos permite extender la hipocresía de que existe —o debe existir— una exacta aplicación de la ley penal. La propuesta está en un concepto de razón dialógica, una especie de razón emancipada, que nos permita el paso a la toma de decisiones razonables, defendibles, y que no se sujete a decisiones racionalistas, unilaterales.

Un concepto de razón dialógica lleva a la configuración de lo que —si a caso— se puede llamar sistema abierto; tal concepto permitiría favorecer la hermenéutica, rebasando el modo sistemático-dogmático de interpretar la ley penal.

Todo esto es, realidad, necesario. El cambio a un sistema penal abierto ha comenzado desde que Roxin fundamentó la orientación preventiva del mismo, el paso siguiente tal vez sea acelerar todavía más —con nuevos mecanismos— la interpretación válida de la ley penal, la jurisprudencia; y es que en el ámbito de la jurisprudencia se puede debilitar más fácilmente el principio de legalidad que rige la aplicación —exacta— de la ley.

Posteriormente se deberá permitir que en aquellos casos en que se compruebe una auténtica inflexión de la dogmática penal, no por ello rija la impunidad, lo irracional; ello significaría que el Derecho penal haya admitido en su estructura una categoría más: el tiempo; es una categoría temporal lo que, en realidad, abre a un sistema; concretamente, **la categoría temporal que requiere el sistema penal es la de permitir una clase de argumentación razonable que permita vincular a las demás categorías penales (dogmática penal) con la orientación político-criminal del sistema, en aras de la identidad penal.** He aquí en qué consiste la continuidad de mis trabajos anteriores, porque —como digo— esta tesis es una continuidad, es una continuación, algo no concluido.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Derecho penal: 1. Nociones fundamentales del Derecho penal. 1.1. Concepto de Derecho Penal. 1. 2. Objeto del Derecho penal. 1.3. Finalidad del Derecho penal. 1.4. El Derecho penal como parte del Derecho público. 1.5. Autonomía del Derecho penal. 2. Legitimación del Derecho penal. 3. Características del Derecho penal. 4. Derecho penal Parte General. 5. Derecho penal Parte Especial. 6. Derecho penal objetivo (*ius penale*). 7. Derecho penal subjetivo (*ius puniendi*). 8. Derecho penal del resultado. 9. Derecho penal de acción. 10. Derecho penal moderno. 11. Derecho penal internacional. 12. Relación del Derecho penal con otras disciplinas jurídicas. 12.1. Derecho constitucional y Derecho penal. 12.2. El Derecho procesal penal y la búsqueda de la verdad histórica de los hechos. 12.3. Derecho penal y Derecho administrativo. 12.3. El Derecho penal y el Derecho fiscal. 13. El Derecho penal y otras áreas del conocimiento. 13.1. La filosofía y el Derecho penal. 13.2. Derecho penal y sociología. 13.3. El Derecho penal y la política social. 14. Comentario general.

1. Nociones fundamentales del Derecho penal: Las nociones fundamentales del Derecho penal implican el conocimiento del concepto de Derecho penal, sus elementos, características, finalidad, método que sigue, ciencias con que se relaciona, y principales escuelas o doctrinas que han dado dinamismo a las teorías jurídico-penales. Al propio tiempo, para cubrir las nociones fundamentales del Derecho penal, se requiere conocer la estructura general de normas penales y la sistemática del delito.

1.1. Concepto de Derecho Penal: El Derecho penal es el conjunto de normas de Derecho público que determinan el delito, las penas, y las medidas de seguridad aplicables.

Este campo del Ordenamiento jurídico recibe su nombre a partir de la *consecuencia* principal que resulta del desacatamiento de sus normas, tal consecuencia principal es la *pena*, de ahí la denominación: Derecho penal.

Salta a la vista que la *pena* no es la única consecuencia que impone el Derecho penal, junto a las penas se conocen además las *medidas de seguridad*. En este sentido la expresión Derecho penal no abarca siquiera sus *consecuencias*, por eso resulta inadecuada. Una mejor denominación sería: Derecho penal y de medidas de seguridad, ello si se quisiera seguir definiendo a este sector del Derecho conforme a sus consecuencias (penas y/o medidas de seguridad), que de antemano es poco *sustancial*, por no referir a los *presupuestos* o *contenido* (esencia).¹

1.2. Objeto del Derecho penal: El objeto del Derecho penal lo constituyen las normas jurídico-penales, mismas que se componen de dos elementos: el precepto y la sanción.² El *precepto* contiene descrita la figura delictiva a la que se refiere la norma penal. Dicho precepto funciona en forma *positiva* o en forma *negativa*, según sea que

¹ Roxín, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, trs. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y, Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 44 y ss.

² Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, ed. 17, Ed. Porrúa, México, 1998, pp. 16 y 110.

mande o prohíba un comportamiento. Por su parte la *sanción* abarca la punibilidad, es decir, la pena y/o medida de seguridad aplicables al delito de que se trate.

1.3. Finalidad del Derecho penal: La finalidad del Derecho penal consiste, por una parte, en estabilizar —mediante la imposición de penas y/o medidas de seguridad— el sistema de normas penales que han sido quebrantadas; pero, a la vez, según considero, la estabilización de las normas quebrantadas sirve para la protección de los bienes jurídicos de la sociedad y de las personas.

La doctrina se debate al cuestionar la finalidad del Derecho penal, dividiéndose las opiniones en tres sectores, conforme a los cuales el Derecho penal tiene por finalidad:

- a) Proteger los bienes jurídicos.
- b) Garantizar el respeto a los valores-éticos sociales.
- c) Estabilizar las normas penales quebrantadas.

Es sabido que el Estado liberal justifica la necesidad del Ordenamiento penal bajo la intención de proteger la *convivencia humana*, haciendo posibles la paz y la seguridad de los seres humanos. Pero, para los fines del Estado liberal, proteger la convivencia humana a través del sistema penal resultaría sin embargo bastante limitado, el Estado además debe garantizar la convivencia humana protegiéndonos —a la vez— del propio Derecho penal, ello para que dicho sistema coactivo no vulnere la dignidad y garantías (derechos humanos) de las personas.

1.4. El Derecho penal como parte del Derecho público: El Derecho penal es de carácter público; adquirió dicho carácter cuando el Estado hizo propio el Derecho de castigar (*ius puniendi*).

Al monopolizar el Estado la imposición de penas se evitó la *venganza privada*, y a la vez el Derecho penal adquirió carácter de Derecho público, todo esto precisamente por el carácter público de la pena. La pena —en sentido estricto— le dio al Derecho penal carácter público.

1.5. Autonomía del Derecho penal: La autonomía del Derecho penal consiste, principalmente, en que dicha área del Ordenamiento jurídico tiene su propia *dogmática* para determinar cuáles son los propios *efectos* que es capaz de producir el Derecho penal dentro de la esfera jurídica de las personas.

Al igual que otras áreas de lo jurídico, el Derecho penal también tiene *dependencia* de otros campos jurídicos. El Derecho constitucional por ejemplo ejerce una notable influencia sobre el Derecho penal; esta influencia es de tal modo que se puede decir que el Derecho penal —a diferencia de los demás campos jurídicos— es el que está más necesitado del Derecho constitucional; más específicamente se puede decir que: el Derecho procesal penal —a diferencia del Derecho penal sustantivo— está más necesitado del Derecho constitucional. Como se observa, es verdad que el Derecho

penal es más dependiente en cuanto a sus *presupuestos* (procedimiento) que en sus *efectos* (penas y/o medidas de seguridad).³

2. Legitimación del Derecho penal: En ocasiones se ha visto la legitimidad del Derecho penal, y del Derecho en general, en *el proceso*; por ejemplo, Niklas Luhmann fue determinante al advertir que *el Derecho en general se legitima en el proceso*. Con este punto de vista formal, el Derecho penal se legitima, no con el conocimiento de una sentencia justa o injusta, sino con el conocimiento de una sentencia que ha sido formulada conforme al debido proceso (sin vicios en el procedimiento), independientemente de cuál sea el sentido (lo sustancial) de la misma. Vistas así las cosas, es evidente que la ética profesional del abogado queda en segundo término, por ello, contra Luhmann se han manifestado, entre otros, Karl Larenz, Arthur Kaufmann, y, Winfried Hassemer.

Particularmente, al igual que Silva Sánchez, y desde el punto de vista formal –único modo válido de argumentar– considero que la legitimidad del Derecho penal deriva de las normas cuya vigencia asegura; es decir, el Derecho penal se legitima así mismo en el momento en que se da cabal cumplimiento a los efectos que produce sobre las personas que infringen las normas jurídico-penales.⁴ Pero, cabe decir, el empleo del poder jurídico-penal (*ius puniendi*) solamente puede ser legítimo cuando es moderado.

En fin, como se verá más adelante, el reconocimiento del *ius puniendi* del Estado (derecho de castigar) se haya *legitimado*, constitucionalmente, para el fin de la protección de bienes jurídicos, siempre que, por sus efectos *preventivo-generales* y *preventivo-especiales*, constituya un medio adecuado, necesario y proporcionado para combatir la lesión de dichos bienes jurídicos.

3. Características del Derecho penal: El Derecho penal presenta las siguientes características.⁵

- a) Es *accesorio*, porque protege bienes jurídicos que deben su existencia a valoraciones –por lo menos lógicamente– precedentes y procedentes de otros ámbitos del Derecho (por ejemplo del Derecho constitucional).
- b) Es *fragmentario*, porque no protege todos los bienes jurídicos, y sobre todo porque no los protege contra todo tipo de ataques.
- c) El Derecho penal es *ultima ratio* de la política social, pues el empleo de sus medios significa lesionar bienes jurídicos normalmente protegidos y que pueden ser regulados por otras áreas. La *ultima ratio* del Derecho penal significa que el Derecho penal actuará únicamente cuando otras áreas jurídicas sean insuficientes.

³ Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, tr. Juan Córdoba Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, p. 33.

⁴ Silva Sánchez, Jesús María, La Expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Posindustriales, Ed. Civitas, Madrid, 1999, 93.

⁵ Schöne, Wolfgang, "La protección del hombre en el mundo moderno (algunas consideraciones sobre el papel del Derecho penal)", Cuadernos de la Facultad de Derecho, núm. 12, Palma Mallorca, 1985, p. 52.

4. Derecho penal Parte General: La Parte General del Derecho penal comprende los principios generales que rigen la estructura de prácticamente todos los tipos penales.

A la Parte General pertenece la dogmática penal, y en ella se contienen, por ejemplo, las reglas de autoría, participación, tentativa, justificación, exculpación.

Un fuerte grado de *abstracción* caracteriza a la Parte General del Derecho penal, pues la Parte General no está dirigida a ningún tipo penal en particular.⁶

5. Derecho penal Parte Especial: En la Parte Especial del Derecho penal, se trata de **aplicar** las reglas generales de la dogmática penal a un tipo penal en particular.

Lo que da dinamismo a la dogmática penal, es decir, lo que le da dinamismo a la Parte General, es precisamente la Parte Especial del Derecho penal. Evidentemente, no obstante que el Derecho penal es extremadamente sistemático, *pues va del sistema al problema* (esto es, que primero se construye un sistema para después resolver problemas penales) la Parte Especial, y con ello el problema, la práctica, representan nada menos que *la dinámica, la historia*, del Derecho penal.

6. Derecho penal objetivo (*ius penale*): Derecho penal objetivo es el conjunto de normas jurídico-penales.

Es relevante comentar lo siguiente: las normas penales facultan al Estado para la imposición de penas, pero, por esa misma circunstancia, el Estado no debe rebasar el alcance de dichas normas. Es decir, las normas penales cumplen con una doble función: por una parte facultan al Estado a castigar, y por otro lado limitan al Estado para que él mismo no rebase el alcance de dichas normas.

De lo anterior se deduce una singular relación entre Derecho penal objetivo (*ius penale*) y el Derecho penal subjetivo (*ius puniendi*). Pues si bien es cierto que el *ius penale* obtiene su justificación del derecho de castigar del Estado (*ius puniendi*), también es cierto que ese mismo derecho de castigar está limitado por las normas del Derecho penal objetivo (*ius penale*).

⁶ A nivel de comentario: Si Hans Welzel —como informa Marcelo Sancinetti— siempre se mantuvo escéptico respecto de la capacidad jurídico-penal de sus alumnos que hubieran fracasado en Matemáticas, considero precisamente que con ello Hans Welzel quería expresar el alto grado de *abstracción* del Derecho penal. Pero en general, es importante decirlo, **todas las áreas del Derecho son abstracciones**, solo que, en Derecho penal, sin capacidad de abstracción, **definitivamente es nula cualquier posibilidad de éxito**. Sin embargo la capacidad de abstracción no sólo se puede ejercitar con la Matemática, pues por ejemplo el Arte ofrece (literatura, escultura, música) un campo inagotable de abstracción; pero, y con ello retomo a Hans Welzel, la Matemática (específicamente el Álgebra), representa quizá la manera más directa de ejercitar nuestra capacidad de abstracción. He aquí una sugerencia para quienes hemos decidido el camino jurídico-penal. Marcelo Sancinetti, en la "Introducción" a: Problemas Captales del Derecho Penal Moderno, Ed. Hammurabi, Argentina, 1998.

7. Derecho penal subjetivo (*ius puniendi*): Derecho penal subjetivo o *ius puniendi*, significa la facultad del Estado para determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad.⁷ Efectivamente, en aras de evitar la venganza privada, fue necesario que el Estado monopolizara el derecho a castigar.

El poder punitivo del Estado (*el ius puniendi*), sin embargo, no puede ser utilizado de *cualquier forma* para proteger los bienes jurídicos fundamentales, sino que sólo puede hacerlo, primero, respetando los derechos humanos de las personas y, segundo, limitado por el propio Derecho penal objetivo (*ius penale*), es decir, por las propias normas penales.

El denominado derecho de castigar (*ius puniendi*) en la actualidad debe estudiarse con particular cuidado, en atención a cuando menos dos razones de significativo peso: primeramente, es sabido que el Derecho penal moderno reviste la característica de ceder al Derecho administrativo más influencia sobre lo que podríamos nombrar: *injusto penal administrativo*. Por otra parte, ante la pretendida universalización económica y jurídica que se vive, cabe preguntar –como Tiedemann– si el *ius puniendi* sigue perteneciendo a los Estados miembros de alguna Comunidad Internacional, o si ha sido transferido dicho derecho, no por una vía expresa surgida del texto de los Tratados, sino por la *interpretación* de dichos Tratados, que realizan las autoridades comunitarias y el Tribunal de Justicia, a favor de órganos de la Comunidad.

En fin, el Derecho penal subjetivo es el derecho del Estado para aplicar y crear el Derecho penal objetivo.⁸

8. Derecho penal del resultado: Con la denominación "Derecho penal del resultado", se busca resaltar que la *finalidad* del Derecho penal consiste –sobre todo– en la protección de bienes jurídicos; de ahí que para el "Derecho penal de resultado" lo importante en un hecho delictivo consiste en saber **qué ha hecho –y cómo lo ha causado–** el sujeto infractor de la norma.

Los oponentes del Derecho penal de resultado pugnan por un "*Derecho penal de acción*", en que importa **lo que el autor quiso** en el momento de su acción delictiva.

Desde luego, tanto el "Derecho penal de acción" como el "Derecho penal de resultado" llegan a extremos en verdad inconvenientes, pues, por un lado, quienes pugnan por un "Derecho penal de acción", sin dificultades *pueden hacer punible la tentativa inidónea* (en que existe plena intención de quebrantar la norma); por otra parte, el "Derecho penal de resultado" puede llegar al extremo de hacer punible los casos en que el resultado se produce por nexos causales no atribuibles, objetivamente, al comportamiento del autor.

⁷ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Op. cit., p. 18.

⁸ Mir Puig, Santiago, Derecho Penal Parte General, ed. 5, Ed. Tecnofoto, Granada, 1998, p. 8.

9. Derecho penal de acción: Consiste en respetar el principio según el cual una persona no debe responder penalmente por el solo resultado que hubiera causado de manera inculpable (sin dolo ni culpa), de ahí que el *principio de culpabilidad*, como se verá más adelante, cumple amplios servicios al "Derecho penal de acción"; esto es, al "Derecho penal de acción" le importa reconocer a los sujetos de Derecho penal, como seres humanos con capacidad de voluntad; es por ello que frente a un hecho, supuestamente delictivo, el "Derecho penal de acción" rescata como más relevante cuál era la intención del autor en el momento de causar el resultado lesivo.

Pero un "Derecho penal de acción", para ser congruente, en tanto Derecho penal para personas, debe estar orientado conforme a finalidades preventivas igualmente legítimas; así, un "Derecho penal de acción" que no sustenta adecuadas finalidades preventivas, entonces, no cumplirá con sus fines a pesar de que —supuestamente— le haya interesado saber —en el momento de su acción— qué quería el autor del hecho lesivo. Al respecto vale comentar que si bien el nuevo Código Penal para el Distrito Federal hace el reconocimiento expreso del principio de culpabilidad, no por ello se acerca, estrictamente, al "Derecho penal de acción", debido a que carece de las finalidades político-criminales que hagan posible dicho Derecho. Por ejemplo, concerniente al procedimiento de averiguación previa, en que el Ministerio Público debe acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, aquí más bien parece que, según creo, cuando menos en esta etapa del procedimiento, rige un "Derecho penal del resultado", pues el Ministerio Público no está obligado a ser demasiado preciso —en el pliego de consignación— respecto a cuál era precisamente la intención del indiciado, y le resta crédito al "Derecho penal de acción".

10. Derecho penal moderno: En lo que sigue se explican algunas características que presenta el Derecho penal moderno:

- a) **Describe tipos penales cuya esencia se asocia al injusto administrativo:** Injusto administrativo es el quebrantamiento de una norma jurídico-administrativa cuya consecuencia inmediata es la imposición de una sanción administrativa. Que el Derecho penal moderno tipifique como delitos ciertos hechos que —por su esencia— debían ser del orden administrativo, ha llevado a Hassemer a concluir que la mayoría de los tipos penales en cuestión deberían ser eliminados del Código penal, para ser calificados como meros injustos administrativos.⁹
- b) **Las relaciones causales descritas en los tipos penales son de difícil comprobación precisa:** En relación a ello, Schünemann¹⁰ ha reconocido que es característico de la sociedad industrial actual, la existencia de relaciones causales múltiples, cuyo esclarecimiento en detalle es complejo; esto es precisamente así, dado que en la mayoría de los casos, de lo que se trata es de demostrar el nexo causal de una acción respecto de algún bien jurídico suprapersonal, macrosocial, o simplemente, supraindividual.

⁹ Schünemann, Bernd, Consideraciones Críticas sobre la Situación Espiritual de la Ciencia Jurídico-Penal Alemana, tr. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996, pp. 18 y 19.

¹⁰ *Ibidem*, p. 31.

- c) **Se presentan tipos penales que se podrían calificar como "de riesgo abstracto"**: En estos delitos no es suficientemente verídica la relación causal que demuestre el quebrantamiento de un bien jurídico concreto. Hassemer demuestra su inconformidad con esta tendencia del Derecho penal, porque —dice— trata de reducir al mínimo los presupuestos de punibilidad, por medio de la amplia utilización de los delitos de peligro abstracto, facilitando a la vez los presupuestos de la imputación; además de que en general se agravan los medios de coacción.¹¹ Aquí también es conveniente atender a Herzog¹² cuando admite que el *Derecho penal de riesgo* (Derecho penal moderno), como parte de una política que pretende controlar las situaciones de riesgo de la moderna civilización por medio de la regulación jurídica, es incompatible con la tradición liberal del Derecho penal.
- d) **Toma relevancia el enfoque de imputación hacia la víctima**: Manuel Cancio Meliá lo ha expresado diciendo: "En los tiempos más recientes se ha querido 'redescubrir' la importancia de la víctima."¹³ Deseo manifestar —y unirme a los que así piensan— que sería una ventaja invaluable el hecho de que el Derecho penal moderno lograre *centralizarse* entorno a la importancia de la víctima y de los ofendidos del delito.

Tal como se puede verificar, Félix Herzog (discípulo de Winfried Hassemer) se ha manifestado en contra de varias características del Derecho penal moderno; de ahí el interés en citarlo nuevamente cuando alude. "Resumo los resultados de la revisión crítica de la dogmática del derecho penal del peligro en las siguientes consignas: a) Ningún delito de peligro sin probabilidad de una lesión del bien jurídico. b) Ninguna renuncia de sujeción al derecho penal del riesgo al injusto del resultado. c) Ninguna subjetivización de la responsabilidad penal por el peligro a través de la idea de lesión del deber. Y d) Ninguna equiparación y, sobre todo, ninguna renuncia de la atribución precisa e individual en interés del 'sistema y de la dirección de comportamiento'."¹⁴

Un claro ejemplo del Derecho penal moderno lo constituye la nueva área que se ha dado en llamar "Derecho penal ecológico", en el que la Naturaleza vuelve a ser un importante ámbito de responsabilidad para los hombres; ahora se tiene conciencia de la necesidad de salvaguardar el ambiente en que vivirán las generaciones futuras. Lo nuevo de esta situación, mediante el Derecho penal moderno, consiste en que la plena realización de la libertad de los hombres ya no consiste en un *hacer*, sino en un *dejar ser*. El *Dejar ser* aparece como el acto más elevado de la libertad humana.¹⁵

¹¹ Hassemer, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, tr. Patricia Ziffer, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal, y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998, 55.

¹² Herzog, Félix, "*Limites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro)*", tr. Elena Larrauri, Nuevo Foro Penal, núm. 53, Julio de 1991, p. 306.

¹³ Cancio Meliá, Manuel, "*La exclusión de la tipicidad de la víctima ('imputación a la víctima')*", en: *Teoría de la Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal, y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998, p. 17.

¹⁴ Herzog, Félix, "*Limites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro)*", Op. cit., p. 311.

¹⁵ Innerarity, Daniel, *Dialéctica de la Modernidad*, Ediciones Rialp, Madrid, 1990, p. 245.

11. Derecho penal internacional: El Derecho penal internacional, ha de servir a la protección de los bienes reconocidos por todas las naciones civilizadas y que se ven atacados típicamente por bandas de delincuentes organizadas internacionalmente.

Frente al Derecho penal internacional, se presenta la cuestión de que la expansión de un sistema penal, enteramente dogmático, no se puede dar por varias razones, la más importante tal vez consiste en la demostración de la imposible aplicación ontológica del Derecho penal. En menos palabras, el Derecho penal no contiene fórmulas universales, sino que todas ellas en el fondo pertenecen a ciertas finalidades jurídico-culturales y político-criminales, más o menos definidas.

Silva Sánchez opina lo siguiente respecto a la expansión del Derecho penal: "Mi pronóstico es, en efecto, que el Derecho penal de la globalización y de la integración supranacional será un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en el que se flexibilizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales. En este punto, por tanto, el derecho penal de la globalización no hará más que acentuar la tendencia que ya se percibe en las legislaciones nacionales, de modo especial en las últimas leyes en materia de lucha contra la criminalidad económica, la criminalidad organizada y la corrupción."¹⁶

12. Relación del Derecho penal con otras disciplinas jurídicas: Es pertinente rescatar la relación e interacción del Derecho penal con otras áreas jurídicas tales como el Derecho constitucional, el Derecho procesal, el Derecho administrativo y el Derecho fiscal.

12.1. Derecho constitucional y Derecho penal: la generalidad de los autores consideran que las leyes penales son leyes que ejecutan los mandamientos constitucionales; por ejemplo, Porte Petit refiere que el papel que juega el Derecho penal es el de *una completa y absoluta subordinación a la Constitución*.¹⁷

Sin embargo, un sector destacado de las doctrinas constitucional y penal, consideran: **que entre la ley penal y los mandatos constitucionales existe un efecto recíproco de concordancia práctica;** de manera que, como lo percibe Klaus Tiedemann, no sólo los derechos constitucionales influyen por ejemplo en las garantías de libre expresión, sino que el Derecho penal, en la tipificación a la violación de dichas garantías, influye y limita a las propias garantías constitucionales.¹⁸ En este sentido Tiedemann se muestra seguidor del gran constitucionalista alemán Konrad Hesse, quien considera que entre la ley penal y los mandatos constitucionales existe un *efecto recíproco de concordancia práctica*, y no una subordinación ciega y absoluta.

¹⁶ Silva Sánchez, Jesús María, La Expansión del Derecho Penal, Op. cit., pp. 63 y 64.

¹⁷ Porte Petit Candauap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Op. cit., p. 74.

¹⁸ Tiedemann, Klaus, "La constitucionalización de la materia penal en Alemania", Anuario de Derecho Penal, Asociación Peruana de Derecho Penal, Perú, 1994, p. 62.

Véanse a continuación las cuatro hipótesis de Tiedemann,¹⁹ referidas a la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho penal:

- a) **El Derecho constitucional influye y conforma la política criminal.** La dogmática del sistema penal, por el contrario, es asunto de la doctrina y la jurisprudencia, es decir, forma parte del Derecho ordinario y es monopolio de la jurisprudencia ordinaria. (Claro, según considero, esta primer tesis de Tiedemann no quiere decir que la dogmática penal sea repelente a la política-criminal constitucional, por el contrario, existe una relación directa entre ambos campos).
- b) **Un cierto ámbito de las cuestiones fundamentales de la dogmática penal están abiertas a la influencia directa del orden constitucional,** es decir, en cierto modo se encuentran a la vez dentro de las fronteras de la Constitución y en vinculación con la política criminal. (Esta segunda tesis de Tiedemann resume la tendencia del llamado Derecho penal teleológico-racional, en cual las decisiones político-criminales son reconocidas en los niveles de la sistemática-dogmática penal, supuestamente).
- c) **El control de la justicia constitucional se ejerce de forma más intensa frente a las resoluciones judiciales que frente a las disposiciones o a las omisiones del legislador en materia penal.** (Efectivamente, el autor en cita tiene suficiente razón, pues basta pensar por ejemplo en la movilidad (dinamismo) que ejerce principalmente en los últimos tiempos la labor jurisprudencial, no sólo en la interpretación de la ley constitucional, sino también en la interpretación de la ley penal y procesal penal).
- d) **El Derecho y la jurisprudencia constitucional intervienen con más profundidad en la configuración del Derecho procesal penal que en el Derecho penal sustantivo.** (Como referí en el párrafo anterior, este fenómeno al que alude Tiedemann es más característico en los últimos tiempos. Sin embargo, soy de la idea en el sentido de que la interpretación de la ley penal (la jurisprudencia principalmente) debe acelerarse todavía con mayor rapidez, de modo que se acerque cada vez más a la realidad de los problemas, al cambio ininterrumpido de la sociedad).

12.2. El Derecho procesal penal y la búsqueda de la verdad histórica de los hechos: El Derecho procesal penal realiza o concretiza las finalidades del Derecho penal en general. Pero, según se sabe, el Derecho procesal penal —y en general todo el Derecho procesal— no tiende a la búsqueda de la *verdad histórica* de los hechos en forma absoluta, o cuando menos, no lo hace a toda costa, dado que **el Derecho procesal debe mostrarse respetuoso de las garantías constitucionales y de otras reglas político-criminales;** así por ejemplo se prohíbe la tortura, y se admite el encubrimiento por razones de parentesco. En definitiva, el proceso en que —según Luhmann— se legitima el Derecho, no busca una "*verdad absoluta de los hechos*",

¹⁹ Tiedemann, Klaus, "*Constitución y Derecho penal*", tr. Luis Arrollo Zapatero, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 33, Septiembre-Diciembre, 1991, pp. 148, 152 y 157.

pero sí en cambio una "*verdad legal*", en que se respeten, primeramente, las garantías constitucionales y las finalidades político-criminales ciertamente reconocidas.

12.3. Derecho penal y Derecho administrativo: Interesa saber que dentro del Derecho administrativo aparece el llamado "Derecho sancionador", al que algunos autores —sólo algunos— deciden llamar "Derecho penal administrativo". Pues bien, la relación entre Derecho penal y Derecho penal administrativo (del que todavía no se reconoce —plenamente— su autonomía) ha sorprendido hasta el punto de que las diferencias entre ambas materias aún no están concluidas del todo.

El Derecho penal administrativo protege, como el Derecho penal, bienes jurídicos; ante una infracción administrativa se determina una sanción, misma que igualmente se asigna conforme al principio de legalidad. Las diferencias *cuantitativas* entre delito e infracción, sanción y pena, son casi evidentes; en cambio, las diferencias *cuantitativas* entre dichas figuras, no siempre quedan bien establecidas.

Aunque todavía se discute la autonomía del Derecho penal administrativo, este campo de lo jurídico se define como el conjunto de normas jurídico-administrativas a cuya infracción pertenece una sanción administrativa.

Comenta Klaus Tiedemann, que el Derecho administrativo, como expresión de la política criminal moderna, es apto para servir como instrumento de discriminación, y que además, el Derecho penal administrativo puede ser respetuoso de los principios constitucionales de *proporcionalidad* y *subsidiariedad*; pero en todo caso comprende el mismo autor que, el dotar a la autoridad administrativa de competencias sancionadoras, en el sentido de un poder *cuasi-penal*, no debe conducir al poder absoluto ni a la arbitrariedad de la Administración.²⁰

- a) **Injusto administrativo e injusto penal:** Injusto administrativo es el quebrantamiento a una norma jurídico-administrativa cuya consecuencia inmediata es la imposición de una sanción administrativa. Injusto penal es el quebrantamiento a una norma jurídico-penal cuya consecuencia puede consistir en la imposición de una pena y/o medida de seguridad.

La doctrina suele admitir que la diferencia entre injusto penal e injusto administrativo, no es una diferencia *cuantitativa* (esencial) sino *cuantitativa* (gradual). Anterior a esta creencia, se pensaba que la perpetración de un delito debería traer siempre consigo un *reproche ético-social* para quien lo hubiera cometido; y se decía, en cambio, que la desobediencia de una norma administrativa conllevaría a un *reproche ético-socialmente neutro*.

Una posición más cercana es la que presenta Silva Sánchez. Él manifiesta que lo decisivo en la distinción entre delito e infracción, vuelve a ser *teleológico*, es decir, la finalidad que persiguen, respectivamente, el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. El primero persigue —dice Silva Sánchez— proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta, y de imputación individual de un injusto propio. El segundo —concluye— persigue

²⁰ Ibidem, pp. 152 y 153.

ordenar, en modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial).²¹

- b) **Diferencia entre penas y sanciones administrativas:** Las penas son consecuencias jurídicas que cumplen con finalidades tanto preventivo-especiales como preventivo-generales. Las sanciones administrativas son consecuencias que se imponen debido al incumplimiento de una norma derivada del Derecho administrativo.

Es sabido que únicamente el Derecho penal, en sentido estricto, puede imponer penas (en ocasiones también impone medidas de seguridad). Al contrario, la consecuencia por la infracción a una disposición administrativa, por ejemplo la multa, en sí, tan sólo representa una advertencia de obligatoriedad.²²

- c) **Dogmática del Derecho penal administrativo:** Se sabe que en las legislaciones como la alemana, italiana y la de Portugal, se prevé explícitamente la necesidad del *dolo* en el ámbito de las infracciones administrativas. En atención a ello, dice Klaus Tiedemann, la Comunidad Económica ha sido bastante prudente a la hora de prever expresamente en sus Ordenanzas que las infracciones administrativas sancionables con multa presuponen la existencia de dolo o negligencia.²³ Este es un cambio por demás trascendente para la dogmática penal administrativa, ya que el Derecho administrativo clásico no podía exculpar (o siquiera atenuar una pena) en virtud de la falta de culpa. Una vez que la ciencia administrativa ha admitido el *dolo* y la culpa en el interior de sus mandatos o prohibiciones, se abre un nuevo espacio para la dogmática, en tratándose por ejemplo de las clases de *error* sobre alguna disposición administrativa. Es propicia la definición de dolo que hace Tiedemann para el ámbito administrativo, tal autor escribe: "el dolo se refiere solamente a los elementos esenciales de la infracción, pero no a todos sus elementos."²⁴

La dogmática penal administrativa, tal como la venimos observando, tendría que excluir al dolo cuando en alguna infracción administrativa exista por ejemplo un error de tipo. Tiedemann informa que prácticamente todos los Ordenamientos nacionales admiten el error de hecho, mejor dicho: el error sobre los elementos esenciales de la infracción y el error de derecho invencible. Lo anterior vale para los países y para los ámbitos donde el *principio de culpabilidad* se reconoce.

Falta comentar que es el principio de culpabilidad el que prohíbe que una persona responda por el sólo resultado lesivo, de ahí entonces que el principio de culpabilidad, en tanto que exige dolo o culpa en la conducta del sujeto infractor, según considero,

²¹ Silva Sánchez, Jesús María, La Expansión del Derecho Penal, Op. cit., pp. 102 y 103.

²² Tiedemann, Klaus, "Estado actual y tendencias de la ciencia jurídico-penal y de la criminología en la República Federal Alemana", tr. Juan Terradillos Basoco, Cuadernos de Política Criminal, España, 1981, p. 274.

²³ Tiedemann, Klaus, "La parte general del Derecho penal administrativo de la Comunidad y de los Estados miembros", tr. Rosario de Vicente Martínez, Lecciones de Derecho Penal Económico, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993, pp. 96 y 97.

²⁴ Loc. cit.

en esa medida ejerce notables influencias para explicar los casos de error, es decir, en los casos en que el autor tiene una falsa creencia (dolo defectuoso) que se puede o no originar por su propio descuido (culpa) vencible o invencible.

12.4. El Derecho penal y el Derecho fiscal: Dado que exigen una estricta aplicación de la ley, el Derecho penal y el Derecho fiscal tal vez sean las áreas del Ordenamiento jurídico-interno que más necesitadas están del Derecho constitucional. Así por ejemplo, resulta lógico pensar que el Derecho constitucional ejerce mucho más influencia sobre el Derecho penal que sobre el Derecho civil.²⁵

13. El Derecho penal y otras áreas del conocimiento: Delimitaré la exposición de este apartado –al igual que lo hice con el anterior– basándome en algunas –introdutorias– relaciones entre la filosofía, la sociología y la política social, de modo que estará limitado únicamente a la relación sustantiva o dogmática en que se puede observar la influencia de estas áreas en el ámbito penal.

El Derecho penal (y en general el Derecho) prospera conforme otras áreas del conocimiento prosperan. Es verídico, quienes en verdad han evolucionado el conocimiento jurídico (y jurídico-penal), lo han hecho a través y conforme a determinados elementos que han tomado de otras áreas, ya sea de la filosofía o de la sociología, por ejemplo. En fin, es menester aplicar el conocimiento derivado de otras áreas para salvar al Derecho penal de la propia incompreensión intelectual.

13.1. La filosofía y el Derecho penal. Es notorio que cada movimiento jurídico-penal, cada doctrina o sistema penal, han sido sustentados sobre la base de ideas filosóficas, mismas ideas que en ocasiones se reducen a una simple metodología (modo de procesar e interpretar la materia jurídico-penal). Basta recordar por ejemplo que el sistema causalista-naturalista obedeció a una corriente filosófica denominada "positiva", la cual prometía un modelo de ciencia semejante al modelo de las ciencias naturales. De esta manera se pensaba que la ciencia penal debía obedecer a los criterios objetivo-descriptivos de una verdad natural comprobable permanentemente de modo objetivo.

En cambio, el sistema causalista-valorativista de los penalistas que se basaron en la filosofía neokantiana de los valores, transformaron las categorías jurídico-penales precisamente porque partieron de otras explicaciones –filosóficas– de la ciencia y de la "realidad" (natural y jurídica). Por ejemplo, para la filosofía de los valores está claro que el Derecho –en tanto ciencia social– debe valerse de otras maneras de evaluación e interpretación científica, maneras que sean diferentes a la evaluación e interpretación válida para las ciencias del ser (ciencias naturales).

El finalismo, en cambio, rechazó los aspectos filosóficos en que se basaban los penalistas neokantianos, y propuso otra forma de entender la realidad; el finalismo se afilió tanto a la ontología (relativo a la filosofía del ser) como a la fenomenología (relativo a la teoría del conocimiento).

²⁵ Tiedemann, Klaus, "La constitucionalización de la materia penal en Alemania", Op. cit., p. 73.

13.2. Derecho penal y sociología: De Niklas Luhmann²⁶ sabemos que el Derecho se corresponde con uno de esos múltiples ámbitos dentro de los cuales no sólo se produce comunicación social, sino que se comunica ampliamente consigo mismo. Con ello se quiere decir que el Derecho es un subsistema autopoietico de la sociedad, y dado que los sistemas autoreferenciales o autopoieticos son sistemas que reproducen ellos mismos todos los elementos que los componen, se concluye entonces que —en el caso concreto de nuestra disciplina— **es Derecho sólo lo que el Derecho decide que sea Derecho;** así que, en palabras de Niklas Luhmann: "el derecho es válido sólo porque se ha decidido que lo sea."²⁷

Con el sistema sistémico-normativo que representa Günther Jakobs, asistimos a una fundamentación del Derecho penal basada —en lo principal— en la sociología funcionalista de Niklas Luhmann.

La relación entre sociología y Derecho penal puede llegar incluso a reformular las categorías jurídico-penales, Jakobs lo ha demostrado.

Por ejemplo, en cuanto al dolo y los conocimientos especiales del autor, con relación al rol o función en que se desempeña, de acuerdo a una determinada organización social, en ello, pueden extraerse explicaciones sociológicas para defender una tesis en que se sustente el no desacato de la norma penal, ahí cuando una persona, a pesar de sus conocimientos especiales, tiene como segura la lesión de un bien jurídico.

Claro, son interminables las relaciones entre el Derecho penal y la sociología, incluso se ha dado lugar a una disciplina que se denomina "sociología criminal".

13.3. El Derecho penal y la política social: La política social guarda amplias relaciones con el Derecho penal, el medio directo de interacción entre ambos sectores es la *política criminal*. La política social tiene una relación indiscutible con la política criminal, pues la misma deriva de la política social. Dicho brevemente, toda política criminal —respetable— se debe a una política social eficaz.

La política criminal es el sector de la política social que se refiere al conjunto de criterios para el tratamiento de la criminalidad.²⁸ Por su parte, el Derecho penal es exactamente lo contrario a la famosa definición que formuló Franz von Liszt, al decir que: *el Derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal*. Ahora se sabe que todo Derecho penal nace precisamente por exigencias político-criminales.²⁹ La política criminal, sobre todo, sirve de base para la creación y reformas legislativas.³⁰

²⁶ Luhmann, Niklas, "La observación sociológica del Derecho", Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, núm. 12, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993, p. 77.

²⁷ *Ibidem*, p. 90.

²⁸ Mir Puig, Santiago, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 16.

²⁹ Silva Sánchez, Jesús María, "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites", en: Política Criminal y Nuevo Derecho Penal, (Libro en Homenaje a Claus Roxin), Ed. JM Bosch, Barcelona, 1997, p. 19.

³⁰ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Op. cit., p. 87.

Tal como se tiene oportunidad de constatar, la relación entre política criminal (derivada de la política social) es, por demás, innegable; más concretamente: considero que la **relación entre política criminal y Derecho penal es: imprescindible**, a pesar de que, en contra de lo anterior, Medina Peñaloza sostiene que en nuestro país no existe vinculación entre política criminal y dogmática penal – tristemente–, según dice.³¹ No, en realidad el Derecho penal implica siempre decisiones político-criminales: la política criminal debe reconocerse como algo inherente al Derecho penal, independientemente de si las normas jurídico-penales admiten o no ciertas valoraciones como las relativas a la imputación objetiva, por ejemplo.

14. Comentario general:

1. El Derecho penal es el conjunto de normas de Derecho público que determinan el delito, las penas, y las medidas de seguridad aplicables. La expresión Derecho penal no abarca siquiera sus *consecuencias* (penas y medidas de seguridad), además de que es poco *sustancial*, por no referir a los *presupuestos* o *contenido* de las mismas. El Derecho penal adquirió carácter público cuando el Estado hizo propio el Derecho de castigar (*ius puniendi*).
2. La autonomía del Derecho penal principalmente consiste en que dicha área del Ordenamiento jurídico tiene su propia *dogmática* para determinar cuáles son los propios *efectos* que es capaz de producir dentro de la esfera jurídica de las personas.
3. La finalidad del Derecho penal consiste, por una parte, en estabilizar –mediante la imposición de penas y/o medidas de seguridad– el sistema de normas penales que han sido quebrantadas; y, a la vez, la estabilización de las normas quebrantas sirve para la protección de los bienes jurídicos de la sociedad y de las personas.
4. La *legitimidad* del Derecho penal se cumple al llevarse a cabo la finalidad del mismo. Pero dicha finalidad no será legítima si se alcanza omitiendo el respeto a la dignidad humana, por ejemplo si se logra la finalidad del Derecho penal a través de la absurda intimidación de la sociedad mediante el incremento de las penas.
5. Si bien es cierto que el *ius penale* obtiene su justificación del derecho de castigar del Estado (*ius puniendi*), también es cierto que ese mismo derecho de castigar está limitado por las normas del Derecho penal objetivo (*ius penale*).
6. Tanto el así llamado "Derecho penal de acción" como el denominado "Derecho penal de resultado", ambos, llegan a extremos en verdad inconvenientes; de ahí que al Derecho penal no sólo le incumbe saber lo que el autor *quería* con su acción (Derecho penal de acción), sino que también al Derecho penal le

³¹ Medina Peñaloza, Sergio, Teoría del Delito, Ed. Ángel Editor, México, 2001, p. 287.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

incumbe saber *qué resultado* causó el autor del delito (Derecho penal de resultado).

7. Con relación a la internacionalización del Derecho penal ha de reconocerse que esta disciplina no contiene fórmulas universales, sino que todas ellas en el fondo pertenecen a ciertas finalidades político-criminales, más o menos definidas. Sin embargo, así lo considero, las constantes universales sobre las que debe ceñirse la política criminal internacional, no se corresponden sino con el respeto a los derechos humanos, incluso debe corresponderse con el respeto de los derechos humanos de las generaciones venideras.
8. Como debidamente se explicó, entre la ley penal y los mandatos constitucionales existe un *efecto recíproco de concordancia práctica*, y no simplemente una subordinación jerárquica absoluta.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

28

Tesis Profesional de Licenciatura

Ciencia y metodología jurídico-penal: 1. Concepto. 2. La ciencia jurídica: disciplina que propicia argumentos razonablemente defendibles. 2.1. La teoría de la "resistencia de las cosas" para la comprensión del grado de cientificidad del Derecho. 2.2. El criterio de verdad en la ciencia jurídica. 2.3. La ciencia jurídica como ética y como técnica. 3. Metodología de la ciencia jurídica. 4. Metodología de las doctrinas penales. 4.1. Metodología de la teoría causalista-naturalista del delito. 4.2. Metodología del sistema causalista-valorativista del delito. 4.3. Metodología del sistema finalista del delito. 4.4. Metodología del sistema funcionalista del delito. 4.5. Metodología del sistema posfuncionalista. 5. Comentario general.

1. Concepto: La ciencia jurídica es la disciplina cuyo objeto de estudio son las normas jurídicas.

2. La ciencia jurídica: disciplina que propicia argumentos razonablemente defendibles: La ciencia jurídica es tal debido a que ofrece la oportunidad de comprobar, "objetivamente", si sus argumentos son o no "verdaderos". Esto se verifica a pesar de que el objeto de la ciencia jurídica (la norma), sea cambiante, pues de cualquier modo el objeto de la ciencia jurídica *se resiste* a la no interpretación subjetiva, arbitraria o no fundamentada. De ahí que la norma jurídica, y con ello la ciencia jurídica, no están abandonadas a simples prejuicios o subjetividades, sino por el contrario, la norma y la ciencia jurídica se comprenden —se entienden— a partir de argumentos que, razonablemente, son "*defendibles*"³²

Habría que decir lo anterior porque el concepto de ciencia que —desafortunadamente— influyó sobre distintos campos sociales, era un concepto de ciencia "*positivo*", en el sentido de que un argumento es científico, solamente que dicho argumento pueda ser verificado demostrativamente, conforme a un modelo de predicción exacta. Ello condujo, según creo, a un *racionalismo extremo*, desde el cual se aplicaron los criterios del *método-científico-experimental* a las ciencias sociales. Las circunstancias han cambiado, el concepto de ciencia que ahora rige, no es un concepto de ciencia estrictamente natural o positivo.

2.1. La teoría de la "resistencia de las cosas" para la comprensión del grado de cientificidad del Derecho: Sigo el criterio de Enrique Gimbernat en el sentido de que, cuando una cosa (la norma por ejemplo) se resiste a ser interpretada arbitrariamente, respecto de esa cosa existe entonces un conocimiento "verdadero" que la define. Tal conocimiento es "objetivo" en oposición a la subjetividad de la que se resiste; por ejemplo, si nuestra disciplina se resiste a la interpretación arbitraria de cualquier argumentación, ello indica que el Derecho, en definitiva, adquiere cierta cientificidad *que se defiende* mediante argumentos objetivos y no meras subjetividades, ni arbitrariedades.³³

³² Gimbernat Ordeig, Enrique, Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 110.

³³ *Ibidem*, p. 115.

2.2. El criterio de verdad en la ciencia jurídica: Póngase atención a la pregunta que lleva el siguiente comentario de Karl Engisch:

"El jurista, ¿puede constatar una *verdad* —¿existe una 'verdad jurídica'?— o sólo una corrección formal de sus procedimientos cognoscitivos?"³⁴

Karl Engisch sabe que los juristas en ocasiones asimilan el criterio de la "verdad jurídica" como si se tratara de un *sentimiento jurídico* o de un sentimiento de justicia.

En definitiva, como reconoce el propio autor en cita, el criterio de: "verdad jurídica", en tanto sentimiento jurídico, suele identificarse con el "sentimiento de justicia".

2.3. La ciencia jurídica como ética y como técnica: Karl Engisch admite que la ciencia jurídica es *técnica* y *ética* a la vez, ya que —explica— en realidad la ciencia jurídica suministra *medios* (*técnica*) para cumplir ciertos fines (*ética*), y, una vez establecidos los fines, los mismos *obligan* inexorablemente (Derecho).³⁵

3. Metodología de la ciencia jurídica: La utilización de un método —incluso la utilización del método científico—, en las ciencias jurídicas, además de que no puede fundamentar por sí mismo científicidad alguna,³⁶ tampoco puede garantizar un resultado seguro, esto último debido a que por ejemplo en nuestra disciplina, subsiste siempre en la *decisión* del juez un cierto *arbitrio judicial* o valoración personal que impide la certeza del resultado final al que se refiere el método.³⁷

Que la utilización de un método no garantiza un resultado seguro, ha sido demostrado ampliamente, en el campo jurídico-penal, por Claus Roxin. Él comprueba que la metodología de los teóricos del neokantismo los llevó, por ejemplo, a conceptos erróneos de autoría y participación (recuérdese el concepto extensivo de autor), a pesar de partir de bases metodológicas lógicamente respetables.

Igualmente, es verificable que el método que sigue una ciencia para el análisis de un objeto de estudio, determina en cierta medida los alcances y limitaciones de dicha ciencia; es decir, cuando un método rige los puntos de vista bajo los cuales se debe analizar un objeto de estudio, desde ese momento, las relaciones del objeto de estudio están siendo *limitadas* (o *marginadas*) a las *formalidades* del método. De otro modo, cuando una "pretendida ciencia" acoge determinado método, esa ciencia no podrá, *formalmente*, renunciar a las condiciones impuestas por su respectiva *metodología*. En este sentido, la aplicación estricta de un método, a veces afecta las relaciones e implicaciones a las que está llamada la propia ciencia.

4. Metodología de las doctrinas penales: La metodología de las doctrinas penales consiste en un conjunto de criterios filosóficos que definen y determinan el objeto concreto del Derecho penal.

³⁴ Engisch, Karl, La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales, tr. Juan José Gil Cremades, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, p. 33.

³⁵ *Ibidem*, pp. 35 y 38.

³⁶ Gimbernat Ordeig, Enrique, Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal, Op. cit., p. 108.

³⁷ Larenz, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, tr. Marcelino Rodríguez Molinero, Ed. Ariel, ed. 2, Barcelona-Caracas-México, 1980, p. 26.

4.1. Metodología de la teoría causalista-naturalista del delito: Las influencias de la filosofía *positivista* tuvo amplias repercusiones en la doctrina causalista-naturalista, lo cual permitió definir al Derecho penal como *la infranqueable barrera de la política criminal*.

La filosofía positiva de Augusto Comte, garantizaba que el desarrollo del pensamiento científico debía culminar en una etapa científica, en la que serían posibles toda clase de comprobación y predicciones respecto del objeto de la ciencia, por ello la filosofía positiva recomendaba aplicar, en el campo de las ciencias del espíritu, el método *científico experimental*. Por tanto, **con la filosofía positiva, se trataba de encontrar las leyes que rigen la sociedad, de la misma manera como Galileo y Newton habían encontrado las leyes –inmutables– de la Naturaleza.**

Con esta concepción, con esta influencia del método científico experimental, el delito (objeto de estudio) fue racionalizado de tal modo que, en aras de la objetividad científica, se prestó mayor importancia a las categorías del delito que se pudieran verificar (observar, comprobar) en el mundo exterior.

Fue entonces que la acción, primer categoría del delito, sólo importaba desde el punto de vista exterior u objetivo, es decir, la acción de un autor sólo era relevante si dicha acción causó –naturalísticamente– un daño. Igualmente, a la tipicidad se le atribuyó una función objetivo-descriptiva. La categoría de la antijuridicidad fue definida como la contradicción objetiva al orden jurídico (la antijuridicidad era vista como la lesión a la norma de valoración³⁸); la culpabilidad, en cambio, representaba una categoría subjetiva del delito (y significaba la lesión a la norma de motivación).

Por tanto, si la acción, la tipicidad y la antijuridicidad sólo importaban desde el punto de vista objetivo, entonces, era lógico que todo ello desembocara en lo que ahora se conoce como *“desvalor de resultado”*, en que interesa –de sobremanera– lo que el autor haya hecho o causado. El causalismo naturalista en este sentido se correspondía con un *“Derecho penal de resultado”*, que somete a segundo término lo que el autor *quería* –propiamente– con su acción.

Pero, hay que reconocerlo, **no solamente los criterios de la filosofía positiva influenciaron la tendencia del causalismo-naturalista, sino que, es pertinente decirlo, también ciertos acontecimientos políticos (concretamente el nacional-socialismo) permitieron el auge del causalismo-naturalista.** Por ejemplo, era necesario, desde los fines perversos del nazismo, adoptar la teoría de la *conditio sine qua non*, para no distinguir entre autoría y participación, y crear con ello un *concepto unitario de autor*, para castigar a autores y partícipes por igual.

4.2. Metodología del sistema causalista-valorativista del delito: Por su parte la doctrina causalista-normativista se remitió a la filosofía neokantiana, y consideró al Derecho penal como una disciplina orientada a valoraciones jurídico-culturales. La

³⁸ Como se verá, las normas de valoración expresan un juicio de valor, positivo o negativo, sin imponer un imperativo concreto a los ciudadanos. Las normas de determinación (motivación), en cambio, expresan un imperativo, mandato o prohibición, que trata de determinar la conducta del destinatario.

filosofía neokantiana puso de relieve que el Derecho penal no se acaba en un proceso puramente psíquico, sino que los objetos que son abarcados por los conceptos y proposiciones del Derecho penal tienen un *sentido* y un *valor*.

Si —como se ha visto— el causalismo-naturalista concibió al Derecho penal como la **infranqueable barrera de la política criminal**, el hecho de que el causalismo-valoratista definiera al Derecho penal como **una disciplina orientada a valoraciones jurídico-culturales**, este cambio de posición, permitió *reconfigurar* el Derecho penal, casi totalmente.

El neokantismo permitió que los penalistas dotaran de valor a las categorías jurídico-penales.

En la antijuridicidad: En el neokantismo la antijuridicidad se comprende como un juicio de antijuridicidad sobre el hecho, mismo que —por cierto— sólo puede ser desvalorado si se atiende a elementos subjetivos.³⁹ Antes al neokantismo, en el causalismo-naturalista, la antijuridicidad era vista (objetivamente) como la simple lesión a la norma de valoración; debido a que la culpabilidad representaba la lesión a la norma de motivación, pero, bajo esta concepción, en cuanto a la antijuridicidad se refiere, no sería posible siquiera valorar la tentativa, o el delito de robo.

En cuanto a la teoría de los elementos negativos del tipo: Esta teoría lleva hasta las últimas consecuencias el pensamiento neokantiano, según el cual el tipo es un juicio de valor no provisional, por eso la tipicidad implica la antijuridicidad, y la presencia de causas de justificación. Es por ello que la teoría de los elementos negativos del tipo considera que la tipicidad y la antijuridicidad no son elementos distintos. Para esta teoría la presencia de las causas de justificación excluyen también la tipicidad, pues la tipicidad implica antijuridicidad, y viceversa.

En cuanto a los elementos normativos del tipo: Como se verá más adelante, el neokantismo condujo al descubrimiento de los *elementos normativos del tipo*, de la misma forma generó un *concepto social de acción*, al igual que —y esto talvez sea lo más trascendente— a un *nuevo concepto de culpabilidad*.

4.3. Metodología del sistema finalista del delito: El finalismo observó —metodológicamente hablando— un regreso a la clase de sistema penal cerrado, ello en virtud de la ontología y la naturaleza de las cosas, que no son sino condiciones metodológicas suficientes para *regresar* a un sistema penal cerrado, como lo fue el causalismo-naturalista.

Efectivamente, desde mi punto de vista, metodológicamente, **el finalismo significó un retroceso**, pues concibió al Derecho penal como un sector jurídico que no permite valoraciones jurídico-culturales sino que sólo admite describirse respetando sus estructuras ontológicas fundamentales. A tal consideración llegó el finalismo por haberse guiado conforme al método ontológico (*naturaleza de las cosas*) en que se refugió.

³⁹ Mir Pulg, Santiago, Derecho Penal Parte General, Op. cit., pp. 125 y 126.

La expresión "*naturaleza de las cosas*", es un término que media entre el *ser*; y el *deber ser*, esto es, se denomina naturaleza de las cosas al campo en que confluyen realidad y valor.⁴⁰

Más concretamente, la naturaleza de las cosas indica que *en la materialidad va encerrada cierto valor*; para decirlo en palabras de Gimbernat, la naturaleza de las cosas adquiere la siguiente fórmula: "*el deber ser valorado en el ser*".⁴¹

Ciertamente, la naturaleza de las cosas es una explicación ontológica en que se aduce cierto *valor* en el *ser*. Esta consideración fue llevada al campo penal, nada menos que por Hans Welzel, pues él creía que, en modo inseparable y preestablecido, a toda acción humana le era inherente —por naturaleza— una *finalidad*. En este sentido, y de modo general, debemos decir que la naturaleza de las cosas fue el fundamento que ocupara Welzel para identificar lo que él denominó *estructuras lógico-reales de la acción: la finalidad*.

Una vez admitido el método del finalismo, conforme al cual se demuestra que a toda acción le es inherente una finalidad, se llegaría al hallazgo dogmático que caracterizó al finalismo: *la inclusión del dolo en el tipo*. El razonamiento fue un tanto silogístico: si a toda acción le es inseparable la finalidad, y a su vez la acción se describe en los tipos penales, entonces, la finalidad igualmente se encuentra inmersa en la tipicidad, a nivel de tipo *subjetivo*.

4.4. Metodología del sistema funcionalista del delito: El funcionalismo teleológico-racional es entendido como la nueva "apertura" del sistema penal a través de decisiones político-criminales. Ello es así porque esta corriente doctrinal permite —metodológicamente— orientar al Derecho penal conforme a decisiones político-criminales, según necesidades preventivo-especiales y preventivo-generales.

La doctrina penal funcionalista, hasta cierto punto, representa un *retroceso* al método neokantiano que permite entender al Derecho penal como una disciplina orientada a valoraciones jurídico-culturales, sólo que —a diferencia de la doctrina causalista-valorativista— el funcionalismo teleológico-racional orientó al Derecho penal, específicamente, conforme a *decisiones político-criminales*.

Claus Roxin, representante común del funcionalismo teleológico-racional, tuvo la sensibilidad de apreciar la importancia del Derecho penal neokantiano; pero, quizá, la grandeza del Derecho penal neokantiano no fue otra sino la de tratar de concebir al Derecho penal como un *sistema abierto*.

⁴⁰ Engisch dice respecto de la naturaleza de las cosas: "Este *tertium* media entre deber ser y ser, es un *universale in re*, un deber ser en el ser (...) se denomina también naturaleza de las cosas, esto es, el *topos* en que confluyen realidad y valor". Engisch, Karl, La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales, Op. cit., p. 64.

⁴¹ Gimbernat Ordeig, Enrique, Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal, Op. cit., p. 98.

4.5. Metodología del sistema posfuncionalista.⁴² El posfuncionalismo igualmente se conoce con el nombre de funcionalismo sistémico-normativo. Esta corriente representa —como generalmente se reconoce— el esfuerzo intelectual más grande que se haya realizado en la historia del Derecho penal, con la finalidad de normativizar dicha disciplina.

La metodología que sigue el posfuncionalismo es la de concebir a la sociedad bajo los parámetros y concordancias de la organización (o comunicación) sistémica. Es decir, el posfuncionalismo, cuyo máximo exponente es Günther Jakobs, ha pretendido adherirse al concepto sociológico de comunicación social de Niklas Luhmann. Y bajo esta tesitura, el Derecho penal se concibe como un subsistema autopoiético (autoreferencial) de la sociedad. Pero, dado que la sociedad está conformada a partir de distintos niveles de organización, en esos niveles organizacionales, precisamente, el Derecho penal presta atención para valorar en qué momento un hecho le puede o no ser atribuido a un sujeto como un hecho que debía observar, **conforme a la competencia que deriva de su propia organización social.**

Particularmente considero que el posfuncionalismo, en el fondo, plantea la posibilidad de abrir el sistema penal mediante la *"imputación objetiva del comportamiento"*, entendida la imputación objetiva del comportamiento como una teoría general de imputación penal.

5. Comentarios generales:

1. La ciencia jurídica es posible gracias a que el "conocimiento verdadero" de las normas no está abandonado a simples prejuicios o subjetividades; sino por el contrario, la norma —y por ende la ciencia jurídica— se comprende a partir de argumentos que, razonablemente, son *"defendibles"*.
2. Cuando una "cosa" (u objeto de estudio) *se resiste* a ser interpretada subjetivamente, entonces, respecto de esa "cosa" existe un conocimiento (objetivo) *"verdadero"*, científico, que la define.
3. No debe alarmar el hecho de que el criterio de "verdad jurídica", en tanto sentimiento jurídico, suela identificarse con un *"sentimiento de justicia"*. Esto no debe alarmar debido a que el sentimiento de justicia no sólo es subjetivo, sino que igualmente depende de una realidad por demás objetiva.
4. Cuando un método rige los puntos de vista bajo los cuales se debe observar un determinado objeto de estudio, desde ese momento, *las relaciones* del objeto de estudio están siendo *limitadas* (o marginadas) a las formalidades del método; de ahí la necesidad de reconocer las limitaciones a las que conduce cualquier clase de método que no reconozca la espontaneidad de las relaciones del objeto de estudio.

⁴² Mi maestro Rafael Márquez Piñero sigue siendo en México el Máximo exponente del así llamado posfuncionalismo.

5. La metodología del Derecho penal causalista (el positivismo-naturalista), permitió definir a esta disciplina como *la infranqueable barrera de la política criminal*; ello precisamente porque el positivismo naturalista obedecía al criterio según el cual las Ciencias Sociales debían adherirse al método científico de las Ciencias Naturales.
6. La metodología que propuso el causalismo-valorativista, permitió considerar al Derecho penal como una disciplina orientada a valoraciones jurídico-culturales.
7. Por su parte, la metodología que siguió el finalismo, con base a la naturaleza de las cosas, fue el fundamento principal para que Welzel identificara a las así llamadas *estructuras lógico-reales de la acción: la finalidad*.
8. La doctrina penal funcionalista, hasta cierto punto, representa un retroceso –y no por ello un error– al método neokantiano de los valores que permite entender al Derecho penal como una disciplina orientada a valoraciones jurídico-culturales, sólo que –a diferencia de la doctrina causalista valorativista– el funcionalismo teleológico-racional orientó al Derecho penal específicamente conforme a decisiones político-criminales.
9. Deseo hacer un reconocimiento especial a los penalistas neokantianos, ello lo hago porque actualmente les ha sido negado el mérito en el sentido de que fijaron las bases para la construcción de un *sistema penal abierto* que, en mi opinión, no ha logrado concretizar la doctrina dominante. ¿Por qué se le ha negado el mérito a los penalistas neokantianos?, así lo creo porque a pesar de que Roxin reconoce la deuda que tiene respecto de la visión metodológica de los neokantianos, considero sin embargo que dicha influencia no solamente tiene que ver con la *orientación* del sistema penal hacia decisiones político-criminales –que ya es bastante–, sino que –derivado de ello– la teoría de la imputación objetiva y la categoría de la responsabilidad jurídico-penal, en tanto juicios de valor para determinar la imputación penal, están en franca deuda con el sistema neokantiano, al igual que los criterios valorativos necesarios para calificar a una acción como jurídico-penalmente *relevante*; pero, todo esto no se ha reconocido suficientemente.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Norma penal: 1. Norma. 1.1. Norma primaria y norma secundaria. 1.2. Normas de valoración y normas de determinación. 2. Norma y comunicación. 3. La norma como un precepto jurídico imperfecto. 4. La norma jurídico-penal como un precepto jurídico perfecto. 5. Estructura de las normas jurídico-penales. 6. La norma penal y la causación de un resultado lesivo. 7. La vigencia de la norma entendida como estabilización de la misa. 8. Teoría de la norma penal. 9. Aplicación de la ley penal, conforme a casos prácticos. 10. Comentario general.

1. Norma: Es la expresión de un ser que debe ser. La norma es un imperativo que tiene como *forma* una *orden* (prohibición o mandato), y tiene como *contenido* una conducta (hacer u omitir).⁴³ Una norma penal es aquella disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva (pena y/o medida de seguridad).⁴⁴

1.1. Norma primaria y norma secundaria: Norma primaria es la prohibición o mandato que se dirige al ciudadano. La norma secundaria es la norma que obliga al legislador a imponer una pena si se comete un delito.⁴⁵

1.2. Normas de valoración y normas de determinación: Las normas de valoración expresan un juicio de valor, positivo o negativo, sin imponer un imperativo concreto a los ciudadanos. Las normas de determinación expresan un imperativo, mandato o prohibición, que trata de determinar la conducta del destinatario.

Es sabido que los imperativos (de prohibición o de mandato) trascienden a los destinatarios de las normas (a las personas), mediante *motivación* y *valoración*. Y esto es ya una tesis de Ullrich: "a partir de la norma de valoración no sólo se deriva la norma de motivación, sino también una proposición jurídica de permisión."⁴⁶

2. Norma y comunicación: Las normas en general, antes que el producto de una sociedad civilizada, son consecuencia de la comunicación, pues toda sociedad comienza precisamente con la *vigencia* de sus normas, y, entonces, la *civilización*; las normas rigen cuando le dan a la sociedad su conformación real.⁴⁷ Por tanto, las normas no pueden ser afectadas mediante hechos, sino sólo mediante la comunicación.⁴⁸ Y en cuanto hace a nuestra disciplina, lo único relevante desde el punto de vista jurídico-penal es el *sentido comunicador* del suceso, en relación con la obligatoriedad de la norma.

⁴³ Binding, Karl, citado por Armin Kaufmann, en: Teoría de las Normas, trs. Enrique Basigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977.

⁴⁴ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Op. cit., p. 109.

⁴⁵ Mir Puig, Santiago, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 30.

⁴⁶ Ullrich, Paeffen, "Observaciones del error de tipo permisivo", tr. Fernando J. Córdoba Roda, en: El Error en Derecho Penal, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 204.

⁴⁷ Jakobs, Günther, Estudios de Derecho Penal, tr. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, y Manuel Cancio Melá, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 37.

⁴⁸ Lesch, Heiko H, "Intervención delictiva e imputación objetiva", tr. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVIII, Fascículo III, Septiembre-Diciembre, Madrid, p. 943.

3. La norma como un precepto jurídico imperfecto: La norma jurídica es un precepto que ordena o prohíbe la realización de un cierto comportamiento, en este sentido la norma jurídica es un *precepto imperfecto*, dado que sólo se refiere a un *deber ser*, sin especificar una *sanción* por su desobediencia.

4. La norma jurídico-penal como un precepto jurídico perfecto: Un precepto jurídico-perfecto lo es la *norma jurídico-penal*, pues no sólo manda o prohíbe ciertas conductas, sino que además especifica la *pena* que se deberá imponer —como consecuencia jurídica— si no se acata la norma.

5. Estructura de las normas jurídico-penales: Una proposición jurídica —cualquiera que sea— tiene la siguiente estructura: *a x supuesto se debe z consecuencia*. Pero, la estructura de una proposición jurídico-penal es como sigue: *ante x delito se debe z pena*.

Se observa que las dos proposiciones anteriores son comunes en tanto comunican un *deber jurídico*; pero su diferencia consiste, en que la proposición jurídico-penal hace particular referencia al delito como *supuesto* y a la pena como *consecuencia*, siendo esto lo que le distingue de la proposición jurídica en sentido amplio.

6. La norma penal y la causación de un resultado lesivo: Igualmente se reconoce que la infracción de la norma no dependerá de qué sea lo que pase en el mundo externo, sino que dicha infracción dependerá de cuál haya sido la decisión de voluntad del actor, pues no es la causación del resultado *per se*, sino la vulneración de la norma la que constituye la perturbación social. Más brevemente Rudolphi: "las normas penales nunca contienen prohibiciones o mandatos de causación."⁴⁹

De otra manera: las normas no prohíben —estrictamente— la causación de resultados, sino que más bien están dirigidas al comportamiento humano.

7. La vigencia de la norma entendida como estabilización de la misa: Es correcta la idea de Jakobs, en el sentido de que la norma penal toma *vigencia* una vez que frente a su quebrantación se actualiza su respectiva consecuencia; y que sólo la afirmación de la culpabilidad hace que se pueda hablar, verdaderamente, de un ataque a la vigencia de la norma.

8. Teoría de la norma penal: Queda claro que —en materia penal— la teoría general de las normas debe abordar los preceptos penales establecidos en forma de mandatos y prohibiciones; a la vez, debe referir dicha teoría a las penas y medidas de seguridad, que es lo característico de las normas penales. Para ello, la teoría general de las normas abarca el amplio campo de la interpretación de las normas penales, denotando en todo caso las fuentes y los ámbitos de validez de dichas normas.

⁴⁹ Rudolphi, Hans-Joachim, Causalidad e Imputación Objetiva, tr. Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996, pp. 30 y 31.

Es verdad, las normas penales están cargadas de un fuerte contenido ético: no matar, no robar, no engañar, no herir. Ahora bien, las penas y las medidas de seguridad son el punto de referencia de las normas penales.⁵⁰

9. Aplicación de la ley penal, conforme a casos prácticos:

El nuevo Código Penal para el Distrito Federal, refiere:

"Artículo 11. (Momento y lugar del delito). El momento y el lugar de realización del delito son aquellos en que se concretan los elementos de su descripción legal."

Por otra parte, el mismo Código precisa:

"Artículo 9. (Validez temporal). Es aplicable la ley penal vigente en el momento de la realización del hecho punible."

Las definiciones anteriores, además de ser incompletas, carecen de sistemática. Todo esto se explicará mejor en el ámbito Federal.

Es bien sabido que conforme al *principio de territorialidad*, el Estado puede castigar válidamente a quien cometa un delito *dentro de su territorio*, sin importar si con dicho delito se afectan bienes nacionales o extranjeros, y sin importar tampoco la nacionalidad de quien cometa el delito.

Problema uno: En el siguiente caso: ¿dónde se ha cometido el delito de privación ilegal de la libertad con propósito de obtener rescate, si un extranjero es secuestrado en Colombia y se le trae a México?

Dado que se trata de un delito continuo, el delito de secuestro **se entiende cometido en cada uno de los lugares en que se realizan los distintos actos que lo comprenden**; por tanto las autoridades mexicanas son competentes para conocer del asunto, no obstante que la persona secuestrada sea un extranjero, pues en todo caso el delito se considera cometido en México.

Problema dos: Una persona se encuentra en España, ella decide no enterar a las autoridades mexicanas de un homicidio que integrantes de la ETA cometerán en contra de un importante político mexicano. La pregunta es: ¿dónde se ha cometido el delito de encubrimiento por no impedir la consumación del delito?

Pues bien, **en los delitos de autoría omisiva, es determinante, por un lado, el lugar en el que el autor debía actuar, y también, el lugar en que se produjo el resultado.**

Problema tres: Un extranjero, vía Internet, proporciona toda clase de información para que terroristas de la ETA lleven a cabo la destrucción de un importante edificio mexicano.

⁵⁰ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Op. cit., p. 41.

¿El comportamiento de un partícipe (inductor o cómplice) puede ser considerado como efectuado en nuestro territorio, aun cuando por aparatos electrónicos realice dichos actos de participación desde el extranjero?

De modo general, **constituyen actos cometidos en territorio nacional, los comportamientos que en forma de participación (inducción o complicidad) se realizan desde el extranjero a favor de delitos cometidos en México. Y a la inversa, se considera un hecho ilícito cometido en territorio nacional, toda participación prestada que desde nuestro país se presta a favor de un hecho punible cometido en el extranjero.**⁵¹

Falta decir que, también de modo general, **en los casos de autoría, el lugar del hecho comprende tanto el lugar en que haya sido realizada la acción como el lugar en que se produjo el resultado típico.**⁵²

Dicho esto último con un ejemplo, si un sujeto manda de Italia una carta con propósito de que cuando la abra un cónsul mexicano éste muera envenenado, el homicidio, según el principio antes mencionado, en atención a que el resultado se produjo en México, se considera realizado en territorio nacional.

A continuación se especifican diversos momentos de la realización del hecho delictivo:⁵³

- d) El tiempo de comisión del hecho se determina, en los casos de autoría comisiva, por el momento en que se realiza la acción o se produce el resultado.
- e) En los delitos de omisión el momento de la intervención se determina según el momento en que el autor debía haber actuado.
- f) En los casos de participación, el momento del hecho se deduce por el momento en que el autor actuó.
- g) Para la autoría mediata el momento decisivo de la comisión es cuando el autor mediato actúa sobre el sujeto instrumentalizado.
- h) En la coautoría el hecho comisivo inicia con la primera aportación del coautor en el marco de la *decisión común*.

⁵¹ Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 131.

⁵² Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, trs. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 142.

⁵³ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, trs. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 185.

10. Comentarios generales:

1. Las normas de valoración expresan un juicio de valor, positivo o negativo, sin imponer un imperativo concreto a los ciudadanos. Las normas de determinación expresan un imperativo, mandato o prohibición, que trata de determinar la conducta del destinatario.
2. Las normas en general son consecuencia de la comunicación, y que toda sociedad civilizada comienza con puesta en vigencia de sus normas.
3. Se reconoce que la infracción de la norma no dependerá de qué sea lo que pase en el mundo externo, sino que dicha infracción dependerá de cuál haya sido la decisión de voluntad del actor.
4. La norma penal en particular tiene *vigencia* cuando frente a su quebrantamiento se actualiza su consecuencia. Pero, sólo la afirmación de la culpabilidad del autor es lo que permite hablar que existió realmente un ataque a la norma, y que la norma se puede actualizar mediante su vigencia.
5. No es la causación del resultado en sí lo que vulnera a la norma, sino que la vulneración de la norma se constituye debido a la perturbación social de un autor culpable.
6. Las normas penales están cargadas de un fuerte contenido ético: no matar, no robar, no engañar, no herir.

Principio de legalidad: 1. Concepto. 2. Antecedentes. 3. El principio de legalidad y el principio de culpabilidad. 4. El principio de legalidad y la prohibición de analogía. 5. La irretroactividad de la ley penal. 5.1. Retroactividad en el Derecho procesal penal. 5.2. Retroactividad en la jurisprudencia penal. 6. Ejercicios. 7. El principio de legalidad y el principio de oportunidad. 8. El principio de legalidad y la traslación de tipos penales, conforme a casos prácticos. 9. Comentario general.

1. Concepto: El principio de legalidad (generalmente abreviado mediante la expresión: *nullum crimen nulla poena sine lege*) deja claro que en un Estado de Derecho se deben respetar los siguientes postulados:

- a) Ninguna pena sin ley penal antes formulada (*nulla poena sine lege previa*).
- b) Ninguna pena sin ley penal escrita (*nulla poena sine lege scripta*).
- c) Ninguna pena sin mandato expreso textual de la ley (*nulla poena sine lege stricta*).⁵⁴

El principio de legalidad antes desglosado tiene las siguientes cuatro consecuencias:

- a) Prohíbe la interpretación analógica de la ley penal.
- b) Prohíbe la aplicación del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena.
- c) Prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio del autor.
- d) Prohíbe las leyes penales indeterminadas o imprecisas.

Las dos primeras consecuencias del principio de legalidad están dirigidas al juez, y las dos últimas consecuencias están dirigidas al legislador.

No obstante, como incluso reconoce Cerezo Mir, **el principio de legalidad no puede ser susceptible de una plena realización, pues para su plena realización sería necesario un causalismo extremo, y se necesitaría abandonar el carácter general y abstracto de la ley penal.** Por ello, es una realidad que, según explica el autor en cita: en los delitos culposos, por ejemplo, no es posible determinar en la ley el cuidado objetivamente debido al realizar la innumerable variedad de conductas que se dan en la vida real; igual acontece en las medidas de seguridad, en que es imprescindible el juicio del juez para valorar la peligrosidad del autor.⁵⁵

⁵⁴ Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., pp. 100 y 101.

⁵⁵ Cerezo Mir, José, Derecho Penal Español Parte General, ed. 6, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 169 y 170.

2. Antecedentes: Mezger⁵⁶ informa que la Carta Magna Inglesa de 1215, en su artículo 39, prohíbe una pena contra los delincuentes, diciendo: "*Nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae.*" Pero, según Winfried Hassemer, el principio de legalidad, tiene sus antecedentes más remotos, en el Código penal de 1810.⁵⁷ En cambio, Claus Roxin considera que el principio de legalidad se encuentra, por vez primera, en 1776, concretamente en las Constituciones de algunos Estados de la Federación estadounidense como Virginia y Maryland; posteriormente, según Roxin, el principio de legalidad apareció en el Código penal austriaco de José II, en 1787, y luego en la célebre Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).⁵⁸

Casi de modo unánime, la doctrina considera que el principio de legalidad es concordante con los principios de: igualdad, división de poderes, teoría absoluta de la pena, y de modo general, con los fines del Estado de Derecho.

En México, el principio de legalidad está expresado en el tercer párrafo del artículo 14 constitucional, el cual, en la parte conducente, refiere que: "En juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía o mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."

3. El principio de legalidad y el principio de culpabilidad: Roxin comenta que si la pena presupone culpabilidad, y sólo se podrá hablar de culpabilidad si antes del hecho el autor sabía —o al menos hubiera tenido la oportunidad de averiguar— que su conducta estaba prohibida, entonces, **es claro que el principio de culpabilidad fundamenta al principio de legalidad.**⁵⁹

El principio de culpabilidad ejerce funciones por demás relevantes en el Derecho penal, según se acaba de observar, desde el principio de culpabilidad se puede, válidamente, fundamentar el principio de legalidad. Pero, el principio de culpabilidad también cumple con otras funciones como son: prohíbe que alguien tenga que responder por la sola causación de un resultado; igualmente sirve para graduar el límite superior de la pena; explica las reglas dogmáticas del error vencible e invencible, por mencionar algunas funciones importantes.

4. El principio de legalidad y la prohibición de analogía: Como se verá más adelante, la analogía de la ley consiste en extender o ampliar la aplicación de la misma a un caso no regulado, ello a través de un argumento de *semejanza* entre ambos casos.

⁵⁶ Mezger, Edmundo, Derecho Penal Parte General, Ed. Cárdenas Editores, México, 1990, p. 39.

⁵⁷ Hassemer Winfried, Fundamentos del Derecho Penal, trs. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 310.

⁵⁸ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Op. cit., p. 142.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 486.

La prohibición de analogía deriva del principio de legalidad, ello es innegable, pero, recientemente, Arthur Kaufmann⁶⁰ considera que **el principio de legalidad no puede significar más una estricta prohibición de la analogía**, pues una prohibición tal —dice— tendría como condición que el delito en las circunstancias de hecho legales se pudiera definir en forma excluyente a través de conceptos unívocos, lo que es sin embargo imposible. Considera el autor en cita que el principio de legalidad más bien implica que el tipo penal de la acción punible esté fijado en una ley penal formal, es decir, que tiene que ser descrito el tipo penal en forma más o menos completa. En este sentido —concluye Arthur Kaufmann— **la analogía en Derecho penal encuentra su frontera en el tipo de antijuridicidad que le subyace al supuesto de hecho legal.**

5. La irretroactividad de la ley penal: El principio de la irretroactividad de la ley penal en perjuicio deviene también, al igual que el principio de legalidad, de las necesidades de un Estado de Derecho. La irretroactividad de la ley penal significa que una conducta, que *era* impune en el momento de su realización, no puede ser considerada *posteriormente* punible; el principio de irretroactividad de la ley penal también significa que igualmente está prohibida la agravación de una pena ya existente en el momento de la acción punible.⁶¹

Es obvio, la idea de *seguridad jurídica*, en el fondo, determina que a una ley penal (sustantiva) no se le puedan dar efectos retroactivos en perjuicio del autor.

5.1. Retroactividad en el Derecho procesal penal: En el Derecho procesal penal no rige el principio de prohibición de retroactividad. Esto se sabe debido a que **la prohibición de retroactividad rige exclusivamente para normas que determinan las consecuencias jurídicas de un hecho.** Y por tanto, la prohibición de retroactividad no puede afectar a las normas que tan sólo regulan el proceso penal.⁶²

Günther Jakobs limita la retroactividad en materia procedimental cubriendo únicamente los casos en que la retroactividad afecta a todos los delitos; así: **las reglas procesales especiales para delitos concretos no se podrán introducir retroactivamente.**⁶³

5.2. Retroactividad en la jurisprudencia penal: Si se interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado de cómo lo había hecho la jurisprudencia anterior, el acusado tiene que soportar la agravación de pena.⁶⁴

Conforme a lo dicho: **la jurisprudencia penal no se ve afectada por ninguna prohibición de retroactividad.**

⁶⁰ Kaufmann, Arthur, *Filosofía del Derecho*, tr. Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1999, p. 253.

⁶¹ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Op. cit., pp. 183 y 184.

⁶² *Ibidem*, p. 141.

⁶³ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte General*, Op. cit., p. 115.

⁶⁴ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Op. cit., p. 165.

6. Ejercicios: Problema uno: Mediante sentencia se impuso una pena mayor a la establecida en el momento de la realización del hecho típico. En este caso la defensa no sólo alegó la violación a la garantía de legalidad, sino que también argumentó el quebrantamiento al principio de culpabilidad; ¿es esto posible?, es decir, está claro que contrariar el principio de irretroactividad implica vulnerar el principio de legalidad, pero, ¿vulnerar el principio de irretroactividad significa quebrantar el principio de culpabilidad?

Problema dos: En un determinado asunto la defensa alega la aplicación retroactiva de una nueva disposición procesal, precisamente porque dicha disposición afecta los intereses de la persona a la que se representa. La pregunta es la siguiente: ¿el principio de irretroactividad en perjuicio aplica también para el ámbito procesal?

Problema tres: ¿Es posible impedir la aplicación retroactiva de una tesis jurisprudencial?

Problema cuatro: En tanto se comete el delito de secuestro y se lleva a cabo la negociación con la familia de la persona secuestrada, la pena establecida para el delito de secuestro se incrementó considerablemente; después se detiene al secuestrador, pero, ¿cuál pena le será aplicable?, ¿la pena que estaba vigente al momento en que se privó de la libertad a la víctima?, o en su caso, ¿la pena vigente en el momento en que fue detenido el secuestrador?

Problema cinco: ¿Es adecuado imponer una medida de seguridad en forma retroactiva?

En lo siguiente se responderán los problemas señalados. Es lógico que el principio de irretroactividad en perjuicio deriva del principio de legalidad; sin embargo, y a pesar de que el principio de legalidad pueda ser concordante con los principios de *igualdad, división de poderes, fin represivo de la pena*, y de modo general con el *Estado de Derecho*, **también es posible encontrar el fundamento del principio de legalidad con base en el principio de culpabilidad**; y si esto es adecuado, entonces, el principio de irretroactividad en perjuicio, además de fundamentarse en el principio de legalidad, igualmente se fundamentará conforme al *principio de culpabilidad*.

Pues bien, siguiendo a Claus Roxin, el principio de culpabilidad fundamenta al de legalidad, en atención a que si la pena presupone culpabilidad, y sólo es posible hablar de culpabilidad si se le puede reprochar al autor que antes del hecho él *sabía* (o al menos hubiera tenido oportunidad de saber) que su conducta estaba prohibida conforme a una ley penal previamente establecida.⁶⁵ Así, el principio de legalidad se fundamenta en el principio de culpabilidad. En tales términos, **la irretroactividad de la ley penal significa que al autor no se le puede imponer, como reproche a su culpabilidad, una pena mayor a la que entonces era vigente en el momento de la realización del hecho, precisamente porque el autor no sabía, no conocía, la pena incrementada de la prohibición.**

⁶⁵ *Ibidem*, p. 186.

En fin, el principio de irretroactividad en perjuicio de la ley penal, está para no imponer a una persona una pena que no hubiera estado prevista en el momento en que dicha persona cometió el delito. Es decir, si una persona comete un delito, y posteriormente la pena del delito se incrementa, la nueva pena (aumentada) no se le debe imponer, sino que se le debe castigar con la pena anterior, correspondiente (vigente) al momento en que realizó el delito.

La irretroactividad de la ley penal también significa que una conducta, que *era* impune en el momento de su realización, no puede ser considerada *posteriormente* como punible. No se debe considerar como delito una conducta que fue realizada antes de que se calificara a dicho comportamiento como una *conducta típica*, en algún Ordenamiento legal.

En lo referente a saber si el principio de irretroactividad en perjuicio aplica también para el ámbito procesal, hay que decir que **en Derecho procesal penal no rige el principio de prohibición de retroactividad**. Esto lo sabemos debido a que **la prohibición de retroactividad rige exclusivamente para normas que determinan las consecuencias jurídicas de un hecho; y por tanto, la prohibición de retroactividad no puede afectar a las normas que tan sólo regulan el proceso penal.**⁶⁶

Tocante a la jurisprudencia penal, ella no se ve afectada por ninguna prohibición de retroactividad. Por tanto, **si un Tribunal interpretara una norma penal de modo más desfavorable para el procesado en relación a como lo había hecho la jurisprudencia anterior, el procesado tiene que soportar la pena mayor.**⁶⁷

Relativo al caso de delitos continuos o permanentes, como el secuestro, puede ocurrir que se modifique la ley durante el tiempo de su realización, como se plantea en el problema cuatro, en que se agrava la pena durante el transcurso en que se comete el delito; **en tal caso se aplicará la ley que esté vigente en el momento de terminación de la privación ilegal de libertad.**⁶⁸

Concerniente a si es o no adecuado imponer una medida de seguridad en forma retroactiva, debemos reconocer dos cuestiones:

Por una parte hay que advertir que el principio de legalidad, no obstante que inicialmente se pensó en términos exclusivamente referidos a la *pena*, el mismo debe abarcar sin embargo a las *medidas de seguridad*. Por otro lado, hay que decirlo, contrario a la opinión de Roxin, **la aplicación retroactiva (en perjuicio) de medidas de seguridad, no contraviene al principio de culpabilidad sino al principio de legalidad, siempre y cuando dichas medidas no se impongan en forma accesoria a la pena**; ello es así debido a que la imposición de medidas, en estricto sentido, tienen como presupuesto la realización de un hecho típico y antijurídico, pero no culpable.

⁶⁶ Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Tr. Juan Córdoba Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, p. 141.

⁶⁷ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 165.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 162.

El nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo segundo especifica la prohibición retroactiva de la **ley penal**, pero en el segundo párrafo del mismo artículo se establece que:

"Artículo 2. (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). (...) La ley penal sólo tendrá efecto retroactivo si favorece al inculcado, cualquiera que sea la etapa del procedimiento, incluyendo la ejecución de la sanción. En caso de duda, se aplicará la ley más favorable."

Es de observarse que en tanto la Constitución prohíbe la aplicación retroactiva (en perjuicio) de la **pena**, el nuevo Código Penal se refiere en los mismos términos a la **ley penal**, lo cual implica la prohibición retroactiva (en perjuicio) de las medidas de **seguridad**. Desde luego, todo esto significa ampliar el principio de legalidad, pues desde su primer artículo el nuevo Código Penal para el Distrito Federal señala que:

"Artículo 1. (Principio de legalidad). A nadie se le impondrá **pena o medida de seguridad**, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta."

La anterior es una acertada disposición del nuevo Código Penal, pero, para continuar con el tema de la irretroactividad en perjuicio, no sólo de penas sino también de medidas de seguridad, cabe preguntar: ¿por qué se permite la retroactividad en beneficio del autor? Son varias las respuestas, pero aquí interesa señalar que si bien la pena, y la medida de seguridad accesoria a ella, no deben rebasar el grado de culpabilidad, en cambio sí pueden aplicarse por debajo del límite de la culpabilidad, según sean las decisiones preventivas que se tengan conforme al merecimiento y necesidad de las mismas (penas y medidas de seguridad).⁶⁹

7. El principio de legalidad y el principio de oportunidad: El principio de oportunidad resulta de finalidades político-criminales cada vez más endurecidas; con base en esto, por ejemplo, la política criminal moderna pretende: la utilización de confidentes profesionales, la admisión del llamado testigo de la corona, por decir algo. El principio de oportunidad es contrario al principio de legalidad, atenta contra los principios: de igualdad, y de división de poderes; asimismo el principio de oportunidad se relaciona con un Derecho penal orientado a fines político-criminales de *prevención general negativa*.

Relativo al principio de legalidad y al principio de oportunidad, Hassemer⁷⁰ plantea la paradoja que viene de los extremos a los que conducen los principios en cuestión. El

⁶⁹ Más adelante, en el tema de "Medidas de seguridad", se continúa con este análisis.

⁷⁰ Hassemer, Winfried, "La prevención penal: legalidad y oportunidad", tr. Alfredo Chirino Sánchez, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 7, núm. 10, Septiembre de 1995, pp. 4, 5 y ss.

autor advierte que si bien el principio de oportunidad está orientado a fines (conforme a las teorías represivas de la pena), tiene sin embargo más posibilidades de poner en peligro la igualdad y el Estado de Derecho. Por otra parte, reconoce Hassemer, que el principio de legalidad es demasiado débil para realizarse en la *praxis* de la persecución penal y, por ello, posibilita la práctica de criterios de oportunidad, difícilmente controlables. En definitiva, es razonable la sugerencia de Hassemer al decir: "tanta legalidad como sea posible, y tanta oportunidad como sea necesaria".

8. El principio de legalidad y la traslación de tipos penales, conforme a casos prácticos: El artículo cuarto transitorio del nuevo Código Penal para el Distrito Federal dispone lo siguiente:

"A partir de la entrada en vigor de este Decreto, para el caso en que este Código contemple una descripción legal de una conducta delictiva que en el anterior Código Penal del Distrito Federal se contemplaba como delito y por virtud de las presentes reformas, se denomina, penaliza o agrava de forma diversa, siempre y cuando las conductas y los hechos respondan a la descripción que ahora se establecen, se estará a lo siguiente:

I En los procesos incoados, en los que aun no se formulen conclusiones acusatorias el Ministerio Público las formulará de conformidad con la traslación del tipo que resulte;

II En los procesos pendientes de dictarse sentencia en primera y segunda instancia, el juez o el tribunal, respectivamente podrán efectuar la traslación del tipo de conformidad con las conductas que se hayan probado y sus modalidades; y

III La autoridad ejecutora al aplicar alguna modalidad de beneficio para el sentenciado, considerará las penas que se hayan impuesto, en función de la traslación del tipo, según las modalidades correspondientes."

Para la adecuada comprensión del artículo anterior, ha de partirse del supuesto de que haya sido realizado un hecho típico durante la vigencia del Código Penal de 1931.

Si tal fuera el caso de que un hecho típico hubiese sido realizado durante la vigencia del anterior Código Penal, entonces:

- a) El Ministerio Público **formulará** sus conclusiones acusatorias de conformidad con la traslación del tipo que resulte.
- b) El juez o el tribunal, en los procesos pendientes de dictarse sentencia en primera o en segunda instancia, respectivamente, **podrán** efectuar la traslación del tipo conforme a la conducta delictiva que se haya comprobado.
- c) Por su parte, en función de la traslación del tipo correspondiente, al aplicarse alguna modalidad de beneficio para el sentenciado, la autoridad ejecutora considerará las penas que se hayan impuesto.

Pues bien, la finalidad de la traslación de los tipos consiste en no dejar impune una conducta típica realizada durante la vigencia del anterior Código Penal para el Distrito Federal, especialmente cuando dicha conducta haya cambiado de denominación, se penalice o agrave de manera distinta.

Así, aunque hubiera cambiado su denominación, la conducta típica realizada durante la vigencia del anterior Código seguirá siendo siempre que dicha conducta esté también prevista como delito en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

No obstante, se pueden presentar las hipótesis siguientes:

- a) Que la conducta delictiva merezca **una pena mayor** conforme al nuevo Código Penal.

De imponerse la pena mayor se resquebrajarían tanto el principio de irretroactividad¹ en perjuicio, así como el principio de aplicar la ley penal vigente al momento de los hechos.

- b) Que la conducta delictiva merezca **una pena menor** conforme al nuevo Código Penal.

De aplicarse la pena menor, ello permitiría respetar el principio según el cual una persona debe ser juzgada conforme a la ley vigente al momento de los hechos, específicamente cuando dicha ley suponga mayor beneficio al acusado.

- c) Que la conducta delictiva merezca **una pena igual** conforme al nuevo Código Penal.

La pregunta es la siguiente: ¿en los tres casos anteriores es necesaria la debida traslación de los tipos penales?

La respuesta es afirmativa, la **traslación de tipos penales debe llevarse a cabo no importando que la conducta delictiva merezca mayor, menor o igual pena en el nuevo Código Penal**, pues la finalidad de la traslación de los tipos penales no es otra sino la de comprobar que la conducta realizada durante la vigencia del anterior Código, sigue siendo una conducta delictiva. Verificada dicha situación, es decir, una vez que se demuestra que la conducta sigue siendo delictiva en el nuevo Código Penal, entonces se procederá a aplicar la pena que beneficie al acusado, conforme al nuevo o anterior Código Penal.

Si según el nuevo Código la conducta delictiva merece **una pena igual**, entonces, ni con ello debe prescindirse de la traslación del tipo, pues dicha traslación permitirá comprobar que la conducta sigue siendo delictiva. Posteriormente, dado que la pena precisada en el nuevo Código Penal no trae ni beneficio ni perjuicio al acusado, ha de aplicarse la ley penal vigente al momento de los hechos.

Es de observarse que la postura que aquí defiendo, no se corresponde con la literalidad del artículo cuarto transitorio del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, pues en dicho Ordenamiento se dice que el juez o el tribunal **"podrán**

efectuar la traslación del tipo"; en cambio, sostengo que la traslación del tipo no es algo facultativo, sino que **debe** realizarse para demostrar que una conducta realizada en el anterior Código Penal sigue siendo típica en el nuevo Código Penal.

Problema uno: En la investigación de ciertos hechos relacionados con el delito de robo, el Ministerio Público presentó sus conclusiones acusatorias haciendo la traslación del tipo penal de robo, de tal manera que equiparó la tipicidad contemplada en el anterior Código Penal con la regulada en el nuevo Código. ¿Es eso correcto?

Veamos a continuación de qué manera estaba regulada la conducta de robo en el Código Penal de 1931:

"Artículo 367. Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a ley."

El nuevo Código Penal para el Distrito Federal se refiere al homicidio del siguiente modo:

"Artículo 220. Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena..."

Efectivamente, si el Ministerio Público basó la traslación del tipo llevando a cabo la equiparación de los artículos citados, de inmediato se advierte que el Ministerio Público hizo una indebida traslación, pues la conducta de apoderarse de una cosa mueble ajena, y la conducta de apoderarse de una cosa mueble ajena **con ánimo de dominio**, son en sí conductas diferentes.

No obstante, nadie negaría que la norma que prohíbe el robo sigue siendo vigente, pues la conducta de apropiarse de una cosa con ánimo de dominio, es una conducta delictiva lo mismo para el anterior Código Penal como para el nuevo.

Esto lleva a la conclusión de que el Ministerio Público, para realizar la adecuada traslación del tipo penal cuya conducta describe el apoderamiento de una cosa, debió acreditar el ánimo de robo refiriéndose al dolo del autor, todo ello para demostrar que la conducta referida sigue siendo delictiva.

Pero bien, si el Ministerio Público debió realizar la traslación del tipo correspondiente acreditando el dolo del autor, cabe preguntar:

¿Debió acreditar el dolo atendiendo a lo dispuesto en el nuevo Código Penal, o conforme a lo dispuesto en el Código Penal abrogado?

La pregunta recién realizada supone la existencia de dos conceptos distintos de dolo, lo cual se demostrará en seguida:

El anterior Código Penal para el Distrito Federal indica que: "obra dolosamente el que, conociendo **los elementos del tipo penal**...quiere o acepta el resultado...". Por su

parte, el nuevo Código establece que: "obra dolosamente el que conociendo los elementos objetivos del hecho típico...quiere o acepta su realización."

Es evidente que si el Ministerio Público en su traslación del tipo penal de robo acreditó el dolo del autor conforme al nuevo Código Penal, entonces, dicho Órgano Investigador habrá realizado una indebida traslación del tipo penal de referencia, pues ni el tipo de robo establecido en el anterior Código, ni el concepto de dolo señalado en el nuevo Código, ninguno de los preceptos correspondientes, aluden a los aspectos subjetivos de los cuales depende que la conducta de apoderamiento esté o no prohibida.

Pues bien, la debida traslación del tipo penal de robo debió ser realizada para demostrar –fundamentalmente– que la conducta desplegada durante la vigencia del anterior Código Penal, sigue siendo una conducta delictiva. Y para demostrarlo, el Órgano Investigador, atendiendo al anterior Código Penal, debió acreditar que el autor respeta al momento de su acción el dolo de apropiarse la cosa.

Respecto a la nueva regulación del tipo penal de robo, hay que decir que es más apropiada que la anterior, pues exige por parte del autor el ánimo de dominio frente a la cosa de la cual se apodera. El ánimo de dominio es un elemento subjetivo del tipo penal de robo, sin el cual la conducta de apoderamiento no estuviera prohibida.

Problema dos: Respecto a la traslación del tipo doloso de homicidio, en sentencia definitiva el juez consideró lo siguiente: "...se llega a la firme determinación de que no opera ninguna traslación de tipos penales de modo que resulta innecesaria cualquier traslación típica...". ¿Es esto correcto?

La respuesta es negativa porque si bien la conducta de privar de la vida a una persona sigue siendo una conducta prohibida por la ley penal, no menos cierto es que son en sí diferentes la tipicidad de *homicidio doloso* regulada en el anterior Código Penal y la tipicidad de *homicidio doloso* regulada en el nuevo Código.

A continuación se indican las diferencias de técnica jurídica de los tipos penales de homicidio:

El Código Penal de 1931 refiere que: "Artículo 302. Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro." El nuevo Código Penal por su parte precisa: "Artículo 123. Al que priva de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión."

Conforme a una adecuada técnica jurídica, el artículo 302 no se debe equiparar, así por así, con el artículo 123, debido a que:

- a) El artículo 302 define al homicidio mediante la expresión: "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro."
- b) El artículo 123 no ofrece definición alguna de homicidio.
- c) El artículo 302 se refiere como delito al hecho de privar de la vida a otro.

- d) El artículo 123 no se refiere como delito al hecho de privar de la vida a otro.

Efectivamente, los numerales 302 y 123, aunque se refieren a una misma conducta (privar de la vida a otro), no son idénticos.

Dado que no se trata de equiparar simplemente los tipos penales, para una debida traslación del tipo de homicidio, el juzgador debe:

- a) Definir, conforme al nuevo Código Penal: qué se entiende por delito.
- b) Indicar, conforme al nuevo Ordenamiento penal: qué se entiende por "delito de homicidio doloso".

9. Comentarios generales:

1. A partir del principio de culpabilidad también es válido fundamentar la garantía de legalidad, referida a la imposición de una pena.
2. La prohibición de retroactividad rige exclusivamente para normas que determinan las consecuencias jurídicas de un delito, y no para el proceso; pero, esto es válido únicamente en los casos cuando con la retroactividad procesal se afecte a todos los delitos, de manera que las reglas procesales especiales para delitos concretos no podrán introducirse retroactivamente.
3. La jurisprudencia penal no se ve afectada por ninguna prohibición de retroactividad.
4. Reconoce Cerezo Mir que el principio de legalidad no puede ser susceptible de una plena realización, pues para su plena realización sería necesario un causalismo extremo, y se necesitaría abandonar el carácter general y abstracto de la ley penal.
5. Según Arthur Kaufmann, la analogía en Derecho penal encuentra su frontera en el tipo de antijuridicidad que le subyace al supuesto de hecho legal.
6. Reconoce Winfried Hassemer que el principio de legalidad es demasiado débil para realizarse en la *praxis* de la persecución penal y, por ello, posibilita la práctica de criterios de oportunidad, difícilmente controlables.
7. La finalidad de la traslación de los tipos consiste, según considero, en no dejar impune una conducta típica realizada durante la vigencia del anterior Código Penal, especialmente cuando dicha conducta haya cambiado de denominación, se penalice o agrave de manera distinta; así, la traslación de tipos penales debe llevarse a cabo no importando que la conducta delictiva merezca mayor, menor o igual pena en el nuevo Código Penal.

Interpretación de la ley penal: 1. La interpretación y la pre-comprensión del interprete. 1.1. La interpretación y la autocomprensión del juzgador. 1.2. La elección del medio o método para la interpretación. 2. Métodos para la interpretación de la ley. 2.1. La dogmática penal como modelo general de interpretación. 2.2. Clasificación de las interpretaciones. 3. Teorías de la interpretación. 4. Analogía de la ley penal. 4.1. La analogía como un complemento del principio de legalidad. 4.2. La analogía como interpretación prohibida de la ley. 4.3. La analogía como prohibición de aumentar el carácter general de la ley penal. 4.4. Analogía de la jurisprudencia penal. 4.5. Validez de la analogía de la jurisprudencia penal. 4.6. Validez de la analogía en la Parte General del Derecho penal. 4.7. Validez de la analogía en las causas de justificación. 4.8. Validez de la analogía en la Parte Especial del Derecho penal. 4.9. Prohibición de la analogía para la aplicación de medidas de seguridad. 5. El Derecho en su carácter análogo o relacional. 5.1. Ejercicios. 6. Comentario general.

1. La interpretación y la pre-comprensión del interprete: El interprete se acerca al conocimiento de la norma con una *pre-comprensión* de la misma, lo cual impide una interpretación estrictamente objetiva, pues el interprete no puede abandonar —en el acto del conocer— sus prejuicios o pre-comprensiones.

Específicamente la hermenéutica moderna, y en general la epistemología actual (teoría del conocimiento), demuestran que el sujeto cognoscente se acerca al conocimiento del objeto a través de precomprensiones determinadas.

1.1. La interpretación y la autocomprensión del juzgador: La comprensión del significado de una norma no es un proceso puramente receptivo, sino ante todo constituye una autocomprensión del sujeto cognoscente.⁷¹

El juez que asegura haber tomado una decisión "*solo de la ley*" y no también de su persona, es un juez que no está consciente de sus prejuicios o pre-comprensiones en el acto de interpretar y aplicar la ley. Un juez que no es consciente de sus prejuicios, en realidad es un juez mucho más dependiente, pues bien apunta Arthur Kaufmann que tan sólo los pre-juicios (las pre-comprensiones) le muestran al juez lo que ha de interpretar en la norma, y lo que ha de calificar normativamente en el caso.⁷²

Una concepción como la anterior permite entender que el Derecho en general no sólo consiste en *saber* o *conocer*, sino también en *sentir*. Y el sentimiento jurídico es precisamente el arte de tener pre-comprensiones correctas.⁷³ Por tanto, debemos acabar con la imagen del juez enteramente neutral, imparcial y objetivo por completo, despersonalizado; pues como dice Arthur Kaufmann, habría que preguntarse si este juez tan altamente estilizado alguna vez ha tenido un sentimiento por el Derecho.⁷⁴

⁷¹ Kaufmann, Arthur, *Filosofía del Derecho*. Op. cit., pp. 118 y 119. Toda comprensión comienza con una precomprensión.

⁷² *Ibidem*, p. 181.

⁷³ *Ibidem*, p. 127.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 126.

1.2. La elección del medio o método para la interpretación: Cabe preguntar cómo y por qué un interprete se decide por alguna forma de interpretar. Radbruch demostró que la sola elección de un medio o método de interpretación *condiciona* ya el resultado de la misma; ello quiere decir que: elegir el método de interpretación significa de antemano aceptar el resultado. De ahí que Radbruch afirmara: **la interpretación es "el resultado de su resultado"**, pues los medios de la interpretación son elegidos cuando ya se espera el resultado al que conducen. Igualmente, para Roxin, **los medios de interpretación sólo sirven a posteriori, para fundamentar lo que previamente se había encontrado.**⁷⁵ Hassemer por su parte, manifiesta que **tanto la elección de algún método de interpretación, así como el resultado al que conduce, resultan metodológicamente arbitrarios, de ahí que, en definitiva, las reglas de la interpretación sirven para justificar y no para decidir sobre el Derecho.**⁷⁶

2. Métodos para la interpretación de la ley: Desde Savigny se conocen los métodos de interpretación gramatical, lógico, histórico y sistemático. Lo importante ahora es abrir la interpretación de las normas a tantos medios y formas (métodos) como sea posible; esto es, no se puede restringir la interpretación sólo a tres o cuatro métodos, sino que existen más, a partir de los cuales se puede argumentar.⁷⁷ No obstante, los métodos clásicos para la interpretación de la ley, son los siguientes:

- a) **Interpretación gramatical:** En cuanto a la interpretación gramatical opina Porte Petit que debe ser coincidente o acorde con el fin de la ley, pues de lo contrario –dico– el significado literal sería irrelevante.⁷⁸
- b) **Interpretación doctrinal:** La doctrina conserva las interpretaciones de mayor respeto científico, sin embargo la única interpretación válida de la ley penal, es la jurisprudencial.
- c) **Interpretación judicial:** La interpretación judicial comprende las interpretaciones legales de mayor relevancia. Posiblemente en los tiempos modernos la interpretación judicial requiere mucho mayor importancia que en otros tiempos.
- d) **Interpretación legislativa:** Por interpretación legislativa, debe entenderse la que se realiza en la propia ley, cuando la misma se dicta, o bien, la que se realiza por una ley posterior, para explicar su propio sentido. Tal criterio determina que se distingan dos clases de interpretación auténtica, a saber: interpretación legislativa contextual o simultánea, e interpretación legislativa posterior o ley interpretativa.
- e) **Interpretación teleológica:** La interpretación teleológica incluye elementos no sólo de carácter jurídico, sino también extrajurídicos; en los primeros, al decir de Porte Petit, se incluyen los elementos históricos, la *ratio legis*, el sistemático

⁷⁵ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 11.

⁷⁶ Hassemer, Winfried, Crítica al Derecho Penal de Hoy, Op. cit., p.28.

⁷⁷ Kaufmann, Arthur, Filosofía del Derecho, Op. cit., p. 102.

⁷⁸ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Op. cit., p.

y la legislación comparada; en los posteriores se incluyen los elementos político, sociológico, ético, económico y físico-geográfico.⁷⁹ Cuando la interpretación teleológica observa la finalidad del legislador histórico, entonces se dice que tal clase de interpretación es subjetiva; por el contrario, si la interpretación busca poner en claro la finalidad de la ley, se está frente a una interpretación objetiva.⁸⁰

2.1. La dogmática penal como modelo general de interpretación: La dogmática penal también es representativa de un auténtico modelo de interpretación legal.

La dogmática penal, enriquecida por la jurisprudencia y favorecida por la doctrina, sirve como auxiliar para la *decisión* penal. De este modo, el enunciado imperativo que se puede formular en virtud del modelo de *interpretación dogmática*, según considero, sería el siguiente: **deduce cuál es el contenido del mandato legal para decidir sobre el concreto supuesto de hecho, sin tener que rebasar los límites de la ley o jurisprudencia vigentes.**

Como se ve, el pensar dogmático podría acercar a la decisión del juez, tanto cuanto más reconocidas sean las reglas del tipo de dogmática en particular. No obstante, es ampliamente sabido que la interpretación legal no sería tan ambigua si se prestara a las facilidades de la *comprobación dogmática*; lejos de ello, ni siquiera existe consenso para establecer un mecanismo de reglas en qué medir –si eso fuera posible– la validez de la interpretación.

2.2. Clasificación de las interpretaciones: Clases de interpretación atendiendo al interprete:

- a) Doctrinal.
- b) Judicial.
- c) Legislativa.

Clases de interpretación atendiendo a los medios empleados:

- a) Gramatical.
- b) Literal.
- c) Teleológica.

3. Teorías de la interpretación:

- a) **Teoría subjetiva de la interpretación:** Es aquella a la que le interesa destacar *la finalidad del legislador* que promulgó la norma.
- b) **Teoría objetiva de la interpretación:** Para esta teoría importa saber *cuál es la finalidad de la ley penal*, y no precisamente la finalidad del legislador que

⁷⁹ *Ibidem*, p. 120.

⁸⁰ Conforme a la interpretación objetiva, el Derecho ha de ser interpretado de modo que pueda cumplir con las tareas éticas, sociales y económicas de nuestro tiempo. José Cerezo Mir, *Derecho Penal Español Parte General*, Op. cit., p. 63.

promulgó dicha ley. La teoría objetiva de la interpretación concluye con hipótesis que se adaptan al sistema de lo que en la actualidad se quiere regular con la ley interpretada.

Porte Petit es partidario de la teoría objetiva de la interpretación, pues según él, interpretar la norma es precisar su sentido, su voluntad, y no el sentido ni la voluntad del legislador histórico.⁸¹ En este sentido, siguiendo al maestro en cita, en realidad, no debe hablarse sino de una sola interpretación: *la interpretación teleológica*, misma que busca la voluntad, no del legislador, sino de la ley. Y aunque la doctrina en general antepone la interpretación objetiva sobre la subjetiva, cabe hacer la observación en el sentido de que **ambos métodos no pueden ser viables**—como dice Jakobs— **sin que se hagan préstamos recíprocos**, pues cuanto más sentido subjetivo (histórico) tenga un texto, cuanto menos cabe transplantarlo, sin destruirlo, a otro contexto objetivo (fin de la norma).⁸²

4. Analogía de la ley penal: La analogía de la ley consiste en extender o ampliar la aplicación de la misma a un caso no regulado, ello a través de un argumento de *semejanza* entre ambos casos.

Brevemente, la analogía de la ley penal consiste en trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado por la ley, valiéndose para ello de un *argumento de la semejanza* entre los dos casos.⁸³ Este argumento de semejanza supone que el caso no regulado *coincide* en sus aspectos esenciales con el caso regulado.⁸⁴

La analogía de la ley exige un precepto jurídico referido a un caso concreto, un caso no regulado, y, un argumento de semejanza entre el caso no regulado y el caso previamente previsto por la ley.

4.1. La analogía como un complemento del principio de legalidad: El principio de prohibición de analogía es un complemento del principio de legalidad, pues mientras el principio de legalidad exige ajustarse al aspecto *literal* de la ley, el principio de prohibición de analogía por su parte busca *evitar la trasgresión del aspecto literal* de la misma, prohibiendo precisamente que el juzgador penal le dé un alcance mayor al aspecto literal de la ley.

4.2. La analogía como interpretación prohibida de la ley: Toda interpretación de la ley está necesitada de operaciones analógicas o de semejanza. Esto no quiere decir que la interpretación de la ley, por utilizar operaciones analógicas, en general esté prohibida. **Lo que se prohíbe con la analogía es sólo la clase de interpretación que indebidamente extiende —a un caso no regulado— la aplicación de la ley.** La prohibición de analogía y el principio de legalidad, buscan, ambos, evitar la trasgresión del tenor literal de las normas jurídico-penales.⁸⁵

⁸¹ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Op. cit., p. 113.

⁸² Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 93.

⁸³ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Op. cit., p. 140.

⁸⁴ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 205.

⁸⁵ Tiedemann, Klaus, "Parte general del Derecho penal económico", Anuario de Derecho Penal, Asociación Peruana de Derecho Penal, Lima Perú, 1993, p. 17.

4.3. La analogía como prohibición de aumentar el carácter general de la ley penal: En Derecho penal está prohibida la analogía para evitar que el aplicador de la ley pueda aumentar el *nivel de generalización* de los elementos del tipo penal, pues **lo que se prohíbe con la analogía es que la ley llegue a ser más general, o que el juez amplíe el ámbito de aplicación de la ley.**⁸⁶

4.4. Analogía de la jurisprudencia penal: La analogía de la jurisprudencia penal consiste en llevar a cabo la interpretación judicial de la ley penal realizando operaciones de semejanza entre un caso regulado y otro caso no regulado.

4.5. Validez de la analogía de la jurisprudencia penal: Respecto a la validez de la analogía realizada por la jurisprudencia penal, las opiniones se dividen, por un lado hay quienes advierten que la jurisprudencia puede hacer uso de la analogía *siempre que no sea en perjuicio del autor*, y por otro lado hay autores que le dejan a la jurisprudencia el uso de la analogía *sin limitaciones*.

4.6. Validez de la analogía en la Parte General del Derecho penal: La prohibición de la analogía no rige para la teoría de la imputación de la Parte General, así lo ha manifestado por ejemplo Günther Jakobs.⁸⁷ Otra opinión semejante es la de Maurach, quien advierte que la analogía de la ley está permitida en la Parte General *sin limitación alguna*, incluso, pues, en perjuicio del autor.⁸⁸ No obstante las opiniones de Maurach y de Jakobs, Roxin por su parte indica: **que la analogía se prohíbe en los casos en que la Parte General contiene disposiciones que amplían la punibilidad más allá de los tipos de la Parte Especial** (por ejemplo en casos de tentativa, coautoría, participación); pero —concluye Roxin—, la situación es distinta en las causas de justificación.⁸⁹

4.7. Validez de la analogía en las causas de justificación: Jakobs⁹⁰ admite que, de poderse derivar sistemáticamente causas de justificación no escritas (o limitaciones de éstas), ello está permitido, *sin afectar la prohibición de analogía*, con tal que la derivación sólo complementa la regulación legal, pero no la desplace.

4.8. Validez de la analogía en la Parte Especial del Derecho penal: La analogía de la ley está permitida sin limitación alguna en la Parte Especial, en tanto no resulte perjudicado el autor.⁹¹

4.9. Prohibición de la analogía para la aplicación de medidas de seguridad: Según Roxin, en las medidas de seguridad el principio de prohibición de analogía no rige directamente, ello debido a que las medidas de seguridad no tienen que ver con la punibilidad; sin embargo, el Derecho público prohíbe la analogía contra el reo. Particularmente considero que si las medidas de seguridad están sujetas al respeto, estricto, del principio de legalidad, entonces, que se prohíba la analogía para la

⁸⁶ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 100.

⁸⁷ Ibidem 106.

⁸⁸ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 117.

⁸⁹ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Op. cit., p. 157.

⁹⁰ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., pp. 107 y 108.

⁹¹ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 117.

aplicación de medidas de seguridad, en contra de Roxin, no significa que dicha prohibición derive *indirectamente*.

5. El Derecho en su carácter analógico o relacional: Debe comprenderse el Derecho en su *carácter relacional*; porque la totalidad del Derecho no se agota con un conjunto de preceptos; el Derecho antes que una unidad de normas, es una *unidad de relaciones* analógicas; de ahí que: **más peligroso que la analogía misma, es el desconocimiento de las analogías.**⁹²

5.1. Ejercicios: Problema uno: ¿Una sustancia como el ácido clorhídrico puede considerarse, analógicamente, como un arma?

Problema dos: ¿Se puede imponer una medida de seguridad con base en el método analógico de interpretación?

Problema tres: ¿La prohibición de analogía afecta también a la jurisprudencia?

Problema cuatro: ¿La prohibición de la analogía es aplicable a la parte general y a la parte especial del Derecho penal?

Problema cinco: ¿Cómo se debe, válidamente, interpretar la ley penal?

Con relación a la cuestión de saber si una sustancia como el ácido clorhídrico puede considerarse "arma", hay que reconocer que **si se equipara el ácido clorhídrico con un arma, se estaría cometiendo un serio atropello a las reglas de la analogía**. Esto es así porque desde ninguno de los métodos de interpretación autorizados puede llegarse a tal conclusión; es decir, atendiendo al *significado etimológico* y al posible *sentido literal* del término: "ácido clorhídrico", no es posible equiparlo con "arma".

Es de resaltar que el nuevo Código Penal para el Distrito Federal no alude al término "arma", sino al de "objetos aptos para agredir". El artículo 251 del Ordenamiento citado expresa:

"Artículo 251. A quien porte, fabrique, importe o acopie sin un fin lícito instrumentos que puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, atendiendo a las referencias de tiempo, modo y lugar, se le impondrá prisión de tres meses a tres años o de noventa a trescientos sesenta días multa."

También es importante decir que conforme al nuevo Código Penal para el Distrito Federal, la pena de robo se incrementará cuando por ejemplo se cometa por una o más personas armadas que porten instrumentos peligrosos (artículo 225).

Relativo al problema en el sentido de saber si a una persona se le puede imponer, con base en un método analógico de interpretación, una medida de seguridad más grave, se dirá lo siguiente. En principio, **la prohibición de la analogía no sólo se refiere a**

⁹² Kaufmann, Arthur, Filosofía del Derecho, Op. cit., pp. 283 y 186.

los casos en que se imponga una pena mayor, sino que también tal prohibición aplica para las medidas de seguridad.

Existen otros sectores en que la prohibición de analogía es prácticamente inoperable, por ejemplo, en el caso en que los argumentos de una tesis jurisprudencial sean estrictamente analógicos: ¿están permitidos los argumentos analógicos en la jurisprudencia penal? Desde luego, la analogía de la jurisprudencia penal consiste en llevar a cabo la interpretación judicial de la ley penal, realizando operaciones de semejanza entre un *caso regulado* y otro *caso no regulado*, y aquí está perfectamente permitida la analogía.

No obstante, respecto de la validez de la analogía realizada por la jurisprudencia penal, **las opiniones se dividen, por un lado, hay quienes advierten que la jurisprudencia puede hacer uso de la analogía siempre que no sea en perjuicio del autor; y por otro lado, hay autores que le dejan a la jurisprudencia el uso de la analogía sin limitaciones.**

Por otra parte: ¿está permitida la analogía en la interpretación de la Parte General del Derecho penal? Es decir, ¿está permitido aplicar argumentos analógicos para los casos en que se interprete las categorías penales?

Pues bien, **la prohibición de analogía no rige para la teoría de la imputación de la Parte General.** A pesar de ello, **la analogía se prohíbe en los casos en que la Parte General contiene disposiciones que amplían la punibilidad más allá de los tipos de la Parte Especial** (por ejemplo en casos de tentativa, coautoría, participación).

Observemos el problema que sigue: **Problema seis:** En una sentencia el juzgador admite por analogía una causa de justificación no escrita: ¿es permitido aceptar una causa de justificación no escrita?

En las causas de justificación, de poderse derivar, sistemáticamente, otras causas de justificación no escritas (o limitaciones a éstas), ello estaría permitido, *sin afectar la prohibición de analogía*, con tal que la derivación analógica sólo complemente la regulación legal, pero no la desplace.⁹³

De otro lado, **la analogía de la ley está permitida sin limitación alguna en la Parte Especial, en tanto no resulte perjudicado el autor.**⁹⁴

Respecto de la analogía, el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, establece:

"Artículo 2. (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). No podrá imponerse pena o medida de seguridad si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate. **Queda prohibida la aplicación retroactiva, analógica o por mayoría de razón, de la ley penal en perjuicio de persona alguna.**"

⁹³ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., pp. 107 y 108.

⁹⁴ Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 117.

El artículo citado sólo prohíbe la analogía en perjuicio. En cambio el texto constitucional prohíbe la analogía en forma categórica:

"Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. (...) En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata."

La pregunta es clara: ¿el nuevo Código Penal para el Distrito Federal permite la analogía cuando la misma beneficie al autor? Según lo muestra el artículo segundo de dicho Código, sólo se prohíbe la aplicación analógica de la ley en perjuicio del autor. Esta circunstancia, no precisamente es del todo contraria a lo expresado en la Constitución, pues como se sabe, en ciertos aspectos —en beneficio o en perjuicio— sí está permitida la analogía, por ejemplo en cuanto refiere a la parte general del Derecho penal.

Sea lo que sea, debe comprenderse que el Derecho penal, y en general todo el Derecho, no se puede subsumir sobre los hechos; es decir, no se puede subsumir un "caso" sobre una "norma"; lo que sí se puede **relacionar** es un "supuesto de hecho" (un caso) bajo una "consecuencia jurídica".⁹⁵

6. Comentarios generales:

1. La comprensión del significado de una norma no es un proceso puramente receptivo, sino ante todo constituye una autocomprensión del sujeto cognoscente. De ahí que la interpretación de la ley —o la aplicación del Derecho en general— no sólo consiste en *saber* o *conocer*, sino también en *sentir*.
2. Debido a las precomprensiones inherentes al interprete, la elección de un método de interpretación resulta metodológicamente arbitrario, de ahí que *las reglas de la interpretación sirven para justificar y no para decidir sobre el Derecho*.
3. La analogía de la ley consiste en trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado por la ley, valiéndose para ello de un *argumento de la semejanza* entre los dos casos. Lo que se prohíbe con la analogía es que la ley llegue a ser más general, o que el juez amplíe el ámbito de aplicación de la ley.
4. Hay autores que le dejan a la jurisprudencia el uso de la analogía sin *limitaciones*, mientras que otros autores sólo aceptan la interpretación analógica de la jurisprudencia, cuando la misma es en beneficio del acusado.
5. Normalmente se acepta la interpretación analógica de la Parte General del Derecho penal, pero Roxín precisa que la analogía se prohíbe en los casos en

⁹⁵ Así lo explica Arthur Kaufmann cuando refiere que el Derecho no es *subsuncional* sino *relacional*, pues se encuentra tanto en las relaciones de los hombres entre sí, como entre las relaciones de los hombres y las cosas. Kaufmann, Arthur, *Filosofía del Derecho*, Op. cit., p. 100.

que la Parte General contiene disposiciones que amplían la punibilidad más allá de los tipos de la Parte Especial (por ejemplo en casos de tentativa, coautoría, participación).

6. En el ámbito de las causas de justificación, Jakobs acepta que, de poderse derivar sistemáticamente causas de justificación no escritas (o limitaciones de éstas), ello está permitido, *sin afectar la prohibición de analogía*, con tal que la derivación sólo complementa la regulación legal, pero no la desplace.
7. La analogía de la ley está permitida sin limitación alguna en la Parte Especial, en tanto no resulte perjudicado el autor.
8. La prohibición de la analogía no rige directamente en el caso de la aplicación de medidas de seguridad, ello debido a que las medidas de seguridad no tienen que ver con la punibilidad.
9. El Derecho, antes que una unidad de normas, es una *unidad de relaciones* (análogas).

El delito y la dogmática penal: 1. Definición dogmática de delito. 2. Presupuestos generales y presupuestos especiales del delito. 2.1. Elementos esenciales del delito. 2.2. Elementos accidentales del delito. 3. Prelación lógica de los elementos del delito. 3.1. Prelación temporal de los elementos del delito. 4. Algunas clasificaciones del delito. 5. Circunstancias generales del delito. 6. Circunstancias especiales del delito. 7. Circunstancias accidentales del delito. 8. Concepto de dogmática. 8.1. El objeto de la dogmática. 8.2. La lógica del Derecho penal. 8.3. Dogmática penal y Política criminal. 8.4. Principios dogmáticos del Derecho penal universal. 9. Comentarios generales.

1. Definición dogmática de delito: En general se define al delito como **la acción típica, antijurídica y culpable que se le imputa al autor como obra suya**; pero, más brevemente, el delito es la defraudación a una expectativa jurídico-normativa de índole penal; dicha defraudación normativa, es irrelevante si se comente por acción u omisión, pues en todo caso lo importante aquí es el quebrantamiento de un mandato o de una prohibición, que en el fondo únicamente denota la contradicción a un deber, a una *expectativa normativa*.

2. Presupuestos generales y presupuestos especiales del delito: Entere los presupuestos generales del delito encontramos: a los sujetos (activo y pasivo), al bien jurídico tutelado, a los medios comisivos, y la imputabilidad del autor. Así, **en todos los delitos es posible verificar un sujeto activo imputable que lesiona un bien jurídico perteneciente al sujeto pasivo; habiéndose realizado dicho comportamiento lesivo a través de ciertos medios comisivos**; en fin, estos son presupuestos generales a todos los delitos.

Los presupuestos especiales del delito son aquellos requisitos jurídicos, previos a la realización de la conducta, descritos por el tipo, y de cuya existencia depende el título o denominación del delito respectivo. Los presupuestos esenciales del delito representan un requisito jurídico previo a la realización de la conducta, y necesario para la existencia del título o denominación del delito respectivo. Por ejemplo, si no se presenta el *antecedente jurídico* (presupuesto especial) matrimonio, no podría hablarse del delito de bigamia, y estaríamos ante el caso de una tentativa inidónea.⁹⁶

2.1. Elementos esenciales del delito: Los elementos esenciales, son aquellos indispensables para la existencia del delito en general; o en su caso, aquellos elementos indispensables o necesarios para la existencia de un delito en particular.⁹⁷

Si el delito se define como una acción típica, antijurídica y culpable que se le imputa al autor como obra suya; igualmente se comprende que los elementos esenciales del mismo son: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (la culpabilidad presupone imputabilidad).

⁹⁶ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Op. cit., pp. 210 y 211.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 217.

2.2. Elementos accidentales del delito: Los elementos accidentales del delito son los que tienen como función *agravar o atenuar* la pena del delito ya existente; por eso los elementos accidentales son mejor conocidos como *circunstancias* que fundamentan los tipos cualificados.⁹⁸

3. Prelación lógica de los elementos del delito: La prelación lógica de las categorías del delito, a saber: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sorprendentemente se ha mantenido sin modificaciones sustanciales desde los tiempos de Franz von Liszt (causalismo-naturalista). La prelación lógica de los elementos del delito hacen constatar que el delito conforma un sistema organizado jerárquicamente.

3.1. Prelación temporal de los elementos del delito: Con relación a la posible prelación temporal de los elementos del delito, comenta Porte Petit: "al aparecer el delito, no puede existir una prioridad temporal, en virtud de que sus elementos, por la indisoluble unidad del mismo, concurren simultáneamente."⁹⁹

4. Algunas clasificaciones del delito: Ha de saberse que la clasificación de los delitos no viene previamente dada con carácter ontológico, como reconoce Winfried Hassemer, sino que más bien la clasificación de los delitos obedece a criterios de valoración y a razones sistemáticas.

- a) **Delitos de creación de un estado y delitos permanentes:** En los delitos de creación de un estado, el hecho queda concluido o consumado con la sola realización de tal estado; en los delitos permanentes, el estado, tras de su creación o consumación, debe ser mantenido por el autor.¹⁰⁰ La privación ilegal de la libertad es un ejemplo cotidiano para caracterizar a los delitos de resultado permanente. El homicidio es uno de los delitos que caracterizan a los delitos de creación de un estado: la muerte.
- b) **Delitos de dominio y delitos contra el deber: Los delitos de dominio están referidos a la responsabilidad por el ámbito de organización. Los delitos contra el deber están referidos a la responsabilidad derivada de un ámbito institucional.** Los ámbitos organizacional e institucional tienen su fuente en dos clases de normas o expectativas. El quebrantamiento de una *expectativa normativa general* conduce a la clasificación siguiente: **delitos de dominio** (o delitos en virtud de la responsabilidad por organización). Por su parte, dado que en la organización social se cuenta con instituciones, por tanto, al quebrantarse las expectativas normativas de los ámbitos instituciones, aparecen los delitos que se denominan **delitos de infracción a un deber** (o delitos en virtud de la responsabilidad institucional).¹⁰¹ **En los delitos de dominio se responde por el ámbito de organización que el autor ha defraudado. En los delitos contra el deber se responde por el ámbito de organización institucional quebrantado.** En los delitos de infracción al deber es innecesario distinguir

⁹⁸ *Ibidem*, p. 217.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 225.

¹⁰⁰ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte General*, Op. cit., p. 207.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 11.

entre acción y omisión, pues en ambas modalidades sobresale el fundamento de la responsabilidad únicamente por el quebrantamiento al deber institucional.

- c) **Delitos de peligro:** Peligro es la posibilidad inmediata de un resultado perjudicial. Según ha dicho Mezger: "La existencia de un peligro se juzga a través de un juicio cognitivo sobre la base de la experiencia general y del conocimiento objetivo de las leyes que regulan los acontecimientos con referencia a la lesión inmediata de un bien jurídico."¹⁰² Niklas Luhmann distingue entre riesgo y peligro, al primero lo asocia con las acciones humanas voluntarias —e incluso involuntarias—, mientras que al peligro lo relaciona con las contingencias de la Naturaleza. El riesgo, dice Luhmann, tiene que ver con las decisiones con las que se vincula el tiempo, aunque uno no pueda suficientemente conocer el futuro, ni siquiera en particular el futuro de nuestras propias decisiones.¹⁰³ Ahora bien, los tipos delictivos que no prevén un resultado concreto se denominan **delitos de peligro**, así se denominan debido a que están constituidos por un comportamiento en sí peligroso. Dentro de los delitos de peligro debe distinguirse entre **delitos de peligro abstracto** y **delitos de peligro concreto**, lo que determina a una u otra clase de delitos de peligro, es la mayor o menor probabilidad del resultado lesivo.¹⁰⁴

Como se sabe, el Derecho penal moderno trae a comento el concepto de riesgo, ya para el tratamiento dogmático de bienes jurídicos suprapersonales, o bien para la calificación normativa, acerca de saber cuándo alguien es *competente* respecto de la causación de un resultado, con oportunidad de esto último, en la teoría de la imputación objetiva se observan conceptos como el de incremento, permanencia y disminución del riesgo. Desde luego, estas concepciones no han sido por la doctrina del todo bien recibidas; así por ejemplo Herzog, informa que Arthur Kaufmann ya ha criticado con acierto que el injusto de los **delitos de peligro abstracto** al apoyarse en la "*probabilidad de la probabilidad*", la "*posibilidad de la posibilidad*", el "*peligro del peligro*" de lesión del bien jurídico, (en tales tautologías), no se puede sostener ningún fundamento penal.¹⁰⁵

Los **delitos de peligro abstracto** caracterizan al Derecho penal moderno, pues lo característico de la nueva "*sociedad de riesgo*" en que vivimos, es sencillamente la sustitución: cambio de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, lo cual permite que el contacto personal sea reemplazado de alguna forma por lo suprapersonal (abstracto o institucional). **De verdad es preocupante que esta idea de peligro abstracto se convierta en el único fundamento para la fijación de las conductas delictivas.** En virtud de ello Gössel ofrece la siguiente recomendación para el caso en que sea necesaria la tipificación de delitos de riesgo abstracto: debe exigirse la amplitud objetiva de la acción para producir la lesión del bien jurídico de que se trate; y, derivado de ello, también debe exigirse precisamente la idoneidad de

¹⁰² Mezger, Edmundo, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 127.

¹⁰³ Luhmann, Niklas, Sociología del Riesgo, tr. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, México, 1992, pp. 65, 66 y ss.

¹⁰⁴ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 278.

¹⁰⁵ Herzog, Félix, "*Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro)*", Op. cit., p. 309.

lesión o de peligro de dicho bien, todo ello —concluye Gössel— siquiera sea en un juicio *ex ante*.¹⁰⁶

- d) **Delitos de propia mano:** Los delitos de propia mano son aquellos en que la conducta delictiva la realiza personalmente el sujeto activo. **Tratamiento dogmático de los delitos de propia mano:** A los delitos de propia mano no se les puede aplicar las reglas comunes de la participación; es decir, en los delitos de propia mano los extraños no cualificados si bien pueden intervenir como partícipes no lo pueden hacer ni como autores, ni como autores mediatos, ni como coautores. En este sentido el criterio de Maurach es el siguiente: "En principio resulta perfectamente posible la *participación* (inducción y complicidad) en delitos de propia mano, pues como el partícipe coopera en un hecho *ajeno*, no tiene por qué mostrar la cualidad de autor. Las dificultades surgen cuando, por error, falta el dolo al autor directo, debiendo excluirse, por aplicación de las reglas de la teoría de la participación, una punición del instigador."¹⁰⁷
- e) **Delitos de resultado material:** Los delitos de resultado material son aquellos en que el quebrantamiento del bien jurídico es susceptible de constarse materialmente. En los delitos de resultado material es adecuado hablar de un *nexo de causalidad* entre la acción y el resultado. Por ello, en principio, a los delitos de resultado se aplican —por excelencia— los criterios de la imputación objetiva. En los delitos de resultado material siempre es posible verificar la tentativa. Los delitos de resultado material admiten clasificarse en: **delitos permanentes y delitos de creación de un estado.**
- f) **Delitos de resultado formal:** Son delitos de resultado formal aquellos en que no es posible constatar materialmente el quebrantamiento del bien jurídico, sino que el bien jurídico ha quedado lesionado formal o normativamente; es decir, los delitos de resultado formal se distinguen por la sola infracción a la norma. Para distinguir entre resultado formal y resultado material, no es recomendable tomar como referencia el quebrantamiento del bien jurídico protegido, pues el resultado típico se distingue del menoscabo del bien jurídico, sabiendo que el resultado está separado —espacio temporalmente— de la acción que lesiona o pone en peligro al bien jurídico. Indudablemente, los delitos resultado formal suponen el quebrantamiento a un bien jurídico. La tentativa en los delitos de resultado formal igualmente es posible.
- g) **Delitos especiales en sentido estricto:** Los delitos especiales en sentido estricto son los que exigen por parte del sujeto activo una cierta *cualidad*, de este modo, los delitos especiales se caracterizan debido a que sólo una persona, que tenga una calidad de garante específica, puede ser autor, coautor, o en su caso autor mediato.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Gössel Heinz, Karl, El Defensor en el Derecho Penal, Op. cit., p. 34.

¹⁰⁷ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 289.

¹⁰⁸ Clasificación de los delitos especiales es la siguiente: a) **Delitos especiales en sentido propio:** aquellos que sólo pueden ser cometidos por un sujeto cualificado, de lo contrario sería una conducta atípica. b) **Delitos especiales impropios:** pueden ser cometidos por una persona cualificada o no cualificada; si lo comete una persona cualificada, el delito se agrava.

Delitos especiales en sentido amplio: Los delitos especiales en sentido amplio son aquellos que exigen una cierta calidad por parte del sujeto activo. **Delitos especiales en sentido propio:** aquellos que sólo pueden ser cometidos por un sujeto cualificado, de lo contrario se trataría de una conducta atípica. **Delitos especiales impropios:** pueden ser cometidos por una persona cualificada o no cualificada, pero si lo comete una persona cualificada, el delito se agrava.

Es importante anticipar dos cuestiones, por un lado, en cuanto a la **participación en los delitos especiales**, la doctrina se divide pues algunos opinan que sí se presenta la participación de extraños en delitos especiales, mientras que otros niegan dicha posibilidad; y, por otro lado, en los delitos especiales el **autor mediato** debe tener las características de autor que exige el tipo penal especial, es decir, debe tener los elementos objetivos del dominio (la infracción del deber: en los delitos especiales, y, la realización del mismo en los delitos de propia mano).

5. Circunstancias generales del delito: Las *circunstancias generales* pertenecen a la Parte General del Código penal, y funcionan con respecto a todos los delitos que las admitan, ya para agravar o atenuar la pena.¹⁰⁹

6. Circunstancias especiales del delito: Las *circunstancias específicas* del delito son aquellas que se contienen en el tipo penal, o bien, aquellas que se agregan al mismo, aumentando o disminuyendo la pena. Porte Petit admite que una *circunstancia* puede cumplir la función de un *elemento esencial* del delito, allí cuando al faltar dicha circunstancia, se *excluye* el tipo penal del delito de que se trate.¹¹⁰

7. Circunstancias accidentales del delito: En el entendido de que los elementos accidentales del delito igualmente se conocen como *circunstancias*, cabe advertir que los elementos esenciales (o circunstancias esenciales) del delito, fundamentan su propia existencia. Entre tanto, los elementos accidentales del delito *generalmente* no afectan la existencia del mismo, sino que comúnmente cumplen con la función de agravar o atenuar la pena del delito que en sí ya existente.

8. Concepto de dogmática: La dogmática jurídico-penal es la disciplina que estudia el contenido de las normas jurídico-penales para extraer su voluntad, con base en el método jurídico, es decir, mediante la interpretación, construcción y sistematización de las normas penales.¹¹¹

Particularmente concibo a la dogmática como *la mecánica del sistema penal*, y entiendo por mecánica a la propia lógica (los principios) del sistema penal. Creo que todo sistema tiene sus propias reglas de juego, principios que permiten la interacción de las categorías del sistema, eso es la dogmática, comprende los principios, las reglas del sistema. Todo sistema determina una clase particular de dogmática, los componentes del sistema, su estructura jerárquica, la van determinando.

¹⁰⁹ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Op. cit., p. 219.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 219.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 28.

8.1. El objeto de la dogmática: El objeto de la dogmática penal está constituido por las normas jurídico-penales vigentes.

Efectivamente, si la dogmática le da valor científico al Derecho penal, nada interesa en ello que el objeto de la dogmática, las normas, sean cambiantes. Aunque el objeto de la dogmática sea cambiante, ni con ello cabe dudar acerca de la científicidad del Derecho penal. En mi consideración, la dogmática penal está determinada no sólo por su objeto (las normas), sino que depende de la sistemática penal en general, del modo como se comprenden las categorías que integran el sistema penal (acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) y de todas sus relaciones.

La dogmática penal cambia con cierta rapidez, envejece relativamente pronto, lo cual significa una constante revisión de la misma, pero también significa, que pretende captar los nuevos fenómenos de criminalidad, y no por ello pierde científicidad.

8.2. La lógica del Derecho penal: Considerando que las normas penales constituyen el objeto de estudio del Derecho penal, y sabiendo que las normas penales *relacionan un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica*, cabe advertir entonces la presencia de la *lógica jurídico-penal*, al momento de *subsumir o relacionar* el supuesto de hecho (mandado o prohibido) con la consecuencia jurídico-penal (pena o medida de seguridad). Ahora bien, la lógica jurídico-penal de ningún modo puede participar dentro de las características rígidas de la *lógica formal*, de ahí que una resolución emitida por el juez penal no sea susceptible de calificarse —estrictamente hablando— como *falsa o verdadera* (en sentido de la lógica formal). Esto no significa sin embargo que una resolución penal participe dentro de una total inseguridad, pues un juzgador no decide en forma puramente arbitraria, antes bien —y sobre todo— decide de manera *defendible*.

8.3. Dogmática penal y Política criminal: La política criminal se identifica con aquellas decisiones de *prevención* conforme a las cuales se determinan las formas de lucha contra la criminalidad. **La política criminal, al dotar de finalidad a la dogmática penal, hace que el Derecho penal se represente —según se dice— como un sistema abierto, orientado por las necesidades de prevención delincinencial.** La política criminal moderna presenta algunas tendencias que hacen del Derecho penal actual, un Derecho penal más represor; por ejemplo, la política criminal moderna se ha valido de instituciones como:

- a) Utilización de confidentes profesionales.
- b) Admisión del llamado testigo de la corona.
- c) Creación de nuevos delitos (informática, medio ambiente, drogas, terrorismo).
- d) Elevación de penas.¹¹²

Soy de la idea en el sentido de que la política criminal se corresponde con el conjunto de reglas jurídico-penales que se insertan en el sistema penal, pero que en todo caso

¹¹² Hassemer, Winfried, "El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz", tr. Francisco Muñoz Conde, Doctrina Penal, Teoría y Práctica de las Ciencias Penales, Año 3. núms. 49 a 52, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 198 y 199.

tienen su origen a partir de una decisión preventiva que resulta del proceso que va del problema al sistema, principalmente.

Con la advertencia de que la política criminal va del problema al sistema, quiero decir simplemente, que las decisiones preventivas no resultan de deducciones lógico-abstractas para la solución de un caso concreto (del sistema al problema), sino que tales decisiones político-criminales se inician con lo empírico, con el problema, y subsecuentemente, se conducen al sistema, para dar solución propia a los demás problemas semejantes.

La necesidad y el merecimiento de pena, esto es, los dos factores más importantes de prevención especial y de la prevención general, serían prácticamente inútiles sin una adecuada político-criminal, como se verá más adelante.

8.4. Principios dogmáticos del Derecho penal universal: En lo siguiente comentaré algunos principios dogmáticos que debe tener en cuenta el Orden Penal Internacional:

- a) **Que no sólo se requiere de un fundamento ontológico, sino también normativo, para la integración científica del Derecho internacional penal.** Jürgen Wolter, al ser partidario del funcionalismo teleológico-racional, se manifiesta a favor de vincular el método ontológico y el método normativo; esta postura funcionalista permitiría rebasar por una parte los problemas que no resolvió el finalismo al tratar de universalizar las categorías jurídico-penales, y por otro lado permitiría la flexibilidad que sugiere cada realidad sociocultural independiente, por así decirlo.
- b) **Que exista una racional conexidad entre las doctrinas de imputación objetiva y de la imputación personal.** Nuevamente Jürgen Wolter se muestra respetuoso tanto del finalismo como del funcionalismo, pues como se sabe, la imputación personal implica verificar las estructuras lógico-reales u ontológicas (el dolo) del comportamiento, en tanto que la imputación objetiva, en este caso como reguladora del nexo causal, necesita de criterios de valoración normativa, por ejemplo el *riesgo permitido* o el *ámbito protector de la norma penal*, son categorías pertenecientes al tipo objetivo para poder *imputar* un cierto *resultado* o *posición riesgosa* a una persona, por supuesto, previa valoración normativa.
- c) **Que se tenga como fundamento básico de la culpabilidad la doble posición del dolo.** Inicialmente la teoría de la doble posición del dolo fue presentada por Gallas, quien opinaba que el dolo se debía estudiar lo mismo para la integración de la tipicidad como para valorar el grado de culpabilidad. Recuérdese que la teoría de la doble posición del dolo, cuando menos la teoría mayormente aceptada, es la que concibe que los elementos cognitivos y volitivos del dolo se ubican en el tipo subjetivo, en tanto que los elementos emocionales del dolo, por su parte, se localizan en la culpabilidad.
- d) **Que en la desvinculación causal del resultado sea prudente la imputación objetiva.**¹¹³ Como se observa, la teoría de la imputación objetiva cada vez

¹¹³ Consúltense en este mismo trabajo el tema referido a la teoría de la imputación objetiva.

adquiere mayor aceptación. Esta teoría permitiría explicar adecuadamente, a nivel internacional, los delitos referidos a bienes jurídicos suprapersonales.

- e) **Principio de las causas de justificación.** Para la declaración de un estado de necesidad justificante, según los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, exige los siguientes elementos: la presencia de un peligro grave, que tal peligro no haya sido creado a propio riesgo, y que la infracción a la norma comunitaria sea la única manera de garantizar la paz.

Ultimadamente, la dogmática penal internacional debe ser congruente con los avances de la ciencia penal.

9. Comentarios generales:

1. El delito es la defraudación a una expectativa jurídico-normativa de índole penal.
2. El delito sigue manteniendo una estructura jerárquica configurada de tal modo que se vuelve indispensable la prelación lógica de los elementos esenciales que lo componen (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).
3. Los delitos de dominio están referidos a la responsabilidad por el ámbito de organización, en cambio, los delitos contra el deber están referidos a la responsabilidad derivada de un ámbito institucional. En los delitos de dominio se responde por el ámbito de organización que el autor ha defraudado. En los delitos contra el deber se responde por el ámbito de organización institucional quebrantado. Finalmente, en los delitos de infracción al deber es innecesario distinguir entre acción y omisión, pues en ambas modalidades sobresaie el fundamento de la responsabilidad únicamente por el quebrantamiento al deber institucional.
4. En los delitos de propia mano los extraños no cualificados si bien pueden intervenir como partícipes no lo pueden hacer ni como autores, ni como autores mediatos, ni como coautores.
5. Los delitos resultado formal suponen el quebrantamiento a un bien jurídico, y, por tanto, la tentativa en esta clase de delitos es igualmente posible.
6. La lógica jurídico-penal (subsuncional) de ningún modo puede participar dentro de las características rígidas de la lógica formal, de ahí que una resolución emitida por el juez penal, no sea susceptible de calificarse —estrictamente hablando— como *falsa* o *verdadera* (en sentido de la lógica formal).
7. Con la advertencia de que la política criminal va *del problema al sistema*, quise precisar que las decisiones preventivas no resultan de deducciones *lógico-abstractas* para la solución de un caso concreto (*del sistema al problema*), sino que tales decisiones *politico-criminales* se inician con lo empírico, con el problema, y subsecuentemente, se conducen al sistema, para dar solución propicia a los demás problemas semejantes.

Teoría jurídica del delito: 1. Introducción. 2. Teoría causalista-naturalista del delito. 2.1. Metodología y fundamentos teórico-filosóficos del causalismo-naturalista. 2.2. El causalismo-naturalista. un sistema libre de valoraciones jurídico-culturales. 3. El causalismo-valorativista. un sistema abierto a decisiones jurídico-culturales. 3.1. Posición teórico-filosófica del causalismo-valorativista. 3.2. Resultados dogmáticos a los que condujo la teoría causalista-valorativista. 4. Sistema finalista del delito. 4.1. Argumentos filosóficos del finalismo. 4.2. La fenomenología como base metodológica del finalismo. 4.3. Crítica del finalismo a los penalistas neokantianos. 4.4. Crítica a la posición metodológica del finalismo. 5. Resultados dogmáticos a los que condujo el finalismo. 6. El sistema funcionalista teleológico-racional del delito. 6.1. Fundamentos filosóficos del funcionalismo teleológico-racional. 6.2. Características dogmáticas del funcionalismo teleológico-racional. 6.3. Crítica al funcionalismo teleológico-racional. 7. El funcionalismo sistémico-normativo. 7.1. Características del funcionalismo sistémico-normativo. 8. Comentarios generales.

1. Introducción: La teoría jurídica del delito comprende el estudio de las categorías o niveles que integran el hecho punible. El objeto de la teoría jurídica del delito se corresponde precisamente con el estudio del ilícito penal. Inicialmente el delito fue analizado desde un punto de vista *unitario* por la teoría jurídica del delito; tal punto de vista impedía profundizar en cada uno de los niveles o categorías que componen el delito, por ello, esa metodología en la actualidad prácticamente no tiene seguidores. Ahora el delito es sometido a una forma *analítica* de revisión, para sectorizar y limitar los niveles que lo conforman. A esta forma metodológica se le conoce como *teoría analítica*. La teoría jurídica del delito ahora se encarga de realizar el estudio pormenorizado de los niveles como: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, la punibilidad, las excusas absolutorias, las condiciones objetivas de punibilidad, y los demás elementos positivos y negativos del delito (causas de atipicidad, causas de justificación, causas de exculpación).

A continuación se expone un breve desarrollo del objeto de la teoría jurídica del delito, el cual se corresponde con las categorías del mismo:

- a) El estudio de la conducta implica atender tanto a la comisión (actividad), como a la omisión (inactividad) y a la comisión por omisión (actividad por inactividad) de las personas imputables, con capacidad de voluntad.
- b) Con relación a la tipicidad, la misma se bifurca en tipo objetivo y en tipo subjetivo, al tipo objetivo pertenecen, la acción, el bien jurídico tutelado, los medios comisivos, la calidad de los sujetos, el nexo causal, el resultado, la imputación objetiva del resultado, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, entre otros. Por su parte, al tipo subjetivo pertenecen: el dolo, la culpa, y los elementos subjetivos del injusto. Además, en la tipicidad tiene lugar el análisis de los elementos normativos del tipo.
- c) Para el estudio de la antijuridicidad se requiere por ejemplo el conocimiento de las causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio de un derecho, la obediencia jerárquica, el consentimiento justificante),

igualmente es menester —por parte del autor— el conocimiento de los elementos subjetivos de las causas de justificación, así como todos los presupuestos de las mismas.

- d) Del lado de la culpabilidad se analiza el error de prohibición, el estado de necesidad disculpante, la exigibilidad de otra conducta, la imputabilidad disminuida, así como el merecimiento y la necesidad de pena.
- e) La punibilidad admite relacionarse con las condiciones objetivas de punibilidad, las excusas absolutorias.

Pues bien, derivado del estudio de las categorías jurídicas del delito, han surgido diversas teorías que, desde puntos de vista igualmente respetados, ofrecen argumentos para la mejor comprensión del delito y los problemas relacionados con el mismo; además, lo creo así, las teorías jurídicas del delito, *de manera directa e indirecta*, se involucran en el estudio de la norma penal, del delincuente y de la víctima, así como de los problemas político-criminales para la prevención del delito (teorías de la pena).

Al respecto vale recordar las teorías jurídicas del delito que gozan de mayor aceptación.

2. Teoría causalista-naturalista del delito: Los penalistas alemanes: Franz von Liszt y von Belling, son los representantes del sistema causalista-naturalista del delito. La importante labor sistematizadora de ambos penalistas consistió en haber presentado al delito como una figura jurídica compuesta por los siguientes niveles: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Es importante mencionar que dichos elementos o categorías del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) —si bien con cambios secundarios— se mantienen hasta la fecha.

El causalismo-naturalista se caracteriza, supongo, por constituir un sistema penal cerrado; es decir, un sistema cuya dogmática penal no logra vincularse con ninguna clase de política criminal. Este sistema penal cerrado permitió que Franz von Liszt definiera al Derecho penal como *la infranqueable barrera de la política criminal*. **En menos palabras, el sistema causalista-naturalista se cerró para no permitir en él la inclusión de decisiones político-criminales.**

La dogmática penal causalista se distinguió por haberse basado en la hipótesis de que el **injusto** (la acción típica y antijurídica) representaba la parte *externo-objetiva* del delito, mientras que la **culpabilidad** significaba la parte *interno-subjetiva* del mismo.¹¹⁴

Con los párrafos anteriores quedan señaladas las características principales del causalismo-naturalista; y **por tanto lo defino como: un sistema cerrado (desvinculado de la política criminal) que concibe al injusto (acción, tipo y antijuridicidad) de modo naturalista (en forma objetiva o externa).**

¹¹⁴ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Op. cit., p. 198.

2.1. Metodología y fundamentos teórico-filosóficos del causalismo-naturalista:

2.2. El causalismo-naturalista: un sistema libre de valoraciones jurídico-culturales: El causalismo naturalista es un sistema penal *cerrado* a cualquier valoración jurídico-cultural, e incluso a cualquier valoración de índole político-criminal.

El causalismo-naturalista consideró que el Derecho penal debía ausentarse de las decisiones político-criminales, y así fue que Franz von Liszt comenzó por definir al Derecho penal como la *infranqueable barrera de la política criminal*.¹¹⁵ Esta definición de Derecho penal evidencia que las categorías penales en el causalismo-naturalista se dividieron para su estudio en dos grandes rubros: *categorías objetivas* y *categorías subjetivas*, impidiéndose a la vez que las categorías penales fueran influenciadas por decisiones político-criminales, o bien, por valoraciones jurídico-culturales.

Entre los principales logros dogmáticos del causalismo-naturalista se encuentra la propia estructura sistemática del delito, compuesta por categorías estrictamente jerarquizadas conforme a una debida prelación lógica: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La acción, es decir la conducta, se entendía desde su aspecto objetivo-causal, en el que no interesaba –por el memento– el contenido de la voluntad del autor (el dolo). La tipicidad tenía una función objetivo-descriptiva, carecía de cualquier valoración y de cualquier elemento subjetivo. La culpabilidad podía ser dolosa o culposa, es decir, el dolo y la culpa eran dos formas, distintas, de culpabilidad (incluso la imputabilidad se entendió –por algunos– como elemento de la culpabilidad). Bajo esta perspectiva tomó especial relevancia el *desvalor del resultado*, esto es, el quebrantamiento –causal– del bien jurídico. En menos palabras: el quebrantamiento del bien jurídico (desvalor del resultado) representaba el centro, lo más relevante, de la estructura del delito.¹¹⁶

Como se verá en adelante, una nueva concepción del Derecho penal marcó un nuevo rumbo para la comprensión de las categorías o elementos del delito, la nueva concepción era la de entender al Derecho penal, no desde el punto de vista *naturalista*, sino desde el punto de vista *valorativo*.

¹¹⁵ Franz von Liszt presenta una seria contradicción metodológica al tratar, por un lado, el Derecho penal fuera de la influencia político-criminal, y por otro lado a la vez, referirse a la "idea de fin en el Derecho penal".

¹¹⁶ Orellana Viarco, Octavio Alberto, Curso de Derecho Penal, Parte General, Ed. Porrúa, México, 1999, p. 379. "El sistema causalista, el sistema finalista, y en realidad cualquier sistema o modelo que se proponga, tiene que tomar en cuenta forzosamente, en el terreno fáctico la *conducta humana* como punto de partida de la comisión de un ilícito, sea por acción, omisión o por comisión por omisión." Esta opinión me parece correcta, en cuanto que la conducta humana debe tomarse en cuenta para cualquier análisis del delito, pero, que la conducta humana sea el punto de partida o el vértice del sistema penal, en cuanto a lo fáctico se refiere, ello no es correcto, no es adecuado; una postura semejante conlleva un retroceso hacia el sistema causalista-naturalista, pues ultimadamente significaría tomar al desvalor del resultado como el vértice del sistema del delito, aspecto por demás contrario en el finalismo y en el funcionalismo, por ejemplo.

3. El causalismo-valorativista: un sistema abierto a decisiones jurídico-culturales: En Alemania surgió un movimiento denominado "neokantiano", esta corriente se forjó una nueva concepción de la realidad, y una novedosa concepción de la manera acerca de cómo captamos –los seres humanos– *la realidad*. La concepción epistemológica neokantiana, a la vez, garantizó un nuevo concepto de *ciencia*.

Los penalistas neokantianos concibieron al Derecho penal, y a la ciencia penal en general, bajo el nuevo concepto de realidad y bajo el nuevo concepto de ciencia, fue por ello que comenzaron por dotar de valor –hasta donde más pudieron– a las categorías que componen el delito. La acción, la tipicidad y la culpabilidad fueron vistas desde un punto de vista valorativo, ya no desde un punto de vista objetivo, descriptivo o causalista-naturalista.

Particularmente considero que los penalistas neokantianos debieron comenzar con la pregunta acerca de saber qué es, en realidad, lo que respecto de cada categoría del delito, sobre sale –valorativamente– como más relevante. Debieron preguntarse por ejemplo:

- a) ¿Qué se debe valorar en una acción?, ¿qué elementos de valor determinan que una acción sea jurídico-penalmente relevante?
- b) ¿Hay algo en la tipicidad que se deba valorar?, ¿la tipicidad importa también un juicio de valor?
- c) ¿Se puede valorar la culpabilidad de un autor?, ¿merece igual des-valor una conducta dolosa que una culposa?, ¿todas las conductas dolosas deben ser igualmente desvaloradas?

Tal como se observa, la nueva concepción neokantiana estaba permitiendo que el Derecho penal extendiera –más allá de lo objetivo-descriptivo– sus argumentos de imputación.

En fin, el causalismo-valorativista se abrió a valoraciones jurídico-culturales, en tanto que admitía orientarse –a diferencia del sistema causalista-naturalista– conforme a *finés culturales*; por ello, conforme a esta novedosa teoría, en mi opinión, sería correcto definir al Derecho penal en general como *un sistema abierto a valores jurídico-culturales*.

3.1. Posición teórico-filosófica del causalismo-valorativista: Los penalistas neokantianos se condujeron conforme al movimiento filosófico que tenía lugar en lo que ahora se denomina: **filosofía de los valores**. En 1920 la filosofía de los valores alcanzó un momento importante, en obras como las de Stammler, Binder, Lask, Radbruch, M. E. Mayer, Laun.¹¹⁷

¹¹⁷ También en 1920 inició la fenomenología de Husserl, que más tarde retomó Welzel para criticar la filosofía de los valores, y con ello a los penalistas neokantianos (y en general al sistema causalista-valorativista del delito). Por su parte Enrique Díaz Aranda, en su obra intitulada "Dolo", precisa que el finalismo estuvo inspirado en la filosofía neokantiana, tal criterio, aunque defendible, no lo comparto.

La filosofía de los valores decidió renunciar a la idea de que las ciencias sociales debían conducirse bajo el método científico experimental de las ciencias naturales. Para ello elaboraron una **distinción entre ciencias naturales y ciencias sociales**, fue así que Rudolf Stammler aplicó la teoría del conocimiento de Kant a la ciencia del Derecho, y llegó a la opinión de que la ciencia del Derecho sigue una metodología que —orientada a fines— se distingue plenamente de la metodología de las ciencias naturales. Por eso, a este autor se le debe la consagración del método teleológico en la ciencia del Derecho.¹¹⁸

La corriente filosófica neokantiana, igualmente denominada *filosofía de los valores*, concibió al mundo (a la *realidad*) como un producto del conocimiento, evocándose con ello el pensamiento filosófico de Kant, quien advirtió que la realidad no se le presenta al hombre tal como es en sí misma, sino tal como el hombre cree que son las cosas. Por consiguiente, la escuela sudoccidental alemana decidió no *deducir* el deber ser a partir del ser, así que, en concreto el sistema de Derecho penal para los penalistas neokantianos, contiene, más que otras cosas, elementos o categorías normativas dotadas de valor.¹¹⁹

Los penalistas simpatizantes con la filosofía neokantiana, prosiguieron a *valorar* (a dotar de valor) las categorías penales, reconociendo en todo caso, que tanto el Derecho en general, como la norma penal, son un *valor*; más todavía, los penalistas neokantianos identificaron a la *cultura* como el mayor valor; y, como se observa, el Derecho no es otra cosa que un valor cultural, en el mismo sentido la norma también es un valor.

3.2. Resultados dogmáticos a los que condujo la teoría causalista-valorativista:

- a) **En cuanto al concepto social de acción:** Se concibe el comportamiento como una "conducta valorativa dirigida hacia el mundo objetivo social."¹²⁰ Luiz Luisi¹²¹ comenta que la valoración de la conducta, en esta teoría social de acción, se divide en dos corrientes:

1. Para una primera opinión la valoración de la acción debe estar dada por el *medio cultural*, es decir, por los patrones axiológicos dominantes de la época; y,

¹¹⁸ Larenz comenta respecto de la doctrina de Stammler: "Problemático es ya el postulado básico neokantiano: la descomposición de la experiencia unitaria en la 'forma', procedente del pensamiento, y una 'materia', proporcionada por la percepción sensible; y sobre todo el traslado de esta disociación a la Ciencia del Derecho. Problemática es además la equiparación de 'percibir' y el 'querer' como dos 'formas de pensar' diferentes." Larenz, Karl, Metodología del Derecho, Op. cit., p. 112.

¹¹⁹ Sacher de Köster, Mariana, Evolución del Tipo Subjetivo, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998, pp. 87 y 88. Refiere Sacher de Köster respecto de la filosofía de los valores: "Esta teoría puso de relieve que el derecho penal no se acaba en un proceso puramente psíquico, sino que los conceptos que son abarcados por los conceptos y proposiciones del Derecho penal tienen un sentido y un valor".

¹²⁰ Schmidt, Eb., citado por Luisi, en Problemas de Derecho Penal, de Julio Chiappini, Ed. Rubizal y Culzoni, Argentina, 1983, p. 259.

¹²¹ Luisi, Luiz, "Tipo penal y conducta", tr. Julio Chiappini, en: Problemas de Derecho Penal, Op. cit., p.251.

2. Para otra corriente la valoración de la acción debe estar dada por *el orden jurídico*.

Sin embargo, y en esto avanzó poco el causalismo-valorativista, **el concepto social de acción, en el fondo, coincide con el concepto natural de acción, pues ambos conceptos conciben a la acción como la producción de un resultado causado por la voluntad del agente, sin importar el contenido de dicha voluntad (el querer o la intención del agente)**; es decir para estos conceptos de acción, basta con que el agente haya querido algo, sin importar qué. La diferencia entre dichos conceptos consiste en que mientras desde el punto de vista naturalista la acción importa en tanto realidad física y psicológica, para el concepto social de acción, en cambio, la acción importa según sea –valorativamente– *relevante*.

- b) **En cuanto al concepto extensivo de autor:** Es característico el concepto extensivo de autor, en tanto que es un concepto valorativo-normativo, debido a que M. E. Mayer aplicó las concepciones neokantianas al campo de la autoría y la participación, e indicó que **la distinción entre las diferentes formas de autoría y participación sólo es posible alcanzarla por la vía de la valoración jurídico-normativa de las aportaciones individuales al hecho**.¹²²
- c) **En cuanto a la teoría de los elementos negativos del tipo:** Aunque no goza de una aceptación unánime, con esta teoría el neokantismo llevó hasta las últimas consecuencias el pensamiento neokantiano, al considerar que el tipo es un juicio de valor no provisional, por eso la tipicidad implica la antijuridicidad, y la presencia de causas de justificación. Es por ello que la teoría de los elementos negativos del tipo considera que la tipicidad y la antijuridicidad no son elementos distintos. Para esta teoría la presencia de las causas de justificación excluyen también la tipicidad, pues la tipicidad implica antijuridicidad, y viceversa.
- d) **En cuanto a los elementos normativos del tipo:** El neokantismo condujo al descubrimiento de los *elementos normativos del tipo*.
- e) **En cuanto a la culpabilidad:** El *valor sustancial* del que fueron dotadas las categorías jurídico-penales, durante el neokantismo, permitió principalmente que de la culpabilidad se desalojara cualquier elemento psicológico (el dolo y la culpa particularmente), siendo este el mayor logro dogmático del causalismo-valorativista. Tal sistema consideró a la culpabilidad como reprochabilidad. **El juicio de reproche –y no el dolo ni la culpa– sería el contenido de la culpabilidad.** El juicio de reproche representa el máximo grado de las valoraciones jurídico-penales, pues en realidad es un *juicio de valor*.
- f) El sistema causalista-valorativista tuvo la virtud de comprobar –frente al causalismo-naturalista–, por una parte, que el injusto (acción, tipicidad y antijuridicidad) no es explicable de forma únicamente objetiva (de aquí la gran

¹²² Mayer, M. E. citado por Claus Roxin, en: *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, trs. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 27.

innovación del sistema causalista-valorativista: **los elementos subjetivos del injusto**); y, por otra parte, que la culpabilidad tampoco puede entenderse de manera solamente subjetiva (de aquí la segunda gran innovación del sistema neoclásico: **concebir a la culpabilidad como reprochabilidad**).

Es de observarse que la corriente causalista-valorativista se manifestó respetuosa del modo sistemático de pensar el Derecho penal, aceptando con ello el tipo de dogmática al que tan sólo renovó parcialmente, puesto que si bien se desalojaron de la culpabilidad cualquier indicio psicológico (dolo y culpa), insertándose estos en la acción y por ende en el tipo, **la acción en sí no fue valorada o normativizada integralmente**; al respecto, como se ha visto, sólo se esbozó un *concepto social de acción*, que por lo demás, en su momento, fue intrascendente.

4. Sistema finalista del delito: El sistema finalista está comúnmente representado por Hans Welzel. La hipótesis principal del finalismo –en contraste a lo defendido por el causalismo-naturalista– consiste en concebir al injusto (no ya de modo naturalista) sino como **injusto personal**. La virtud dogmática más importante del finalismo fue la de haber trasladado, *definitivamente*, el dolo al tipo penal, derivando desde luego todas las consecuencias sustanciales que ello implica en el sistema penal.

4.1. Argumentos filosóficos del finalismo: El argumento filosófico más cálido del Derecho penal finalista consiste –contrariamente a lo argumentado por los penalistas neokantianos– en: **no concebir a la realidad como un mero producto del conocimiento, sino antes bien –afirma el finalismo– en la facticidad (en la realidad) va encerrada ya cierta normatividad; dicho brevemente, la fórmula del finalismo podría expresarse diciendo: “el deber ser valorado en el ser”**; todo ello en atención a la ontología, a la naturaleza de las cosas.¹²³

Dado que el finalismo encontró su punto de partida en las críticas que Hans Welzel dirigió al pensamiento penal neokantiano, y en particular al causalismo-valorativista, fue entonces que: **surgió el intento de probar que en las “estructuras lógico-objetivas” (en el dolo por ejemplo) se da una mezcla de percepciones ontológicas y axiológicas (de verdad y valor)**.¹²⁴

4.2. La fenomenología como base metodológica del finalismo: La fenomenología pertenece a la filosofía de Edmund Husserl. Según precisa Karl Larenz: el primero que aplicó el método fenomenológico a la ciencia del Derecho, fue Adolf Reynach. **La fenomenología llevada a la ciencia jurídica, hace ver que al igual que las cosas, las figuras jurídicas (las obligaciones, las pretensiones, la conducta) tienen un modo particular de ser independientemente de nuestras comprensiones, o independientemente del Derecho positivo. Por eso es que el legislador, creador**

¹²³ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal*, Op. cit., pp. 98, 102 y 106, Comenta Gimbernat acertadamente respecto de la “naturaleza de las cosas”: “en la facticidad va encerrada ya cierta normatividad”. Lo mismo se puede leer con la expresión: “el deber ser valorado en el ser”. En eso precisamente consiste el argumento filosófico de “la naturaleza de las cosas”; argumento éste que representa la base metodológica del finalismo.

¹²⁴ Schünemann, Bernd, “Introducción”, a: *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*, tr. Jesús María Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 118-124.

de la ley, está ligado a ciertas condiciones preexistentes, es decir, está ligado a las estructuras lógico-reales del material jurídico.

Una nueva concepción de la realidad determinó el cambio de posición metodológica de la ciencia penal, como se analizará en adelante, los neokantianos partieron de un concepto de realidad que más tarde fue criticado por el finalismo:

- a) **Concepto de "realidad" para los neokantianos:** Como se vio más arriba, los filósofos neokantianos vieron en la realidad un contexto heterogéneo, y caótico, no algo predeterminado y organizado; correspondiendo así a la *ciencia*, a través de las *formas* del yo empírico, la tarea de organizar esa *realidad*.¹²⁵ "El neokantismo considera a la 'realidad' como un proceso de transformación cuyas condiciones básicas están situadas en la *estructura de nuestro pensamiento*."¹²⁶ Conforme a ello, el significado jurídico de una categoría no se deduce de la realidad en sí, más bien se deduce debido a la creación de conceptos con sentido y finalidad: "los fenómenos jurídicos aparecen como 'producto de la formación de conceptos de las ciencias culturales'".¹²⁷ Los conceptos jurídicos pierden su carácter naturalístico y son adheridos a un marco de significación y sentido teleológico.
- b) **Concepto de "realidad" para los finalistas:** Según el finalismo la realidad no es —contra el neokantismo— algo caótico, sino algo ordenado y pleno de sentido. Así, la acción humana, antes de ser regulada por el Derecho es realidad ya organizada, con un contexto ontológico definido: de tal manera que los conceptos normativos no transforman ni organizan —como querían los neokantianos— la realidad (la acción humana por ejemplo), sino que los conceptos normativos encuentran una realidad con una estructura ontológica organizada y plena de valores, dichos elementos normativos (en tanto actos legislativos) se limitan entonces a la descripción de esa realidad.

4.3. Crítica del finalismo a los penalistas neokantianos: Welzel presentó su crítica al neokantismo en 1935, con dicha crítica hizo ver que la realidad de las cosas no sólo depende de la estructura de nuestro pensamiento (como querían los neokantianos), sino que dicha realidad está de algún modo preconfigurada, preconfigurada en su modo particular de ser. Esta crítica culminó advirtiendo que: "Los conceptos científicos no son transformaciones diferentes de un idéntico material libre de valores, sino reproducciones de trozos parciales de un ser óntico complejo, que lleva en sí immanentemente las estructuras legales y diferencias de valor y no las recibe prestadas de la ciencia."¹²⁸

4.4. Crítica a la posición metodológica del finalismo: Aunque Claus Roxin¹²⁹ considera —y en esto le da la razón al finalismo— que las materias de la regulación jurídica (la acción por ejemplo), no recibe su contenido del legislador, del juez o del investigador, si no que dicho contenido es algo previo, dado a través estructuras de

¹²⁵ Luisi, Luiz, Problemas de Derecho Penal, Op. cit., pp. 152 y 153

¹²⁶ Larenz, Karl, Metodología del Derecho, Op. cit., p. 113.

¹²⁷ Roxin, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Op. cit., p. 27.

¹²⁸ Welzel, Hans, citado por Karl Larenz, en: Metodología del Derecho, Op. cit., p. 134.

¹²⁹ Roxin, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Op. cit., p. 39.

desarrollo ontológicas; sin embargo, Roxin igualmente considera que el contenido de la acción (en tanto materia de regulación jurídica) también está dado por consideraciones legislativas, éticas y sociales. En este sentido el autor en cita se presenta un tanto ecléctico respecto a las teorías ontológica (finalista) y neokantiana (valorativista).

5. Resultados dogmáticos a los que condujo el finalismo: ¿Cuáles fueron las consecuencias dogmáticas que resultaron de haber trasladado el dolo al tipo penal? Las más importantes tienen aplicación en el tratamiento del *error* (error de tipo y error de prohibición), por otro lado *el conocimiento de la antijuridicidad* dejó de formar parte integrante del dolo; además, con el traslado del dolo al tipo, la culpabilidad se normativizó definitivamente para quedar –normativamente– como un mero *juicio de reproche*. En los ámbitos de la autoría y participación, las repercusiones dogmáticas del finalismo no dejan de ser menos trascendentes.

Es pertinente hacer una remembranza de las principales categorías que componen al delito, y todo esto, de conformidad al sistema finalista:

- a) **La acción en el sistema finalista:** El finalismo considera a la *acción final* como algo que existe realmente, como algo que sólo puede ser descrito, como algo que puede ser –en su caso– *objeto* de una valoración; pero, la acción final, según esta concepción, dado que existe previamente al Derecho, **no puede ser el producto de una valoración, ni el producto de un acto legislativo**, por ejemplo. Para el finalismo toda acción está dotada de finalidad (y por tanto de *sentido*) lo que permite al hombre orientar sus acciones hacia determinadas metas, dirigiendo para ello los cursos causales necesarios. Esta forma de pensamiento Welzel la retomó de Hartmann, pues según este filósofo alemán, **la acción está constituida por la dirección del suceder real hacia lo deseado.**
- b) **En cuanto a la ubicación del dolo:** Que el dolo se ubica sistemáticamente en el tipo, ello se demuestra por ejemplo: cuando una persona yerra el disparo dirigido hacia otra, frente a qué estamos: ¿frente a una tentativa de homicidio?, ¿frente a una tentativa de lesiones? He aquí la importancia del dolo en el tipo, (en el tipo de lesiones o en el tipo de homicidio, para el caso concreto).
- c) **En cuanto al desvalor de la acción:** Ubicado el dolo dentro del tipo subjetivo, el desvalor de la acción, es decir, el desvalor de la intención (el dolo) aparece como el centro del injusto penal, y en general como el vértice del delito. Con el desvalor de acción toma de relevancia la pregunta en el sentido de saber *qué quería* el autor en el momento de su acción.
- d) **La tipicidad en el sistema finalista:** Con el traslado definitivo del dolo al tipo, la tipicidad se bifurcó en *tipo objetivo* y *tipo subjetivo*. Entonces el finalismo comprendió que el tipo subjetivo, en el que se contiene el dolo, está dirigido hacia el *sentido* del tipo objetivo, en el que se encuentra por ejemplo el bien jurídico que se va a lesionar y el curso causal que se seguirá el autor del delito.

- e) **La antijuridicidad en el sistema finalista:** Con el finalismo tomó especial relevancia en la antijuridicidad los elementos subjetivos del injusto, aunque, a decir verdad, los elementos subjetivos del injusto fueron un logro esencial del causalismo-valorativista.
- f) **La culpabilidad en el sistema finalista:** Los requisitos de la culpabilidad, en el sistema finalista, son: 1) la imputabilidad (como presupuesto de la culpabilidad); 2) la conciencia de antijuridicidad (con el finalismo el dolo pasa al tipo como dolo de tipo (dolo natural) y el conocimiento de la antijuridicidad queda en la culpabilidad); 3) la exigibilidad de otra conducta. Efectivamente, la culpabilidad en el finalismo, ya sin ningún elemento psicológico (dolo o culpa), quedó como la etapa del delito en que se realiza un juicio de reproche al autor. Los elementos del juicio de reproche permiten saber si el sujeto podía y debía conducirse de distinta manera.

6. El sistema funcionalista teleológico-racional del delito: El funcionalismo (también conocido como teoría teleológico-racional del Derecho penal) está representado por el penalista alemán Claus Roxin. Las características de este sistema consisten, principalmente, en: 1) la orientación del sistema penal hacia decisiones político-criminales, 2) la concepción de la responsabilidad jurídico-penal como una categoría que abarca tanto a la culpabilidad como al merecimiento y a la necesidad de pena, y 3) la aceptación de la teoría de la imputación objetiva como regulador normativo del nexo causal.

6.1. Fundamentos filosóficos del funcionalismo teleológico-racional: El fundamento filosófico del sistema teleológico-racional consiste en aceptar al Derecho penal como un *sistema abierto*, orientado a decisiones político-criminales. Metodológicamente acepta algunas consideraciones ontológicas (naturaleza de las cosas), y algunas consideraciones valorativas (neokantismo), pero no radicaliza ninguno de dichos extremos.

El funcionalismo conserva la ventaja que había logrado el sistema neokantiano, el de construir un *sistema abierto*; sólo que el funcionalismo no "abre" el sistema penal hacia valoraciones jurídico-culturales, sino que el sistema penal queda "abierto" a decisiones político-criminales.

Las decisiones político-criminales pueden inmiscuirse en el sistema penal, e incluso en la propia dogmática penal. Aceptar esta metodología implica de antemano renunciar a una visión estrictamente ontológica. Pero, las decisiones político-criminales tampoco deben gobernar del todo a los conceptos jurídico-penales, sino que deben respetar su ontología real, de tal manera que las decisiones político-criminales no incurran en un puro decisionismo.

6.2. Características dogmáticas del funcionalismo teleológico-racional: El funcionalismo penal se caracteriza por adquirir algunas propiedades dogmáticas como las siguientes:

- a) Sostiene la *doble posición del dolo*: en el tipo como en la culpabilidad.

- b) En la integración del *injusto penal*, procura mantener cierto *equilibrio entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado*.
- c) Admite la teoría del *dominio del hecho* para determinar las especies de autoría, coautoría, y participación.
- d) Se adhiere al entendimiento de la culpabilidad no precisamente como reprochabilidad sino más bien como *responsabilidad*, ello a través de criterios preventivos de *merecimiento y necesidad de pena*.
- e) Distingue entre error de tipo y error de prohibición.
- f) Orienta al sistema penal hacia *finalidades político-criminales de prevención especial y prevención general*.
- g) Acepta la teoría de la imputación objetiva, en tanto regulador normativo del nexa causal.

Brevemente, lo que caracteriza al funcionalismo teleológico-racional son las siguientes dos categorías de su creación:

- a) La imputación objetiva, y
- b) La categoría de *responsabilidad jurídico-penal*

Se entiende por *imputación objetiva*, al conjunto de elementos normativos que sirven para regular el nexa causal, que a su vez pertenece a la parte objetiva de la tipicidad. La nueva categoría de *responsabilidad penal* se compone por: la culpabilidad (entendida como reprochabilidad) y, el merecimiento y la necesidad de pena que se requieran para el caso concreto.

Tal como se observa, el sistema funcionalista, propuesto por Roxin, introdujo en el tipo objetivo una serie de elementos o criterios normativos que sirven como un regulador del nexa causal. Dichos elementos son insertados en lo que se conoce como teoría de la imputación objetiva. Conforme a la imputación objetiva, un resultado típico debe imputarse al autor si se verifica que con su acción se elevó el nivel de riesgo permitido, siendo concretizado dicho riesgo en un resultado, resultado que a su vez pertenece al ámbito protector de la norma penal.

- a) **La antijuridicidad en el funcionalismo teleológico-racional:** La antijuridicidad en el funcionalismo teleológico-racional cumple con la función de solucionar conflictos sociales. Esto es comprensible si entendemos que en general la antijuridicidad se define negativamente a través de las causas de justificación, y de lo que se trata en toda causa de justificación es precisamente la solución social a un conflicto de intereses entre personas.¹³⁰

¹³⁰ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Op. cit., p. 209.

- b) **La culpabilidad en el funcionalismo teleológico-racional:** En el funcionalismo de Roxin no es propio hablar de culpabilidad como reprochabilidad y nada más. Roxin introduce en dicha categoría el *merecimiento* y la *necesidad* de pena, por supuesto, conforme a criterios político-criminales de prevención especial y general. El resultado, según el autor en cita, es una nueva categoría: *la responsabilidad jurídico-penal*.

6.3. Crítica al funcionalismo teleológico-racional: El mayor riesgo de la corriente funcionalista, estoy seguro de ello, es el de propiciar un *decisionismo* conforme al cual –arbitrariamente– se dicten las soluciones a los problemas penales. Efectivamente, el Derecho penal funcional está orientado conforme a fines y valores, pero: **cuando no sea posible fundamentar la superioridad de un valor sobre otro, y además se comprenda que la orientación a fines y valores no es susceptible de deliberación racional (dogmática), entonces, se sabrá que dicha orientación del sistema a fines y valores, queda abandonada a la fuerza ciega de una pure decisión.**¹³¹

7. El funcionalismo sistémico-normativo: Una etapa superior al funcionalismo teleológico-racional, es la del *funcionalismo sistémico-normativo* que representa Günther Jakobs. El Derecho penal de Günther Jakobs supone un conocimiento sistemático de la sociedad y de sus instituciones, así como de las relaciones sociales comunes. Esta sistemática debe dibujar los roles y deberes ante un modo específico de interacción. Lo que aquí se llama: *posfuncionalismo*, no es otra cosa que la consecuencia extrema del funcionalismo teleológico-racional

7.1. Características del funcionalismo sistémico-normativo: Con las palabras de Schünemann,¹³² se presentan enseguida cinco características que se observan en la dogmática penal que sigue el también penalista alemán Günther Jakobs:

- a) Considera errada toda delimitación entre dolo e imprudencia realizada en virtud del criterio descriptivo psicológico de la conciencia.
- b) Afirma que sólo el defecto cognitivo debe exonerar de la pena más grave del delito doloso, de modo que en caso de un defecto volitivo, como el de una falta de reflexión por indiferencia, resulta adecuada la pena del delito doloso.
- c) Afirma que no sólo las denominaciones, sino que también las formas dogmáticas para la acción y para la culpabilidad son idénticas a las personas físicas y jurídicas.
- d) Su concepción del Derecho penal se adapta a cualquier política criminal y puede, por tanto, asumir sin problema alguna cualquier modernización de este Derecho.

¹³¹ Innerarity, Daniel, *Dialéctica de la Modernidad*, Op. cit., pp. 99 y 148.

¹³² Schünemann, Bernd, *Consideraciones Críticas sobre la Situación Espiritual de la Ciencia Jurídico-Penal Alemana*, Op. cit., pp. 45 y 46.

- e) En relación con Claus Roxin, Jakobs da todavía un paso más hacia delante y proclama la completa remisión de la culpabilidad a la prevención general, es decir, más claramente, la eliminación del sistema de un concepto de culpabilidad no derivado de la idea de prevención.

Pues bien, el común representante del posfuncionalismo es Günther Jakobs; tal penalista alemán se ha encargado de aplicar las concepciones sociológicas de Niklas Luhmann en el campo jurídico-penal. El resultado obtenido consiste en admitir al Derecho penal como un subsistema especial del Derecho, cuya característica primordial es la de autodefinirse conforme a los elementos que le son propios. Ello es así, en el entendido de que el Derecho –en general– se comprende en su cualidad de *autopoiesis*, es decir, de autoreferencia, de tal manera que se aprueba la tautología en el sentido de que **sólo es Derecho lo que el Derecho decide que sea Derecho**.¹³³

El posfuncionalismo, a través de la descripción de su teoría general de la imputación (imputación objetiva), y de la prevención general positiva, pues estas son en síntesis las manifestaciones resultantes de una concepción sociológico-funcional del Derecho penal, llevada a cabo por Günther Jakobs.¹³⁴

8. Comentarios generales:

1. El causalismo-naturalista se caracteriza por constituir un sistema penal cerrado, un sistema cuya dogmática penal no logra vincularse con ninguna clase de política criminal, de ahí que la dogmática penal causalista se distinguió por haberse basado en la hipótesis de que el injusto (la acción típica y antijurídica) representaba la parte *externo-objetiva* del delito, mientras que la culpabilidad significaba la parte *interno-subjetiva* del mismo.
2. El causalismo-valorativista, en cambio, se abrió a valoraciones jurídico-culturales, pues dicho sistema en general admitía orientarse conforme a *finés culturales*; por ello, conforme a esta novedosa teoría, es correcto definir al Derecho penal en general como *un sistema abierto a valores jurídico-culturales*.
3. El argumento filosófico más cálido del Derecho penal finalista consiste en no concebir a la realidad como un mero producto del conocimiento, sino antes bien en tiende que en la realidad va encerrada cierta normatividad; dicho brevemente, la fórmula del finalismo podría expresarse diciendo: *"el deber ser valorado en el ser"*.

¹³³ Luhmann, Niklas, "La observación sociológica del Derecho", Op. cit., p. 91, Niklas Luhmann expresa la autopoiesis del Derecho, cuando reconoce: "...si bien el derecho puede ser modificado, no puede serlo todo al mismo tiempo (...) Quien desee cambiar radicalmente en corto tiempo los problemas del sistema jurídico tiene que empezar desde el exterior".

¹³⁴ Schönemann, Bernd, Consideraciones Críticas sobre la Situación Espiritual de la Ciencia Jurídico-Penal Alemana. Op. cit., pp. 14 y 46. Schönemann se expresa del posfuncionalismo, diciendo: "...el normativismo de Jakobs necesariamente conduce a una capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia". Continúa diciendo Schönemann respecto de Jakobs: "...su concepción del derecho Penal se adapta a cualquier política criminal y puede, por tanto, asumir sin problema alguno cualquier modernización de este Derecho".

4. El mayor riesgo de la corriente funcionalista es el de propiciar un *decisionismo* conforme al cual –arbitrariamente– se dicten las soluciones de los problemas penales. Efectivamente, el Derecho penal funcional está orientado conforme a fines y valores, pero cuando no sea posible fundamentar la superioridad de un valor sobre otro, y además se comprenda que la orientación a fines y valores no es susceptible de deliberación racional, entonces se sabrá que dicha orientación del sistema a fines y valores, queda abandonada a la fuerza ciega de *una pura decisión*.
5. El posfuncionalismo consiste en admitir al Derecho penal como un subsistema especial del Derecho, cuya característica primordial es la de autodefinirse conforme a los elementos que le son propios, en el entendido de que el Derecho –en general– se comprende en su cualidad de *autopoiesis*, es decir, de autoreferencia.

La acción: 1. Concepto. 1.1. La acción en sentido físico, en sentido ontológico y en sentido normativo. 2. La acción como categoría jurídico-penal. 3. El papel secundario que desempeña la acción como categoría jurídico-penal. 3.1. Función limitadora de la acción. 3.2. Función de enlace de la acción. 4. La acción en el sistema causalista del delito. 5. La acción en el sistema finalista del delito. 6. La acción en el funcionalismo teleológico-racional. 6.1. La acción típica como el producto de una valoración. 7. Los movimientos reflejos como aspecto negativo de la acción. 7.1. Ejemplos. 8. Capacidad de acción de las personas jurídico-colectivas. 9. La acción en el funcionalismo sistémico-normativo. 10. Tentativa. 11. Comentarios generales.

1. Concepto: Acción es un movimiento corporal voluntario. Sus elementos son: la voluntad, la actividad, y el deber jurídico de abstenerse.¹³⁵

En Derecho penal el concepto de acción refiere a un acto corporal voluntario, dicho acto, en sentido amplio, comprende tanto la actividad como la inactividad de un sujeto con capacidad de voluntad (imputabilidad). En sentido estricto la acción sólo implica un movimiento corporal voluntario.

1.1. La acción en sentido físico, en sentido ontológico y en sentido normativo:

- a) **La acción en sentido físico:** Refiere al movimiento de un factor, es decir, al desplazar de una causa hacia algún efecto.
- b) **La acción en sentido ontológico:** Vista la acción de modo ontológico, además de implicar cierta *actividad* o *inactividad*, alude a la *voluntariedad* o *finalidad* de un sujeto con tal capacidad (capacidad de acción o capacidad de voluntad). Es común advertir que la acción, en sentido ontológico, viene previamente dada, es decir, previamente configurada; el concepto de acción, así entendida, es previo a su regulación legislativa; la regulación legislativa, a propósito, se limita a describir la acción.
- c) **La acción en sentido normativo:** La acción en sentido normativo se determina por su *relación de sentido* frente a la norma. Es acción –en sentido normativo– aquello que es objetivamente imputable. La acción en sentido normativo no se determina por sus aspectos externos (*resultado*), tampoco por sus aspectos internos (*finalidad*), sino sólo conforme al sentido –*comunicativo*– que guarda frente a la norma. De esta manera, sólo aquello que es *objetivamente imputable* puede determinarse –en sentido normativo– como *acción*.¹³⁶ La acción, entendida normativamente, es aquel comportamiento que puede producir efectos jurídicos, en este caso: la *pena*. El concepto normativo de acción ha sido formulado desde el punto de vista de la regulación de *sistemas*

¹³⁵ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Op. cit., p. 237.

¹³⁶ Jakobs, Günther, La Imputación Objetiva en Derecho Penal, tr. Manuel Cancio Meliá, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 100.

de expectativas.¹³⁷ Normativamente la acción es observable como *infracción*; desvaneciéndose así el indicio ontológico de la acción consistente en hacer o dejar de hacer algo; no obstante, en todo caso, exigiéndolo la norma de cuya infracción se trate, la voluntad seguirá siendo relevante. Lo dicho se puede abreviar diciendo: **la acción imputable tiene que ver con el deber infringido, dado que, así lo considero: acción imputable es infracción atribuida.**

2. La acción como categoría jurídico-penal: El concepto de *acción*, como categoría general del delito, por vez primera aparece en el Manual de Albert Friedrich Berner, en 1857.¹³⁸ Posteriormente, habiéndose retomado la filosofía de Hegel, el concepto de acción llegó a ser el *centro* del sistema penal;¹³⁹ y aunque la influencia de Hegel en Derecho penal dominó hasta la primera mitad del siglo XIX, el concepto de acción sigue significando el *centro* del sistema penal para los teóricos que ahora podemos calificar como *posfinalistas*. Pero fuera de la corriente posfinalista, la categoría de la acción actualmente cumple con un papel *secundario*, y ya no es el centro del sistema penal, pues dicho lugar ahora lo ocupa —triunfalmente— el *tipo penal*, particularmente el tipo objetivo, según considero.

3. El papel secundario que desempeña la acción como categoría jurídico-penal: La acción como categoría jurídico-penal, cumple con las siguientes funciones:

- a) Función negativa o función limitadora.
- b) Función de unión o función de enlace.

3.1. Función limitadora de la acción: La función limitadora de la acción consiste en *no considerar penalmente relevantes* a los actos inconscientes, a los actos realizados irresistiblemente bajo "*vis absoluta*" o "*vis compulsiva*", a los actos reflejos que no son atribuibles culpablemente, y a los actos realizados por personas jurídico-colectivas, por ejemplo.

Brevemente, la función limitadora de la acción es el producto de una *valoración*, conforme a la cual se considera qué comportamientos o qué situaciones no son —en sentido jurídico-penal— una acción. Esta función limitadora del concepto de acción, lo que en todo caso excluye, son los comportamiento carentes de *voluntad* (movimientos reflejos, fuerzas irresistibles, estados de completa inconsciencia), y por ello incluso las personas jurídico-colectivas quedarían *limitadas* —dado su notable falta de voluntad— por el concepto de acción.

Como se observa, la función limitadora del concepto de acción prácticamente es muy elemental, pues sirve para separar todo aquello que es *irrelevante* desde el punto de vista jurídico-penal, es decir, lo que desde ningún punto de vista es *controlable* para una persona.¹⁴⁰

¹³⁷ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., pp. 159 y 201.

¹³⁸ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Op. cit., p. 196.

¹³⁹ Sacher de Köster, Mariana, Evolución del Tipo Subjetivo, Op. cit., p. 34.

¹⁴⁰ Hassemer Winfried, Fundamentos del Derecho Penal, Op. cit., p. 259.

3.2. Función de enlace de la acción: La función de enlace de la acción consiste en calificar a una acción, primeramente, como *acción típica*; posteriormente dicha acción típica será valorada como *acción antijurídica* (siempre que no exista en contra una causa de justificación); luego la acción antijurídica, al ser enlazada con la culpabilidad, será una *acción culpable* cuando no favorezca al autor alguna causa de exculpación. Finalmente, de no existir ningún aspecto negativo de la punibilidad, la acción antijurídica será una *acción punible*, propiamente dicha.

En esta labor de enlazar los predicados de valor (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad), la acción debe ser *neutral* frente al tipo, frente a la antijuridicidad, frente a la culpabilidad y frente a la punibilidad.¹⁴¹

4. La acción en el sistema causalista del delito: La acción en el sistema causalista se define como un movimiento corporal voluntario. La voluntad aquí se entiende como un *hecho*, sin importar su *contenido*, (el querer de la persona).

La acción en el sistema causalista únicamente cumple con la *función de excluir* lo que no puede ser acción, así, no es acción un movimiento cometido por un ente que no posea voluntad: una planta, un animal, un máquina o una persona jurídico-colectiva, por ejemplo.

De este modo, el sistema causalista sirvió ampliamente a los fines de la *función limitadora* del concepto de acción, pues hay que reconocer que tal sistema —como ha dicho recientemente Günther Jakobs— si acaso es útil para descartar del sistema penal los movimientos reflejos, los actos convulsivos, los movimientos corporales que tienen lugar durante el sueño, el pleno estado de inconsciencia, así como los movimientos forzados mediante violencia absoluta (irresistible), pero nada más. Y el descartar esos supuestos —reconoce también Jakobs— no sirve de gran cosa, en la medida en que el movimiento corporal que no es acto voluntario se emprenda en condiciones que por su parte se puedan *atribuir culpablemente*.¹⁴²

5. La acción en el sistema finalista del delito: En el finalismo la acción se comprende como el control de cursos causales dirigidos hacia una meta, hacia un objetivo. Esta concepción implica la necesidad de que toda acción sea final, es decir, que toda acción esté orientada hacia alguna meta, hacia alguna finalidad. Se llama finalidad a la aptitud del hombre para prever el curso causal de la Naturaleza; la finalidad es la aptitud o capacidad para conducir el comportamiento hacia una meta, habiéndose anticipado los procesos causales, esenciales de la misma. Según la corriente finalista, la finalidad, perteneciente a la acción de manera inherente, de manera natural; es decir, la finalidad es —al igual la causalidad— una categoría ontológica.

Desde luego, la ubicación sistemática de la acción está en el tipo, ahí donde —conforme al principio de legalidad— se da la *descripción típica de la acción*. Y si la acción pertenece al tipo penal, a la descripción típica, entonces, los elementos de la acción (la finalidad por ejemplo) deben pertenecer también al tipo, deben formar parte

¹⁴¹ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Op. cit., p. 234.

¹⁴² Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., pp. 161 y 162.

de la descripción típica. Este es un argumento suficiente para considerar que si el dolo (la finalidad) pertenece a la acción, entonces, también pertenece al tipo penal.

Pero, en tanto que la finalidad existe, ella puede ser "descrita" en el tipo penal, pero no puede ser "decretada"; es decir, la finalidad puede ser *objeto* de una valoración, pero **no puede ser el resultado de una valoración.**¹⁴³

Se sabe que el concepto de acción finalista presenta singulares dificultades en tratándose de las **acciones culposas**, en el campo de la **omisión**, y, en cuanto al dolo, en la explicación del **dolo eventual**.

6. La acción en el funcionalismo teleológico-racional: Contrario al finalismo, la acción en el sistema teleológico-racional, es el resultado de una valoración, valoración en la que se decide si un comportamiento se puede o no *imputar* a un sujeto como conducta suya, como *acción típica*. Esta valoración se lleva a cabo en la categoría de la tipicidad, lugar en que se valora la acción desde el punto de vista de la *necesidad abstracta de pena*, por supuesto, según *decisiones político-criminales*.¹⁴⁴

Efectivamente, para el finalismo la acción final se compone estrictamente de estructuras lógico-reales (ontológicas o antropológicas) que, como la *finalidad*, existen previamente al Derecho, por lo que la *finalidad* no puede ser modificada por el Derecho, por legislador, sino que el legislador debe respetar dicha estructura ontológica y limitarse a describirla, admitiendo que la finalidad, particularmente, puede ser *objeto* de una valoración, pero no el *producto* de la misma. Nada de esto interesa, seriamente, al funcionalismo teleológico-racional, en donde se concibe a la acción como el *producto* de una valoración.

6.1. La acción típica como el producto de una valoración: La acción típica es la realización de un riesgo no permitido dentro del ámbito protector de la norma.

La acción típica es entendida como acción penalmente relevante, como *producto de una valoración* derivada del incremento del riesgo permitido, del ámbito protector de la norma y de decisiones político-criminales.

El concepto de acción típica en el funcionalismo teleológico-racional, a diferencia de los otros conceptos de acción propuestos en los sistemas causalista y finalista, incluye ciertas *valoraciones* —concretamente el *riesgo permitido* y el *ámbito de protección de la norma*— que permiten calificar a toda acción típica como *acción penalmente relevante*.

En contraposición, los sistemas penales que anteceden al funcionalismo, no pueden determinar qué acción es penalmente relevante, por la sencilla razón que esos sistemas (causalista y finalista) intentaron descubrir primeramente las leyes estructurales de la acción que —según ellos— antecederían a cualquier *valoración normativa*, aspecto metodológico por demás distinto en el funcionalismo, pues la

¹⁴³ Schöne, Wolfgang, "La protección del hombre en el mundo moderno (algunas consideraciones sobre el papel del Derecho penal)", Op. cit., p. 56.

¹⁴⁴ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Op. cit., p. 218.

corriente funcionalista no reconoce a la acción como algo dado previamente conforme a las leyes del ser, sino como el producto de una valoración, sobre la base de lo empírico y de la política criminal, que precisamente sirven para valorar el riesgo permitido y el ámbito protector de la norma, observando así, qué acción es jurídico-penalmente relevante (acción típica).

7. Los movimientos reflejos como aspecto negativo de la acción: El movimiento reflejo es una *reacción* incontrolable carente de voluntad que el cuerpo humano ofrece como respuesta a un estímulo externo.

Como ha especificado Mezger, en el organismo humano, los nervios motores no están conectados por influjos psíquicos, sino por un estímulo fisiológico-corporal que se convierte directamente en un movimiento, o sea sin intervención de la conciencia. El actuar *impulsivo*, en cambio, si tiene un suceso psíquico.¹⁴⁵

- a) **El movimiento reflejo como una reacción incontrolable del cuerpo humano que no constituyen una acción en sentido jurídico-penal:** Los movimientos reflejos, a pesar de que pueden ser perfectamente causales de un resultado, en sentido jurídico-penal no constituye una acción debido a la carencia de voluntad de la persona que lo realiza, pues un movimiento reflejo es *incontrolable* para cualquier sujeto.
- b) **El movimiento reflejo dentro de la sistemática jurídico-penal:** El movimiento reflejo, dentro la sistemática jurídico-penal, es un *aspecto negativo de la conducta*, dado que carece de voluntad.
- c) **Responsabilidad por la provocación del movimiento reflejo:** En los movimientos reflejos, lo incontrolable en sí es la reacción a que responde el cuerpo humano; en cambio pueden ser perfectamente controlados los estímulos externos que provocan el movimiento reflejo. De este modo, puede ser objetivamente imputable un resultado causado por un movimiento reflejo que tuvo lugar debido a que fueron dolosamente provocados los estímulos externos de dicho movimiento, o bien, porque fueron indebidamente controlados los estímulos que propiciaron el movimiento reflejo, caso este último en que se responde por culpa.

7.1. Ejemplos: Hassemer¹⁴⁶ plantea las siguientes interrogantes:

Problema uno: ¿Hasta dónde "actúo" cuando veo que alguien al que no conozco, se está ahogando y no hago nada por salvarle la vida, ya sea porque no sé nadar, o porque me es absolutamente indiferente el individuo?

Problema dos: ¿Actúo cuando en una curva entra por la ventana abierta del coche una abeja que, al picarme, me hace girar mecánicamente el volante con un movimiento?

¹⁴⁵ Mezger, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 107.

¹⁴⁶ Hassemer, Winfried, Fundamentos del Derecho Penal, Op. cit., p. 257.

Como se ha dicho, los movimientos reflejos, a pesar de que pueden ser perfectamente causales de un resultado, en sentido jurídico-penal no constituyen una acción, debido a la carencia de voluntad de la persona que los realiza, pues un movimiento reflejo es *incontrolable* para cualquier sujeto. El movimiento reflejo, dentro la sistemática jurídico-penal, es un *aspecto negativo de la conducta*, dado que carece de voluntad. En los movimientos reflejos, lo incontrolable en sí es la *reacción* a que responde el cuerpo humano; en cambio pueden ser controlados los estímulos externos que provocan el movimiento reflejo. De este modo, puede ser objetivamente imputable un resultado causado por un movimiento reflejo que tuvo lugar debido a que fueron dolosamente provocados los estímulos externos de dicho movimiento, o bien, porque fueron indebidamente controlados los estímulos que propiciaron el movimiento reflejo, caso éste último en que se responde culposamente.

8. Capacidad de acción de las personas jurídico-colectivas: La versión moderna del problema de la acción está en saber si las personas jurídico-colectivas también actúan. Maurach¹⁴⁷ –magnífico seguidor del sistema finalista de acción– indica que el reconocimiento de la capacidad de acción de las personas jurídico-colectivas resultaría –ya de entrada– inadmisibile para el finalismo, pues como se sabe, esta corriente considera a la acción como un producto genuino del individuo, esto es, del ser humano; así que las corporaciones no son capaces de acción. Igualmente Roxin,¹⁴⁸ que representa a un amplio sector de la doctrina funcionalista, dice que no son acciones los actos que realiza una persona jurídico-colectiva.

9. La acción en el funcionalismo sistémico-normativo: Como mencioné más arriba: normativamente la acción es observable como *infracción* (producto de una *valoración*), de ahí que se ha desvanecido el indicio ontológico de la acción consistente en hacer o dejar de hacer algo; no obstante, en todo caso, exigiéndolo la norma de cuya infracción se trate, la voluntad seguirá siendo relevante. Lo dicho se puede abreviar diciendo: **la acción imputable tiene que ver con el deber infringido, dado que, acción imputable es infracción atribuida.**

Refiere Günther Jakobs, que el concepto normativo de acción ha sido formulado desde el punto de vista de la regulación de *sistemas de expectativas*,¹⁴⁹ de ahí resulta lo siguiente:

- a) La acción en sentido normativo se determina por su *relación de sentido* frente a la norma.
- b) Es acción –en sentido normativo– aquello que es objetivamente imputable.
- c) La acción, entendida normativamente, es aquel comportamiento que puede producir efectos jurídicos, en este caso la *pena*.

¹⁴⁷ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., pp. 171 y 180.

¹⁴⁸ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Op. cit., p. 194.

¹⁴⁹ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., pp. 159 y 201.

- d) La acción en sentido normativo no se determina por sus aspectos externos (*resultado*), tampoco por sus aspectos internos (*finalidad*), sino sólo conforme al sentido *–comunicativo–* que guarda frente a la norma. De esta manera, sólo aquello que es *objetivamente imputable* puede determinarse –en su sentido normativo– como *acción*.¹⁵⁰

10. Tentativa: Del artículo 20 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal se deriva el concepto legal de tentativa:

"Artículo 20. (Tentativa punible). Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado."

Del concepto legal de tentativa se deduce:

- a) Que toda tentativa es dolosa; es decir, la ley penal no reconoce el modo de tentativa culposa.
- b) Que la tentativa puede presentarse lo mismo por acción que por omisión (tentativa comisiva y tentativa omisiva).
- c) Que la tentativa es acabada cuando se exterioriza realizando totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado.
- d) Que la tentativa es inacabada cuando se exterioriza realizando parcialmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado.
- e) Que no se presenta la consumación del resultado debido a causas ajenas a la voluntad del autor.
- f) Que en la tentativa lo que sobresaie es el *desvalor de acción* o de intención.
- g) Que en general la tentativa se distingue por poner en peligro el bien jurídico tutelado
- h) Que la tentativa es susceptible tanto en delitos de resultado material como de mera actividad.

Las clases de tentativa son:

- a) Tentativa acabada
- b) Tentativa inacabada
- c) Tentativa inidónea o imposible

¹⁵⁰ Jakobs, La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Op. cit., 100.

Definiciones: Existe *tentativa acabada* cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente.

Existe *tentativa inacabada* cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente.

Existe *tentativa imposible* cuando por inidoneidad de *sujetos* (pasivo o activo), *medios* (comisivos), *bienes* (jurídicos), o de cualquier otro elemento esencial para la tipicidad del delito que se trate, resulta imposible poner en riesgo el bien jurídico tutelado.

Problema uno: El siguientes un problema derivado de los casos denominados "de autoría accesoria": **a** y **b**, sin acuerdo previo favorecen el resultado lesivo **x**, por ejemplo, **a** y **b**, sin acuerdo previo, suministran igual cantidad de veneno en los alimentos de **c**. La muerte de **c** no se hubiera logrado por separado.

La solución es hacer responder por tentativa, pero en realidad existe un error de tipo, esto es, un error en el curso causal: "En el caso de envenenamiento hay un error sobre el tipo: a saber: un error sobre el proceso causal...Este error hace imposible imputar a ninguno de los dos agentes el resultado concreto; responden sólo por tentativa."¹⁵¹

11. Comentarios generales:

1. Sigo el criterio según el cual la acción, más que *objeto* de valoración, es en realidad el *producto* de una valoración en que se determina la *infracción* de la norma.
2. La función limitadora de la acción es el producto de una *valoración*, conforme a la cual se considera qué comportamientos o qué situaciones no son —en sentido jurídico-penal— una acción.
3. En la función de enlace de la acción, la misma debe ser neutral frente al tipo, frente a la antijuridicidad, frente a la culpabilidad y frente a la punibilidad.
4. La acción típica, en general, se comprende como la realización de un riesgo no permitido dentro del ámbito protector de la norma.
5. Es correcto, en mi opinión, el parecer de Jakobs, según el cual: la acción en sentido normativo no se determina por sus aspectos externos (*resultado*), tampoco por sus aspectos internos (*finalidad*), sino sólo conforme al sentido —*comunicativo*— que guarde frente a la norma.

¹⁵¹ Gimbernat, Enrique, Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad, Ed. Reus, Madrid, 1966, pp. 158 y 149.

Omisión: 1. Concepto. 1.1. La omisión y la comisión. 2. Elementos de la omisión. 3. La comisión por omisión. 3.1. Elementos de la comisión por omisión. 3.2. La comisión por omisión en los aparatos organizados de poder. 3.3. La comisión por omisión, conforme a casos prácticos. 4. La posición de garante del omitente para resolver los problemas de causalidad en la omisión. 4.1. La posición de garante en concreto. 4.2. El deber jurídico de actuar en los delitos de omisión, fundamentado por una cierta posición de garante. 4.3. Garantes de cuidado y garantes de seguridad. 4.4. Ejemplos. Problema uno. 5. La posición de garante y la responsabilidad por productos defectuosos. 6. Ejemplos. Problema cuatro. 7. Comentarios generales.

1. Concepto: La omisión simple consiste en una inactividad voluntaria o involuntaria que infringe el mandato de actuar derivado de la norma.

1.1. La omisión y la comisión: Es interesante el cambio de posiciones que se ha presentado para la comprensión de la acción y de la omisión. Comenta Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles **que si bien en un principio se construyó el delito de omisión con base en el delito de comisión (acción), actualmente se produce el movimiento contrario, empleándose en la comisión, las categorías de la omisión.** Todo ello –afortunadamente– porque se tiene conciencia de que lo decisivo ya no es la simple causación (lo fáctico), sino la imputación (lo normativo). A ese parecer se debe el por qué la tendencia normativista del Derecho penal actual ha llegado a equiparar las reglas de la punición de la acción (comisión) con las reglas de la omisión [(c)omisión].

Lo anterior, realmente, en sí ya no es sorprendente, principalmente porque el nuevo Código Penal para el Distrito Federal establece que:

Artículo 16. (Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

(...)

III Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo."

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, sin embargo, ha demostrado que la diferencia entre la acción y la omisión carece de relevancia.

Lo anterior es así, porque frente a la norma, no importa la forma naturalística como se infrinja, sea por comisión o por omisión. Lo que sí trasciende es el *quebrantamiento de la norma*, la defraudación a una expectativa normativa de Derecho. De conformidad a este seguimiento resulta comprensible la no distinción (naturalística) entre acción y omisión.

2. Elementos de la omisión: Los elementos de la omisión simple, son lo siguientes:

a) Dolo o culpa;

- b) Inactividad;
- c) Deber jurídico de obrar; y,
- d) Resultado típico formal.¹⁵²

Recuérdese que en la omisión dolosa se requiere que el autor tenga presente el conocimiento de la situación generadora del deber, es decir, el conocimiento de la posibilidad de realizar la acción y, en su caso, de evitar el resultado.

3. La comisión por omisión: La doctrina, y la propia legislación penal, distinguen entre una simple inactividad que incumple un mandato, y una inactividad que al incumplir un mandato se asocia con un resultado material que se le atribuye al autor. De ahí precisamente la clasificación de los delitos en: **delitos de omisión simple** (en los que únicamente se incumple con el mandato de la norma) y **delitos de comisión por omisión** (en los que el incumplimiento del mandato además se asocia con la atribuibilidad de un resultado material respectivo).

Se advierte entonces que los delitos de omisión simple y los delitos de comisión por omisión, se distinguen únicamente en cuanto al resultado, pues mientras en los delitos de omisión simple se produce un *resultado formal* (consistente en no acatar la norma), en los delitos de comisión por omisión se necesita que a la inactividad voluntaria o involuntaria se le *atribuya* un resultado material.

La comisión por omisión es una figura que tiene lugar allí cuando con motivo de una inactividad (simple omisión), se produce un resultado material. Se dice que una omisión impropia o comisión por omisión es equiparable a una acción (comisión), pues en tal omisión –se argumenta– de haber sido acción, igualmente hubiese provocado el mismo resultado.

3.1. Elementos de la comisión por omisión: Los elementos de la comisión por omisión, son los siguientes:

- a) Voluntad;
- b) Inactividad;
- c) Deber de obrar y deber de abstenerse; y,
- d) Resultado típico material.¹⁵³

3.2. La comisión por omisión en los aparatos organizados de poder: El deber de garante para fundamentar la comisión por omisión, en tratándose de delitos cometidos por aparatos organizados de poder (empresas), surge del dominio del garante (director de la empresa) sobre la causa del resultado; hecho que justifica decisivamente la equiparación de la omisión impropia con el comportamiento activo. La equiparación de la omisión con la comisión, fundamentada en el dominio del director de la empresa, o bien, hablando en general, del superior en la empresa, resulta, pues, tanto de su dominio fáctico sobre los elementos peligrosos del

¹⁵² Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Op. cit., p. 239.

¹⁵³ Ibidem, pp. 239 y 246

establecimiento como también de su poder de mando sobre los trabajadores fundamentado legalmente.¹⁵⁴

3.3. La comisión por omisión, conforme a casos prácticos: Problema uno: En un determinado aeropuerto, el jefe de la torre de control, bajo delicadas condiciones climatológicas autoriza el despegue de un avión. Minutos después, debido a una semitormenta, el piloto pierde la visibilidad y solicita permiso al jefe de la torre de control para desviarse de la ruta. El jefe de la torre de control concede el permiso para que el piloto se salga de la aerovía. Luego, el avión se estrella en un cerro, mueren veinte personas. El jefe de la torre de control es denunciado ante el Ministerio Público por el delito de *homicidio culposo cometido en forma de comisión por omisión*.

Evidentemente, la comisión por omisión es una figura que tiene lugar allí cuando con motivo de una inactividad (simple omisión) se produce un resultado material; pero en este caso ¿qué ha omitido el jefe de la torre de control?

Se dirá que omitió, por un lado, entregar el diagnóstico del estado climatológico, o que por otra parte –lejos de autorizar– omitió detener el vuelo debido al pésimo estado del clima. La verdad es que el controlador de vuelos entregó (acción) su diagnóstico climatológico, y con base al mismo autorizó (acción) el vuelo. ¿Entonces, donde está la omisión?

Pues bien, la omisión consistió en *no realizar con el suficiente cuidado el estudio climatológico*.

En cuanto a la omisión de impedir el vuelo que se realizaba bajo condiciones climatológicas peligrosas, tal omisión no se le puede atribuir al jefe de la torre de control, comenzando porque el controlador de vuelos no está autorizado para obligar el despegue del avión bajo cualesquiera condiciones, por tanto tampoco puede impedirlo, en todo caso lo que debió hacer era *no autorizar el despegue*.

Es lógico que a la omisión de hacer un diagnóstico climatológico cuidadoso, eliminado cualquier riesgo, le siguió un resultado, el de la muerte de veinte personas; por eso el Ministerio Público consignó los hechos por el delito de homicidio en forma de *comisión por omisión*, todo esto a título culposo.

El descuido de la omisión debe fundamentarse de alguna de las formas como lo postula el artículo noveno de la legislación penal (Federal) en su parte conducente.

Es oportuno precisar que los elementos de la comisión por omisión, son los siguientes:

¹⁵⁴ Schünemann, Bernd, "Cuestiones básicas de la dogmática jurídico-penal y política criminal acerca de la criminalidad de empresa", trs. Daniela Bruckner y Antonio Lascurian Sánchez, Anuario de Derecho Penal, Madrid, 1988, pp. 535 y 536.

- a) Descuido (al realizar el diagnóstico climatológico);
- b) Inactividad (no realizar debidamente el estudio climatológico para entonces no autorizar el vuelo);
- c) Deber de obrar y deber de abstenerse (según se encuentre tal deber en una ley, reglamento, contrato); y,
- d) Resultado típico material¹⁵⁵ (la muerte de veinte personas).

Problema dos: El responsable de una empresa omite mantener las medidas de seguridad requeridas por el reglamento de construcciones. Los trabajadores de dicha empresa sufren severas lesiones al incendiarse uno de los departamentos de la empresa. La causa del incendio fue un sobrecalentamiento producido en una de las máquinas. El Ministerio Público inicia la averiguación previa por el delito de homicidio cometido en forma de comisión por omisión. ¿Cómo se fundamenta la comisión por omisión del director de la empresa?

En las empresas, el deber de garante para fundamentar la figura de comisión por omisión, surge precisamente del dominio del garante (el director de la empresa) sobre la causa del resultado, pues el deber de garante del director de la empresa, resulta, tanto de su dominio fáctico sobre los elementos peligrosos de la empresa como también de su poder de mando sobre los trabajadores.¹⁵⁶

Problema tres: En una dependencia el superior jerárquico faculta a un subordinado para que autorice ciertas inversiones, siendo que legalmente la persona facultada para autorizar dichas inversiones es otro de los subordinados. Se presenta el caso en que el dolo o el descuido del subordinado autorizado ocasiona una *inversión indebida*. La pregunta es: ¿el superior jerárquico debe responder en forma de comisión por omisión?

En este caso el superior jerárquico propició una situación de riesgo al ordenar que un subordinado **no cualificado** realice las inversiones. Por tan delicada situación de riesgo creada por el superior jerárquico, cuando menos le sobreviene el compromiso de *vigilar* la situación riesgosa (y antijurídica) que él organizó. Esto es, **impedir la inversión indebida era competencia del superior jerárquico, pues por su actuar precedente (mandar a un subordinado no cualificado) le sobrevino una posición de garante de cuidado (o de vigilancia) para controlar la fuente de riesgo que él originó.**

Aquí se constata que lo determinante para una posición de garante no es la ostentación formal de la misma, sino que la posición de garante también depende del

¹⁵⁵ Porte Petit Candaup, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Op. cit., pp. 239 y 246

¹⁵⁶ Schünemann, Bernd, "Cuestiones básicas de la dogmática jurídico-penal y política criminal acerca de la criminalidad de empresa", Op. cit., pp. 535 y 536.

ejercicio de las funciones propias de un superior jerárquico, según su esfera de competencia.¹⁵⁷

En fin, el superior jerárquico del ejemplo cometió un descuido que se hubiera podido evitar con la vigilancia permanente de la situación de riesgo que él organizó de modo antijurídico. Y como dice Achenbach en el campo de la responsabilidad de las empresas: "Las medidas de vigilancia omitidas deben servir para evitar infracciones de deberes, que afecten 'al propio titular como tal.'"¹⁵⁸

4. La posición de garante del omitente para resolver los problemas de causalidad en la omisión: Según opina Cerezo Mir, en los delitos de omisión la causalidad no es un elemento indispensable de la responsabilidad penal, pues en los delitos de omisión la responsabilidad se imputa sin que exista, estrictamente, una relación causal.¹⁵⁹

Además, y en cuanto a la producción del resultado se refiere, debe señalarse que: los delitos de comisión por omisión pueden deducirse interpretativamente de algunos tipos penales que no concretan la forma en que debe producirse el resultado prohibido, no así en los delitos de omisión simple en que deben venir expresamente tipificados en la ley penal.¹⁶⁰

Ahora bien, es una *posición de garante* la que resuelve normativamente el problema de la causalidad en los delitos de omisión; esto significa tener una visión objetiva respecto de la conducta omisiva para evaluar la expectativa dirigida al omitente, en determinada situación. Sin embargo, todavía para Wolfgang Schöne,¹⁶¹ castigar al llamado garante por su omisión significaría sacrificar el principio "*nullum crimen sine lege*" en el altar de la política criminal". El argumento de Schöne es que existen lagunas que tienen que cubrirse de *lege ferenda*, si se quiere cumplir con las exigencias innegables de la política criminal. Y esto lo ve así el propio autor en cita porque generalmente los tipos penales no son precisos, en tratándose de delitos por omisión principalmente, al no explicar suficientemente tampoco la cuestión acerca de cuándo la omisión se corresponde con la comisión.

4.1. La posición de garante en concreto: Existe una posición de garante cuando se espera de un sujeto la realización de ciertas expectativas o comportamientos, y se espera que los realice porque se supone que el sujeto debe dar seguimiento a su rol, y con ello a un deber específico derivado o no de una norma. Si el sujeto no da cumplimiento a las expectativas normativas que fundamentan su posición de garante, entonces, debe responder dicho sujeto por el no ejercicio de una posición de garante.

¹⁵⁷ Silva Sánchez, Jesús María, "*Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español*", en Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 372.

¹⁵⁸ Achenbach, Hans, "*Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su norme en el Derecho alemán*", tr. Ujala Joshi Juber, en: Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Op. cit., p. 387.

¹⁵⁹ Cerezo Mir, José, Derecho Penal Español, Parte General, Op. cit., p. 53.

¹⁶⁰ De la Cuesta Aguado, Paz M., Tipicidad e Imputación Objetiva, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1998, p. 114.

¹⁶¹ Schöne, Wolfgang, "*La protección del hombre en el mundo moderno (algunas consideraciones sobre el papel del Derecho penal)*", Op. cit., pp. 65.

Concretamente se responde por el no ejercicio de una posición de garante, cuando no se evita —por acción u omisión, por dolo o negligencia— el quebrantamiento de la norma.

La posición de garante es un presupuesto en el que se debe fundamentar la imputación de responsabilidad, lo mismo en los delitos de comisión que en los de omisión, sea por dolo o por imprudencia. Igualmente para Jakobs: "Todas las posiciones de garante en virtud de competencia por organización en los delitos de omisión se pueden restringir igualmente por las reglas desarrolladas para la imputación objetiva en los delitos de comisión."¹⁶²

4.2. El deber jurídico de actuar en los delitos de omisión, fundamentado por una cierta posición de garante: A continuación una pregunta que realizó el magnífico Maestro Celestino Porte Petit: "¿De dónde debe emanar el deber jurídico de actuar? La doctrina nos ilustra en el sentido de que el deber puede emanar de un precepto jurídico, de una obligación, o sea de una anterior aceptación del deber de obrar, o de un actuar o acción precedente, que no sea doloso."¹⁶³ Posteriormente el Maestro señala: "El actuar precedente no debe ser doloso, es decir, dirigido al resultado, pues nos encontraríamos ante una hipótesis clara de delito de acción o comisión." El deber jurídico de actuar —continúa el Maestro— en los delitos de omisión simple, consiste en una acción esperada y exigida. El deber jurídico de actuar ha de estar contenido en una norma penal, es decir, estar tipificado, pues de otra manera su no realización, el no cumplimiento del deber, será irrelevante penalmente; y, —concluye— no interesa, a diferencia de lo que se acaece en los delitos de comisión por omisión, un deber jurídico impuesto en un Ordenamiento no penal, ya que la omisión entonces no sería típica, puesto que lo que lo constituye delito es la simple omisión, típica sin resultado material.¹⁶⁴

Problema uno: Puede ser un atentado contra el principio de estricta aplicación de la ley penal, el hecho de que, muy regularmente en los casos de omisión, se tome como referencia para la imputación penal de algún resultado el deber impuesto por el Derecho administrativo, a través del cual, se suele fundamentar una determinada posición de garante, o más concretamente, un cierto deber jurídico de actuar.

Esta situación, la de fundamentar la posición de garante tomando como referencia algún *deber administrativo*, en Alemania ha llegado al extremo de condenar a una autoridad administrativa por *complicidad omisiva en la promoción de la prostitución*, porque según esto, dicho servidor público toleraba la prostitución mediante su omisiva intervención; sin embargo, al Tribunal Supremo Alemán no le importó siquiera el hecho de que las intervenciones administrativas, por ejemplo de clausura, son facultades discrecionales de los servidores públicos.¹⁶⁵

¹⁶² Jakobs, Günter, "Imputación jurídica penal", en: Problemas del Derecho Penal Moderno, Op. cit., p. 45.

¹⁶³ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Op. cit., p. 246.

¹⁶⁴ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Op. cit., pp. 241.

¹⁶⁵ - Schünemann, Bernd, "Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión", tr. Silvana Basgalupo, Poder Judicial, núm. 51, p. 213.

4.3. Garantes de cuidado y garantes de seguridad: Los *garantes de cuidado* son los que deben cumplir una determinada función protectora en atención a cierto bienes jurídicos; por ejemplo, el deber de los padres consistente en salvaguardar la vida e integridad de sus hijos dependientes.¹⁶⁶ Igualmente son **garantes de cuidado aquellas personas en que se deposite cierta dependencia personal**; por ejemplo, el encargado de una excursión o expedición peligrosa es igualmente garante de cuidado de los excursionistas. También es garante de cuidado la persona que admita en su hogar a personas necesitadas de atención protectora (**posición de garante por asunción**).

Los **garantes de seguridad** se caracterizan por su deber de mantener controlada una específica fuente de riesgo. Por ejemplo, alguien debe ser garante de seguridad respecto de su propio comportamiento riesgoso (fuente o foco de peligro).

Atendiendo a las fuentes de peligro, que se originan dentro del área de dominio propio, existe por supuesto una *posición de garante de seguridad*. También pertenece al terreno de los garantes de seguridad, la persona que tenga la responsabilidad por la actuación de terceras personas. Por ejemplo, el Director de una Escuela Primaria, con relación al comportamiento de los niños, es garante de seguridad.

- a) **Garantes de cuidado por asunción:** La figura "*garante de cuidado*", es observable también por "*asunción*"; es decir, que es garante de cuidado la persona que *asume* ("asunción") voluntariamente un deber de cuidado frente a una persona en peligro o frente a un tercero en provecho de dicha persona.
- b) **Garantes de seguridad en los delitos de omisión:** Generalmente se admite que, siendo por ejemplo **a** y **b** dos sujetos plenamente responsables, el sujeto **a** no debe responder por *no evitar* el delito que el sujeto **b** hubiera cometido; sin embargo, como bien dice Enrique Gimbernat, de existir en aquella relación (entre el sujeto **a** y el sujeto **b**) un *deber de garante* en el sujeto **a**, que lo obligue a la *evitación* del hecho delictivo de **b**, y no lo evita, entonces, el sujeto **a** debe responder por el delito de omisión impropia.¹⁶⁷
- c) **Posición de garante sobrevenida por injerencia:** Existe injerencia cuando a un sujeto le sobreviene alguna *posición de garante* concreta, con motivo de su actuar precedente doloso o culposo. En los casos de injerencia (por ejemplo en deberes de auxilio) se observa que se trata más bien de deberes que pertenecen al rol de aquellos sujetos que han asumido alguna libertad de organización.¹⁶⁸ Los casos de injerencia bien pueden ser ejemplificados conforme al siguiente caso: la imprudencia de un sujeto **a**, trae la lesión o puesta en riesgo del bien jurídico perteneciente a la persona **b**, situación por la que el sujeto **a** deberá *—por su injerencia—* auxiliar o socorrer al sujeto **b**.

¹⁶⁶ Kaufmann, Armin, citado por Hans-Heinrich Jescheck, en: "*Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del derecho comparado*", tr. José Luis Manzanares Samaniego, en: *Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, pp. 84, 85, 86 y ss.

¹⁶⁷ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Ensayos Penales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 115.

¹⁶⁸ Jakobs, Günther, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Op. cit., p. 102.

Más concretamente, el que imprudentemente dispara a alguien, desde luego, debe auxiliario, o cuando menos eso se espera por haber tenido *injerencia* en el riesgo desafortunado que provocó. Evidentemente, en los casos de injerencia el entonces omitente de su deber de salvamento (deber sobrevenido por injerencia) no responderá ya por su mera imprudencia, sino que precisamente deberá responder por su posterior omisión; esto es, responderá por *el delito de omisión dolosa*.¹⁶⁹

En definitiva, quien infringe su deber sobrevenido por su propia injerencia en la lesión o riesgo de algún bien, a sabiendas de ello, responderá por su posterior omisión dolosa. Así por ejemplo Sánchez-Vera Gómez-Trelles comenta el siguiente supuesto: "Z empuja a S a una piscina sin advertir que éste no sabe nadar; cuando S pide ayuda, Z omite el salvamento. Se condena a Z por un delito de comisión por omisión doloso."¹⁷⁰

4.4. Ejemplos: Problema uno: El encargado de una expedición de alpinismo decide disfrutar del paisaje de las montañas en tanto que delega a su alumno más aventajado la función de alistar el equipaje de sus demás compañeros. El hecho fue que uno de los alpinistas sufrió considerables fracturas craneales debido a que no contaba con todas las herramientas necesarias para escalar.

Previo a la solución del problema, hay que decir que los casos de injerencia bien pueden ser ejemplificados conforme al siguiente supuesto:

Una persona dispara imprudentemente su revolver, el tiro alcanza el abdomen de un transeúnte. Entonces, la persona que con su descuido tuvo injerencia en las lesiones del transeúnte, debe —en ese momento— auxiliario; así, este deber de auxilio se dice que sobreviene por injerencia.

Ahora imagínese que la persona que imprudentemente disparó su revolver no auxilia al transeúnte. En este caso, **la persona que por injerencia estaba especialmente obligada a prestarle auxilio al transeúnte, ya no responderá por su acción imprudente de disparar el revolver, sino que más bien ha de responder por su posterior omisión dolosa, consistente en no auxiliar al transeúnte.**

Evidentemente, en los casos de injerencia el entonces omitente de su deber de salvamento (deber sobrevenido por injerencia) no responderá ya por su mera imprudencia, sino que precisamente deberá responder por su posterior omisión; esto es, responderá por *el delito de omisión dolosa*.¹⁷¹

Es de advertirse cómo en estos casos la acción culposa inicial no puede abarcar el título de imputación, pues en ninguno de los supuestos anteriores se responde por "una acción culposa" (de disparar el revolver o de aventar a alguien a una piscina ignorando si sabe o no nadar), sino en razón de no haber prestado el auxilio al que se

¹⁶⁹ Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, Intervención Omisiva, Posición de Garante y Prohibición de Sobrevaloración del Aporte, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colombia, 1997, p. 97.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 98.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 97.

estaba especialmente obligado por injerencia, el título de imputación es entonces el de *comisión por omisión dolosa*.

Al respecto, el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, especifica:

"Artículo 157. Al que después de lesionar a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere pudiendo hacerlo, se le impondrá de quince a sesenta días multa, independientemente de la pena que proceda por el o los delitos cometidos."

Se observa que la omisión de auxilio regulada en el artículo citado requiere como conducta precedente una lesión culposa o fortuita. Por otro lado, para los casos antes mencionados, debemos buscar la forma de atribuir el resultado con base en las reglas de la comisión por omisión.

Por último, para responder al primer problema, según el cual un maestro de alpinismo delega su función protectora a un alumno, presentándose el caso en que el descuido del alumno propicia la lesión de un alpinista, desde luego que no se responsabilizará al alumno y sí al encargado directo, pues sobre él recae la *posición de garante de cuidado*.

Problema dos: En cuanto al padre de familia que al regresar de vacaciones no conduce con precaución, y choca el automóvil precisamente en el poste de un semáforo, por lo cual su esposa muere y resultan con lesiones graves sus dos hijos: ¿debe responder penalmente por el descuido?

Es interesante lo que al respecto señala el artículo 139 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal:

"Artículo 139. No se impondrá pena alguna a quien por culpa ocasione lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente o descendiente (...) salvo que el agente se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que se diere a la fuga y no auxiliare a la víctima."

La anterior es una decisión político-criminal del legislador y su explicación puede ser razonable, pues el conductor, además de estar destrozado moralmente por lo que le ocasionó a su familia, imponerle una pena en tales condiciones, desde el punto de vista preventivo, sería innecesario.

Problema tres: Una pareja termina por embriagarse cuando festeja el cumpleaños de su hijo. En la cocina de la casa los esposos entran en discusión por motivo de celos. El menor hijo sale al patio, pasa desapercibido para los invitados, cae en la cisterna, y se ahoga.

Penalmente deben responder los padres por homicidio culposo. El artículo 139 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal no se les puede aplicar, debido principalmente al notorio estado de ebriedad en que se encontraban los esposos.

Problema cuatro: ¿Tiene responsabilidad penal el encargado de una excursión cuando uno de los niños se aparta del grupo y se extravía?

Evidentemente sí, pues el encargado de la excursión es *garante del cuidado* de los excursionistas. La situación fuera diferente cuando, igualmente en una excursión, se tratara de jóvenes, y uno de ellos se expusiera a sufrir una lesión actuando a propio riesgo, por ejemplo que desatara las medidas de protección al subir una montaña. En otro caso, también debe responder por ser garante del cuidado de los alumnos, el maestro de natación que atiende a otras personas, mientras que un niño de sus alumnos se ahoga.

Problema cinco: La Directora de un Centro Educativo Preescolar (Kinder), autoriza a los maestros y maestras para que cada inicio de semana realicen los honores a la bandera en la calle, siendo esta una *calle cerrada* en donde también hay un taller mecánico; pronto, el dueño del taller mecánico, al ver obstaculizado su derecho de paso en automóvil, le solicita a la Directora que de esa manera no exponga a los niños al libre tránsito de vehículos, y que le permita pasar. La Directora, no obstante, ordena que los honores a la bandera se sigan realizando cada lunes en la calle.

Luego de un año y de constantes discusiones entre el mecánico y la directora, estándose realizando los honores a la bandera en la calle, el vecino solicita a la Directora para que inmediatamente le deje transitar con su camioneta, la Directora se niega. El vecino, fastidiado, aborda su camioneta Pick-up, retrocede un poco para impulsarse, y con el acelerador a fondo, atropella a un grupo de niños, maestros y padres de familia. En ese acto, dos niños perdieron la vida, y veinte personas resultaron lesionadas, entre ellas la Directora del Kinder.

Es clara la responsabilidad penal del mecánico. En cuanto a la Directora, ella debió *garantizar la seguridad* de los niños. En este sentido, técnicamente, la Directora es un *sujeto garante de seguridad*, pues **los sujetos garantes de seguridad se caracterizan por su deber de mantener controlada una cierta fuente de riesgo**; y la Directora, en este caso, lejos de mantener controlada la fuente de riesgo, elevó los niveles del riesgo permitido, pues por un lado sacó a los niños a la calle y por el otro evadió las advertencias del mecánico. Por su puesto, **aunque la camioneta se hubiera quedado sin frenos en un accidente, de cualquier manera la Directora tendría que responder debido al riesgo al que sometió a los niños.**

En relación con lo anterior, es importante decir que también pertenecen al terreno de los *garantes de seguridad*, las personas que tenga la responsabilidad por la actuación de terceras personas.

Esto es, si en el caso anterior uno de los niños se aparta de las filas y en otra calle lo atropellara una camioneta, la Directora del Kinder, dado que es garante de seguridad con relación al comportamiento de los niños, también debe responder penalmente.

5. La posición de garante y la responsabilidad por productos defectuosos: Casos hay en que un artículo es puesto al mercado para su consumo, y posteriormente dicho producto se vuelve peligroso o perjudicial para los consumidores. En estos casos, enseña Klaus Tiedemann, la posición de garante de

quien debe retirar el producto defectuoso del mercado, puede fundamentarse sobre la injerencia cuando la distribución del producto en el mercado haya sido antijurídica; es decir, contraria a las normas de diligencia y, por tanto, imprudente.¹⁷² Pero, siguiendo en todo a Tiedemann, más grave y difícil es la determinación de la posición de garante cuando según las normas vigentes, incluso las normas no escrita de diligencia profesional, la producción y la venta del producto no pueden ser consideradas antijurídicas (imprudentes).¹⁷³

6. Ejemplos: Problema uno: ¿En qué consiste la posición de garante sobrevenida por injerencia?

Como se verá, existe **injerencia** cuando al autor le sobreviene una cierta posición de garante que deriva de su comportamiento precedente, tal comportamiento precedente puede ser realizado dolosa o culposamente.¹⁷⁴

Por ejemplo, Alfredo conduce un vehículo automotor y provoca lesiones graves a un transeúnte.

En el supuesto anterior, le sobreviene al conductor una posición de garante que consiste en el deber de prestar auxilio a la persona lesionada.

Es claro que del comportamiento precedente de Alfredo, deriva muy especialmente el deber de prestar auxilio a la persona atropellada, de modo que si Alfredo se fuga desatendiendo dicho deber (dejando a su víctima en un desprohñado), entonces responderá, en su caso, por el delito de **homicidio doloso cometido en forma de comisión por omisión**, y no precisamente por la conducta **culposa** de atropellamiento.

Por otra parte, el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 157, establece lo siguiente:

"Artículo 157. Al que después de lesionar a una persona culposa o fortuitamente no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere pudiendo hacerlo, se le impondrá de quince a sesenta días multa, independientemente de la pena que proceda por el o los delitos cometidos."

Una posición de garante igualmente puede sobrevenir cuando el autor **asume** como propio el cuidado de una determinada situación de riesgo.

Por ejemplo, si una persona se acomide a dirigir a un ciego hasta un determinado punto de la ciudad, y luego lo abandona precisamente en el cruce de una avenida, entonces, considerando que el autor **asumió** el deber de cuidado sobre el ciego, deberá responder penalmente por su deber **asumido**.

¹⁷² Tiedemann, Klaus, "*Parte general del Derecho penal económico*", Op. cit., p. 19.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 19.

¹⁷⁴ Quintino Zepeda, Rubén, *Diccionario Básico de la Ciencia Penal Moderna*, Edición privada, México, 2001, p. 68.

En el supuesto anterior se verifica que un deber de garante (**por asunción**) sobreviene al autor cuando asume como propio el cuidado de una determinada situación de riesgo.

Según el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en la parte conducente del artículo 16, establece:

"Artículo 16. En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

(...)

I Es garante del bien jurídico;

II De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y

III Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

a) Aceptó efectivamente su custodia;

b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;

c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o

d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o la integridad de algún miembro de su familia o de su pupilo."

Del artículo citado se deduce que un resultado típico-material será atribuido a la omisión del autor, cuando se demuestre que en el caso concreto el autor *podía* y *debía* evitar el resultado material.

Para saber si una persona **podía** o no evitar un resultado material, es preciso realizar un *juicio hipotético*, y "demostrar" que el sujeto, mediante un curso causal a su alcance, para él disponible, hubiera podido evitar el resultado típico material. En cambio, para saber si una persona **debía** o no evitar el resultado típico-material, es necesario saber si la persona tenía dicho deber de evitación.

Problema dos: ¿Cómo se demuestra el deber de evitación en los delitos de omisión?

El **deber de evitación** se demuestra cuando se constata que el autor es garante del bien jurídico tutelado. Y se es garante de un bien jurídico, según el nuevo Código Penal para el Distrito Federal: cuando se hubiera aceptado la custodia del bien jurídico tutelado; cuando voluntariamente el autor se integre a una comunidad que afronta

peligros de la naturaleza; cuando con una actividad precedente, culposa o fortuita, el autor genere un riesgo para el bien jurídico; o, cuando el autor se halle en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida o la salud de algún miembro de su familia o de algún pupilo.

Desde luego, si una persona acepta la custodia de un bien jurídico, entonces esa persona es garante del cuidado de dicho bien. Aquí aparece la figura jurídica que se conoce como **garante de cuidado**.

Por ejemplo, si una persona voluntariamente acepta formar parte una organización que afronta peligros propios de la naturaleza, tal persona se convierte en garante, y debe procurar salvar los bienes jurídicos puestos en peligro, por su puesto, hasta donde sea posible o razonable.

Si con una actividad culposa se generó un riesgo para un bien jurídico, al autor le sobreviene un deber de salvamento, es decir, un deber de evitar la concreción del riesgo que culposamente él provocó. Por ejemplo, si una persona corre por las orillas de una alberca, y se percató que por ello, con un choque, un niño perdió el equilibrio y cayó en el agua, entonces, la persona que corría debe evitar que el niño se ahogue. Con mucho más razón el autor estaría obligado a evitar la concreción del riesgo si dolosamente hubiera aventado al niño a las profundidades de la alberca.

Como se puede constatar, el nuevo Código Penal para el Distrito Federal también fundamenta el deber de garante cuando el autor, a partir de una *actividad fortuita precedente* generó un riesgo para un bien jurídico; si en este sentido se interpreta el artículo anteriormente citado, la fundamentación de un deber de garante puede ser discutible, comenzando por que en ocasiones una actividad fortuita puede ser para el autor insospechada, y quizá, por carecer completamente de voluntad dicha actividad, ni siquiera sea posible calificarla como "conducta del autor".

Pero, si luego de una "actividad fortuita" el autor se percató que provocó un riesgo para un bien jurídico, entonces, debe evitar la concreción del riesgo.

Por último, es *garante especial* la persona que se halla en una concreta posición de custodia respecto de algún miembro de su familia, o respecto de un pupilo.

Respecto del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, y en cuanto a la omisión se refiere, se advierte que:

- a) El nuevo Código Penal para el Distrito Federal expresamente reconoce las posiciones de garante sobrevenidas tanto por **injerencia** como por **asunción**.
- b) Igualmente, el citado Código reconoce la clasificación de los deberes de garante en: *garantes de cuidado* y *garantes de seguridad*.
- c) Finalmente es correcto que el nuevo Código Penal equipare **en su eficacia** la conducta por acción y la conducta por omisión.

7. Comentarios generales:

1. Actualmente se produce el movimiento de emplear en la comisión, las categorías de la omisión, pues se tiene conciencia de que lo decisivo ya no es la simple causación (lo fáctico), sino la imputación (lo normativo).
2. Una *posición de garante* determinada es la que resuelve normativamente el problema de la causalidad en los delitos de omisión. Y los *garantes de cuidado* son los que deben cumplir una determinada función protectora en atención a cierto bienes jurídicos
3. Existe una posición de garante cuando se espera de un sujeto la realización de ciertas expectativas; así, se responde por el no ejercicio de una posición de garante, cuando no se evita el quebrantamiento de la norma.
4. Los *garantes de seguridad* se caracterizan por su deber de mantener controlada una específica fuente de riesgo.
5. Es garante de cuidado la persona que *asume* voluntariamente un deber de cuidado frente a una persona en peligro o frente a un tercero en provecho de dicha persona.
6. La expresión: "actividad fortuita" (sic) precedente, a la que alude el artículo 18 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, es una expresión confusa, e incluso se puede llegarse a fundamentar, conforme a dicha expresión, una contradicción con respecto al principio de culpabilidad, toda vez que el autor respondería por el sólo resultado.

Tipicidad: 1. La tipicidad como categoría jurídico-penal. 1.1 La tipicidad en el sistema causalista. 1.2. La tipicidad en el sistema finalista del delito. 1.3. La tipicidad en el sistema funcionalista. 2. El tipo objetivo. 2.1. La calidad de garante como elemento del tipo (caso particular del término "relación de pareja permanente"). 2.2. Funciones del tipo objetivo. 2.3. Cuerpo del delito. 2.4. El tipo objetivo y la imputación objetiva. 3. El tipo objetivo en delitos dolosos y en los delitos culposos. 4. El tipo subjetivo. 4.1. Elementos del tipo subjetivo. 4.2. Elementos subjetivos del injusto. 4.3. El dolo. 4.4. El dolo y el tratamiento dogmático del error de tipo. 4.5. Ejemplos de algunas clases de error. Problema uno. 4.6. El dolo y la causación del resultado. 5. La doble posición del dolo. 5.1. Fundamentación de la doble posición del dolo en el sistema funcionalista. 6. El tipo culposo. 6.1. Culpa consciente y culpa inconsciente. 6.2. La culpa y el resultado material. 6.3. Imprudencia dirigida e imprudencia no dirigida. 6.4. Concurrencia de culpas e imputación objetiva. 7. Elementos normativos del tipo. 7.1. Delimitación entre los elementos objetivos y los elementos normativos del tipo penal. 7.2. El error de subsunción como error sobre los elementos normativos del tipo penal. 8. El dolo y la culpa, conforme a la solución de casos prácticos. 9. El bien jurídico. 9.1. El bien jurídico y el objeto de la acción. 9.2. El bien-jurídico desde la perspectiva del funcionalismo sistémico-normativista. 9.3. El nexo causal. 9.4. Error sobre el nexo causal. 9.5. El nexo causal en sentido estricto. 9.6. Ubicación sistemática del nexo causal. 9.7. La causalidad, conforme a casos prácticos. 9.8. El nexo de causalidad en la omisión. 9.9. La desviación del curso causal. 10. El resultado. 10.1. El resultado en el sistema normativista. 10.2. El desvalor de resultado y el desvalor de la acción. 11. Comentarios generales.

1. La tipicidad como categoría jurídico-penal: La tipicidad fue reconocida por vez primera en el sistema penal por Ernest von Beling, en 1906.

1.1 La tipicidad en el sistema causalista: El Derecho penal causalista sólo conocía lo que ahora denominamos tipo objetivo, el tipo subjetivo lo ignoraba. Para el sistema causalista el tipo sólo tenía la función objetivo-descriptiva de la acción prohibida. El tipo así concebido no podía estar viado a elementos subjetivos como lo son el dolo y la culpa.

Para el causalismo, el tipo penal no desempeña una función indiciaria de la antijuridicidad, sino que se puede identificar con ella. Esta postura más tarde desembocó (en la etapa del así llamado causalismo-valorativo) en la *teoría de los elementos negativos del tipo*, igualmente compatible con la *teoría del dolo*, misma teoría que extiende el elemento cognoscitivo del dolo hasta el conocimiento de la antijuridicidad. En menos palabras, **el causalismo consideró a la tipicidad como razón esencial de la antijuridicidad**, lo cual implicó una *teoría de los elementos negativos del tipo* y una *teoría del dolo*, teorías estas que prolongan el alcance del dolo hasta el conocimiento de la antijuridicidad.

1.2. La tipicidad en el sistema finalista del delito: El sistema finalista establece que el tipo penal desempeña una función indiciaria de la antijuridicidad¹⁷⁵ (*ratio cognoscendi*), pero, en cambio, no se puede identificar con ella (*ratio essendi*).¹⁷⁶ Esto repercute, según considero, para comprender que el dolo no abarca el conocimiento de la antijuridicidad, sino que el dolo comprende —únicamente— *el conocimiento del sentido típico*. Desde este punto de vista el finalismo superó la teoría del dolo y la teoría de los elementos negativos del tipo. Dicho avance significó el hecho de que, actualmente, el error de prohibición sea analizado en el nivel de la culpabilidad y no en el tipo penal, como quería el causalismo.

Efectivamente, conforme a la teoría causalista, dado que el conocimiento de la antijuridicidad pertenece al dolo, por tanto, el error sobre el conocimiento de la antijuridicidad significaba un error en el dolo del autor (error de tipo). Sin embargo, como se ha mencionado, frente a la teoría del dolo se impuso la teoría de la culpabilidad, la cual entiende que el conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad y no al dolo.

1.3. La tipicidad en el sistema funcionalista: Por su relevancia, es conveniente recordar el carácter funcional de que Roxin dotó a las categorías jurídico-penales a través de la influencia de la política criminal:

Pues bien, siguiendo a Claus Roxin, **los tipos penales (en concreto la tipicidad) sirven a la realización del principio *nullum crimen***, mientras que la antijuridicidad coincide con el sector de las soluciones sociales a los conflictos dados, en cambio la culpabilidad tiene que ver con el problema valorativo hasta qué punto conviene una sanción penal, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, así como los criterios de prevención general y prevención especial.¹⁷⁷

Entre las observaciones hechas a Claus Roxin, en el campo de la tipicidad, encontramos la que formula Schönemann, quien al coincidir con Amelung, entiende que **la determinación de la finalidad del tipo a partir del principio *nullum crimen* es demasiado formal**, y que, a su vez, en cuanto a la antijuridicidad, es demasiado inconcreto deducir las causas de justificación a partir de la idea de la solución social de conflictos. Más bien en ambos casos —continúa Schönemann— **se trata de determinar lo jurídico-penalmente injusto, y, con ello, las acciones especialmente lesivas desde el punto de vista social, para lo cual la diferenciación entre tipicidad y causas de justificación únicamente posee un significado heurístico y técnico.**¹⁷⁸

¹⁷⁵ La tipicidad es indicio de antijuridicidad. Franco Guzmán, Ricardo, *Delito e Injusto*, Médico, 1950, pp. 55 y 173.

¹⁷⁶ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 49.

¹⁷⁷ Roxin, Claus, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, tr. Francisco Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1972, pp. 40 y 41.

¹⁷⁸ Schönemann, Bernd, "La función de la delimitación de injusto y culpabilidad", tr. Carlos Suárez González, en: *Fundamentos de un Sistema Europeo de Derecho Penal*, Op. cit., p. 221.

2. El tipo objetivo: El tipo objetivo es la descripción de la conducta prohibida por la norma.

2.1. La calidad de garante como elemento del tipo (caso particular del término "relación de pareja permanente"): El nuevo Código Penal para el Distrito Federal regula —sin definir en qué consiste— la relación de pareja permanente. Se sabe, atendiendo al artículo 209 del mismo Ordenamiento, que la relación de pareja permanente es la que está ligada por "*algún vínculo*"; esta imprecisión del nuevo Código Penal presenta especiales dificultades en tratándose por ejemplo del "homicidio en relación al parentesco".

La dificultad es tal, en tanto que el término "relación de pareja permanente" ha sido insertado de tal modo que la privación de la vida de una persona con la que tiene un *vínculo de parentesco*, y la privación de la vida de una persona con la que se tiene "*algún vínculo*" (relación de pareja permanente), siempre que el autor tenga conocimiento de dicha relación, responderá bajo la figura jurídica que generalmente se denomina: "*homicidio en relación al parentesco*".

Cabe preguntar si la figura que se conocía como "*homicidio en relación al parentesco*" queda plenamente acreditada si se priva de la vida a una persona con la que se tiene una relación de pareja permanente. Dicho de otra manera: ¿la relación de pareja permanente implica un vínculo de parentesco?

Como se observa, es preciso que el legislador defina el término "relación de pareja permanente".

Sin embargo, debe aclararse que la **función político-criminal del homicidio en relación al parentesco, no tiene por qué depender de lo que en sentido estricto significa el parentesco en las áreas civil y familiar.**

Esta idea es compatible con lo regulado en el artículo 139 del nuevo Código Penal, en que se dice que: "No se impondrá pena alguna a quien por culpa ocasione lesiones u homicidio...**cuando entre el agente y el pasivo exista relación de pareja permanente, amistad o de familia...**".

El precepto anterior tiene la naturaleza de una excusa absolutoria, excusa absolutoria cuya finalidad político-criminal —en el anterior Código Penal— estaba limitada a una relación de parentesco, ya que no se contemplaba que dicha excusa absolutoria fuera operante cuando entre el agente y el pasivo existiera una relación de pareja permanente, o bien, una relación de amistad.

Como se ha dicho, aquí mantengo la idea en el sentido de que **las finalidades político-criminales no dependen del significado estricto de los conceptos pertenecientes a otros ámbitos, civil o familiar por ejemplo.**

Esto es, no se debe argumentar que: es improcedente la exclusión o la agravación de una pena debido a que, en el caso concreto, se resquebrajaría el concepto civil de parentesco. Tal argumento sería inapropiado, en atención a que las finalidades

político-criminales que el legislador penal estimó como apropiadas, atendiendo a la autonomía del Derecho penal, no están subordinadas a otras áreas.

Desde luego, con lo anterior no se quiere decir que el legislador penal haya hecho bien al omitir el significado del término "relación de pareja permanente", por el contrario, **lo que se quiere decir es que el legislador penal debió definir dicho término inclusive a pesar de que tal definición representara o no una excepción a lo que civilmente se entiende por parentesco.**

Por otro lado sorprende el artículo 126 del nuevo Código Penal, pues establece que: "Cuando la madre prive de la vida a su hijo dentro de las veinticuatro horas siguientes a su nacimiento, se le impondrá de tres a diez años de prisión, el juez tomará en cuenta las circunstancias del embarazo, las condiciones personales de la madre y los móviles de su conducta."

Sorprende el artículo anterior porque no se expresa ninguna razón por la cual se atenúa considerablemente la pena a la madre desnaturalizada que priva de la vida a su hijo, dentro de las veinticuatro horas siguientes al nacimiento del mismo.

Si el legislador establece que "el juez tomará en cuenta las circunstancias del embarazo", así como "las condiciones personales de la madre y los móviles de su conducta", ni con ello se comprende por qué, a pesar de la estimación del juez se debe reducir considerablemente la pena de la mujer desnaturalizada que priva de la vida a su hijo.

2.2. Funciones del tipo objetivo: Es relevante la afirmación que hace Sancinetti al decir que la distinción entre dolo y culpa ocurre ya en el tipo objetivo, y no depende del dato especial del tipo subjetivo. En fin, **la primera función del tipo objetivo precisamente consiste, para decirlo con palabras de Sancinetti, en: fijar el marco del tipo subjetivo,** y —como advertencia— no hay modo de renunciar a la consideración del tipo objetivo como marco de referencia del dolo.¹⁷⁹

Entonces, la primera función del tipo objetivo, conduce a reconocer que lo subjetivo de una acción típica necesariamente se dirige al tipo objetivo, pues el tipo objetivo contiene —por así decirlo— el objeto de la representación del tipo subjetivo.

Siguiendo a Sancinetti, **en la segunda función del tipo objetivo de lo que se trata es de corroborar, si en el mundo exterior al autor, se presentan efectivamente los elementos del tipo objetivo.** Sin embargo, en atención a que el resultado del hecho no puede agregar ninguna dosis de desvalor de la creación de un riesgo no permitido —según Sancinetti—, y dado que el tipo objetivo contiene el riesgo desaprobado, entonces, **la primera función del tipo (la determinación del dolo) es el verdadero fundamento del delito.**¹⁸⁰

¹⁷⁹ Por otra parte precisa Marcelo Sancinetti que el tipo objetivo aparece como un requisito *previo* al tipo subjetivo. Marcelo Sancinetti. Subjetivismo e Imputación Objetiva, Op. cit., pp. 115, 116, 117, 118 y ss.

¹⁸⁰ *ibidem*, p. 118.

Lo que en todo caso queda claro, es que el **tipo subjetivo no se concibe con independencia del tipo objetivo, sino que depende conceptualmente de este último.**

2.3. Cuerpo del delito: El cuerpo del delito indica los elementos objetivos a los que alude el tipo con su descripción del mandato o prohibición regulados.

En nuestra legislación actual, el cuerpo del delito al que refieren los Códigos procedimentales del Distrito y de la Federación son diferentes; y, ni siquiera, el concepto de cuerpo del delito anterior a las reformas constitucionales de 1993, coincide por ejemplo con el cuerpo del delito que se precisa en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

2.4. El tipo objetivo y la imputación objetiva: La teoría de la imputación objetiva (ubicada en el tipo objetivo) ha demostrado por qué el tipo objetivo no culmina con la sola demostración fáctica de la relación: *comportamiento-resultado*; además hacen falta ciertos criterios normativos que determinen si un tal riesgo, o un resultado lesivo, deben ser o no atribuidos a una persona.

3. El tipo objetivo en delitos dolosos y en los delitos culposos: Enseguida la pregunta que se plantea Marcelo Sancinetti: acerca de si el tipo objetivo es el mismo para el hecho doloso que para el hecho culposo, ello para distinguir entre dolo y culpa.

Para responder a la pregunta antes formulada, de acuerdo a Sancinetti, se tendría que especificar que el tipo objetivo de un hecho doloso y el tipo objetivo de un hecho culposo, no son equiparables debido a la falta, en este último, de la concreción del riesgo en el resultado.¹⁸¹

Hay que manifestar que para el autor en cuestión, la diferencia entre dolo y culpa, se determina según la medida que se tenga del riesgo desaprobado. Todavía con más certeza: la diferencia entre dolo y culpa, depende de la medida que se tenga respecto del riesgo prohibido que determinado autor debió asumir como probable. Esto mismo queda claro, si se sabe que para Sancinetti, el desnivel entre dolo y culpa depende de la diferente entidad de riesgo *ex ante*.

4. El tipo subjetivo: A pesar de que en la segunda mitad del siglo XIX había sido utilizada la expresión "tipo subjetivo", con ello se había querido hacer referencia a toda clase de elementos subjetivos del delito.¹⁸² Como se ha dicho, la tipicidad apareció como categoría jurídico-penal en 1906, pero la tipicidad entonces cumplía con una función objetivo-descriptiva de la conducta prohibida. Sólo hasta que el dolo fue definitivamente trasladado a la categoría de la tipicidad, sólo entonces, la tipicidad se bifurcó en *tipo objetivo* y *tipo subjetivo*; tal fue el mayor logro del finalismo.

¹⁸¹ Loc. cit.

¹⁸² Sacher de Köster, Mariana, Evolución del Tipo Subjetivo, Op. cit., p. 13.

4.1. Elementos del tipo subjetivo: Evidentemente el dolo está contenido en el tipo subjetivo, pero el dolo debe estar dirigido hacia el sentido de la descripción típica objetiva. Igualmente pertenecen al tipo subjetivo: la culpa y los elementos subjetivos del injusto.¹⁸³

4.2. Elementos subjetivos del injusto: Se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos.¹⁸⁴ Con el descubrimiento de los elementos subjetivos del delito, la antijuridicidad dejaba de considerarse bajo aspectos únicamente objetivos. **Los elementos subjetivos del injusto tienen su ubicación sistemática dentro del tipo subjetivo, pues exigen cierto conocimiento por parte del autor.**

Con base en el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto, Mezger¹⁸⁵ clasificó los delitos en:

- a) Delitos de intención;
- b) Delitos de tendencia; y,
- c) Delitos de expresión.

El robo es un ejemplo clásico de **delitos de intención**, pues el robo es tal, sólo si existe intención de apropiarse antijurídicamente de la cosa.

En cuanto a los **delitos de tendencia**, se tiene que por ejemplo la palpación de órganos genitales, para satisfacer o no los injustos sexuales, la acción aparece como expresión de una tendencia subjetiva del autor.

Y referente a los **delitos de expresión**, por ejemplo en los casos de declaración falsa, la acción se pone de manifiesto como expresión de un proceso o estado interno y psíquico, del autor, de tal manera que si no se compara el suceso externo con su aspecto psíquico del autor, no se puede juzgar terminantemente acerca de la antijuridicidad y de la tipicidad.

4.3. El dolo: Actúa dolosamente el sujeto que pretende la realización de un hecho típico a través de un comportamiento peligroso.¹⁸⁶ **Lo que tiene que conocer el sujeto para actuar dolosamente es el *sentido* del tipo objetivo.**¹⁸⁷

- a) **Dolo directo:** Actúa con dolo directo el sujeto que *quiere* y, según su *conocimiento*, tiene como segura la realización del sentido del tipo objetivo. El

¹⁸³ Márquez Piñero, Rafael, Derecho Penal, Parte General, Ed. Trillas, México, 1991.

¹⁸⁴ Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Op. cit., p. 68.

¹⁸⁵ Mezger, Edmundo, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 136 y ss.

¹⁸⁶ Woiter, Jürgen, "Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*", en: El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Op. cit., p. 113.

¹⁸⁷ Puppe, Ingeborg, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", tr. Manuel Cancio Meliá, En El Error en el Derecho Penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 79.

dolo directo requiere un conocimiento de saber o tener como *seguro* el resultado típico.¹⁸⁸

- b) **Dolo directo de primer grado:** Consiste en conocer y querer el sentido de la realización típica.
- c) **Dolo directo de segundo grado:** Cuando el autor no quiere directamente una consecuencia que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende.¹⁸⁹
- d) **Dolo eventual:** El dolo eventual se define como el "tomar como viene" o "conformarse con" la realización de los elementos del tipo penal.¹⁹⁰ Es decir, el dolo eventual requiere un conocimiento de saber o tener *como posible* la realización del tipo penal.
- e) **Dolo de hecho:** El dolo de hecho se define como el *saber y querer realizar el tipo penal*, sin incorporar el elemento (adicional) de *conocimiento de la antijuridicidad*.¹⁹¹ El dolo de hecho es un *dolo natural*, desprovisto de la conciencia de antijuridicidad del autor.

4.4. El dolo y el tratamiento dogmático del error de tipo: Tratándose de un error de tipo vencible, se excluye el dolo y permanece subsistente la punibilidad por culpa. Esta conocida fórmula ahora es fundamentada por razones político-criminales, y no —como quería el finalismo— con base en estructuras lógicas-objetivas.

Claus Roxin, quien encabeza la inclusión de la política criminal en la dogmática del sistema penal, se ha pronunciado del siguiente modo: "me interesa señalar que las llamadas teorías del error únicamente pueden fundamentarse en la teoría de los fines de la pena."¹⁹²

Varias veces he referido la incongruencia respecto de la cual, nuestra legislación penal condiciona la punibilidad de un error de tipo vencible, precisamente cuando del delito del que se trate dicho error admita ser configurado de manera culposa; en tanto no se cumpla esta condición: ¿dicho error de tipo vencible sobre un delito que no revista la forma culposa de comisión, quedará impune?

4.5. Ejemplos de algunas clases de error: Problema uno: En cuanto al error de tipo: Un sujeto **a**, con la intención de matar a su hermano **b**, le propina veinte garrotazos en la cabeza; y creyéndolo muerto, lo arroja al río con el propósito de ocultar el cadáver. La necropsia demuestra que el sujeto **b** murió por ahogamiento, y no por los golpes recibidos.

¹⁸⁸ Schöne Wolfgang, "La protección del hombre en el mundo moderno (algunas consideraciones sobre el papel del Derecho penal)", Op. cit., p. 56.

¹⁸⁹ Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Op. cit., p. 63.

¹⁹⁰ Schünemann, Bernd, en: El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales. Op. cit., p. 25.

¹⁹¹ Schöne, Wolfgang, "La protección del hombre en el mundo moderno (algunas consideraciones sobre el papel del Derecho penal)", Op. cit., p. 56.

¹⁹² Roxin, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Op. cit., p. 71.

Un sector importante de la doctrina resuelve este problema, alegando que se trata de un error de tipo, es decir, un error en el dolo del autor, puesto que, se piensa, cuando el sujeto *a* quería matar a su hermano *b* (con los garrotazos), no lo mató, y cuando quería ocultar el cadáver (aventándolo al río), fue entonces que lo mató.

Sin embargo, el tema central del problema está en el curso causal (del tipo objetivo de homicidio). No estamos autorizados a eliminar el dolo que existe en el primer curso causal de la primera acción (veinte garrotazos que no logran privar de la vida a *b*). Por el contrario, debemos demostrar que el segundo curso causal (el de arrojar el supuesto cadáver al río) es también doloso, dado que constituye una ramificación necesaria del primer riesgo creado, y coincide con el resultado que, según el plan, se quería realizar.

Observando los dos cursos causales (acción de golpear con intención de matar, y acción de arrojar con intención de ocultar), por supuesto que el primero es doloso (planeado), y el segundo es un *curso causal real*, porque realmente en él se tiene la causa de la muerte (ahogamiento).

Sigue limitar y precisar, en qué momento se tendrá por equivalente un riesgo dolosamente creado con otro que tuvo realmente que suceder. Primero se requiere de una valoración ético-jurídica del Juez, que considerando el riesgo creado, probará si el bien jurídico respectivo cambió de un riesgo a otro sin haber condiciones objetivas de uno o de otro riesgo por la acción que dio origen al primero cuando a la luz de la razón se muestran equivalentes un riesgo planeado y un riesgo real (la equivalencia les llega porque además de coincidir con el propósito deseado, el segundo es determinado necesariamente por el primero), entonces, habremos de imputar el segundo riesgo (riesgo real) a título doloso.

A semejante resultado llega Claus Roxin¹⁹³ al aplicar su criterio de "la realización del plan", conforme tal criterio, cuando la desviación causal del hecho esté plenamente equiparada con el plan del autor, entonces la desviación causal no se tendrá por relevante y el dolo del plan se mantendrá intacto. Por el contrario, si la desviación del curso causal es suficientemente relevante como para diferir del plan original, tan sólo permanecerá la tentativa.

Jakobs, por su parte, indica que hay que partir del riesgo creado dolosamente por el autor y verificar la realización del riesgo, y concurrirá una ejecución dolosa del

¹⁹³ Igualmente Jürgen Wolter, al reconocer que es obligado que el riesgo real y el riesgo del plan sean "cualitativamente equivalentes" (objetivamente "adecuados al dolo"), pues el riesgo real debe venir ya establecido en el peligro del plan; plan puesto en práctica consciente y reprochable. En fin, Wolter concluye que: "... el riesgo doloso-idóneo propio del plan del autor, junto con el riesgo real, imputable en términos estrictamente objetivos y realizado en el resultado, dan lugar a un hecho doloso consumado (...) de modo que el riesgo real acaba imputándose de modo estrictamente objetivo". Wolter, Jürgen *Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus*", en: *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*, Op. cit., pp. 118-124.

resultado cuando el riesgo creado dolosamente por el autor (por sí solo o conjuntamente con otro riesgo) permita explicar el curso causal.¹⁹⁴

En cuanto al error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación: Problema uno: Es el caso en que discuten los cónyuges de un matrimonio, y estando la esposa en notorio estado de ebriedad, le da al esposo un verdadero sartenazo en la cabeza, debido a que el esposo la amenazó con una cuchillo **que de no haber estado ebria la señora se hubiera dado cuenta que el cuchillo era de plástico.**

El error sobre los presupuestos fácticos u objetivos de una causa de justificación implica que el autor no tenía conciencia sobre la antijuridicidad de su hecho. Y para verificar si en el momento concreto de la acción el autor tenía o no la falta de conciencia de antijuridicidad, en su caso, hay que entrar al juicio de evitabilidad, según el cual, se explicará si el autor *podía*, en la situación concreta de su acción, adquirir la conciencia de la antijuridicidad de su hecho.

En el caso planteado la *evitabilidad* del error es menos posible si la persona está ebria, de tal manera que un sujeto sobrio puede evitar con más facilidad un error, y por tanto, la conducta de la persona sobria puede ser más reprochable. Eso no quiere decir, por supuesto, que el Derecho penal tolere el comportamiento de los borrachos. Ocurre que el cónyuge cometió el descuido de bromear con una persona (su esposa) respecto de la que él podía advertir que **no estaba en condiciones de distinguir el sentido de una broma**, y que tampoco podía distinguir *el material con que estaba echo el cuchillo*, pues tal capacidad cognoscitiva estaba francamente disminuida en la persona de su cónyuge.

Todavía hay quienes resuelven el problema del error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación como si se tratara de un error de tipo. Ello se hace generalmente por quienes comparten la *teoría de los elementos negativos del tipo*. Pero, conforme a la *teoría de la culpabilidad*, hoy preponderante, el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación se resuelve del siguiente modo:

Conforme a la teoría de la culpabilidad, dado que los presupuestos fácticos de las causas de justificación no pertenecen al *tipo negativo* sino a las propias *causas de justificación*, entonces, el error sobre los presupuestos fácticos sobre una causa de justificación debe tratarse como un error sobre las causas de justificación en sí, esto es, como un *error de prohibición indirecto*, que afecta a la *culpabilidad* (y no al tipo) del sujeto que actúa erróneamente; tal afectación sobre la culpabilidad del autor puede generar la exclusión total de la pena (cuando el error es invencible) o la atenuación de la misma (cuando el error es vencible).¹⁹⁵

En cambio, conforme a la *teoría de los elementos negativos del tipo*, al considerar a los presupuestos objetivos de las causas de justificación como *elementos negativos del tipo*, trata al error sobre los mismos como un *error de tipo*, de tal manera que un

¹⁹⁴ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 357.

¹⁹⁵ Al respecto consúltese a Muñoz Conde, Francisco, "¿'Legítima' defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación", en Fundamentos de un Sistema Europeo del Penal, Op. cit., p. 187.

error (vencible) sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación tendría que excluir el dolo y dejar subsistente la punibilidad por culpa.

Una tal posición extendería con amplitud insólita el contenido del dolo, pues como reconoce Günther Jakobs: "Requerir en el hecho un conocimiento de la ausencia de todas las causas de justificación (es decir, de la parte negativa del tipo de injusto total) sería, sin embargo, aún cuando se considerarán los contenidos de conciencia sobre los que no se llega a reflexionar, no sólo psicológicamente absurdo, sino además imposible si se refiere a la *totalidad* de los tipos de justificación."¹⁹⁶

4.6. El dolo y la causación del resultado: Quien se comporta dolosamente conoce el sentido de los elementos del tipo penal, uno de tales elementos es *el nexa causal* conforme al cual el autor quiere provocar el resultado típico. Pues bien, **el dolo no requiere para su conformación el conocimiento exacto del concreto curso causal entre la acción y el resultado, el dolo del autor más bien está referido a crear las condiciones que, según la experiencia, serán determinantes para causar un resultado.**

5. La doble posición del dolo: Como se ha dicho antes: inicialmente la teoría de la doble posición del dolo fue presentada por Gallas, quien opinaba que el dolo se debía estudiar lo mismo para la integración de la tipicidad como para valorar el grado de culpabilidad del autor.

El dolo mantiene una doble posición, tanto en la tipicidad como en la culpabilidad. Los elementos cognitivos y los elementos volitivos del dolo pertenecen a la tipicidad; por su parte, los elementos emocionales del dolo pertenecen a la culpabilidad.

En fin, la teoría de la doble posición del dolo sostiene que los elementos cognitivos y los elementos volitivos del dolo (y para algunos autores solamente los elementos cognitivos) pertenecen a la tipicidad, mientras que otros elementos del dolo, los así llamados elementos emocionales del dolo, se sitúan por su parte en la culpabilidad.¹⁹⁷

5.1. Fundamentación de la doble posición del dolo en el sistema funcionalista: Del lado de la teoría teleológico-racional del Derecho penal, ha sido el mismo Claus Roxin¹⁹⁸ quien reconoce que **el dolo es esencial, por una parte, para el tipo porque sin él no se puede precisar, en la forma en que exige el Estado de Derecho, la descripción legal del tipo; y, que por la otra parte, es igualmente relevante el dolo para la culpabilidad, ya que debe limitar la forma más grave de la culpabilidad de la más leve (la culpa).**

¹⁹⁶ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 191.

¹⁹⁷ Silva Sánchez, Jesús María, en: "Introducción" a: El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Op. cit., p. 15.

¹⁹⁸ Roxin, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Op. cit., pp. 80 y 81.

6. El tipo culposo: La culpa generalmente se evalúa a partir de un *juicio normativo*, conforme al cual se dice que el autor culposo ha lesionado un *deber objetivo de cuidado*;¹⁹⁹ este deber objetivo de cuidado se quebranta igualmente cuando se demuestra que el sujeto, no obstante que estaba en condiciones para emitir un juicio de peligrosidad respecto de su propio comportamiento, ni siquiera conocía la exigencia del cuidado que infringe; he aquí la cercanía entre los casos de culpa y el tratamiento del error.

Claus Roxin, para explicar la culpa, ha referido que **no se puede separar la lesión del deber de cuidado y la imputación del resultado** [aquí vale preguntar hasta dónde depende un injusto culposo del resultado material]. Con lo anterior quiere decir Roxin, que en los casos de imprudencia, dada la necesidad de acreditar en ellos el *resultado típico*, la tipicidad objetiva es de nuevo relevante para la confirmación o no de la tipicidad.

En definitiva, para afirmar si en un caso concreto existe o no imprudencia (culpa), el juzgador no debe esperar hasta denotar el nivel de la culpabilidad; **si existe o no culpa, ello se debe decidir ya en la tipicidad (segundo nivel), y no en la culpabilidad (cuarto nivel)**. Lo anterior resulta lógico, pues como refiere Roxin: **supóngase que si en el cuarto nivel (la culpabilidad), por cualquier razón, no se acreditara ni dolo ni culpa, entonces, ese hecho, ya desde el segundo nivel tendría que ser atípico**. Bien ha dicho Claus Roxin: la culpa es un problema del tipo.

Estructura del delito culposo: Se compone de los siguientes requisitos:

- a) Una acción u omisión que infrinja la norma de cuidado (la infracción a la norma de cuidado acaece cuando la conducta se realiza sin el cuidado exigido y se elevan los niveles del riesgo permitido, creando un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico);
- b) La producción del resultado (imputación objetiva del resultado al autor); y,
- c) Haber querido realizar la conducta imprudente y la infracción al deber, y, a la vez, no haber querido el resultado producido.²⁰⁰

6.1. Culpa consciente y culpa inconsciente: En la culpa consciente, si bien no se requiere causar una lesión, el autor advierte dicha posibilidad de lesión; es decir, en la culpa consciente se reconoce el peligro de la situación y se confía en que no se dará lugar al resultado (si se dejara de confiar habría dolo eventual). En cambio, en la culpa inconsciente el autor no quiere el resultado, no prevé su posibilidad, no se advierte el peligro.²⁰¹

¹⁹⁹ El deber objetivo de cuidado, es objetivo porque se refiere a un hombre diligente en la misma posición del autor, a partir de un juicio ex ante, que tenga en cuenta los especiales conocimientos del autor. De la Cuesta Aguado, Paz M., *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Op. cit., p. 178.

²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 175 y 176.

²⁰¹ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, ed. 5, Op. cit., p. 270.

La denominada *culpa consciente*, se distingue de la culpa inconsciente, en razón de que el agente sepa o no que es cuidadoso. Dice Malamud Goti²⁰² que lo único que cabe considerar en el ámbito de la culpabilidad es si el autor ha previsto o debió prever el resultado, asumiendo el riesgo; de tal modo que el delincuente imprudente no se pronuncia contra la propia norma, pero sí contra sus condiciones cognitivas de aplicación.²⁰³

6.2. La culpa y el resultado material: Es ampliamente conocida la *necesidad* del resultado en los delitos culposos, en los que la sola infracción del *deber de cuidado* es prácticamente insignificante, dado que en estos delitos, quiérase o no, el *resultado* decide sobre la punibilidad.

Lo dicho es plenamente verificable con el artículo nueve de la legislación penal Federal, cuya parte conducente refiere: "Obra culposamente el que produce el resultado típico...".

En atención a lo dicho, y conociendo la postura "*antiresultantista*" de Marcelo Sancinetti, este autor se podría preguntar: por qué se sobrevalora el resultado, siendo que el mismo depende, las más de las veces, del *azar*, y no está propiamente dentro del dominio que el sujeto pudiera tener sobre su hecho, pues lo realmente dominable por el sujeto corresponde a su propios actos, y no a un sin número de condiciones de las que se hace depender un resultado. Una respuesta razonable a la cuestión anterior la ofrece el propio Sancinetti. Tal respuesta versa sobre la imposibilidad de saber cuál o cuáles serían las consecuencias de una imprudencia; se agrega además a esta respuesta, el hecho de que el Estado no está en condiciones ni de identificar, ni de perseguir toda imprudencia posible sin resultado. Como se tiene facilidad de observar, no es correcto que en un hecho culposo, en que desde luego el sujeto no tiene pleno *dominio* sobre su hecho, el *azar* decida sobre el *quantum* de la pena. Y tampoco es correcto que a toda imprudencia se le asigne una pena tomando de base una vaga consideración de un resultado posible. Más alejado parece todavía el proyecto de una "*tentativa imprudente*" (¿en delitos de mera actividad?). Todo esto requiere de un planteamiento especial.

6.3. Imprudencia dirigida e imprudencia no dirigida: La imprudencia dirigida es aquel desconocimiento que no es enjuiciado por el delincuente como un defecto de su capacidad de orientación en el mundo, puesto que el ámbito de desconocimiento del objeto no le interesa.²⁰⁴

Se constata la correspondencia, entre la imprudencia dirigida y los casos de error, pues en este sentido algún error (error de tipo, error de prohibición directo, error sobre los presupuestos objetivos de alguna causa de justificación), igualmente sería comprendido como un caso de imprudencia dirigida.

²⁰² Malamud Goti, Jaime E., *La Estructura Penal de la Culpa*, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Penales, Buenos Aires, 1976, p. 135.

²⁰³ Jakobs, Günther, "*Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas*", tr. María del Mar Díaz, En *Anuario de Derecho Penal*, T. XLV, Madrid, 1992, p. 227.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 225.

El sujeto que actúa con *imprudencia no dirigida* contradice la norma sólo indirectamente; de tal forma que si la norma por ejemplo declara: "la integridad ajena ha de ser observada"; el sujeto, que conduce borracho, responde: "exacto, yo no voy a lesionar la integridad ajena"; y entonces se produce un accidente provocado por el estado de embriaguez.²⁰⁵

6.4. Concurrencia de culpas e imputación objetiva: Ante la convergencia de dos o más comportamientos igualmente culposos, la teoría de la concurrencia de culpas deduce cada *quantum* de responsabilidad de los sujetos culposos, basándose en la pregunta acerca de cuál de las aportaciones causales ha sido más relevante; es por eso que, a esta teoría se le critica no haber superado el dogma causal de la *conditio sine qua non*. En la actualidad, esos problemas en los que inciden dos comportamientos culposos, son resueltos con oportunidad de la aplicación de la teoría de la imputación objetiva.

7. Elementos normativos del tipo: Son elementos normativos del tipo penal aquellos conceptos *estrictamente jurídicos*, así como los términos referidos a una *valoración*, y los que estén referidos hacia un cierto *sentido*.²⁰⁶ Los elementos normativos son aquellos que tácita o expresamente requieren de una valoración jurídico-cultural, valoración que se realiza según los medios y las formas de interpretación autorizados. En fin, los elementos normativos implican un juicio cognitivo, con arreglo a los conocimientos generales que ofrece la experiencia.

El causalismo-valorativista, seguidor de la filosofía neokantiana de los valores, **consideró que todos los elementos del tipo penal (objetivos y subjetivos) son elementos normativos**. Posteriormente, conforme a una posición igualmente extrema de la doctrina, se consideró **que los elementos normativos de tipo únicamente son aquellos conforme a los cuales se puede fundamentar la antijuridicidad**.²⁰⁷

Es claro que el dolo no abarca el conocimiento exacto de los elementos normativos del tipo, sino que basta con un conocimiento aproximado de los mismos.

7.1. Delimitación entre los elementos objetivos y los elementos normativos del tipo penal: Al respecto existen varias teorías, a saber:

- a) **La teoría que niega la delimitación entre los elementos objetivos y los elementos normativos:** Los penalistas de corte neokantiano, al percatarse de la existencia de los elementos normativos del tipo, aseguraron que en general todos los elementos del tipo eran elementos normativos.
- b) **La teoría de Karl Engisch:** Para Karl Engisch,²⁰⁸ los elementos normativos del tipo son los que pueden ser comprendidos **dentro del contexto de una norma**. Bajo la misma perspectiva, los elementos objetivos del tipo, por su

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 227.

²⁰⁶ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte General*, Op. cit., pp. 365 y 366.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 349.

²⁰⁸ Engisch, Karl, citado por Claus Roxin, en: *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Op. cit., p. 307.

parte, se corresponden con aquellos que pueden ser comprendidos **fuera del contexto de una norma.**

- c) **La teoría que limita los elementos objetivos y los elementos normativos del tipo:** Según esta teoría, los elementos normativos son los que fundamentan la antijuridicidad del hecho.

7.2. El error de subsunción como error sobre los elementos normativos del tipo penal: Para quienes sostienen que la función de los elementos normativos es la de fundamentar la antijuridicidad, entonces, consecuentemente, el error sobre los elementos normativos debe regirse conforme a las reglas del *error de prohibición*. Por otro lado, si como querían los penalistas neokantianos, todos los elementos del tipo son elementos normativos, por ende, el error sobre dichos elementos debería resolverse como si se tratara de un *error de tipo*.

Al respecto, mi opinión es la siguiente: como se sabe, el dolo no consiste ni en la comprensión exacta de los elementos objetivos del tipo, ni en la comprensión exacta de los elementos normativos del mismo. Ahora bien, de lo que no cabe dudar es que los elementos normativos del tipo tienen su ubicación sistemática en la propia tipicidad, de tal manera que, **en tratándose de elementos normativos esenciales, el error que recaiga sobre los mismos, en tanto error sobre uno de los elementos (normativos) esenciales del tipo, debe ser resuelto conforme a las reglas del error de tipo. Desde luego, tampoco cabe dudar que, en ocasiones, un error sobre los elementos normativos del tipo (no esenciales) pueden fundamentar –válidamente– un error de prohibición.**

8. El dolo y la culpa, conforme a la solución de casos prácticos: El alcance o extensión del dolo es uno de los temas cuya importancia teórico-práctica revela de antemano el estado actual de la ciencia jurídico-penal. Tal como se podrá demostrar, la cuestión de saber cuál es el alcance o la extensión del dolo, no sólo importa para la definición y contenido del mismo, sino que, en mi opinión, además implica su propia ubicación sistemática.

El Código Penal Federal y el nuevo Código Penal para el Distrito Federal no son coincidentes en el tratamiento del dolo. Esta desafortunada situación contradice las bases más esenciales de la ciencia jurídico-penal, y es incompatible con el modelo de Estado de Derecho.

El Código Penal Federal define al dolo de la manera siguiente:

"Artículo 9. Obra dolosamente el que **conociendo los elementos del tipo penal**, o previendo como posible el resultado típico quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley".

Brevemente, según la tesis anterior, **el objeto cognoscitivo del dolo**, se puede expresar, diciendo:

Obra dolosamente el que conoce los elementos del tipo penal.

Sabiendo que el tipo penal contempla elementos objetivos y elementos normativos, entonces: ¿qué elementos del tipo penal debe conocer el autor doloso? La respuesta se puede extraer de la propia regulación del error de tipo. Así, el error de tipo (error en el dolo del autor), según el Código Penal Federal, se presenta cuando:

"Artículo 15. El delito se excluye cuando:

(...)

VIII Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

a) Sobre alguno de los **elementos esenciales** que integran el tipo penal".

Por tanto, se puede afirmar que de conformidad con el Código Penal Federal, obra dolosamente: **el que conoce los elementos esenciales del tipo penal**. Y si algún elemento normativo es esencial para el tipo penal, entonces, el autor doloso debe tener conocimiento de dicho elemento del tipo.

En cambio, el **nuevo Código Penal para el Distrito Federal** define al dolo de la manera siguiente:

"Artículo 18. (...) Obra dolosamente el que, **conociendo los elementos objetivos del hecho típico** de que se trate o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización".

En menos palabras, el elemento intelectual del dolo, en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se define como: **El conocimiento de los elementos objetivos del tipo**.

De esta suerte, de acuerdo con el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, **obra dolosamente el que conoce los elementos objetivos del tipo penal**. Coherentemente, según esta regulación del dolo, el error de tipo debe tener por objeto una falsa percepción de los **elementos objetivos** del tipo penal de que se trate. Y para constatarlo, a continuación véase el tratamiento del error de tipo en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal:

"Artículo 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

(...)

VIII Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

a) Alguno de los **elementos objetivos** que integran la descripción legal del delito de que se trate".

Como se observa, la nueva concepción del dolo no se refiere a los **elementos esenciales** del tipo penal, sino alude a los **elementos objetivos** de la descripción típica. Y como es de esperarse, bajo la nueva regulación del dolo, el error de tipo sólo puede recaer sobre alguno de los elementos objetivos del tipo penal. Así, **el nuevo**

Código Penal para el Distrito Federal no reconoce la posibilidad de un error sobre alguno de los elementos normativos (esenciales) para el tipo, pues su concepción del dolo no abarca el conocimiento de tales elementos normativos, a pesar de que los mismos puedan ser esenciales para la descripción típica.

La doctrina entiende que el dolo consiste en el conocimiento del *sentido objetivo del tipo penal*.²⁰⁹

La ubicación sistemática del dolo está en la tipicidad, pues como se sabe, la ciencia penal ha demostrado que el dolo pertenece al tipo penal, como parte del *tipo subjetivo*.

Es de recordar que la inclusión del dolo en el tipo penal ya no se argumenta con razones ontológicas (como lo quería el finalismo) sino más bien con razones normativas, a saber:

- a) El carácter interpretativo de las normas;
- b) La mayor peligrosidad que el dolo confiere a la conducta; y,
- c) El sentido social de las acciones típicas.²¹⁰

En menos palabras, como dice Claus Roxin, el dolo es esencial para el tipo, porque sin él la tipicidad no se podría configurar en la forma que lo exige el Estado de Derecho.²¹¹

Problema uno: ¿Cuál sería la definición del dolo, suponiendo que su alcance abarcara el conocimiento de la antijuridicidad?

Si el conocimiento de la antijuridicidad perteneciera al contenido del dolo, entonces, el mismo tendría que definirse como sigue:

Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, y comprendiendo la antijuridicidad de su hecho, quiere o acepta su comportamiento.

Repercusiones de la definición: Si el conocimiento de la antijuridicidad fuera necesario para la conformación del dolo, la consecuencia inmediata sería que la errónea percepción por ejemplo sobre alguno de los presupuestos fácticos u objetivos de una causa de justificación, tendría que tratarse como un error de tipo, es decir, como un auténtico error en el dolo del autor.²¹²

Lo anterior es inadmisibles tanto para el Código Penal Federal, como para el nuevo Código Penal del Distrito Federal, pues dichos Códigos reconocen que el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, es un error de prohibición, y

²⁰⁹ Puppe, Ingeborg, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", Op. cit., p. 89.

²¹⁰ Al respecto consúltese a Silva Sánchez, Jesús María, en la "Introducción" al libro: El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Op. cit., pp. 14 y 15. Consúltese también a Sacher de Köster, Mariana, Evolución del Tipo Subjetivo, Op. cit., p. 92.

²¹¹ Roxin, Claus, Política Criminal y Sistema de Derecho Penal, Op. cit., pp. 80 y 81.

²¹² Consúltese al respecto la teoría de los elementos negativos del tipo, en este mismo trabajo.

no un error de tipo. Esto es, cuando una persona se comporta de manera que erróneamente considera que su conducta está amparada por alguna de las causas de justificación, esto, conforme a nuestra legislación vigente, da lugar a un error de prohibición, no a un error de tipo.

Por lo antes expresado, se deduce que **ni el Código Penal Federal, ni el nuevo Código Penal para el Distrito Federal admiten la teoría según la cual el dolo debe extenderse hasta el conocimiento de la antijuridicidad del hecho** (como lo quería el causalismo).

Con relación al alcance del dolo, no pasa desapercibida la opinión aislada de Santiago Mir Puig, quien sostiene que: "A nuestro juicio, el dolo *completo* exige 'la conciencia de antijuridicidad', pero es conveniente distinguir *tres grados o niveles de dolo*: el dolo típico, que sólo exige conocimiento y voluntad del hecho típico, el dolo referido al hecho típico sin los presupuestos de una causa de justificación, y el dolo completo que además supone el conocimiento de la antijuridicidad (*dolus malus*)."²¹³

Problema dos: ¿Cuál sería la definición del dolo, suponiendo que su alcance abarcara el conocimiento de los elementos objetivos del tipo?

Según esta suposición, dado que el objeto del dolo serían los elementos objetivos del tipo, el dolo tendría que definirse a partir del **conocimiento de los elementos objetivos del tipo**, y nada más.²¹⁴

Repercusiones de la definición: Si se admite, como lo hace el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que el dolo consiste en el conocimiento de los elementos objetivos del hecho típico, entonces, **nadie sostendría que el delito de robo se configura únicamente si el sujeto sabe que el objeto de su apropiación es una "cosa" "mueble", y nada más;** sino que para integrarse el delito robo, también se requiere que el autor posea un cierto conocimiento respecto del *elemento normativo* según el cual comprenda que la "cosa" "mueble" sustraída es "**ajena**"; de otra manera, simplemente, no habría dolo de robo.

No, el dolo no se puede agotar con el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, además hace falta, para el autor doloso, la comprensión de los elementos normativos que sean *esenciales* según la descripción del tipo penal.

Problema tres: ¿Cuál sería la definición del dolo, suponiendo que su alcance abarcara tanto el conocimiento de los elementos objetivos como el conocimiento de los elementos normativos del tipo penal?

Tal como se ha demostrado, el dolo debe extenderse de manera que, atendiendo a su contenido, cubra no sólo el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, sino además **la comprensión de los elementos normativos**.

²¹³ Mir Puig, Santiago, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 240.

²¹⁴ Siguiendo a Maurach, el dolo se limita a la realización de la parte objetiva del tipo, de modo que abarca solamente las características objetivas del tipo penal. Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 250.

En este sentido, el dolo quedaría definido del siguiente modo: **conocimiento del tipo objetivo y comprensión de los elementos normativos del tipo penal**. ¿La anterior puede ser esta una fórmula general para definir al dolo?

Piénsese en el siguiente supuesto: **Problema cuatro:** Una persona envenena a un perro propiedad de su vecino. En este caso no se podría alegar que falta el dolo del delito de daño en propiedad ajena, argumentando que el sujeto activo *no tenía la comprensión* (del elemento objetivo-normativo) *en el sentido de que el perro estuviera considerado como una "cosa"*.

Por tanto, **no sería adecuado extender la definición del dolo de modo que incluya –además de los elementos objetivos del tipo– una comprensión precisa de los elementos normativos**. Pero, según se ha comprobado en líneas anteriores, la definición de dolo tampoco puede prescindir –por completo– de la comprensión de los elementos normativos del tipo penal.

Otra alternativa hay que buscarla bajo los límites de una comprensión socio-cultural de los elementos (principalmente normativos) del tipo penal, pues a un profano –inexperto– del Derecho, no se le puede exigir la comprensión exacta de los elementos normativos del tipo penal.

Problema cinco: ¿Cuál sería la definición del dolo, suponiendo que su alcance abarcara el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, y la *comprensión social* de los elementos normativos?

Ya se ha puesto de relieve, que la comprensión de los elementos normativos no ha de ser una comprensión exacta. De lo contrario, únicamente quienes tuvieran el conocimiento (exacto) de los elementos normativos podrían comportarse dolosamente. Pero el dolo no puede ser privilegio de unos cuantos especialistas, conocedores de los elementos normativos del tipo. De ahí que **debamos limitar la comprensión de los elementos normativos del tipo penal, para no exigir al autor doloso una comprensión exacta de los mismos**.

Otra posibilidad es la de limitar el alcance del dolo hasta una comprensión, no estrictamente jurídica, sino **social**, de los elementos normativos del tipo. Esta delimitación permitiría definir al dolo de la manera siguiente:

El dolo es el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, y la *comprensión social* de los elementos normativos del mismo.

De una definición como la anterior se advierte que los elementos normativos –para fundamentar el dolo– importan sólo en su contenido *social*, y no en su contenido *jurídico*.

Afortunadamente, con base en las anteriores apreciaciones, es posible afirmar que:

En cuanto a los elementos normativos, el dolo debe entenderse como *conocimiento social*, y no como *conocimiento de la antijuridicidad*. Esto quiere decir que, para la

comprensión intelectual de los elementos normativos –comprensión necesaria para el dolo– basta el contenido del *significado social* de tales elementos.²¹⁵

El inconveniente de cómo precisar *el contenido social* de los elementos normativos del tipo penal. Pues bien, hay que decirlo, una persona comprende el sentido social de un elemento normativo del tipo, cuando de alguna manera entiende que su comportamiento atenta contra la sana convivencia, lesionando o poniendo en riesgo a un bien jurídico protegido.

Problema seis: ¿Cuál sería la definición del dolo, suponiendo que su alcance abarcara el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, y la *comprensión normal* de los elementos normativos?

Antes que una comprensión social (exacta) de los elementos normativos del tipo, el dolo requiere una ***comprensión normal de adecuación al tipo***.

Y la *comprensión normal de adecuación al tipo*, necesaria para el dolo, ha de ser una comprensión referida no sólo a los elementos *normativos*, sino referida también a los elementos *objetivos* del tipo.

En fin, así lo considero, vale concluir, **se comporta dolosamente quien tiene la comprensión normal de adecuarse al tipo penal**.

Repercusiones de la definición: Un error de tipo puede originarse, lo mismo por los datos objetivos de la descripción típica, que por la no comprensión de los elementos normativos que afectan al dolo de la acción. Así, la comprensión que respecto a los elementos normativos afecta al dolo, es la necesaria para poder afirmar que el autor conocía *el sentido normal* de su comportamiento típico. Véase el siguiente problema:

Problema siete: Jaime vende a Pedro, *bajo reserva de dominio*, un lujoso automóvil de colección. A pesar de que Pedro ha cumplido cabalmente con los pagos mensuales, Jaime sin embargo no respeta el contrato celebrado y de esa manera se apodera del automóvil que para entonces estaba en posesión de Pedro. Luego de la denuncia realizada ante el Ministerio Público, Jaime alega para su defensa que él no ha cometido el delito de robo, toda vez que al pactar la compra-venta del vehículo se reservó el *dominio* del mismo.

Si se acepta para la solución de este caso que obra dolosamente el que conoce los elementos objetivos del tipo penal de robo, como lo sostiene el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, bastaría entonces el apoderamiento del automóvil para calificar como dolosa la conducta de Jaime. Pero, si admitimos que el dolo también requiere la *comprensión normal* de los elementos normativos del tipo, consecuentemente, deberíamos verificar si Jaime conocía *el sentido normal del tipo* de robo. Evidentemente no, Jaime se comportó de manera que no comprendía el sentido normal de uno de los elementos normativos del tipo de robo, en este caso la "*ajenidad*" de la cosa. En menos palabras, Jaime consideró que por haber celebrado la venta del vehículo con "reserva de dominio", ello no le daba ningún derecho de

²¹⁵ En el mismo sentido Claus Roxin, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 460.

posesión a Pedro. Por lo dicho, en este caso, no está bien integrado el dolo típico de robo; lo estaría si Jaime hubiera comprendido que la venta con reserva de dominio daba al comprador un *derecho real de posesión*.²¹⁶

Problema ocho: Antonio, al salir de la Empresa en que trabaja, intenta abrir la puerta de un vehículo idéntico al suyo. En ese instante la alarma del automóvil se activa y los vigilantes del estacionamiento ponen a Antonio a disposición del Ministerio Público.

Nuevamente sería inadecuado afirmar el dolo de robo solamente a partir de los elementos objetivos del tipo.

Este último caso muestra con mayor claridad que el dolo típico de robo requiere cuando menos una comprensión normal del elemento normativo: "*ajenidad*".

Cabe anotar las siguientes consideraciones:

- a) El Código Penal Federal y el nuevo Código Penal para el Distrito Federal no son coincidentes en cuanto a la regulación del dolo, pues conforme al primero de tales Ordenamientos el dolo se define como el conocimiento de los **elementos esenciales** del tipo penal; en cambio, según el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el elemento intelectual del dolo se comprende como el conocimiento de los **elementos objetivos** del tipo penal.
- b) El dolo no puede extenderse de modo que abarque el conocimiento de la **antijuridicidad del hecho**; al respecto, tanto el Código Penal Federal como el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, coinciden. Esto es así porque ambos Ordenamientos reconocen como error de prohibición (y no de tipo) el hecho de que el autor erróneamente crea estar amparado por alguna causa de justificación; es por ello que los dos Códigos mencionados limitan el alcance del dolo sólo hasta el conocimiento de la tipicidad. Tal como se observa, los Códigos de referencia no siguen en esto a la teoría causalista del delito.
- c) Si bien es cierto que tanto el Código Penal Federal como el nuevo Código Penal para el Distrito Federal limitan al dolo hasta el conocimiento de los elementos del tipo penal, no menos cierto es que en el primero de tales Ordenamientos el dolo se extiende de modo que **abarca la comprensión de aquellos elementos normativos esenciales para la descripción típica**, en tanto que en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el dolo sólo se limita al conocimiento de los **elementos objetivos del tipo penal**.
- d) El nuevo Código Penal para el Distrito Federal regula de manera insatisfactoria el elemento intelectual del dolo, pues lo limita al conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal; y bajo esta perspectiva sería **inapropiado considerar culpable por el delito de robo a una persona que si bien se apropia de una cosa mueble, lo hace sin comprender el elemento normativo referente a la *ajenidad de la cosa***.

²¹⁶ ¿Será posible argumentar la posibilidad de un error de tipo (vencible), sabiendo que se trata de un delito de robo?

- e) Según propongo en este trabajo, el dolo debe definirse como **la expresión de voluntad bajo la cual el autor comprende el sentido normal de su adecuación al tipo penal**. Esta definición evita por ejemplo los inconvenientes en el sentido de que también los elementos objetivos del tipo exigen una valoración por parte del autor; al propio tiempo, se soluciona el problema relativo a que al profano del Derecho no se le puede exigir un conocimiento exacto de los elementos normativos del tipo penal.

En todo caso, debe quedar claro que: **el elemento intelectual del dolo no se agota con el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal de que se trate, sino que el elemento intelectual del dolo debe abarcar, además, la comprensión de los elementos normativos del tipo penal, para la adecuación normal del mismo.**

Actúa con dolo directo el sujeto que *quiere* y, según su *conocimiento*, tiene como segura la realización del tipo objetivo. Así, tiene dolo de matar el sujeto que dispara un balazo contra una de las partes vitales de otra persona.

Al contrario del dolo directo, en que se requiere un conocimiento de saber o tener como *seguro* el resultado típico,²¹⁷ el dolo eventual se define como el "*tomar como viene*" o "*conformarse con*" la realización del tipo penal.²¹⁸ Es decir, el dolo eventual requiere un conocimiento de saber o tener como *posible* la realización del tipo penal.

Problema nuevo: Un sujeto ha sido arrollado en una carretera de tránsito normalmente acelerado. Dos policías preventivos llegan al lugar, y mientras esperan a la ambulancia, uno de ellos hace guardia manteniéndose de pie a media carretera frente al cadáver. Cuando esto sucede, un automovilista ebrio no se percató de la situación y velozmente hace llegar su carro deportivo sobre el policía que muere al instante. El Ministerio Público consignó al ebrio conductor del auto deportivo por homicidio culposo, y de esta manera le fue concedida la libertad provisional bajo caución. Los medios de comunicación expresaron su inconformidad con el Ministerio Público.

El nuevo Código Penal para el distrito Federal en la parte conducente del artículo 140 especifica:

"Artículo 140. Cuando el homicidio o las lesiones se cometan culposamente con motivo del tránsito de vehículos, se impondrá la mitad de las penas previstas en los artículos 123 y 130 respectivamente, en los siguientes casos:

(...)

²¹⁷ Schöne Wolfgang, "La protección del hombre en el mundo moderno (algunas consideraciones sobre el papel del Derecho penal)", Op. cit., p. 56.

²¹⁸ Silva Sánchez, Jesús María, en la "Introducción" al libro: El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Op. cit., p. 25.

III El agente conduzca en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares."

Es necesario transcribir los artículos 123 y 130:

"Artículo 123. Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión."

Artículo 130. Al que causa a otro un daño o alteración en la salud, se le impondrán:

- I De treinta a noventa días multa, si las lesiones tardan en sanar menos de quince días;
- II De seis meses a dos años de prisión, cuando tarden en sanar más de quince días y menos de sesenta;
- III De dos a tres años seis meses de prisión, si tardan en sanar más de sesenta días;
- IV De dos a cinco años de prisión, cuando dejen cicatriz permanentemente notable en la cara;
- V De tres a cinco años de prisión, cuando disminuyan alguna facultad o el normal funcionamiento de un órgano o de un miembro;
- VI De tres a ocho años de prisión, si producen la pérdida de cualquier función orgánica, de un miembro, de un órgano o de una facultad, o causen una enfermedad incurable o una deformación incorregible; y
- VII De tres a ocho años de prisión, cuando pongan en peligro la vida."

Hay que recordar que, como se verá más adelante, el nuevo Código Penal para el Distrito Federal no regula a las acciones libres en su causa culposas. Por tanto, la persona que en estado de ebriedad atropella a un transeúnte, será castigada con veinte años de prisión. Tocante a la libertad provisional bajo caución, la misma no debe otorgarse en casos en que el conductor de un automóvil intente darse a la fuga o se encuentre bajo un estado de inimputabilidad autoprovocado dolosa o culposamente.

Problema diez: Es el caso de la discoteca incendiada, en que mueren decenas de personas. Si el arquitecto al que se le encargó la construcción de la misma, no realizó la obra conforme a las exigencias del reglamento general de construcciones: ¿responderá por homicidio culposo en el caso en que haya omitido construir salidas de emergencia?

Claro, el arquitecto ha de responder aún cuando la discoteca haya sido construida mucho tiempo antes del incendio, pues en todo caso lo importante es que desatendió construir la discoteca conforme al reglamento general de construcciones entonces vigente.

Otros factores también son determinantes, pues si el incendio fue consecuencia de la sobrepoblación de la discoteca, entonces, dado que el arquitecto la planificó para una

determinada capacidad de personas, atendiendo también al reglamento general de construcciones, no deberá responder por la muerte de las personas.

Imaginemos que el arquitecto sabe que la discoteca será en lo principal un centro de baile para homosexuales, y en ese sentido omite construir cualquier salida de emergencia, con el propósito (dolo) de que, en caso de un incendio, muera la mayor cantidad de homosexuales.

La pregunta consiste en saber si el arquitecto responderá por homicidio doloso, en el caso de que el incendio y la muerte de los homosexuales acontezca conforme a lo planeado. La respuesta es negativa, el arquitecto responderá únicamente por homicidio culposo, siempre que se verifique su desacato al reglamento general de construcciones.

Problema once: En lo siguiente se planteará el problema de saber cómo incide *el deber objetivo de cuidado* sobre la propia configuración del tipo penal. La cuestión se ejemplifica del siguiente modo:

Un automovilista atropelló a un sujeto en una avenida de alta velocidad. Conforme al dictamen pericial se calculó la velocidad aproximada del automovilista, y se dedujo que **superó considerablemente la velocidad permitida**. También fue fácil de comprobar el estado etílico de la víctima.

Para la solución del caso anterior, es importante saber si, hipotéticamente, el automovilista igualmente hubiera atropellado a la víctima aun bajo el nivel de la **velocidad autorizada**. De ser así, es decir, **si se calcula que —con la velocidad permitida— al automovilista le hubiera sido imposible detener a tiempo su vehículo frente a la víctima, entonces, dicho automovilista en realidad no ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, sino que la víctima (en estado de ebriedad) actuó a propio riesgo**.

Las anteriores cuestiones objetivas que se señalan para saber si se infringió o no un deber objetivo de cuidado, a través de la creación de riesgo no permitido, no dejan de presentar inconvenientes. Por ejemplo:

Problema doce: Se trata de un conductor que maneja a una velocidad *menor a la permitida*. Sobre el periférico ve cómo un homosexual intenta —pacientemente— atravesar la calle. El conductor, para matar al homosexual, acelera hasta alcanzar la *velocidad permitida*, y mata al homosexual.

El anterior tendría que ser un homicidio doloso, pero, tampoco se puede negar que, en este caso, al homosexual no lo protege la norma. Y no lo protege porque él actuó a propio riesgo.

El ejemplo anterior tal vez haya sido un poco drástico, pero supongamos simplemente que el conductor del automóvil —que conduce a una *velocidad inferior o igual a la permitida*— simplemente decide no frenar —o frenar demasiado tarde— debido a que la persona que camina sobre el periférico está seguro que se trata de un homosexual.

Se dirá que el conductor del automóvil jamás declararía la verdad de su intención, y que ésta es inaccesible a cualquier medio de prueba. Pero también cabe suponer que el conductor hubiera comentado su propósito a sus acompañantes, y que lo hubieran delatado.

La cuestión es la siguiente, cómo solucionar el problema en que una persona de plano renuncia a la protección de la norma —por ejemplo si actúa a propio riesgo—, y respecto de tal renuncia otra persona se aprovecha únicamente para satisfacer sus —demostradas— intenciones homicidas. Nuevamente lo objetivo y lo subjetivo de un hecho se confrontan.

Problema trece: Con relación al supuesto anterior, en otros casos sucede que una persona que practica el ciclismo es arrollada por un automovilista en pleno periférico. Efectivamente, los ciclistas suelen practicar su deporte sobre avenidas de alta velocidad. ¿Cuál es la diferencia si la persona que se atraviesa en el periférico es homosexual o ciclista, siendo que de cualquier forma el conductor con intenciones homicidas los atropella bajo condiciones objetivas —de velocidad por ejemplo— "permitidas"?

Problema catorce: En una sentencia definitiva el juez natural argumentó: "Que la naturaleza de la acción fue el obrar, conociendo el cuerpo del delito a estudio y queriendo la realización del hecho descrito por la ley como delito."

De la apreciación del juez se desprende que el acusado conocía el cuerpo del delito a estudio, y que además el acusado quería la realización del hecho descrito por la ley como delito.

De esta manera, los elementos del dolo, concretamente el elemento cognoscitivo y el elemento volitivo, los señala el juez cuando precisa que el acusado **conocía** (aspecto cognoscitivo del dolo) el cuerpo del delito; y, en cuanto al elemento volitivo del dolo, el mismo se aprecia cuando se dice que el acusado **quería** la realización del hecho descrito por la ley como delito.

Pero bien, dado que el juez pretende integrar el elemento cognoscitivo del dolo solamente a partir del conocimiento de los elementos del cuerpo del delito, esto supone restringir el dolo únicamente al conocimiento de los elementos objetivos del tipo, pues, como se sabe, el conocimiento del cuerpo del delito no es otro que el conocimiento de los elementos objetivo-materiales del tipo.

Como se muestra, el concepto de dolo que aplicó el juez sólo se comprende si se afirma que resolvió conforme a la nueva regulación del dolo (lo cual supone una aplicación retroactiva en perjuicio del acusado si los hechos se hubieran realizado bajo la vigencia del anterior Código); o bien, la resolución del juez es comprensible si se afirma que simplemente restringió (indebidamente) el contenido del dolo que estaba vigente al momento de los hechos (Código Penal de 1931).

Por otra parte, si el juez consideró en la sentencia que el acusado "**quería** la realización del hecho descrito por la ley como delito", entonces, nuevamente, ha de recordarse que el dolo no *puede* y no *debe* trascender más allá del conocimiento de

los elementos del tipo (conforme al anterior Código Penal), o bien, de acuerdo al nuevo Código Penal, el dolo se agota con el conocimiento de los elementos objetivos del hecho típico.

Si se comprende lo anterior se evidencia que el juez exageró el alcance volitivo del dolo, pues según él, el acusado quería la realización del hecho descrito por la ley como delito. Y si una persona en verdad quiere la realización de un hecho descrito por la ley como delito, significa que no sólo supone la realización de un hecho típico —pues un hecho típico no constituye un delito en sí—, sino que también quiere, para que el hecho sea delictivo, la antijuridicidad y la culpabilidad del mismo.

En definitiva, se ha demostrado que el juez, contra la ley penal e incluso contra toda lógica, **por una parte restringió el elemento cognoscitivo del dolo** (lo restringió solamente al conocimiento de los elementos objetivos del tipo, cuerpo del delito), **y por otra parte exageró el alcance del elemento volitivo del dolo**, extendiendo dicho alcance de modo que se afirma que el acusado quería el hecho descrito como delito.

Para regresar al tema original del presente apartado, regresaré al concepto de dolo, y al respecto cabe citar al doctor Enrique Díaz Aranda, quien por su parte concibe al dolo como: **"el obrar con el propósito de violar la norma del tipo penal."**²¹⁹ Pues bien, considero que si por ejemplo una persona se defiende de otra, y ello lo hace —por su puesto— con dolo —con dolo de tipo—, dicha persona, si bien es su propósito adecuarse al tipo (lesiones, homicidio), sin embargo no desca, en sentido estricto, quebrantar la norma inmersa en el tipo (no lesionar, no matar), y, desde mi punto de vista, no quebrantará la norma si la adecuación típica (lesionar, matar) está justificada, aunque si bien, dicha persona actuará dolosamente. Ni con lo anterior, desde luego, se puede desacreditar el concepto de dolo propuesto por Enrique Díaz Aranda, lo que en todo caso debe quedar claro, es lo siguiente: una conducta típica —o como aquí digo: una conducta adecuada al tipo— no determina el quebranto —decisivo— de la norma penal, pues dicha conducta bien puede estar justificada, de tal manera que, y esto lo reconoce perfecta mente Díaz Aranda, para actuar dolosamente, no es necesario el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, pues el conocimiento de la antijuridicidad ni siquiera pertenece al dolo, lo cual es ampliamente sabido. De ahí precisamente que el autor en cita, en su definición de dolo, no se refiere al propósito de quebrantar la norma penal, entendida la norma penal en sentido amplio, sino que, precisa, obra dolosamente quien tiene el propósito de resquebrajar **"la norma del tipo penal"**. Hecha la aclaración, no tengo inconveniente con respecto al concepto citado.

9. El bien Jurídico: Para que un bien jurídico sea reconocido como bien jurídico-penal, se exigen de él, por lo menos, dos condiciones:

- a) Suficiente importancia social; y,
- b) Necesidad de protección por el Derecho penal.²²⁰

²¹⁹ Díaz Aranda, Enrique, Dolo, Ed. Porrúa, segunda edición, México, 2000, p. 115..

²²⁰ Ferre Olive, Juan Carlos, "Derecho penal y competencias de las comunicaciones europeas", En Cuadernos de Política Criminal, Tomos 46-48, España, 1992, pp. 815, 816 y ss.

Es precisamente la importancia social del bien merecedor de tutela jurídico-penal la que ha de estar en congruencia con la gravedad de las penas merecidas por el quebrantamiento de un bien jurídico.

Según el artículo 4º del nuevo Código Penal para el Distrito Federal: "Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal." El artículo anterior es del todo incorrecto, pues por una parte afirma que una conducta es delictiva siempre que lesione o ponga en riesgo, *sin causa justa*, al bien jurídico tutelado, pero: ¿qué se entiende por "causa justa"?; además por otra parte, el artículo citado limita *el objeto de protección* del Derecho penal únicamente a los bienes jurídicos tutelados en la ley penal. El Derecho penal protege bienes jurídicos, y tales bienes, si no están tipificados en una ley penal, no por ello salen de la esfera de protección del Derecho penal.

9.1. El bien jurídico y el objeto de la acción: Generalmente se entiende que el **objeto material** es la persona o la cosa *sobre la que recae la conducta típica*, en tanto que el **objeto formal** es el bien jurídico tutelado. Ahora, el **objeto material** sobre el que la acción se ejecuta, se distingue del objeto de protección o bien jurídico; por ejemplo, en el delito de robo el objeto de protección (bien jurídico) es la propiedad, mientras que el **objeto material** (la cosa mueble) es igual al objeto sobre el que recae la acción.

9.2. El bien jurídico desde la perspectiva del funcionalismo sistémico-normativista: En los sistemas anteriores al normativista, el bien jurídico aparecía como el *núcleo del delito*. **El sistema normativista en cambio considera que el núcleo del delito no está en el quebrantamiento de un bien jurídico, sino en el quebrantamiento de la norma penal.** Este criterio ha sido fundamentado de la siguiente manera: primeramente se reconoce que la sociedad no es un mecanismo cuyo único fin sea ofrecer la máxima protección a los bienes jurídicos, sino que la sociedad a través del Derecho penal está determinada a posibilitar precisamente las interacciones sociales, y dado que para poder hacer uso de los bienes, casi siempre es necesario poner en peligro (incluso lesionar) otros bienes, entonces, se concluye que no resulta suficiente la mera equiparación entre delito y lesión de un bien jurídico.²²¹

9.3. El nexa causal: Existe nexa causal cuando se advierte que si se suprime una de las condiciones de un resultado, el resultado mismo entonces desaparecería.

9.4. Error sobre el nexa causal: Puede ser relevante o irrelevante, es relevante cuando el error excluye la imputación objetiva (caso de la ambulancia), y es irrelevante cuando alguien quiere matar a otro con un balazo en el corazón, pero le da en otra parte, y de cualquier manera le causa la muerte.

9.5. El nexa causal en sentido estricto: Para el nexa causal son irrelevantes los criterios según los cuales se pueda argumentar que el resultado típico se hubiera podido evitar ya sea por la oportuna prestación de ayuda o por la intervención de un

²²¹ Jakobs, Günther, La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Op. cit., p. 101.

tercero.²²² Bajo este punto de vista se puede comprobar que nuestra legislación penal Distrital, es decir el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, no sigue la estricta teoría de la *conditio sine qua non*, como se verá más adelante.

- a) **La teoría de la *conditio sine qua non* como única teoría de la causalidad:** La relación de causalidad supone que no se puede suprimir un suceso determinado sin que con ello desaparezca también el efecto del mismo, por ello, la única teoría de la causalidad es la teoría de la *conditio sine qua non*, ya que las demás teorías que explican la causalidad únicamente tienen la finalidad de restringir el campo de la tipicidad, seleccionado o excluyendo ciertos nexos causales, calificándose a estas teorías como: "*teorías normativas de imputación*". Es sabido que la teoría de la causalidad de la acción deja de lado el desvalor del acto, es decir la intención, mientras que sobrevalora el resultado causado, como es natural.
- b) **La teoría de la adecuación causal:** La adecuación causal alude al juicio valorativo derivado del análisis conforme al que se califica cuáles condiciones satisfacen propiamente al tipo penal. **Decir qué condición es adecuada, equivale también a decir qué causa es típica, pues sólo las condiciones (causas) adecuadas pueden integrar el tipo.** Causa adecuada es la condición del resultado que satisface plenamente la integración del tipo penal. Lo adecuado o inadecuado de una causa, depende de lo *probable* o *improbable* que parezca la misma para la causación del resultado típico.
- c) **Crítica a la teoría de la adecuación causal:** El juicio de adecuación causal no está en la capacidad de negar una imputación en los casos de *disminución del riesgo*.²²³ De ahí la necesidad de: *la teoría de la imputación objetiva*.

9.6. Ubicación sistemática del nexos causal: El nexos causal está sistemáticamente ubicado en la tipicidad objetiva, su relación con la categoría de la culpabilidad es prácticamente nula, por ello **no es permitido derivar de un nexos causal un nexos de culpabilidad**; dicho brevemente, el que una persona haya causado un resultado típico, de manera alguna quiere decir que por ese sólo hecho sea culpable.

9.7. La causalidad, conforme a casos prácticos: Para el planteamiento de la siguiente serie de casos es necesario recordar, nuevamente, las siguientes teorías:

- a) **Teoría de la *conditio sine qua non*.** En los casos en que sea evidente la causalidad conforme a la teoría de la condición, en esos casos, sería superfluo aplicar las reglas de la teoría de la adecuación causal.
- b) **Teoría de la adecuación causal:** Indica cuándo una causa es relevante para el resultado típico. De acuerdo a esta teoría, una causa es relevante para el resultado típico, cuando dicha causa es favorecida de modo que —objetivamente— aparece como probable para la lesión del bien jurídico al que

²²² Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., pp. 243.

²²³ Schönemann, Bernd, "*La política criminal y el sistema de Derecho penal*", tr. Margarita Martínez Escamilla, En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1991, p. 697.

está encaminada. Una causa es objetivamente probable para la lesión de un bien jurídico, cuando a juicio del juzgador —y no del autor— así se determina conforme a un juicio posterior (objetivo). En el juicio posterior-objetivo el juez ha de representarse la situación anterior al resultado para determinar cuál era la probabilidad de lesión opuesta en riesgo del bien jurídico tutelado. El juicio de adecuación causal opera con conocimientos de tipo nomológicos y conocimientos de tipo ontológicos. El conocimiento nomológico es un conocimiento basado en la experiencia; el conocimiento ontológico en cambio, está basado en el conocimiento de los hechos. Pero si una causa es relevante para el resultado típico, por ejemplo porque dicha causa haya sido objetivamente probable, ello no significa todavía ningún juicio a través del cual se pretenda argumentar la culpabilidad del autor.

- c) **Teoría de la imputación objetiva del resultado:** Esta teoría aparece en la moderna ciencia penal como un criterio normativo que sirve como regulador del nexo causal. Según esta teoría la imputación del tipo objetivo, y con ello la imputación del nexo causal, resulta cuando se verifica que una persona ha creado un riesgo desaprobado que a la vez se ha concretizado en un resultado que pertenece al ámbito protector de la norma.

La imputación objetiva es, respecto de las demás teorías, la que en la actualidad goza de mayor reconocimiento científico; esto es así porque, por ejemplo, la teoría de la adecuación causal, lejos de representar un juicio posterior-objetivo, en realidad representa un juicio posterior-subjetivo, pues el mismo varía según el criterio, los intereses y las valoraciones de quien lo realiza,²²⁴ y, además, dicha teoría, no dice nada respecto de los niveles del riesgo permitido.

Problema uno: ¿Cuándo una lesión debe ser considerada como mortal?

En México, durante mucho tiempo, para calificar una lesión como mortal, el Código Penal de 1931 se ajustó a los principios de causalidad derivados de la teoría de la *conditio sine qua non*; ello era evidente debido a que conforme al artículo 304, una lesión se entendía como mortal muy a pesar de que la defensa demostrara por ejemplo que dicha lesión no habría sido mortal en otra persona, o bien, aunque se comprobara que la causa de la muerte de la víctima se hubiera propiciado debido por ejemplo a la propia constitución física de la misma.

Es decir, en atención a que el Código Penal abrogado estaba adherido a la teoría de la *conditio sine qua non*, entonces, una lesión (*causa*) se entendía como mortal en tanto que provocara la muerte de la víctima, **independientemente de que la muerte de la víctima hubiera ocurrido a consecuencia de la constitución física de la misma, o bien, aunque la lesión no hubiera sido mortal en otra persona.**

Atendiendo al Código Penal de 1931, el sujeto activo debía responder por las lesiones mortales que le causaron la muerte a la víctima, a pesar de que la muerte de dicha persona haya sido consecuencia, no tanto de las lesiones en sí, sino debido a la

²²⁴ Schöne Wolfgang, "La protección del hombre en el mundo moderno (algunas consideraciones sobre el papel del Derecho penal)", Op. cit., p. 61.

propia constitución física de la víctima. Por ejemplo, si el sujeto pasivo fuera hemofílico, y esta circunstancia la ignoraba el autor de las lesiones al momento de los hechos, entonces, el activo de cualquier forma debía responder por la muerte causada a propósito de las "lesiones mortales", si calificadas.

En cambio, el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en el artículo 124 señala que: "Se tendrá como mortal una lesión, cuando la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada invariablemente por la misma lesión." Pero, lo anterior debe relacionarse con el artículo 73 del mismo Código, que a la letra dice: **"No es imputable al acusado el aumento de la gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, si las ignoraba inculpablemente al cometer el delito."**

Es notorio que el nuevo Código Penal para el Distrito Federal ha superado, al menos en el aspecto aquí tratado, la teoría de la *conditio sine qua non*, dado que, a diferencia del anterior Código, ahora una persona no debe responder por el aumento de la gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, siempre que el autor haya ignorado, al momento cometer el delito, las circunstancias particulares del ofendido.

Consecuentemente, no le será imputable el resultado de muerte al autor que golpea a una persona ignorando que se trata de un hemofílico.

Está claro, el nuevo Código Penal ha superado la deficiente teoría de la *conditio sine qua non*.

En fin, es igualmente decisivo para la culpabilidad el hecho de que el autor conozca o no las circunstancias particulares de la persona sobre quien causa lesiones u homicidio. Por ejemplo, como se acaba de señalar, y esta es una afortunada disposición del nuevo Código Penal, **no será imputable al autor el aumento de la gravedad de su víctima cuando dicho autor no conozca las circunstancias particulares de la víctima que podían agravar la salud de la misma.** Por ello, no responderá por homicidio la persona que al dar un navajazo en el antebrazo de un sujeto, provoca que éste se desangre a propósito de que, por sus condiciones físicas particulares, no puede coagular su sangre. Por su puesto, el agresor responderá por homicidio, sólo si se demuestra que él sabía que su víctima, por sus condiciones físicas particulares, no podía coagular su sangre.

Problema dos: Una persona que se inicia en el manejo de las armas dispara su revolver y sorprendentemente mata a su enemigo; fue algo sorprendente debido a que el revolver se accionó desde una distancia en la que ni siquiera un tirador experto hubiera acertado el tiro sobre la víctima, y menos hubiera podido darle en el cráneo. En este supuesto: ¿cómo se presentan la causalidad y la culpabilidad del autor?

El nexo de causalidad se advierte de inmediato, pues de suprimirse una de las condiciones del resultado (en este caso el tiro con el revolver), entonces, el resultado (la muerte del enemigo) definitivamente desaparecería.

Pero, y esto debe quedar claro: **no es suficiente el nexa causal para determinar la culpabilidad del autor.**²²⁵

Hay que reconocer que, dadas las peculiaridades del caso que se analiza, desde el punto de vista de un tercero observador, la causalidad —antes de la acción (*ex ante*)— aparece como *inadecuada*, es decir, como *poco probable*, dado que ni siquiera un tirador experto acertaría en el blanco.

De esta manera, debe recordarse que en el campo del Derecho penal sólo actúa quien realiza una *acción típica*, y que una *acción típica implica el incremento del riesgo permitido, que a su vez se concretiza en un resultado, perteneciente al ámbito protector de la norma*; entonces, cabe preguntar si para el caso una *acción poco probable* se puede considerar o no como una *acción típica* que eleva los niveles del *riesgo permitido*, o si por el contrario, tan sólo se trata del azar, de la desgracia, y de nada más. A ello se volverá más adelante.

Problema tres: Una persona elabora y entrega a un vendedor de autos robados un paquete de cien facturas falsas. El vendedor de autos robados rellena las facturas y las hace pasar por originales. ¿Cómo se le debe castigar al falsificador de las facturas con relación al robo de autos?

Es importante suponer que en el planteamiento anterior no exista un *acuerdo previo* en el sentido de que una persona realice las facturas, otra persona robe los autos, y otra más los venda con facturas alteradas; es decir, vamos a suponer que en el caso en comento, a la persona que hace las facturas le es indiferente si las mismas se ocupan o no para vender vehículos robados (aunque a decir verdad no cabe suponer otra cosa, pero tampoco estamos autorizados para afirmar que así será, que se robarán *cien* automóviles).

Como se ha planteado el caso, **la persona que falsifica las cien facturas sólo actúa por el interés de cobrar el dinero que a cambio recibirá como pago, y además no tiene como seguro el hecho de que el comprador de las facturas en verdad robe los cien vehículos, y de ser así, tampoco sabe las posibilidades que tiene el comprador de salir con éxito.**

La persona que elaboró las cien facturas no debe responder por el robo de vehículos, ello debido a que, por una parte, no tenía el dolo de emprender el acto subsecuente de robar vehículos, y por otra parte, no estaba de acuerdo con la persona que realiza el robo de vehículos automotores.²²⁶

Problema cuatro: Juan y Pedro quieren dar un escarmiento a Antonio, y para ello, sin previo acuerdo, agregan una mínima cantidad de veneno a los alimentos de Antonio, quien después de comer dichos alimentos muere casi inmediatamente.

²²⁵ La causalidad está sistemáticamente ubicada en la tipicidad objetiva, su relación con la categoría de la culpabilidad es prácticamente nula, por ello no es permitido derivar de un nexa causal un nexa de culpabilidad; dicho brevemente, el que una persona haya causado un resultado típico, de manera alguna quiere decir que por ese sólo hecho sea culpable.

²²⁶ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 338.

Las cantidades de veneno por separado no hubieran producido la muerte de Antonio. La pregunta es: ¿quién ha causado la muerte de Antonio? Se sabe que las dos sustancias venenosas fueron proporcionadas sin acuerdo previo y en la misma cantidad; también se sabe que las dos cantidades de veneno tendrían —por separado— el mismo efecto de no causar la muerte. Es evidente que de haberse presentado los hechos de modo en que existiera entre Juan y Pedro un acuerdo previo, ambos sujetos tendrían que responder por coautoría de homicidio.

Pues bien, de los tres casos anteriores se deduce que **la causalidad no determina la forma o grado de culpabilidad**, y que en ocasiones, aunque exista causalidad, en cambio puede no existir culpabilidad alguna, como es el caso en que la causalidad se presentó (*ex ante*) de un modo *improbable* o *inadecuado*.²²⁷

Es demostrable que en ocasiones, aunque exista causalidad, puede no existir culpabilidad alguna. Por ejemplo, en el caso en que una persona, sin conocer las circunstancias particulares de su víctima, la golpea y ésta muere a consecuencia de que su organismo no logró coagular la sangre, evidentemente se ha causado la muerte, pero, no responderá por homicidio, pues como incluso reconoce el nuevo Código Penal para el Distrito Federal: "No es imputable al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, si las ignoraba inculpablemente al cometer el delito." (Artículo 73).

Problema cinco: Un antiguo líder político posee información y documentos que pueden hacer evidente la responsabilidad penal por genocidio de un ex-servidor público. El hecho es que a dos días de que el líder político comenzara su campaña de divulgación y denuncia, se le encuentra muerto en un hotel de la ciudad de México. Conforme a la necropsia, se sabe que la persona murió a consecuencia de un paro cardíaco, sobrevenido cuando mantenía relaciones sexuales con una prostituta.

En el supuesto de que el ex-servidor público, sabedor de la historia clínica del occiso, hubiera querido matarlo contratando para ello a una prostituta, que primeramente lo hiciera beber cerveza, y después lo animara a fuertes grados de excitación para él riesgosa, entonces: ¿se configuraría el tipo objetivo de homicidio?

Como es sabido, el tipo objetivo del delito de homicidio se configura a partir de la creación de un **riesgo no permitido**, por supuesto, siempre que dicho riesgo se concrete en un resultado, resultado que a la vez, debe pertenecer al **ámbito protector de la norma**. Pues bien, en el caso concreto que se analiza, cabe pregunta: ¿es adecuado, socialmente, utilizar como medio una relación sexual para matar a una persona?, ¿la prostituta elevó el nivel de riesgo permitido al mantener relaciones

²²⁷ Como se sabe, durante mucho tiempo el dolo fue considerado como una forma de culpabilidad; y no fue sino Reinhar Frank quien, con la ley en la mano, demostró que existen comportamientos dolosos que sin embargo son comportamientos no-culpables. De ahí dedujo el autor la importante tesis de que el dolo no es una forma de culpabilidad, sino que el dolo es un *objeto de valoración* para determinar el grado de *reprochabilidad* del autor. Reinhar Frank demostró que, conforme a la ley, los comportamientos amparados por *defensa legítima* o *estado de necesidad*, a pesar de ser comportamientos dolosos, son sin embargo comportamientos no-culpables, no reprochables. Frank, Reinhar, Estructura del Concepto de Culpabilidad, tr. Sebastián Soler, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, Santiago, 1966, p. 16.

sexuales con el líder político?, ¿le fue impuesta la relación sexual al líder político?, ¿el líder político actuó bajo su propio riesgo?

Si la prostituta aceptara que el ex-servidor público le contrató para provocarle un paro cardíaco al líder político, aun así subsiste la pregunta de saber si tal medio causal es **socialmente adecuado** para matar a una persona, sabiendo que dicha persona aceptaría la relación sexual y en esa forma actuaría a **propio riesgo**.

Desde cualquier punto de vista resulta que la causalidad de un resultado no es suficiente para acreditar la culpabilidad respecto del mismo. La teoría de la equivalencia de las condiciones por mucho tiempo fue respetada como una teoría causal perfecta,²²⁸ y tal vez lo sea, pero lo que debe quedar claro es que **la causalidad del resultado no decide sobre la culpabilidad del autor, pues además deben considerarse los principios de imputación penal que resultan de la adecuación social del comportamiento (riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso, entre otros).**²²⁹

Problema seis: Frente al semáforo de una avenida dos vehículos se detienen en forma paralela, uno de los conductores se baja y amenaza con robar al otro conductor, éste sin embargo no le da oportunidad al ladrón y acelera su automóvil ocasionando que un tercer vehículo, por tratar de evitarlo, pierda el control y cause daños a terceros.

Problema siete: Una persona amenaza a otra con un revólver que puede ser de juguete, no tenga cartuchos, o bien, esté descompuesto. Desde luego la intimidación de cualquier manera existe dado que la víctima desconoce que se trata de un revólver inadecuado para causar daño.

En este caso, atendiendo al criterio de Chiappini: "...la pistola de juguete tiene idéntico efecto intimidante que 'la de verdad'...el arma de juguete es 'formalmente' arma, puesto que tiene la forma de tal. Pero ya ontológicamente no es 'arma': el género es *juguete* y la especie *arma*, y no al revés. De allí que se descarte toda agravante pero nunca...robo simple, ya que el elemento intimidatorio...se dio..."²³⁰

9.8. El nexa de causalidad en la omisión: Ya se tiene conocimiento de que es una posición de garante la que resuelve normativamente el problema de la

²²⁸ Conforme al criterio de Günther Jakobs, la fórmula de la equivalencia de las condiciones ni siquiera constituye una definición, y aún menos una fórmula para determinar la causalidad, pues el ejercicio de la supresión mental que exige tal teoría, sólo puede determinarse si se sabe de antemano que la condición es o no causal. Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., pp. 227 y 230.

²²⁹ Conviene aclarar dos aspectos: en los temas relativos a la causalidad generalmente se confunde la lesión de un bien jurídico con el resultado, eso por una parte, por la otra, también se llega a confundir el hecho de que el resultado pertenece a la acción y no al tipo. Es momento de aclarar estas dos situaciones. El resultado no pertenece a la acción debido a que los delitos de simple actividad, en que no existe un resultado material, también implican, en sentido amplio, una acción. En cuanto a la distinción entre el resultado típico y el bien jurídico, hay que decir que mientras el resultado expresa la lesión o puesta en riesgo de un bien jurídico, la lesión del bien jurídico en cambio afecta a la relación de la acción típica y la vigencia del valor protegido en la norma penal. Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 358. Y Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 219.

²³⁰ Chiappini, Julio, Problemas de Derecho Penal, Op. Cit., p. 63.

causalidad en los delitos de omisión. Lo anterior significa tener una visión objetivo-normativa respecto de la conducta omisiva.²³¹ Comenta Porte Petit: "Nosotros aceptamos la teoría que sostiene que la relación causal debe hallarse en la omisión misma, lo que significa, que el sujeto está obligado a realizar una conducta (acción), o sea que la acción esperada es además exigida, y si de llevarse a cabo tal acción, el resultado no se produce, indudablemente existe un nexo causal entre omisión y el resultado acaecido."²³² No, el *juicio hipotético* del que se deduce: que si el autor hubiera actuado entonces no se hubiera producido el resultado, es eso, es un *juicio hipotético*, y no –como quiere Porte Petit– un *nexo causal* entre la omisión y el resultado acaecido. Evidentemente, sólo un suceso puede condicionar un resultado, pero la ausencia de un suceso no puede hacerlo, una omisión *no puede ser causa* de un resultado, sin embargo, al igual que las acciones, las omisiones pueden ser imputables, solo que **la relación de imputación es más amplia que la relación causal.**²³³

9.9. La desviación del curso causal: Existe una *desviación del curso causal* cuando por ejemplo: un sujeto **a** hiere a un sujeto **b**, mismo sujeto **b** que es hospitalizado en atención a la herida recibida, pero que finalmente muere a consecuencia de una **x** infección hospitalaria. Antes de entrar a la solución del caso, debe hacerse un estudio concreto de la causalidad.

Pues bien, existe una causa o condición invariable para un resultado, allí cuando dicha causa es necesaria para la realización de un resultado específico; entonces dicha causa o condición no podrá ser sustituida porque se sabe que con ello el resultado cambiaría. Igualmente habrá una *condición variable* cuando una causa pertenece a un grupo de condiciones, en donde cualquiera de ellas podrá favorecer un mismo resultado.

Ahora se hace necesario hablar de los *juicios hipotéticos* hechos para comprobar una cierta causalidad. Pues bien, la omisión de una variable o condición, resulta de un juicio hipotético formulado *ex post*, en el que si se suprime imaginariamente una condición, el resultado desaparecería. La veracidad de esta clase de juicios lógicos *inductivo-deductivos* está limitada al tipo de conocimiento empírico. Esta deficiencia es la que impide ofrecer alguna solución adecuada a casos novedosos, tales como el de contagio del SIDA, o de cierta medicina en que, aplicada a una persona específica, se originan efectos determinados que en otras personas no se presentarían. En fin, con el juicio hipotético, formulado *ex post*, se entiende únicamente a las causas que resultan relevantes después de una valoración jurídica; dicha valoración va siempre dirigida a explicar la carga o imputación de un *resultado*.

10. El resultado: Según la forma como se constituya el *injusto penal*, será posible decidir qué valor pertenece al resultado típico de una acción para influir en la medida de la pena.

²³¹ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 44.

²³² Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Op. cit., p. 279.

²³³ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 236.

Desde el punto de vista del *merecimiento de la pena*, el resultado tiene una función participante en el injusto; en cambio, desde el horizonte de la *necesidad de la pena*, el resultado adquiere el carácter de una *condición objetiva de punibilidad*.

En los llamados delitos de resultado formal, igualmente nombrados delitos de mera actividad, o simplemente, delitos sin resultado material, el injusto penal se compone no solamente por el *desvalor de la acción*, pues la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en tales delitos, está ya manifiesta con la sola descripción de la acción, de lo cual es válido advertir que el desvalor del resultado, como elemento integrante del injusto penal, se tiene por supuesto en los delitos de resultado formal.

Considero que, en abstracto, **toda lesión a la norma, por imprudencia por ejemplo, mediante la lesión de un deber objetivo de cuidado, supone la lesión de un cierto bien (interés) jurídico; de manera que lo relevante es el quebrantamiento de la norma, y no, como se observa, la especificación material de la lesión de un bien jurídico.**

Es importante preguntar si en los delitos de mera actividad el desvalor de la acción y el desvalor del resultado están implícitos en forma inseparable. Con más sustantividad se debe averiguar, si un delito de mera actividad puede quedar perfectamente integrado por una acción cuya modalidad es culposa; y, para el caso en que así sea, preguntémosnos dónde queda pues el desvalor de resultado, si como se sabe, en principio y según la ley, un delito culposo sin resultado es impensable.

10.1. El resultado en el sistema normativista: Es importante decir que para una teoría normativista del delito el resultado ni siquiera puede tener cabida, ello por que, para el normativismo extremo (posfuncionalismo) el deber se dirige sólo a su destinatario, y en esta relación —demuestra Ullrich— la dimensión del resultado no tiene importancia.²³⁴

La producción del resultado para el normativismo extremo, es sólo una condición objetiva de punibilidad, determinada más o menos por la causalidad, en la cual no existe ningún puente hacia el desvalor de la acción. Como se ha dicho, desde el punto de vista del *merecimiento de la pena*, el resultado tiene una función participante en el injusto; en cambio, desde el horizonte de *la necesidad de la pena*, el resultado adquiere el carácter de una condición objetiva de punibilidad.

10.2. El desvalor de resultado y el desvalor de la acción: Desvalor de acción quiere decir desvalor de intención; así que el desvalor de acción también puede ser nombrado "*desvalor intención*" (o "*dolo desvalorado*"), pues en todo caso, atender al desvalor de la acción es atender al injusto que *quiso* el autor.

El desvalor de resultado consiste en desvalorar los comportamientos —que al infringir la norma penal— lesionan algún bien jurídico. El desvalor de resultado está enfocado a lo que el autor *hizo*. El desvalor de resultado es mayor mientras más intensa sea la lesión que sufrió el bien jurídico protegido, pues para el desvalor del resultado importa concretamente lo que el autor *hizo*.

²³⁴ Ullrich, Paefen, "*Observaciones del error de tipo permisivo*", Op. cit., p. 202.

Como se ha reconocido, el desvalor de resultado adquiere distintas dimensiones, ya bajo la óptica del *merecimiento de pena*, o bajo la atención de la *necesidad de pena*.

11. Comentarios generales:

1. La primera función del tipo objetivo, conduce a reconocer que lo subjetivo de una acción típica necesariamente se dirige al tipo subjetivo, pues el tipo objetivo contiene el objeto de la representación del tipo subjetivo. La segunda función del tipo objetivo de lo que se trata es de corroborar, si en el mundo exterior al autor, se presentan efectivamente los elementos del tipo objetivo.
2. Lo que tiene que conocer el sujeto para actuar dolosamente es el *sentido* del tipo objetivo. El dolo mantiene una doble posición, tanto en la tipicidad como en la culpabilidad. Los elementos cognitivos y los elementos volitivos del dolo pertenecen a la tipicidad; por su parte, los elementos emocionales del dolo pertenecen a la culpabilidad.
3. El dolo es esencial, por una parte, para el tipo porque sin él no se puede precisar en la forma en que exige el Estado de Derecho la descripción legal del tipo; y, que por la otra parte, es igualmente relevante el dolo para la culpabilidad, ya que debe limitar la forma más grave de la culpabilidad de la más leve (la culpa).
4. Para afirmar si en un caso concreto existe o no imprudencia (culpa), el juzgador no debe esperar hasta denotar el nivel de la culpabilidad, pues ello se debe averiguar ya desde la tipicidad.
5. El juicio de adecuación causal no está en la capacidad de negar una imputación en los casos de disminución del riesgo.
6. Desde el punto de vista del *merecimiento de la pena*, el resultado tiene una función participante en el injusto; en cambio, desde el horizonte de la *necesidad de la pena*, el resultado adquiere el carácter de una *condición objetiva de punibilidad*.
7. En cuanto a la expresión: "relación de pareja permanente", a la que alude el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, es obvio que el legislador omitió una definición precisa respecto del mismo. Pero, sostengo la idea de que el legislador penal debió definir dicho término, inclusive a pesar de que tal definición representara una excepción a lo que civilmente se entiende por parentesco.
8. De plano es injustificable el artículo 126 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el cual dispone: "Cuando la madre prive de la vida a su hijo dentro de las veinticuatro horas siguientes a su nacimiento, se le impondrá de tres a diez años de prisión, el juez tomará en cuenta las circunstancias del embarazo, las condiciones personales de la madre y los móviles de su conducta."

9. El concepto de dolo plasmado en el Código Penal Federal es el que abarca el conocimiento de los elementos esenciales del tipo penal, tales elementos esenciales pueden ser objetivos y/o normativos, de tal manera que un error sobre tales elementos esenciales fundamenta un respectivo error de tipo. Pero, el nuevo Código Penal para el Distrito Federal limita el alcance del dolo, al especificar que actúa dolosamente quien conoce los elementos objetivos del hecho típico, de esta forma el error de tipo sólo se fundamenta conforme a un error sobre los elementos objetivos del tipo, y con ello se desconoce que, en realidad, el dolo no puede existir sin el conocimiento de los elementos normativos esenciales para el tipo penal; por todo ello considero apropiado el concepto de dolo plasmado en el Código Penal Federal, y rechazo, decisivamente, el concepto de dolo que se regula en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal.
10. En mi opinión, el dolo debe definirse como la expresión de voluntad bajo la cual el autor comprende el sentido normal de su adecuación al tipo penal.
11. En contra del artículo 4 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el objeto de protección del Derecho penal no se limita a los bienes jurídicos específicamente regulados en una ley penal.
12. El nuevo Código Penal para el Distrito Federal, según considero, ha superado la teoría de la *conditio sine qua non*, dado que (conforme al artículo 73) a diferencia del anterior Código, ahora una persona no debe responder por el aumento de la gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, siempre que el autor haya ignorado, al momento cometer el delito, las circunstancias particulares del ofendido.

Teoría de la imputación objetiva: 1. Antecedentes. 1.1. Imputación objetiva e imputación subjetiva. 1.2. Importancia de la imputación objetiva. 2. Campo de aplicación de la imputación objetiva. 3. La imputación objetiva en la teoría de Günther Jakobs. 4. El riesgo permitido. 4.1. Tratamiento dogmático del riesgo permitido. 4.2. El incremento del riesgo permitido como la base común de la imputación objetiva. 5. La actuación a propio riesgo. 5.1. Concepto. 5.2. Actuación a propio riesgo sobre bienes jurídicos disponibles. 5.3. La actuación a propio riesgo y el principio de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. 6. El concepto de competencia en el contexto de la imputación objetiva. 6.1. Competencia del resultado típico, según el deber infringido. 6.2. Competencia de la víctima. 6.3. La competencia de la víctima en el contexto de la victimodogmática. 7. El principio de confianza. 8. La prohibición de regreso. 8.1. La prohibición de regreso, el riesgo permitido y el principio de confianza. 8.2. La prohibición de regreso en casos en que existe una posición de garante. 8.3. La prohibición de regreso en casos en que el primer aporte se puede actualizar. 8.4. La prohibición de regreso en casos en que el primer aporte se puede actualizar, teniendo un deber especial para rectificar. 9. Comportamientos alternativos conforme a Derecho. 9.1. La simple alternatividad. 9.2. La alternatividad compuesta. 9.3. Los comportamientos alternativos conforme a Derecho y el riesgo permitido. 10. El rol como fundamento de la responsabilidad penal. 10.1. El rol especial y el deber institucional. 10.2. El rol y los conocimientos especiales. 10.3. Tratamiento dogmático de los conocimientos especiales. 11. El ámbito protector de la norma y la imputación objetiva. 12. La imputación objetiva, conforme a casos prácticos. 12.1. En cuanto a la creación de un riesgo no permitido. 12.2. En cuanto a la actuación a propio riesgo: Problema uno. 12.3. En cuanto a los comportamientos alternativos conforme a Derecho. 12.4. En cuanto a la prohibición de regreso. Problema uno. 12.5. En cuanto a los conocimientos especiales. 13. Comentarios generales.

1. Antecedentes: Fue fundamental la labor de Larenz al estudiar la adecuación causal desde puntos de vista teleológicos en referencia a la doctrina del idealismo crítico y, especialmente, a la teoría de la imputación de Hegel, pues logró distinguir entre *imputación al hecho* e *imputación a la culpabilidad*; la primera (imputación objetiva) no es otra cosa sino la causalidad adecuada.²³⁵ Igualmente fundamental fue el trabajo de Honig, pues también representa un antecedente valioso de la teoría de la imputación objetiva.

Sin embargo, recientemente se ha reconocido que también la base de la teoría de la imputación objetiva se encuentra en la *teoría de la adecuación social* de Hans Welzel, pues como dice Manuel Cancio Meliá,²³⁶ con la teoría de la adecuación social de Welzel, se estaba pugnando *indirectamente* por la creación de una categoría normativa dentro del *tipo objetivo*. En este sentido, se sabe, la teoría de la imputación objetiva no vino sino a reformular el *tipo objetivo*, pues con la constatación de la

²³⁵ Gimbernat, Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad, Op. cit., p. 75.

²³⁶ Cancio Meliá, Manuel, Los Orígenes de la Teoría de la Adecuación Social: Teoría Final de Acción e Imputación Objetiva, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1994, p. 64.

imputación objetiva de un *resultado típico* se comprueba igualmente la conducta típica.²³⁷

1.1. Imputación objetiva e imputación subjetiva: La teoría de la imputación objetiva fue estructurada por Claus Roxin a comienzos de 1970 en que propuso los siguientes criterios normativos como *reguladores* del nexo causal:

- a) Incremento del riesgo permitido;
- b) Concreción del incremento del riesgo permitido en un *resultado*; y
- c) El ámbito de protección de la norma.

Los anteriores criterios constituyen un *regulador normativo para el nexo causal*, en tal forma que la teoría de la imputación objetiva del resultado determina cuándo se ha colmado el tipo objetivo por alguna causa típica que ha *rebasado* los niveles de riesgo permitido, creando así un riesgo relevante e indispensable para la *producción de un resultado*, resultado que a la vez se encuentra bajo el *ámbito protector de la norma*.

Por su parte, la **imputación subjetiva** tiene los siguientes presupuestos:

- a) Capacidad de culpabilidad del autor.
- b) Conocimiento de la prohibición por parte del autor.
- c) Exigibilidad de otra conducta del autor.²³⁸

1.2. Importancia de la imputación objetiva: El estudio que ha recibido la teoría de la imputación objetiva, es un adecuado referente acerca de cuáles han sido los triunfos y fracasos de la ciencia penal de fin de siglo.

Considero que el avance concreto de la teoría de la imputación objetiva consiste en haber demostrado, primeramente, **que en Derecho penal la cuestión no consiste en saber quién ha causado algo, sino que más bien, se trata de afirmar a quién le es imputable un cierto comportamiento perturbador de la norma penal.**

La pregunta respecto de saber a quién le es *imputable* un comportamiento perturbador de la norma penal, se responde a partir de la propia configuración *organizativa* de los roles y deberes de la integración social comunitaria. De esta forma es precisamente como la teoría de la imputación objetiva desde un inicio brindó respuesta a los casos en que por ejemplo había una desviación en el curso causal de un comportamiento (recuérdese el conocido caso de la ambulancia); de igual manera, la teoría de la imputación objetiva ha sabido responder a los problemas de causalidad adelantada (por ejemplo el caso del veneno vertido en cantidades iguales, pero que una de tales sustancias rinde primero sus efectos); y también a los casos de causalidad hipotética, entre muchos otros, como los referidos a la prohibición de regreso.

2. Campo de aplicación de la imputación objetiva: La aplicación de la imputación objetiva, entendida como regulador normativo del nexo causal, está dirigida a los delitos de resultado material. No obstante, soy de la idea, **la teoría de la imputación**

²³⁷ Daza Gómez, Carlos. Teoría General del Delito, ed. 2, Ed. Cárdenas editores, México, 1998, p. 96.

²³⁸ Hassemer Winfried, Fundamentos del Derecho Penal, Op. cit., p. 268.

objetiva no debe reducirse únicamente al campo de los delitos de resultado; es decir, además de servir la imputación objetiva como regulador normativo del nexo causal, en verdad puede conformar de modo más amplio una teoría general de la imputación penal.²³⁹

3. La imputación objetiva en la teoría de Günther Jakobs: Una visión más general de la imputación objetiva es la que ofrece Günther Jakobs al subdividir esta teoría en dos niveles, a saber:

- a) *La imputación objetiva del comportamiento; y,*
- b) *La imputación objetiva del resultado.*

La calificación de un comportamiento como *típico*, corresponde a la *imputación objetiva del comportamiento*, se trate o no de un delito de resultado.

El primer nivel de la imputación objetiva (*imputación objetiva del comportamiento*) se integra por los siguientes principios:

- a) Riesgo permitido;
- b) Principio de confianza;
- c) Prohibición de regreso; y,
- d) Competencia de la víctima.

En mi apreciación, ya por separado o en conjunto, los principios anteriores pueden arrojar luces para la integración de una *teoría general de la imputación penal* que no sólo se limite a los delitos de resultado material.

Jakobs describe en tres principios las *hipótesis-base* de la imputación objetiva:

- a) La primera hipótesis refiere a **la igualdad de las personas**, lo que implica una *libertad de acción* a todas las personas iguales; conforme a ello se fundamenta el *riesgo permitido*.
- b) La segunda hipótesis básica se describe conforme al principio de **autoresponsabilidad**; mismo que da sustento al *principio de confianza* y a la *actuación a propio riesgo*.
- c) La tercera hipótesis de la imputación objetiva alude a **la prohibición de regreso**, en el sentido de que, como dice Jakobs: "la comunidad con otro siempre es una comunidad limitada. Por tanto, si el otro se comporta incorrectamente, sólo se puede recurrir al primero, si esa comunidad también se extendía a la conducta incorrecta; en caso contrario, queda excluida la

²³⁹ Medina Peñaloza se manifiesta a favor de la imputación objetiva, pero la limita sin embargo a los delitos de resultado material, al igual que lo hace la doctrina más generalizada. Medina Peñaloza, Sergio P., Teoría del Delito, Op. cit., p. 286. En mi consideración, si la imputación objetiva se reduce exclusivamente a los delitos de resultado material, en que realmente existe un nexo causal entre acción y resultado, entonces, bajo esa perspectiva, la teoría de la imputación objetiva nada tendría que hacer en los delitos de omisión, en que, *realmente*, no existe un nexo causal.

responsabilidad del primero: prohibición de regreso. Si el otro coincide con la última, también aquí se podrá hablar de un actuar a propio riesgo.²⁴⁰

4. El riesgo permitido: El riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediamente tolerado como *riesgo permitido*. Se ve, como dice Silva Sánchez,²⁴¹ siguiendo a Jakobs, **que el concepto de riesgo permitido expresa una ponderación de los costos y beneficios de la realización de una determinada conducta, en este caso de la vida social en general.** Y para volver otra vez con Jakobs, el beneficio sería constituido por la libertad de comportamiento que se obtiene con ayuda de la permisión de riesgos, mientras que los costos serían la pérdida de aquellos bienes a cuya destrucción conduce el riesgo, debiendo ambos lados mantener una proporción adecuada.²⁴²

4.1. Tratamiento dogmático del riesgo permitido: Los comportamientos realizados bajo el ámbito del riesgo permitido, son comportamientos de naturaleza atípica. Con más razón, la disminución del riesgo permitido conduce al no encuadramiento del tipo penal, entre otras cosas debido a que la magnitud del riesgo permitido es una decisión de la que tiene que responder el legislador y no el ciudadano.²⁴³ En esto también Jakobs al decir: "los comportamientos que crean riesgos permitidos no son comportamientos que hayan de ser justificados, sino que no realizan tipo alguno."²⁴⁴

Con la base de las dos anteriores opiniones, hay que descarta la propuesta de Malamud Goti²⁴⁵ cuando refiere que en la medida en que el riesgo permitido sea concebido como *causa de justificación* éste debe sujetarse a la idea de necesidad. En fin, hay que decir simplemente que **el riesgo permitido excluye al tipo, y no en cambio confundirlo —como lo hace Malamud Goti— con alguna causa justificante.**

4.2. El incremento del riesgo permitido como la base común de la imputación objetiva: El incremento del riesgo permitido es, en sí mismo, una especie de riesgo desaprobado.

En mi opinión, la base común para la teoría de la imputación objetiva puede ser consensada, diciendo: **que es imputable toda acción que ha provocado un riesgo desvalorado *sine qua non* del resultado, estando este resultado protegido por el ámbito de la norma penal.**

No obstante, al respecto, Sancinetti ha demostrado que en los casos de *tentativa*, en que falta la concreción del riesgo en el resultado, sólo cabe hablar válidamente de la creación de un riesgo desaprobado.²⁴⁶ En este sentido, Sancinetti afirma que un riesgo desaprobado existe ya con la sola *tentativa*. Ahora bien, cabría preguntarse si es imputable a título de tentativa toda acción generadora de un riesgo desaprobado,

²⁴⁰ Jakobs, Günther, "Imputación *juridicopenal*", en: Problemas del Derecho Penal Moderno, Op. cit. pp. 43 y 44.

²⁴¹ Silva Sánchez, Jesús María, La Expansión del Derecho Penal, Op. cit., p. 32.

²⁴² Jakobs, Günther, La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Op. cit., p. 119.

²⁴³ Roxin, Claus, "La problemática de la imputación objetiva", Op. cit., p. 758.

²⁴⁴ Jakobs, Günther, La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Op. cit., p. 123.

²⁴⁵ Malamud Goti, Jaime E., La Estructura Penal de la Culpa, Op. cit., p. 54.

²⁴⁶ Sancinetti, Marcelo, Ilícito Personal y Participación, Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1997, pp. 47.

particularmente si dicha acción es culposa. De inmediato se advierte que la creación de un riesgo prohibido no se vincula únicamente con la *tentativa*, sino también con la *imprudencia*; ello llevaría a definirla, o en su caso a redefinirla, pues una acción culposa *en sí*, no debe depender de que el riesgo prohibido se concrete o no en un resultado, siendo de verdad trascendente, únicamente, *el quebrantamiento de la norma*.

5. La actuación a propio riesgo: La actuación a propio riesgo, junto con los principios de riesgo permitido, prohibición de regreso, y el principio de confianza, configuran –desde la teoría de la imputación objetiva– los cuatro principios especiales de la *imputación personal del comportamiento*, conforme a los cuales se determina, *normativamente*, quién es *competente* (que no culpable) de un ilícito; generalmente tal discusión tiene lugar en ámbito del *tipo objetivo*.

5.1. Concepto: Actuar a propio riesgo es someter a posibles lesiones los bienes jurídicos propios. La actuación a propio riesgo ha querido ser explicada desde diversos puntos de vista; en la doctrina no han faltado quienes asimilen la actuación a propio riesgo como una *causa justificante* derivada del propio consentimiento (tácito o expreso) de la víctima responsable. En congruencia con la teoría de la imputación objetiva, se presume normalmente que en la actuación a propio riesgo la víctima responsable no es alcanzada por el *ámbito de protección de la norma*; de otra parte, igualmente se alega que en tales casos el tercero que favorece la lesión o peligro de quien actúa responsablemente –a propio riesgo– ni siquiera eleva los niveles del *riesgo permitido*. En otras ocasiones, particularmente un reducido sector de la doctrina alemana, parecen razonar la falta de punibilidad en los casos de actuación a propio riesgo, de la manera siguiente: dado que en la legislación (alemana) se impune la participación en el suicidio ajeno, se infiere entonces que el favorecimiento o la inducción en una autopuesta en riesgo de un sujeto plenamente responsable, ha de ser impune.

5.2. Actuación a propio riesgo sobre bienes jurídicos disponibles: El sujeto que auto-pone en riesgo los bienes jurídicos que le son disponibles, prácticamente renuncia a la tutela del Derecho penal. Por ello la actuación a propio riesgo *excluye la realización del tipo penal*, cuando se trata de bienes jurídicos disponibles.

5.3. La actuación a propio riesgo y el principio de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima: Si respecto de algún hecho la definición de víctima y victimario objetivamente está delimitada, entonces la actuación a propio riesgo desempeña un cierto *grado delimitador* para saber quién –y en qué proporción– es victimario.

Manuel Cancio Meliá es el autor del principio de "*imputación al ámbito de la responsabilidad de la víctima*", el cual versa: "La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que (...) la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, y (...) la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesaria para

poder ser considerada autoresponsable, y finalmente (...) el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes jurídicos de la víctima."²⁴⁷

6. El concepto de competencia en el contexto de la imputación objetiva: La teoría de la imputación objetiva, conforme a los principios de creación de un riesgo prohibido, concreción de dicho riesgo prohibido en un resultado, y, la comprensión de aquel resultado dentro del ámbito protector de la norma, determinan cuándo alguien es o no *competente*. En ello igualmente son importantes el principio de confianza y la prohibición de regreso que, a saber, también son principios de la teoría de la imputación objetiva.

La competencia en sí, determina qué comportamiento es típico; es decir, atendiendo a determinada organización, y con base en los deberes especiales y generales de las personas, la competencia refiere quién ha perturbado el deber que le era entonces exigible describir.

6.1. Competencia del resultado típico, según el deber infringido: Se dice que a alguien le compete el resultado típico, cuando ha configurado –debido a la mala administración de su rol– el tipo objetivo del delito de que se trate. Sin embargo, la *competencia*, ante todo, sólo puede ser formulada a través de la lesión de un deber asegurado institucionalmente; es decir, la competencia siempre se fundamenta en la lesión de un deber, deber que sólo atañe al titular de un determinado *status*.²⁴⁸

6.2. Competencia de la víctima: Existe competencia de la víctima cuando es posible atribuir el acaecimiento de un resultado, o la circunstancia de un riesgo, a la propia persona titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

6.3. La competencia de la víctima en el contexto de la victimodogmática: La victimodogmática se compone del conjunto de criterios normativos referidos a la posición que guarda la víctima para determinar a quién le compete un hecho lesivo, si al autor o a la propia víctima.

Para determinar (dogmáticamente) quién es autor y quién es víctima, ha de tomarse una perspectiva que tenga en cuenta la interdependencia de ambos sujetos. Cancio Meliá hace llegar el siguiente principio victimodogmático de Schönemann, el cual reza: "la imposición de una pena como *última ratio* del Estado no es apropiada en aquellos casos en los que la víctima no merece protección y no necesita protección."²⁴⁹ No obstante, para Manuel Cancio Meliá, el principio victimológico no deja de ser "una etiqueta atractiva", pues no es necesario –dice– crear una victimodogmática, sino que es la dogmática, sin más, la que debe ser capaz de resolver el problema; esta consideración de Cancio Meliá me parece por demás correcta, pero al lado de la dogmática, claro está, la política criminal también sirve para resolver los problemas relativos a la competencia de la víctima.

²⁴⁷ Cancio Meliá, Manuel, "La exclusión de la tipicidad de la víctima (imputación a la víctima)", en: Teoría de la Imputación Objetiva, Op. cit., pp. 61 y 62.

²⁴⁸ Lesch, Heiko H, "Intervención delictiva e imputación objetiva", Op. ct. p. 967.

²⁴⁹ Cancio Meliá, Manuel, "La exclusión de la tipicidad de la víctima (imputación a la víctima)", Op. cit., p. 53.

Es curioso, al comienzo del desarrollo del Derecho penal (sustantivo y adjetivo) la figura de la víctima del delito ocupaba el centro del mismo, las instituciones de la venganza privada y el sistema de compensaciones así lo demuestran. Pero, conforme el Estado fue monopolizando el derecho de castigar (*ius puniendi*), en esa medida el papel de la víctima fue perdiendo relevancia. Posteriormente, el desarrollo de la idea del bien jurídico igualmente contribuyó a distanciar a la víctima del centro del Derecho penal. Por si fuera poco, el delincuente, con la idea de resocialización, ascendió a ocupar el primer plano del Derecho penal. Todavía más, lo relativo a la protección de los derechos humanos está mayormente enfatizado hacia el delincuente que al ámbito de la víctima, de tal manera que lo primero en protegerse han sido los derechos del inculcado, antes que los derechos de la víctima.²⁵⁰

Sin embargo, merece un reconocimiento especial el hecho de que, a nivel constitucional, aparezcan regulados los derechos de la víctima. También, en el aspecto internacional, el tema de la regulación de los derechos de la víctima se ha tratado recientemente con éxito; incluso, **se puede afirmar que el factor más importante de la internacionalización del Derecho penal en general, no es otro sino el de la necesidad de atender a las víctimas de delito.**²⁵¹

7. El principio de confianza: Atendiendo a la imputación objetiva, el principio de confianza está para determinar la *competencia* de un hecho.

En razón al principio de confianza, se trata de determinar cuándo existe el deber de examinar la corrección de las conductas que se acoplan a las propias, o bien cuándo se puede confiar lícitamente en que ellas puedan ser llevadas a cabo adecuadamente; de tal manera que cuando el riesgo es admitido por varios intervinientes que acoplan sus aportes, las reglas del riesgo permitido deben ser complementadas, en este caso, con el principio de confianza.²⁵²

Establecida una determinada *organización normal*, en la que cada interviniente responsable sabe cuál es el modo de conducirse ante determinados riesgos, entonces, es probable que los intervinientes esperen válidamente —uno del otro— el cumplimiento de su respectivo deber. Tal es pues el *principio de confianza* que está para favorecer el cumplimiento adecuado del reparto de tareas, es decir, para hacer fluida la división del trabajo.

Conforme al principio de confianza, nadie responde, aunque se cometa un daño, a propósito del incumplimiento de un deber de otro, al que se le debía confiar dicho cumplimiento. Sin embargo, bajo circunstancias anormales de organización, la confianza depositada en el otro (u otros), puede no prosperar como debida; en estos casos, el que se confía de otro, si lesiona bienes ajenos o propios debe *responder* o *conformarse*, según sea el caso.

²⁵⁰ Madlener, Kurt, "El redescubrimiento de la víctima por las ciencias penales", Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Año IV, núm. 10, Enero-Abril de 1989, p. 47.

²⁵¹ En México, el matrimonio Rodríguez Manzanera y Lima Malvido, ambos, han dirigido de manera especial, y desde diversos ámbitos, la protección de los derechos de la víctima.

²⁵² Ferrante, Marcelo, "Una introducción a la teoría de la imputación objetiva", en: Teoría de la Imputación Objetiva, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998, p. 89.

8. La prohibición de regreso: En mi concepción, la prohibición de regreso se hace consistir en la negativa de imputar bajo cualquier título de autoría o de participación el resultado ocasionado por un sujeto ajeno al proceder imprudente de quien ha creado una primera condición con la cual el resultado fuera indiferente.

Así, los casos de prohibición de regreso pueden ser descritos mediante la siguiente literalidad: *la imprudencia de un sujeto a trae una condición x, condición que es aprovechada en forma circunstancial por un sujeto b mayor de edad, para la comisión dolosa de un resultado z, mismo resultado que fuera indiferente con la sola condición x.*

La prohibición de regreso –ahora según Jakobs– consiste en la negativa de recurrir, en el marco de la imputación, a personas que si bien física y psíquicamente podrían haber evitado el curso lesivo, pero que, sin embargo, respecto de ellas, no se puede afirmar válidamente que hubieran quebrantado su rol de ciudadanos.²⁵³ Dicho de otra manera, también con palabras de Jakobs: el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario, por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardina dicho vínculo en una organización no permitida.²⁵⁴ Ello es así porque, de considerarse que el partícipe respondiera, por ejemplo, de la no realización propia del hecho, se estaría contrariando el principio de prohibición de regreso, además se iría contra la regla general en el sentido de que *cada quien debe responder por su propio injusto.*

La figura denominada “prohibición de regreso” inicialmente refería a un problema de *causalidad*, ahora la prohibición de regreso es ante todo un problema de la *imputación*.

Para ubicar la clase de casos a que fue referida la prohibición de regreso, imagínese que una persona provoca con su comportamiento imprudente una *condición*, sin la cual no hubiera sido posible la realización de un segundo resultado lesivo cometido por otra persona, que aprovechándose de la condición imprudente, realiza en forma dolosa el resultado lesivo. Dicho de modo abstracto: un sujeto **a**, dado su comportamiento imprudente, genera una *circunstancia*, que aprovechada más tarde por un sujeto **b**, aparece dicha circunstancia como una *condición* sin la cual el resultado lesivo cometido (en forma dolosa) por el sujeto **b**, simplemente no hubiera acontecido.

Para ejemplificar este tipo de casos, imagínese el supuesto en que un sujeto deja un revólver cargado en un lugar de fácil acceso, para lo cual una segunda persona aprovecha la circunstancia y ocupa el revólver para la comisión dolosa de un homicidio. Esta es la clase de problemas prácticos hacia donde está enfocada la figura de la prohibición de regreso. Pues bien, los primeros teóricos de la prohibición de regreso consideraban que entre la *circunstancia culposa* del primer sujeto y el resultado doloso de la persona que se aprovechó de dicha circunstancia, debía existir

²⁵³ Jakobs, Günther, La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Op. cit., p. 157.

²⁵⁴ *Ibidem*, pp. 106 y 107.

una *interrupción causal*, por lo cual no debía ser culpable del resultado doloso el primer sujeto imprudente.

Esta idea de interrupción del nexo causal, es por demás inapropiada, pues en sentido estricto, **en los casos de prohibición de regreso la causalidad no se interrumpe**; la circunstancia imprudente del primer sujeto —causalmente— es una condición sin la cual el resultado doloso no se hubiera configurado de la manera en que acaeció. En tiempos recientes, la prohibición de regreso se estudia, no como un problema de causalidad, sino como un problema de *imputación*. La figura de la prohibición de regreso, entendida como un problema normativo —de imputación— se ubica sistemáticamente en el tipo objetivo. Por tanto la prohibición de regreso forma parte de la novedosa *teoría de la imputación objetiva*.

Para Manuel Cancio Meliá, la prohibición de regreso consiste fundamentalmente en desvincular un comportamiento inicial concreto de posibles conductas autolesivas posteriores.²⁵⁵ Mientras tanto, Marcelo Ferrante, cree que la prohibición de regreso debería aportar una teoría general de la participación que explicara desde una la intervención lícita, hasta una intervención ilícita; así, —sigue diciendo Marcelo Ferrante— cuando además de la causación de un resultado, se da un presupuesto *x*, entonces hay imputación por participación; y, si aún habiendo cocausación, el presupuesto *x* no se da, entonces no hay lugar para la imputación por participación. Esa ausencia de *x* —concluye el autor en cita—, es lo que se denomina, es sentido estricto, *prohibición de regreso*.²⁵⁶

Las observaciones de Marcelo Ferrante pueden ser acertadas, pero, hay que estar conscientes de las dificultades a las que conduce la sistematización del Derecho penal, pues de otra manera frente a la ausencia del presupuesto: *prohibición de regreso*, se podrían cometer marcadas impunidades.

Ejemplos:

- a) La persona que vende a un sujeto responsable un utensilio de cocina —un cuchillo concretamente—, no responde del homicidio que cometa minutos después el cliente, que se ha valido del cuchillo.
- b) El chofer de un diputado no responde del homicidio que cometa el diputado, a pesar de ser el mismo chofer quien haya transportado al homicida hasta el lugar de los hechos.

En estos casos no existe siquiera alguna forma de participación para quien, dentro de su debido rol, cumple con un comportamiento que socialmente es tan adecuado como permitido; todo ello muy a pesar del aporte causal con el que se contribuyó para el resultado fatal.

²⁵⁵ Cancio Meliá, Manuel, "La exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima (*Imputación a la víctima*)", Op. cit., p. 73.

²⁵⁶ Ferrante, Marcelo, "Una introducción a la teoría de la imputación objetiva", Op. cit., p. 91

Por otra parte, sabiendo que existen casos en los que un sujeto —durante el cumplimiento de su rol— debe obviar, e incluso conocer, las intenciones acerca por ejemplo de que el cuchillo vendido no va a ocuparse precisamente para la cocina, sino para asesinar a otro, o bien para cometer un robo; en estos casos, la prohibición de regreso puede desvanecerse, pues, según considero, puede tener lugar la aparición de alguna forma de participación (complicidad por ejemplo). Además el mismo sujeto que sabe de las intenciones de otro, en ciertos casos, bien puede evitar el hecho delictivo —dando parte por ejemplo a la policía—, e inclusive puede ser garante dicho sujeto de evitar el delito. Una opinión contraria significaría ir contra el principio fundamental de *solidaridad*.

8.1. La prohibición de regreso, el riesgo permitido y el principio de confianza: Claus Roxin afirma que tanto el principio de riesgo permitido, como el principio de confianza, ambos, pertenecen al núcleo concreto de lo que se conoce como prohibición de regreso. De esta manera, cuando un actuante no doloso ha producido el peligro intolerable de un hecho doloso, no hay razón para excluir de una imputación culposa junto al hecho doloso. Esta solución reside —según Roxin— en evitar la prohibición de regreso como un principio absoluto, y fijar más bien los límites del principio de confianza y del riesgo permitido.

Parece que en los casos de prohibición de regreso, el sujeto de atrás (imprudente), mismo que supone la creación de un riesgo prohibido, debe responder en su caso por su propio injusto, por su descuido si lo hubiere, y no por el injusto doloso cometido por el actuante posterior. En todo caso el problema está en delimitar cada riesgo propiciado por cada interviniente, y esto, según creo, es una labor propia de la *tópica*, pues en mucho depende del caso concreto de que se trate.

Siguiendo con Roxin, lo que él argumenta es que: "el principio de confianza no debe regir cuando un comportamiento favorece la propensión reconocible al hecho de un autor doloso potencial."²⁵⁷

Lo anterior es verdad, sólo que, así lo considero, ello rige en el ámbito de la *participación*, no así en el campo de la prohibición de regreso, pues se supone que el autor imprudente, lo es en tanto que —*ex ante*— ignora que favorece con su comportamiento descuidado a un autor doloso.

8.2. La prohibición de regreso en casos en que existe una posición de garante: La *prohibición de regreso en casos de garantía*, como le llamo, adquiere la siguiente literalidad: la imprudencia de un sujeto a trae una condición *x*, condición que es aprovechada en forma circunstancial por un sujeto *b* mayor de edad, para la comisión dolosa de un resultado *z*, mismo resultado que fuera indiferente con la sola condición *x*, pero sobre cuya evitabilidad el sujeto a es garante especial.

8.3. La prohibición de regreso en casos en que el primer aporte se puede actualizar: Esta serie de casos, así lo creo, pueden delinearse bajo el siguiente rótulo: la imprudencia de un sujeto *a* trae una condición *x* sobre la que un sujeto *b* mayor de edad, se aprovecha para la posible comisión de un resultado *z*, posibilidad que

²⁵⁷ Roxin, Claus, Problemas Básicos del Derecho Penal, Op. cit., p. 31.

depende de que el sujeto **a**, estando a tiempo y contando con los medios necesarios para ello, evite o no las consecuencias del aprovechamiento de su descuido.

8.4. La prohibición de regreso en casos en que el primer aporte se puede actualizar, teniendo un deber especial para rectificar. La sistematización de estos casos, en mi opinión, se describe de la siguiente manera: la imprudencia de un sujeto **a** trae una condición **x**, condición que es aprovechada en forma circunstancial por un sujeto **b** mayor de edad, para la posible comisión de un resultado **z**, posibilidad que depende de que el sujeto **a**, estando a tiempo y contando con los medios necesarios para ello, evite o no las consecuencias del aprovechamiento de su descuido; teniendo en relación un deber especial de cuidado para evitar tal resultado **z**.

9. Comportamientos alternativos conforme a Derecho: Los comportamientos alternativos conforme a Derecho, son aquellos comportamientos que contrariando el orden jurídico lesionan o ponen en riesgo un bien jurídicamente protegido, sabiéndose que dicho bien se hubiera lesionado o puesto en riesgo, aun cuando el comportamiento no hubiera contrariado el orden jurídico; entonces se dice que se trata de un comportamiento alternativo conforme a Derecho, porque el mismo resultado lesivo se hubiera provocado infringiendo o no el Ordenamiento jurídico.

9.1. La simple alternatividad: Considero que, en el sentido del párrafo anterior, hay *simple alternatividad* cuando, hipotéticamente, un mismo resultado tiene presencia lo mismo por una conducta conforme al deber que por otra contraria al deber.

9.2. La alternatividad compuesta: Asimismo, estimo que existe *alternatividad compuesta* cuando, hipotéticamente, un mismo resultado tendría presencia, lo mismo por una conducta conforme al deber que por otra contraria al deber, ya por dolo o por culpa de esta última. Es de observarse que, frente a lo que se denomina "*alternatividad compuesta*", un mismo resultado acontecería si fuera cometido actuando conforme al deber, o en su caso, actuando contrariamente al deber: por dolo o negligencia del sujeto alternativo.

Mi criterio es el siguiente: cuando a pesar de haber cierta "*alternatividad*" en la producción del resultado, al sujeto que llega a la comisión de aquel resultado (mismo resultado que sería igualmente configurado si se hubiera portado bien), si dicho resultado lo comete imprudentemente, el autor imprudente debe quedar absuelto, pues en realidad no hay *necesidad de prevención*; en cambio, si el resultado lo cometió *dolosamente*, en atención al *desvalor de acción* del sujeto alternativo, se le debe hacer responsable conforme a la punibilidad de *tentativa acabada*.

9.3. Los comportamientos alternativos conforme a Derecho y el riesgo permitido: Existe un debate en relación a si se debe tener o no por no elevado el nivel del *riesgo permitido*, allí cuando se verifica (*ex post*) que el mismo resultado se hubiere producido —en similares magnitudes— por otros factores igualmente probables al que lo produjo.

Al respecto se ha expresado Malamud Goti, para afirmar que en aquel grupo de casos, falta el aspecto objetivo de la norma, concretamente, el *aumento del riesgo permitido*.²⁵⁸

Por otro lado, Günther Jakobs se expresa diciendo: "es errónea la fórmula habitualmente usada según la cual un comportamiento no permitido explica un curso lesivo cuando el mismo no habría tenido lugar sin el comportamiento (...) a modo de ejemplo: el verdadero amor hacia alguien no se manifiesta en que esa persona, de ser otra, no sería amada."²⁵⁹

Por otra parte, Jürgen Wolter ha dicho: "No sólo es preciso que el autor de un hecho doloso cree a sabiendas un riesgo adecuado. Más bien se requiere así mismo, que este comportamiento peligroso produzca un incremento del riesgo, en comparación con el comportamiento alternativo adecuado a Derecho, y que esté abarcado por el fin de protección de la norma."²⁶⁰

10. El rol como fundamento de la responsabilidad penal: Jakobs afirma que la responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol, pues para él, los seres humanos se encuentran en el mundo social como portadores de un rol, de forma incluso que, quien se mantiene dentro de los límites de su rol, no responde de un curso lesivo aún en el caso —dice Jakobs— en que bien pudiera perfectamente evitarlo, pues no forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar todo riesgo de lesión de otro.²⁶¹

10.1. El rol especial y el deber institucional: Quien quebranta un rol especial, generalmente responde a título de autor, ya que —según Jakobs— está obligado de manera directa frente a la víctima a mantener un ámbito común.²⁶²

Un deber institucional es un *deber específico que exige una posición de garante especial y determina una cierta expectativa que se espera de persona*; brevemente, todo deber institucional denota un *rol especial*; su quebrantamiento generalmente conduce a la responsabilidad por *autoría*. La fundamentación de un deber de garante en virtud de una competencia institucional generalmente no excluye la exigencia de otros deberes; esto es, que un deber institucional no excluye aquellos deberes derivados en virtud de un ámbito de organización.²⁶³

10.2. El rol y los conocimientos especiales: Los conocimientos especiales son así llamados debido a que pertenecen a un autor que se desempeña bajo un rol en el que no se está obligado a poseer dichos conocimientos.

²⁵⁸ Malamud Goti, Jaime E., La Estructura Penal de la Culpa, Op. cit., p. 133.

²⁵⁹ Jakobs, Günther, La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Op. cit., p. 184.

²⁶⁰ Wolter, Jürgen, "Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus", Op. cit., p. 116.

²⁶¹ Jakobs, Günther, La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Op. cit., p. 100.

²⁶² *Ibidem*, p. 146.

²⁶³ Lesch, Heiko H, "Intervención delictiva e imputación objetiva", Op. cit. p. 970.

10.3. Tratamiento dogmático de los conocimientos especiales: Para Günther Jakobs los conocimientos especiales constituyen algo que no hay obligación de adquirir o de mantener; se trata simplemente –dice– de pura subjetividad, y nada más.²⁶⁴

No obstante, existen casos de organización en los que determinados conocimientos especiales adquieren plena relevancia; pero para Jakobs, es frecuente que los conocimientos especiales (el dolo) se desplace a un segundo término de referencia, de tal manera que en el ámbito de la *competencia por organización*, puede que el autor sea *garante* de asegurar que en su ámbito de organización se respeten los estándares habituales de seguridad, lo cual ha de suceder –matiza Jakobs– con independencia de su conocimiento actual.²⁶⁵

Particularmente sostengo que: se debe prestar suficiente atención a los conocimientos especiales, aunque no por ello ha de hacer incidir dentro de los mismos todo el radio de imputación penal, sino que, junto a ello, es igualmente importante la especie de rol que describe cierto deber específico sobre la persona, de manera que si nunca sobreviene a una persona un deber de salvamento por *injerencia* o *asunción*, la importancia del conocimiento especial se va desvaneciendo, hasta el grado de hacerse más importante la cuestión concreta de saber si la persona ha descuidado o no su *rol* o deber específico.

11. El ámbito protector de la norma y la imputación objetiva: Enrique Gimbernat, Hans-Joachim Rudolph, y Claus Roxin, hicieron del concepto "*fin de protección de la norma*" un *regulador normativo* que, como instrumento de la *imputación objetiva del resultado*, sirve para calificar cuándo un hecho concreto, causante de un resultado, está inmerso en el *radio de lo prohibido*, conforme a una norma preestablecida. **El fin de protección de la norma consiste en saber qué resultado lesivo está bajo el interés de protección de la ley penal.**

Es evidente la necesidad de un *juicio valorativo* para saber cuándo un comportamiento está inmerso o no bajo el ámbito protector de la norma; los argumentos que para ello se tienen, generalmente son argumentos que se implican según sea el caso concreto de que se trate, he aquí –en contra de la sistemática– la importancia de la tópic.

Estimo que el *ámbito protector de la norma* no puede configurar *constantes reglas inflexibles*; sino que en buena medida, el ámbito protector de la norma se puede hacerse valer a través de la argumentación propicia del caso concreto.

12. La imputación objetiva, conforme a casos prácticos: Problema uno: En Alemania se presentó el caso en que el mercurio, que a manera de amalgamas, los dentistas instalaban a sus pacientes, era un mercurio perjudicial para una determinada población de alemanes.

Este problema, visto a la luz de la imputación objetiva del resultado, plantea dificultades como las de saber si los dentistas actúan correctamente sólo con advertir

²⁶⁴ Jakobs, Günther, La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Op. cit., p. 138.

²⁶⁵ Ibidem, p. 139.

a sus pacientes el riesgo del material que han elegido para sus incrustaciones. De ser así, entonces, los pacientes asumirían para sí, de manera autoresponsable, los niveles del riesgo latentes. Pero, también, si los dentistas omiten advertir a sus pacientes respecto del material peligroso que han elegido, ellos (los dentistas) pudieron haberse comportado de ese modo, debido a que –contra toda sospecha– confiaban (principio de confianza) en el deber que tenía el Sector Salud para retirar del mercado todo producto que –verídicamente– fuera peligroso. Ese mismo principio de confianza pudo influir sobre la decisión de los pacientes advertidos que –a pesar de ello– decidieron las incrustaciones de mercurio autoresponsablemente.

Pues bien, en todo esto son aplicables los principios y criterios de la imputación objetiva.

Problema dos: Es el caso en que una empresa alemana que fabrica medicamentos, puso al mercado un tranquilizante y somnífero que era frecuentemente utilizado por mujeres embarazadas. Un número elevado de mujeres embarazadas sufrió abortos no deseados o dieron a luz a niños con malformaciones. A pesar de sospecharse una relación causal entre el medicamento y los resultados, la empresa no detuvo la venta del medicamento.²⁶⁶

Para el caso anotado es trascendente saber en qué momento y a quiénes les puede ser atribuible el quebranto del deber objetivo de cuidado (culpa de los productores, distribuidores o vendedores).

Para Klaus Tiedemann, en estos casos, **la infracción al deber objetivo de cuidado existe cuando, al incumplir el deber de vigilar el producto defectuoso, se hubieran obtenido conocimientos que a su vez hubiesen originado la obligación de informar, corregir, dejar de producir, o retirar del mercado el producto,**²⁶⁷ todo esto, desde luego, conforme a los criterios de la imputación objetiva.

Por ejemplo, **es posible acreditar la posición de garante (posición de garante sobrevenida por inferencia) de quien debía retirar el producto defectuoso del mercado cuando la distribución del producto defectuoso en el mercado haya sido antijurídica, no respetando las reglas técnicas de seguridad,**²⁶⁸ o por simple culpa de los distribuidores o productores.²⁶⁹

Más difícil es la determinación de la posición de garante cuando, atendiendo a las normas vigentes, la producción y la venta del producto defectuoso no hayan sido en sí antijurídicas.

²⁶⁶ Tiedemann, Klaus, "Parte general del Derecho penal económico", Op. cit., p. 18.

²⁶⁷ Tiedemann, Klaus, "Lesiones corporales y responsabilidad penal por el producto", tr. Javier Valls Prieto, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Tercera época, núm. 3, Granada, 2000, pp. 56 y 57.

²⁶⁸ "...hay que entender por reglas técnicas aquellos criterios que se han desarrollado como resultado de una previsión, basada en la experiencia y en la reflexión, de los posibles peligros de la planificación, cálculo y ejecución de obras o instalaciones técnicas." Está claro que la infracción a las reglas técnicas se considera como infracción al deber objetivo de cuidado. Schönemann, Bernad. "Las reglas de la técnica en Derecho penal", Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, Tomo XLVII, Fascículo III, Septiembre-Diciembre, Madrid, 1994, p. 317.

²⁶⁹ Tiedemann, Klaus, "Parte general del Derecho penal económico", Op. cit., p. 6. 19.

Pero, según admite el propio Tiedemann, **dado que el Derecho civil reconoce un deber de vigilancia posterior a la venta del producto, éste deber de vigilancia también puede considerarse, en Derecho penal, como deber y fundamento de la posición de garante.**²⁷⁰

Se aprecia que la determinación de la posición de garante sobre la que se basa la responsabilidad de los intervinientes, no está desligada de los principios de la imputación objetiva; esto porque, entre otras cosas, debe precisarse el incremento del riesgo permitido.

12.1. En cuanto a la creación de un riesgo no permitido: El riesgo, en sentido naturalístico, es lo que explica el acontecimiento de una situación o de un evento, conforme a las reglas de la probabilidad: una situación riesgosa por ejemplo consiste en la probabilidad de una lesión, y, a su vez, una situación riesgosa bien puede concretizarse en un evento lesivo. En cambio, el riesgo, en sentido normativo, involucra los criterios para calificar un comportamiento —riesgoso— cuando el mismo se aparta del modo válido de organización social.

Hay que partir de la base en el sentido de que la sociedad implica un sinfín de riesgos, muchos de los cuales no sólo son permitidos, sino necesarios. El riesgo y la lesión concreta de ciertos bienes, son imprescindibles en el desarrollo social. Esta clase de peligros o riesgos lesivos, **dado que pertenecen al modo de ser de la configuración social**, se denominan: "riesgos permitidos".

Pero, cuando un comportamiento rebasa los niveles del riesgo permitido, es decir, cuando una conducta es contraria al modo de ser de la configuración social, entonces, se trata de una conducta que debe ser objeto de la regulación penal; de esta manera, en principio, **dicho comportamiento que contra el modo de ser social rebasa los niveles del riesgo permitido, debe calificarse como un comportamiento típico.** Así, en mi opinión:

- a) La creación de un riesgo no permitido es un presupuesto esencial para la imputación, pues ningún resultado se deberá imputar al autor, si antes no se verifica la creación de un riesgo prohibido (no permitido).
- b) Podrá existir la causación de un resultado, podrá incluso existir dolo en la causación del resultado, pero si no se determina la creación de un riesgo no permitido, entonces, tal resultado, aunque hubiera quebrantado materialmente un bien jurídico, no podrá ser imputado como obra del autor.
- c) La conducta que pertenece a los niveles del riesgo permitido es una conducta que ni siquiera merece ser considerada típica. Con más razón, es atípica la conducta que reduce los niveles del riesgo permitido.

Ciertamente, como es lógico, no existirá conducta típica cuando una persona disminuya el riesgo permitido; pero si una persona disminuye los niveles del riesgo

²⁷⁰ Ibidem, pp. 19 y 20.

prohibido, su comportamiento seguirá siendo atípico sólo cuando no recaiga sobre él la imputación objetiva del incremento del riesgo ahora disminuido.

Problema uno: Si como se ha dicho, el riesgo permitido imposibilita la configuración del tipo penal, entonces: ¿cómo debe resolverse la situación en la que una persona erróneamente cree —a pesar de conocer el riesgo de su comportamiento— que su conducta se mantendrá dentro de los niveles del riesgo permitido?, ¿deben aplicarse las reglas del error de tipo?, o bien, ¿debe resolverse atendiendo a los principios del error de prohibición?

La respuesta es obvia, pues independientemente de que la falta del incremento del riesgo permitido imposibilita la realización del tipo, en este caso lo que subsiste es un error sobre la prohibición de la conducta, de tal manera que el autor considera, a pesar incluso de conocer el incremento del riesgo permitido, que su comportamiento de algún modo está justificado; por tanto, han de aplicarse las reglas del error de prohibición, según considero.

Problema dos: Jaime, que siempre ha tenido resentimiento contra los "gringos", hace la travesura de orientar en sentido contrario a un turista que le preguntó la ubicación de la Central de Autobuses. Jaime —refiriéndose al turista— dice a uno de sus amigos: "espero que en la avenida principal lo atropellen". Y, efectivamente, el gringo que obedeció la orientación de Jaime, muere atropellado.

En el caso anterior Jaime no ha creado ningún riesgo desaprobado de homicidio, pues señalar incorrectamente una dirección, no significa crear un riesgo de muerte, no obstante que *desea* que esto suceda.

Un riesgo de muerte se hubiera creado si el turista estuviera ciego y se le hiciera la indicación de que *en esa zona no hay peligro de vehículos*. En tal caso se crea un riesgo no permitido si al turista se le dice: "vallase sin cuidado, no tenga pendiente, en esta zona no pasan automóviles."

12.2. En cuanto a la actuación a propio riesgo: Problema uno: En una determinada autopista del Ajusco, se presentó la ocasión en que tres conductores de motocicletas apostaron la llegada más rápida a la meta. Y comenzó la carrera, siendo el caso en que uno de los conductores se descontroló debido a la polvareda de los motociclistas de adelante; y por esa causa que le imposibilitó la visibilidad, el conductor de atrás murió al perder el control sobre su motocicleta.

En este caso es posible plantear **la actuación a propio riesgo** del conductor que aceptó la competencia. Tal persona sabía que los competidores acelerarían al máximo sus motocicletas, y aceptó el *riesgo*.

La actuación a propio riesgo consiste en someter a posibles lesiones los bienes jurídicos propios.

Si una persona, voluntariamente, se somete a riesgos desmedidos, es una persona que en sentido estricto renuncia a la protección de la norma.

Entonces, cabe preguntar: ¿la norma penal —en este caso la prohibición de no matar— realmente puede proteger a quien de antemano renuncia a su propia protección?

Problema dos: Un sujeto es gravemente lesionado y sin embargo desatiende las prescripciones médicas que le fueron recomendadas.

Es claro que el sujeto del supuesto anterior, voluntariamente, se sometió a un riesgo de infección, infección por la que no debe responder quien lo lesionó.

De esa manera, al no seguir las recomendaciones de los médicos, el sujeto se sometió a un riesgo, y a la vez, **renunció a la protección del tipo** de homicidio o de lesiones, según se complique la infección.

También es claro que para el caso en que se le entrega a un drogadicto cierta cantidad de droga, y el drogadicto muere por causa de una sobredosis, por dicha muerte no debe responder el distribuidor de la droga, pues el drogadicto, al someterse a un riesgo desaprobado, voluntariamente, ha querido renunciar a la protección del tipo penal de homicidio.

En fin, como lo he referido anteriormente, **cuando una persona responsable se somete voluntariamente a riesgos innecesarios, renuncia de ese modo a la protección de la norma penal.**²⁷¹

Hay que decirlo, la figura jurídica de la actuación a propio riesgo elimina la posibilidad de que el comportamiento sobre el que incide el riesgo sea un comportamiento típico; esto es, la actuación a propio riesgo de un sujeto no puede configurar ningún tipo penal atribuible a otra persona; por supuesto, siempre que la persona que actúa a propio riesgo sea autoresponsable de sus actos.

Lo anterior tiene concordancia con aquellos supuestos en que el sujeto pasivo manifiesta su **consentimiento** de ser victimado.²⁷²

Problema tres: Igualmente actúa a propio riesgo, quien sin necesidad alguna le solicita a una persona claramente ebria la realización de un acto complejo, por ejemplo conducir un automóvil durante un trayecto francamente peligroso. La persona —imputable— que hace tal solicitud debe conformarse con las consecuencias negativas que resulten contra él.²⁷³

Tal como se ha manifestado, la actuación a propio riesgo es una figura jurídica que la mayoría de las veces excluye el tipo; pero, la realización del tipo sólo se excluye cuando el bien jurídico de que se trate sea de libre disposición del titular.²⁷⁴

²⁷¹ Lo mismo cabe decir respecto de las personas que consienten la lesión de uno de sus bienes (disponibles), en estos casos quien consiente la lesión de un bien renuncia a la protección de la norma penal.

²⁷² Sin embargo cabe distinguir entre *consentimiento* y *actuación a propio riesgo*, comenzando porque en ocasiones el consentimiento no elimina la *tipicidad* de un hecho sino que elimina la *antijuridicidad* del mismo.

²⁷³ Puppe, Ingeborg, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", Op. cit., p. 111.

²⁷⁴ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 307.

Definitivamente, existe **competencia de la víctima**²⁷⁵ cuando es posible atribuir el acaecimiento de un resultado típico, o la circunstancia de un riesgo, a la propia persona titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

Problema cuatro: Una joven artista, por su fama y éxitos alcanzados, se encuentra vigilada por reporteros que desean hacer pública su intimidad ahora que tiene un amante. La noticia, consideran los reporteros, provocará la expectativa del público, por ello buscan descubrir la identidad del amante; al efecto, esperan fuera de la casa, y sin que la actriz se percate, los reporteros la siguen hasta un hotel en donde el amante espera a la joven artista. Luego de unas horas la actriz, acompañada de su amante, sale del hotel a bordo de un automóvil BMW que entonces maneja su chofer; los reporteros, en su afán de tomar fotografías a la pareja, siguen el automóvil que pronto alcanzó una velocidad considerable. La persecución que llevan a cabo los reporteros termina en un accidente que por el exceso de velocidad provocó la muerte de los amantes, y el chofer resultó con lesiones graves. ¿Quién es responsable de la muerte de los amantes y las lesiones del chofer?

Problema cinco: Dos policías preventivos bajan de su patrulla con el propósito de acercarse a un sujeto que se encuentra injiriendo vino en la vía pública. El borracho, al ver que se acercan los policías, se incorpora y sube a su automóvil; rápidamente los policías también abordan su patrulla, prenden la sirena y lo siguen. Ambos automóviles alcanzan fuertes velocidades y en esos momentos el conductor ebrio no tiene más que incursionar sobre otra carretera con muchas curvas y poblados. Como es de esperarse, el conductor ebrio causó serias lesiones y daños cuando quiso controlar su auto en una de las curvas más pronunciadas. En este caso: ¿es lícito que los policías cumplieran con su deber, a pesar de que les era fácilmente previsible el desenlace de su persecución?

12.3. En cuanto a los comportamientos alternativos conforme a Derecho:

Problema uno: En una fábrica de pinceles los trabajadores laboran con un material no desinfectado, por tal razón, tras una breve infección mortal, la mayoría de los trabajadores pierden la vida.

Evidentemente, el dueño de la fábrica omitió un deber de cuidado, consistente en desinfectar la materia prima con que se fabrican los pinceles; se pudiera decir que se comete el delito de *homicidio culposo*.

Cuando respecto del mismo asunto, se demuestra que el virus que ocasionó la muerte de los trabajadores no hubiera podido ser eliminado ni con todos los *métodos normales* de desinfección que se omitieron; entonces, se llega a la paradoja en el

²⁷⁵ Es lógico de pensarse, la relación circunscrita solamente entre dos personas (víctima y victimario) carece de relevancia, pues un mismo hecho debe analizarse prestando atención no sólo a la víctima y al victimario, sino también a posibles terceros o a la propia casualidad (el infortunio). Si, puede ocurrir que la configuración de un contacto social compete no sólo al autor sino también a la víctima, incluso en un doble sentido: puede que la propia conducta de la víctima fundamente, bien a bien, su propia responsabilidad sobre el hecho lesivo, o puede ocurrir que la víctima se encuentre en la desgraciada situación de hallarse en una cierta posición lesiva debido al destino, a la casualidad, a la desgracia. Jakobs, Günther. La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Op. cit., p 109.

sentido de que la muerte de los trabajadores se hubiera propiciado también si se hubiera respetado el deber de "desinfectar" la materia prima de los pinceles; es decir, **ni con la desinfección normal a la que está obligado el patrón se hubiera podido destruir el virus que les produjo la muerte a los empleados.**

La pregunta es la siguiente: ¿el dueño de la fábrica es penalmente responsable a pesar de que se ha demostrado que de haberse comportado de manera jurídicamente correcta, ni con ello el virus hubiera podido ser eliminado, sometiendo a los métodos normales de desinfección la materia prima de los pinceles?

En menos palabras: ¿se le puede reprochar a una persona, *sabiendo que de no haber infringido su deber de cuidado*, el resultado lesivo que produjo de cualquier manera se hubiera producido?

Pues bien, para el caso anterior se tiene por **no elevado el nivel de riesgo socialmente permitido**, pues cuando se verifica que el mismo resultado se hubiera producido —en idénticas magnitudes— por otros factores igualmente probables al que lo produjo, vale concluir que el riesgo no se ha incrementado de ningún modo, pues como en el caso anterior **el riesgo ya existía**, y no podía ser eliminado ni con los métodos normales de desinfección autorizados.

Habría que preguntarnos si el patrón de la fábrica de pinceles realmente necesita y merece ser castigado por no esterilizar la materia prima que porta un virus inmune a los procedimientos normales de desinfección.

Aunque, como se ha dicho, la conducta omisiva del patrón **no elevó los niveles del riesgo permitido**, si se le quisiera imputar el hecho, el mismo se debe atribuir como **homicidio culposo cometido en forma de comisión por omisión.**

Conforme al nuevo Código Penal para el Distrito Federal,²⁷⁶ **la comisión por omisión se acredita siempre y cuando se demuestre que el resultado típico, de acuerdo con las circunstancias, hubiera podido ser evitado.** Y en nuestro caso el patrón no hubiera podido evitar el resultado, pues el virus era inmune a los métodos normales de esterilización.

Por otra parte, cuando a pesar de haber cierta "alternatividad" en la producción de un resultado, al sujeto que llega a la comisión del mismo resultado en forma dolosa —y no imprudente como en el caso anterior—, propongo que en atención al *desvalor de acción*,²⁷⁷ al autor doloso se le haga culpable conforme a la punibilidad que necesita una *tentativa acabada*.²⁷⁸ El mismo criterio sigue el doctor Enrique Díaz Aranda, la diferencia tal vez consiste en que, desde su punto de vista, el desvalor de conducta (entiéndase desvalor de acción), en casos como el anterior, entraña por sí mismo la creación de un riesgo no permitido, razón por la cual, según el autor en cita, se determina la aplicación del tipo de tentativa de homicidio.²⁷⁹

²⁷⁶ Artículo 16, fracción II.

²⁷⁷ Desvalor de la acción es desvalor de intención.

²⁷⁸ Quintino Zepeda, Rubén, Diccionario Básico de la Ciencia Penal Moderna, Op. cit., p. 26.

²⁷⁹ Díaz Aranda, Enrique, Dolo, Op. cit., p. 106.

12.4. En cuanto a la prohibición de regreso: Problema uno: Supongamos que el descuido de Francisco consiste en haber dejado un revólver cargado en un lugar de fácil acceso, y tal situación –casualmente– es aprovechada por Daniel, quien ahora tiene el revólver; y siendo Daniel una persona plenamente responsable, comete el delito doloso de homicidio contra Antonio. Desde luego, dicho resultado de muerte no se hubiera concretizado con el solo descuido de Francisco.

Ahora se trata de saber si Francisco, que cometió el descuido de olvidar el revólver en un lugar de fácil acceso, debe o no responder por el delito ocasionado dolosamente por Daniel. **La respuesta es negativa, precisamente porque no se debe regresar la imputación del homicidio (prohibición de regreso) hasta Francisco, en atención a que Daniel es un sujeto autoresponsable de sus actos, además de que Francisco no tiene un deber especial de cuidado para evitar la muerte de Antonio.**

La prohibición de regreso fracasaría en el caso de que una servidora doméstica hubiera dejado el revólver cargado en la sala de la casa donde juegan dos niños, y uno acribilla al otro a tiros; aquí sí se *regresa* la imputación hasta la servidora doméstica, en quien recae un deber especial de cuidado para mantener controlada la seguridad de los niños.

Otros casos típicos para ejemplificar la prohibición de regreso, son los siguientes:

Problema dos: La persona que vende a un sujeto responsable un utensilio de cocina –un cuchillo concretamente–, no responde del homicidio que cometa minutos después el cliente, que se ha valido de un utensilio de cocina.

Problema tres: El taxista no responderá del robo que cometa el pasajero, a pesar de que el mismo taxista traslade –de ida y vuelta incluso– al discreto delincuente.

Problema cuatro: Un sujeto dedicado a la compra y venta de automóviles, realiza la venta de un vehículo defectuoso en cuanto al sistema de frenos se refiere, no le avisa al comprador del automóvil, y éste –luego de un tiempo y sin haber usado el vehículo de referencia– lo presta a una persona que lo necesita en una emergencia para acelerar fuertemente. El caso es que se produce un accidente debido al mal estado del sistema de frenos.

12.5. En cuanto a los conocimientos especiales: Problema uno: Un ingeniero alquila un automóvil y descubre gracias a sus especiales conocimientos técnicos, que los frenos van a fallar en breve. A pesar de ello devuelve el vehículo al arrendatario; el siguiente cliente que usa dicho automóvil sufre un accidente.²⁸⁰

Problema dos: Un estudiante aventajado de la licenciatura en Ingeniería, que durante las vacaciones labora como ayudante en una empresa constructora, recibe instrucciones de mezclar ciertos materiales para la construcción de un muro de contención. El estudiante sabe que con las instrucciones que ha recibido el material

²⁸⁰ Jakobs, Günther, La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Op. cit., 63.

del muro de contención no soportará y se producirá un grave accidente en contra de los demás trabajadores. Efectivamente el muro de contención se derrumba y mueren quince trabajadores.²⁸¹

Problema tres: Un estudiante de Biología gana algún dinero trabajando por las tardes como recamarero, cuando se le encarga servir una ensalada exótica descubre en ella una fruta de la que sabe –por sus estudios en Biología– que es venenosa. De todos modos sirve la ensalada.²⁸²

Problema cuatro: El mismo estudiante de Biología del caso anterior se dispone a disfrutar de la ensalada que le ofrecen en su trabajo, y sabiendo que le hará daño, come dicha ensalada para solicitar después su incapacidad temporal de trabajo.

Los puntos concretos de reflexión serán:

- a) ¿De qué manera es válido atribuir responsabilidad penal al sujeto que omite enterar a alguien de un daño, una vez que dicho sujeto omitente lo ha previsto con base a sus específicos *conocimientos especiales*, que sin embargo no pertenecen a la especie de *rol* que en particular desempeña?
- b) ¿Alguien puede válidamente esperar de un empleado contratado como recamarero, que le avise si uno de los alimentos es riesgoso para la salud, situación que por su parte únicamente puede saber quien posea determinados *conocimientos especializados*? Más concretamente, ¿es válido esperar de un simple recamarero, que posea específicos conocimientos sobre frutas exóticas?
- c) Y si tanto el que alquiló el auto como el estudiante de Biología hubieran desatendido suficientemente sus especiales conocimientos como para pasar inadvertidos de las circunstancias concretas que entonces acontecían; o bien, tras un razonamiento posterior, una vez que se hubiera entregado el auto y servido la ensalada, el ingeniero y el estudiante pudieran deducir –demasiado tarde– las consecuencias esperadas, ¿cabría no obstante atribuir responsabilidad penal para ellos, en virtud de su descuido?

Hay que estar conscientes del *deber ético de solidaridad* que se quebrantaría para los casos en que no se avisa el desenlace fatal de una situación que un especialista espera, pero que sin embargo no está dentro de su rol enterar a los demás de los latentes riesgos.

Günther Jakobs refiere, así planteadas las cosas, que en ninguno de los casos podrá responsabilizarse penalmente a quien ni siquiera ha omitido un deber que de él –conforme a su rol– se espere. En definitiva, no cabe responsabilizar a alguien cuando no hace uso de los conocimientos especiales que no forman parte de su rol, dado que *ni siquiera se han elevado los niveles del riesgo permitido*.

²⁸¹ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., pp. 252 y 388.

²⁸² Jakobs, Günther. La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Op. cit., 64.

Para Günther Jakobs, los *conocimientos especiales* constituyen algo que no hay obligación de adquirir o de mantener; se trata simplemente –dice– de pura subjetividad, y nada más.²⁸³ No obstante, existen casos de organización en los que determinados *conocimientos especiales* adquieren por demás relevancia; pero en Jakobs, es frecuente que los conocimientos especiales (el dolo) se desplacen a un segundo término de referencia, de tal manera que en el ámbito de la *competencia por organización*, puede que el autor sea *garante* de asegurar que en su ámbito de organización se respeten los *estándares* habituales de seguridad, lo cual ha de suceder –matiza Jakobs– con independencia de su conocimiento actual.²⁸⁴

Mi consideración al respecto, figura dentro de las opiniones que deciden prestar suficiente atención al conocimiento especial, pero que no por ello hacen incidir dentro del mismo todo el radio de imputación penal, sino que es igualmente importante la especie de *rol* que describe cierto deber específico sobre la persona, de manera que si nunca sobreviene a una persona un deber de auxilio por *injerencia* o *asunción*, la importancia del conocimiento especial se va desvaneciendo, hasta el grado de hacerse más importante la cuestión concreta de saber si la persona ha descuidado o no su *rol* específico.

En general existe cierta dificultad al pretender generalizar aquí alguna especie de regla dogmática que deba aplicarse por igual a todos los casos; con ello se quiere decir que, la decisión que se tome al confrontar *rol* y *conocimiento especial*, en mucho depende del caso concreto que se trate. Nuevamente sobresale la *tópica* sobre la *sistemática-dogmática*.²⁸⁵

Para Jakobs, al sujeto que cumple con el estándar de su rol, no se le puede atribuir responsabilidad criminal; por supuesto, sin que esto signifique que la persona que incumple su rol no pueda ser exonerada por alguna falta de culpabilidad, si fuera el caso.

Debe reconocerse la dificultad de saber cuantificar las conductas en roles o estándares específicos, pues simplemente lo social no se interrumpe para hacer mediciones; entonces, la imputación objetiva no puede mecanizarse de modo que se logren establecer fórmulas dogmáticas constantes. Además, si sobre valoramos el rol de los comportamientos, en consecuencia minimizamos los específicos conocimientos especiales que muchas veces son decisivos para imputar un resultado. Jakobs comprende perfectamente esta situación, y se le mal interpreta cuando se afirma que los conocimientos especiales son para él algo de lo que siempre se deba prescindir; de ningún modo, Jakobs admite la relevancia de los conocimientos especiales, lo que en todo caso deja claro es que los mismos fundamentan suficientemente la imputación únicamente en casos excepcionales.

²⁸³ *Ibidem*, 138.

²⁸⁴ *Ibidem*, 139.

²⁸⁵ Según opina Claus Roxin, la *tópica* no puede sustituir al pensamiento sistemático, pues –argumenta– el punto de partida de aquella se opone al principio de culpabilidad y a la uniformidad de las decisiones judiciales. Sin embargo, es necesario abrir el sistema penal a un ámbito de posibilidades más flexibles, adecuadas al propio desarrollo social, a la realidad, sólo entonces lograremos un Derecho penal que fluya *del sistema al problema y del problema al sistema*.

Sea lo que sea, la necesidad de los conocimientos especiales se pone de relieve en el caso en que el mismo estudiante de Biología se dispone a disfrutar de la ensalada que le ofrecen en su trabajo, y sabiendo que le hará daño, come dicha ensalada para solicitar después su incapacidad temporal de trabajo. **Aquí, según considero, no sería posible argumentar que los especiales conocimientos del autor son irrelevantes**, haciendo ver que él tan sólo se comporta como un empleado que come lo que le autoricen. Tampoco desde el punto de vista laboral sería satisfactorio que en el caso anterior se tuviera como acreditada la incapacidad del estudiante de Biología.

Es verificable que las funciones de una persona –en su totalidad– no pueden objetivamente abarcarse con una simple clasificación de roles o estándares, sino que debemos atender también a las peculiaridades de la situación y de la persona concreta de la que se trate.

No obstante, según reconoce Jakobs, la responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol, de tal manera que quien se mantiene dentro de los límites permitidos de su rol, no responde por la lesión de un bien jurídico, aún cuando pudiera perfectamente evitarlo, de ahí que, según dice, “no forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar todo riesgo de lesión.”²⁶⁶

13. Comentarios generales:

1. La imputación objetiva consiste en la creación de un riesgo desaprobado (incremento del riesgo permitido) que se concretiza en un resultado, mismo que a su vez pertenezca al ámbito protector de la norma. La imputación subjetiva, por su parte, tiene los siguientes presupuestos: capacidad de culpabilidad del autor, el conocimiento de la prohibición por parte del autor, y, la exigibilidad de otra conducta del autor.
2. Los comportamientos realizados bajo el ámbito del riesgo permitido, son comportamientos de naturaleza atípica.
3. El sujeto que auto-pone en riesgo los bienes jurídicos que le son disponibles, prácticamente renuncia a la tutela del Derecho penal. Por ello la actuación a propio riesgo *excluye la realización del tipo penal*, cuando se trata de bienes jurídicos disponibles.
4. La *competencia* en sí, determina qué comportamiento es típico; es decir, atendiendo a determinada organización, y con base en los deberes especiales y generales de las personas, la competencia refiere quién ha perturbado el deber que le era entonces exigible describir.
5. Existe competencia de la víctima cuando es posible atribuir el acaecimiento de un resultado, o la circunstancia de un riesgo, a la propia persona titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

²⁶⁶ Jakobs, Günther. La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Op. cit., pp. 103 y 145.

6. En razón del principio de confianza, se trata de determinar cuándo existe el deber de examinar la corrección de las conductas que se acoplan a las propias, o bien cuándo se puede confiar lícitamente en que ellas puedan ser llevadas a cabo adecuadamente.
7. La prohibición de regreso *se hace consistir en la negativa de imputar bajo cualquier título de autoría o de participación el resultado ocasionado por un sujeto ajeno al proceder imprudente de quien ha creado una primera condición con la cual el resultado fuera indiferente.*
8. Los comportamientos alternativos conforme a Derecho, son aquellos comportamientos que contrariando el orden jurídico lesionan o ponen en riesgo un bien jurídicamente protegido, sabiéndose que dicho bien se hubiera lesionado o puesto en riesgo, aún cuando el comportamiento no hubiera contrariado el orden jurídico.
9. Los conocimientos especiales son así llamados debido a que pertenecen a un autor que se desempeña bajo un rol en el que no se está obligado a poseer dichos conocimientos.

Antijuridicidad: 1. Concepto. 2. La antijuridicidad como categoría jurídico-penal. 2.1. Ubicación sistemática de la antijuridicidad. 2.2. Relaciones dogmáticas entre la tipicidad y la antijuridicidad (especial referencia a la teoría de los elementos negativos del tipo). 2.3. Relaciones dogmáticas entre la antijuridicidad y la culpabilidad. 2.4. Juridicidad-antijuridicidad. 3. Requisitos para la existencia de la antijuridicidad. 3.1. El juicio de antijuridicidad 3.2. Elementos del juicio de antijuridicidad. 4. Carácter objetivo y subjetivo de la antijuridicidad. 5. Antijuridicidad formal y antijuridicidad material. 6. La antijuridicidad para el sistema teleológico-racional. 6.1. Antijuridicidad y política criminal. 7. La antijuridicidad en los delitos de comisión por omisión. 8. El injusto penal. 8.1. El injusto penal en las diversas teorías del delito: a) El injusto penal en la teoría finalista del delito. b) El injusto penal en la teoría funcionalista del delito. c) El injusto penal en la teoría normativista del delito. 9. Comentarios generales.

1. Concepto. Para decidir si una *acción típica* es antijurídica, debe saberse si sobre dicha acción típica recae o no una causa de justificación. Lo común a toda causa de justificación es precisamente que (en casi todas) se presenta un *conflicto de intereses*, si esto es así, entonces la antijuridicidad es el campo en que se ofrece la solución a un conflicto presentado entre los intereses de cuando menos dos personas. De modo general, en la antijuridicidad tiene lugar la solución a conflictos derivados de las exigencias sociales y los intereses particulares.

2. La antijuridicidad como categoría jurídico-penal: La antijuridicidad como categoría jurídico-penal la debemos a Jhering, pues en 1867 decidió separar la categoría de la culpabilidad en dos rubros: objetivo y subjetivo; siendo el aspecto objetivo la antijuridicidad (entendida como injusto objetivo); la culpabilidad la comprendía Jhering como injusto subjetivo.

El término "antijuridicidad", trasportado al campo penal para referirse a una de las categorías del delito, es confuso e inapropiado. Mejor sería —como propone Claus Roxin— denominar a esta tercera categoría del delito con el nombre de **injusto**;²⁸⁷ sabiendo que sólo la *acción* (primer nivel del delito) que configura un *tipo* penal (segundo nivel del delito) puede ser o no valorada como *injusto* (tercer nivel del delito).

2.1. Ubicación sistemática de la antijuridicidad: Sistemáticamente la antijuridicidad se ubica entre la tipicidad y la culpabilidad. En el estudio concreto de la antijuridicidad no cabe referirse a la *personalidad del autor*, pues esto tiene lugar en la categoría de la culpabilidad; en la antijuridicidad tan sólo se trata de verificar —de modo distinto a como se hace en la tipicidad— si un determinado comportamiento está o no *prohibido* (no específicamente por la ley penal, sino atendiendo al Ordenamiento jurídico en general); por ejemplo, un comportamiento típico puede estar permitido si a la vez está amparado por alguna causa de justificación, lo cual se analiza en la categoría de antijuridicidad.

El hecho de que la antijuridicidad se encuentre sistemáticamente ubicada entre la tipicidad y la culpabilidad, ello tiene sus explicaciones, pues de otra manera se

²⁸⁷ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Op. cit., p. 219.

observarían cambios significativos en lo relativo al tratamiento de la autoría y la participación, se afectaría por ejemplo lo dispuesto en el principio de accesoriadad limitada, el cual dispone que existe participación sobre un hecho, siempre que el comportamiento del autor sea dolosamente típico y antijurídico.

2.2. Relaciones dogmáticas entre la tipicidad y la antijuridicidad (especial referencia a la teoría de los elementos negativos del tipo).²⁸⁸ Propicia confusiones el hecho de que tanto la tipicidad como antijuridicidad, ambas, en sí determinan la prohibición de un comportamiento. Evidentemente, en los tipos penales se describen los comportamientos prohibidos, e igualmente es correcto decir que todo comportamiento antijurídico es un comportamiento prohibido.

Sin embargo, la prohibición de una conducta no queda garantizada con el sólo encuadramiento de la conducta en el tipo (tipicidad). Ello es así porque **una conducta típica, pero justificada, en realidad no ha estado prohibida, a pesar de representar un comportamiento típico.** Brevemente: la prohibición de un comportamiento en realidad se garantiza con la constatación de la tipicidad y de la antijuridicidad a la vez.

La relación entre tipicidad y antijuridicidad es estrecha, al grado incluso que algunos autores, especialmente partidarios de la *teoría de los elementos negativos del tipo*, consideran que la tipicidad abarca no sólo las circunstancias típicas del delito, sino que también la tipicidad abarca *todas* aquellas circunstancias que afectan a la antijuridicidad.

Quienes sostienen la teoría de los elementos negativos del tipo, se basa en el supuesto de que la tipicidad, al describir la conducta prohibida, no sólo contiene *una valoración abstracta de una acción*, sino que la tipicidad igualmente contiene un *concreto juicio de desvalor* sobre la acción.²⁸⁹

Ciertamente, la teoría de los elementos negativos del tipo atribuye a la tipicidad una función exclusiva de la antijuridicidad: *la función de desvalorar el acto del autor.* Y para llevar a cabo esta desvaloración del acto a partir de la tipicidad, se requiere formular en el propio juicio del *tipo subjetivo*, es decir en el *dolo*, la pregunta en el sentido de si el autor tiene o no conocimiento de la ausencia de *todas* las causas de justificación; pero, todo esto, extendería con amplitud insólita el contenido del *dolo*, pues se requeriría por parte del autor del hecho, un conocimiento de la ausencia de

²⁸⁸ Franco Guzmán, Ricardo, Delito e Injusto, Op. cit., pp. 29, 75 y 174. Se ha llegado a considerar que la antijuridicidad es el elemento más importante del delito; en opinión de mi maestro Ricardo Franco Guzmán, la antijuridicidad ocupa el primer peldaño de los elementos del delito, y define al delito como: "*Conducta humana antijurídicamente típica, culpable y sancionada con una pena.*" Ahora bien, este cambio de posiciones, en que la antijuridicidad ocupa el primer peldaño del delito, propicia ciertos cambios dogmáticos que dan lugar a una reestructuración general del delito, lo cual depende de qué se entienda por "antijuridicidad tipificada" (antijuridicidad recogida en el tipo legal). Según considero, una criterio como el anterior debe ser explorado de modo que sea posible inferir todas las consecuencias dogmáticas que de ello derivan.

²⁸⁹ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., pp. 338 y 339. Jescheck no comparte la teoría en comentario.

todas las causas de justificación, lo cual sería no sólo psicológicamente absurdo, sino además imposible si se refiere a la *totalidad* de los tipos de justificación.²⁹⁰

Una de las aportaciones de la teoría de los elementos negativos del tipo (pero que desde luego un sector destacado de la doctrina no comparte) consiste en calificar a los presupuestos de las causas de justificación como elementos negativos del tipo. De ahí precisamente que para la teoría que estamos analizando, el error sobre los elementos fácticos de alguna causa de justificación, es un error de tipo que excluye el dolo, y no un error de prohibición. La teoría de los elementos negativos del tipo entiende que la ausencia de causas de justificación es un elemento (objetivo) del tipo.²⁹¹

Detenidamente, la teoría de los elementos negativos del tipo, es la que entiendo que ya desde la tipicidad se debe llevar a cabo un cierto desvalor del acto del autor; y el acto se puede desvalorar desde la tipicidad, según esta teoría, porque el sujeto tiene el conocimiento (dolo) de estar o no actuando bajo los presupuestos de una causa de justificación. Por ello, conforme a la teoría de los elementos negativos del tipo, cuando existe un error en el conocimiento (*dolo*) del autor sobre alguno de los elementos fácticos de alguna de las causas de justificación, estamos en presencia de un *error de tipo*, pues se trata de un error en el conocimiento del autor, y el dolo pertenece al tipo, por eso —se concluye— un error sobre los elementos fácticos de alguna causa de justificación, es siempre un error de tipo.

Frente a la teoría de los elementos negativos del tipo, está la *teoría de la culpabilidad*, misma que concibe al error sobre los presupuestos fácticos de justificación como un error de prohibición, y no como un error de tipo, como quiere la teoría de los elementos negativos del tipo.

2.3. Relaciones dogmáticas entre la antijuridicidad y la culpabilidad: Las relaciones dogmáticas que se tienen a partir de la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad trascienden para la diferenciar entre autoría y participación, igualmente dicha distinción, explica el principio de *accesoriedad limitada*, así como aquellos casos de justificación o exculpación, de error de tipo o error de prohibición, entre otros.

2.4. Juridicidad-antijuridicidad: Bien dice Arthur Kaufmann que si alguien no puede decir —cuando menos en forma aproximada— lo que es jurídico, tampoco está en condiciones de afirmar lo que es antijurídico.²⁹² Pero la cuestión no sólo está en saber qué es juridicidad y qué es antijuridicidad, fuera de ello, considero, importa saber: ¿qué situación además de no ser jurídica tampoco es antijurídica?

Pues bien, debido a la tradición filosófica de Occidente, es común que para la construcción de cualquier sistema —en nuestro caso para la construcción del sistema penal—, se *racionalicen* las categorías que componen un sistema, en forma de *opuestos binarios*. Por ejemplo, entre los opuestos binarios del sistema penal encontramos los siguientes: tipicidad-atipicidad, juridicidad-antijuridicidad,

²⁹⁰ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 191.

²⁹¹ Ullrich, Paeflen, "Observaciones del error de tipo permisivo", Op. cit., p. 186.

²⁹² Kaufmann, Arthur, Filosofía del Derecho, Op. cit., p. 277.

culpabilidad-inculpabilidad. (En otros sistemas –epistemológicos por ejemplo– encontramos opuestos binarios como: falso-verdadero, racional-irracional, objeto-sujeto). Los opuestos binarios en general, y el opuesto binario juridicidad-antijuridicidad en particular, dificultan en ocasiones la forma en que un sistema debe seleccionar la decisión correcta a un problema. Por ejemplo, el sistema penal –bajo el opuesto binario juridicidad-antijuridicidad– *está determinado a valorar* –siempre– una determinada situación como jurídica o antijurídica.

Como se observa, el sistema penal –estructurado conforme a opuestos binarios– *impide* que existan sectores en que, simplemente, *no se deba valorar*; es decir, el sistema penal excluye otras formas de valoración –éticas, religiosas– que no sean exclusivamente valoraciones jurídico-penales. El hecho de que el sistema penal no reconozca un espacio *neutro* entre juridicidad y antijuridicidad, ello repercute en la decisión de casos en que la mejor decisión sería –y que podría a portar el Derecho penal– no valorar de modo jurídico-penal. Todo esto conforme a la *teoría del espacio libre de Derecho*.

Por otra parte, mi maestro Rafael Márquez Piñero, desde el punto de vista lingüístico, luego de profundizar en la filosofía de Ludwig Wittgenstein, asegura que: las indecisiones jurisprudenciales provocan incertidumbre en lo relativo al conocimiento de la antijuridicidad.²⁹³ Una referencia como la anterior, de ser cierta, denota que: no sólo persiste la incertidumbre en lo que el maestro llama "indecisiones jurisprudenciales" respecto al "conocimiento de la antijuridicidad", sino que también, así lo creo, existe incertidumbre –inseguridad no sólo jurisprudencial– con relación a las **decisiones** relativas al **desconocimiento de la juridicidad**; he aquí la importancia y el alcance de la reflexión hecha por mi maestro Rafael Márquez Piñero.

3. Requisitos para la existencia de la antijuridicidad: Para la existencia de la antijuridicidad se exigen dos requisitos:

- a) Adecuación de una conducta a un tipo penal; es decir, la presencia de una *acción típica*; y,
- b) Que la acción típica no esté amparada por una causa de justificación.²⁹⁴

3.1. El juicio de antijuridicidad: Con el juicio de antijuridicidad se trata de evaluar si una acción típica es o no susceptible de calificarse como *acción típica desvalorada*. **El desvalor de una acción típica se obtiene de saber: que a dicha acción típica no le favorece ninguna causa de justificación.** También es importante para el juicio de antijuridicidad, calificar el desvalor de la acción típica atendiendo a las interrogantes acerca de *¿qué es lo que ha querido* el autor de la acción?, y, concretamente: *¿qué hizo tal autor?* En menos palabras, en el juicio de antijuridicidad importan tanto el *desvalor de acción* (esto es el desvalor de intención, considerando lo que el autor *quiso*) y el *desvalor de resultado*, atendiendo a lo que el autor *hizo*.

²⁹³ Márquez Piñero, Rafael, Teoría de la Antijuridicidad, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, p. 152.

²⁹⁴ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Op. cit., pp. 376 y 377.

3.2. Elementos del juicio de antijuridicidad: Los elementos del juicio de antijuridicidad consisten en hacer un examen que permita explicar por qué una acción es antijurídica, considerando:

- a) **Que se trata de una acción típica.** (Porque únicamente las acciones típicas pueden ser consideradas como antijurídicas).
- b) **Que no existe ninguna causa de justificación.** (Porque las causas de justificación confirman la juridicidad de un hecho).
- c) **Que existe plano desvalor de acción.** (Porque el desvalor de acción significa que una persona se ha portado de modo indebidamente descuidado —culpa—, o con la intención de causar un daño —dolo—).
- d) **Que existe pleno desvalor de resultado.** (El desvalor de resultado existe cuando con la acción típica se ha generado el resultado material o el resultado formal a que se refiere el tipo penal).

4. Carácter objetivo y subjetivo de la antijuridicidad: Como se ha dicho, la antijuridicidad —en tanto categoría esencial del delito— fue ideada por Jhering, al tratar de crear un "*injusto objetivo*" distinguible plenamente de la culpabilidad, que era entonces el "*injusto subjetivo*".²⁹⁵ Desde entonces, hasta no haberse descubierto los *elementos subjetivos del injusto*, la antijuridicidad se definió desde un punto de vista meramente objetivo (como injusto objetivo, precisamente)

Los elementos subjetivos del injusto han permitido evidenciar cómo el sujeto que se defiende de otro, necesita por ejemplo, *saber* que sin motivo está siendo agredido, y conforme a ello *querer* defenderse. Y si sucede esto, a pesar de que el sujeto erróneamente consideró ser agredido (error sobre los presupuestos fácticos de la defensa legítima), se puede decir que la antijuridicidad de su hecho es inobservable únicamente desde el punto de vista objetivo (antijuridicidad material) y que hay necesidad de atender a los elementos subjetivos del injusto antijurídico. De igual manera, imagínese el caso en que alguien *quiere* actuar antijurídicamente, y así lo hace, sin saber que durante su hecho estaba siendo amparado por alguna causa justificante.

5. Antijuridicidad formal y antijuridicidad material: Brevemente: la antijuridicidad formal es la simple contradicción de la acción al Ordenamiento Jurídico. Por su parte, la antijuridicidad material se presenta cuando se lesiona el bien jurídico que protege la norma.

En el campo penal, la antijuridicidad formal se identifica con la infracción procedente de contrariar la prohibición o el mandato de la ley penal,²⁹⁶ y, la antijuridicidad material se presenta cuando se pone en riesgo o se lesiona algún bien jurídico-penal.

²⁹⁵ "La posibilidad de separar la culpabilidad creando un 'injusto objetivo' fue ideada por Jhering", Sacher de Köster, Mariana, Evolución del Tipo Subjetivo, Op. cit., p. 15.

²⁹⁶ Franco Guzmán, Ricardo, Delito e Injusto, Op. cit., p. 174.

6. La antijuridicidad para el sistema teleológico-racional: Para el sistema teleológico-racional, la antijuridicidad es el sector de las soluciones sociales a los conflictos presentados: la antijuridicidad es el campo en que chocan los intereses individuales opuestos a las exigencias sociales con la necesidad del individuo. En la antijuridicidad se trata siempre de la regulación, socialmente justa, de intereses contrarios.²⁹⁷

6.1. Antijuridicidad y política criminal: Desde el punto de vista político-criminal,²⁹⁸ la figura de la antijuridicidad adquiere tres principales funciones, a saber:

- a) Ofrece la solución a conflictos de intereses, de forma relevante para la punibilidad.
- b) Sirve de punto de enlace para las medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas.
- c) Entrelaza el Derecho penal con todo el Ordenamiento jurídico en general.

7. La antijuridicidad en los delitos de comisión por omisión: La antijuridicidad en los delitos de comisión por omisión debe estar especialmente fundada, ya que lo importante en esta clase de delitos es el *deber de actuar* que el autor desatendió.

8. El injusto penal: En materia penal la palabra *injusto* ha servido para referirse a distintas situaciones, según el contexto en que se emplee dicha palabra. Por una parte, la expresión *injusto* refiere a una *acción típica y antijurídica*. Pero la palabra *injusto* en ocasiones agrupa el desvalor de acción y el desvalor del resultado de un comportamiento. Asimismo, con el término *injusto* se suele precisar el quebrantamiento de un bien jurídico, o el quebrantamiento de una norma jurídico-penal, según sea el caso.

8.1. El injusto penal en las diversas teorías del delito:

- a) **El injusto penal en la teoría causalista del delito:** Sabido es que el injusto penal, en la teoría causal del delito, estaba presenciado por la comprobación del quebrantamiento de algún bien jurídico tutelado; en menos palabras, para la teoría causal del delito el injusto penal estaba conformado principalmente por el *desvalor de resultado*.
- b) **El injusto penal en la teoría finalista del delito:** La teoría finalista del delito hace ver que, en el *desvalor de acción* está la primera base del injusto penal en su totalidad.
- c) **El injusto penal en la teoría funcionalista del delito:** En la teoría funcional (teleológico-racional) el injusto penal resulta de la *suma del desvalor de acción*

²⁹⁷ Roxin, Claus, citado por Muñoz Conde, "¿'Legítima' defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación", en: Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Op. cit., p. 183.

²⁹⁸ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Op. cit., p. 220.

y el *desvalor de resultado*. Jürgen Wolter dice que únicamente la conjunción del injusto de la conducta (*desvalor de acción*), el *injusto de la peligrosidad* y el *injusto del resultado*, conforman el contenido total de injusto.²⁹⁹

- d) **El injusto penal en la teoría normativista del delito:** Para el Derecho penal sistémico-normativo, el injusto penal se representa por el sólo ataque a la vigencia de la norma; así Jakobs refiere: "el objeto del injusto significa la constatación de una 'perturbación social'."³⁰⁰ En este sector de opiniones también es decisiva la consideración de Lesch, quien entiende que el injusto penal no se constituye mediante un ataque externo-causal a bienes jurídicos, sino mediante un ataque a la *vigencia de la norma*.³⁰¹

9. Comentarios generales:

1. En la antijuridicidad tiene lugar la solución a conflictos derivados de las exigencias sociales y los intereses particulares.
2. La prohibición de una conducta no queda garantizada con el sólo encuadramiento de la conducta en el tipo (tipicidad) pues una conducta típica, pero justificada, en realidad no ha estado prohibida, a pesar de representar un comportamiento típico. En la antijuridicidad tan sólo se trata de verificar —de modo distinto a como se hace en la tipicidad— si un determinado comportamiento está o no *prohibido*, no específicamente por la ley penal, sino atendiendo al Ordenamiento jurídico en general.
3. La teoría de los elementos negativos del tipo atribuye a la tipicidad una función exclusiva de la antijuridicidad: *la función de desvalorar el acto del autor*. Y para llevar a cabo esta desvaloración del acto a partir de la tipicidad, se requiere formular en el propio juicio del *tipo subjetivo*, es decir en el *dolo*, la pregunta en el sentido de si el autor tiene o no conocimiento de la ausencia de *todas* las causas de justificación (conciencia de antijuridicidad), lo cual implica extender con exageración el contenido del *dolo*.
4. El sistema penal —estructurado conforme a opuestos binarios— *impide* que existan sectores en que, simplemente, *no se deba valorar*, es decir, el sistema penal excluye otras formas de valoración —éticas, religiosas— que no sean exclusivamente valoraciones jurídico-penales.
5. La antijuridicidad mejor debiera denominarse "injusto", sabiendo que la palabra "injusto" agrupa tanto el *desvalor de acción* como el *desvalor del resultado*.
6. Siguiendo a Roxin, desde el punto de vista político-criminal, la figura de la antijuridicidad adquiere tres principales funciones, a saber: a) ofrece la solución a conflictos de intereses, de forma relevante para la punibilidad; b) sirve de

²⁹⁹ Wolter, Jürgen, "Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una orientación al estudio de la aberratio ictus", Op. cit., p. 111.

³⁰⁰ Jakobs, Günther, La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Op. cit., p. 59.

³⁰¹ Lesch, Heiko H, "Intervención delictiva e imputación objetiva", Op. cit. p. 941.

punto de enlace para las medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas; y, c) entrelaza el Derecho penal con todo el Ordenamiento jurídico en general.

Causas de justificación: 1. Concepto. 1.1. Las causas de justificación como excluyentes de la antijuridicidad. 1.2. Teoría del interés preponderante. 2. Las causas de justificación y el Ordenamiento jurídico en general. 2.1. Diferencia entre las causas de justificación y las causas de exculpación. 2.2. Las causas de justificación no escritas y el principio de legalidad. 2.3. Las causas de justificación y la política criminal. 2.4. Concurrencia de las causas de justificación. 2.5. Concurrencia de causas de justificación, conforme a casos prácticos. 2.6. Concurrencia de causas de justificación y exculpación, conforme a casos prácticos. 3. Defensa legítima. 3.1. La defensa legítima como el sector en que tiene solución un conflicto de intereses. 4. Bienes susceptibles de protegerse mediante defensa legítima. 4.1. Bienes sobre los que debe recaer la defensa legítima. 5. La defensa legítima y los grados de tolerancia del defensor. 6. La defensa legítima, el desvalor de acción y el desvalor de resultado. 7. Defensa legítima de tercero. 7.1. La defensa legítima a favor de un tercero y el consentimiento del agredido. 8. Exceso de defensa legítima. 9. Defensa legítima putativa. 9.1. Tratamiento dogmático de la defensa legítima putativa. 10. La defensa legítima, conforme a casos prácticos. 10.1. En cuanto a la defensa legítima putativa. 11. Naturaleza jurídica del consentimiento. 11.1. El consentimiento como causa excluyente de la tipicidad. 11.2. El consentimiento como una causa de justificación. 11.3. La atipicidad en virtud de una autorización administrativa. 11.4. Elementos del consentimiento eficaz. 12. Consentimiento presunto. 12.1. Características del consentimiento presunto. 12.2. Ejemplos. 13. Defensa legítima por medio de dispositivos de protección. 13.1. Ejemplos. 14. El estado de necesidad justificante, conforme a casos prácticos. 14.1. El estado de necesidad justificante y la necesidad de pena. 15. Las órdenes de conformidad a Derecho y la justificación de quien las obedece. 15.1. Órdenes que vinculan al subordinado. 15.2. Órdenes que implican un comportamiento que a su vez pone en riesgo la dignidad humana, y órdenes que son contrarias a las reglas de Derecho internacional. 15.3. Ejemplos. 16. Comentarios generales.

1. Concepto: Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad; dicho de modo más apropiado, las causas de justificación impiden la antijuridicidad del hecho. Entre las causas de justificación (escritas) se encuentran: la defensa legítima, el estado de necesidad justificante, el consentimiento justificante, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

1.1. Las causas de justificación como excluyentes de la antijuridicidad: No es verdad que las causas de justificación excluyan la antijuridicidad de un hecho, más bien, las causas de justificación impiden que el hecho sea antijurídico; las causas de justificación le dan al hecho típico un carácter jurídico.

Si como generalmente se dice: "las causas de justificación excluyen la antijuridicidad", es lo mismo que decir: "la antijuridicidad existe o se presume ya desde la constatación del hecho típico, pero, si se presenta una causa de justificación, entonces, la antijuridicidad –previamente existente– se excluye". Desde luego, a pesar de que generalmente se dice: "las causas de justificación excluyen la antijuridicidad", nadie defendería sin embargo lo que en sentido estricto ello significa.

Cualquier causa de justificación impide la antijuridicidad de un comportamiento, de un comportamiento que no obstante esté señalado como comportamiento típico-prohibido. Hay quienes sostienen que un comportamiento típico (prohibido) pierde su antijuridicidad (cuando en él opera una causa de justificación), esto debido a la falta de la existencia de un *interés preponderante*.

1.2. Teoría del interés preponderante: La justificación sobre la base del *principio del interés preponderante* significa que el Ordenamiento jurídico permite una acción peligrosa, porque valora más las posibilidades de salvación generadas por la peligrosidad que le es inherente.³⁰² En definitiva, las causas de justificación (casi todas) se deciden a partir de la preponderancia de un interés sobre otro, cuando los mismos están contrapuestos; en esta forma: **existe una causa justificante cuando del conflicto de dos intereses uno de ellos sobresale como socialmente más valioso.**

2. Las causas de justificación y el Ordenamiento jurídico en general: Las causas de justificación derivan del Ordenamiento jurídico en general y no solamente de las causas de justificación escritas, esto demuestra el carácter general de la antijuridicidad y además confirma la no contradicción del Ordenamiento jurídico.

2.1. Diferencia entre las causas de justificación y las causas de exculpación: Las causas de justificación, a diferencia de las causas de exculpación, tienen las siguientes características:

- a) Impiden la imposición de penas y/o medidas de seguridad.
- b) Impiden la legítima defensa frente a un comportamiento justificado.
- c) Imposibilitan la participación, pues toda participación sobre una conducta justificada, queda impune.³⁰³

2.2. Las causas de justificación no escritas y el principio de legalidad: El principio de legalidad no afecta a las causas de justificación no escritas, ello en razón de que las causas de justificación no determinan la aplicación de una pena, sino una restricción a la misma.³⁰⁴

2.3. Las causas de justificación y la política criminal: La *inserción* de las decisiones político-criminales en la dogmática penal, conlleva a entender la antijuridicidad, y con ello a las causas de justificación, a partir de ciertos criterios *preventivo-especiales* y *preventivo-generales* de merecimiento y de necesidad de pena.

³⁰² Rudolph, Hans-Joachim, "El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal", en: El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Op. cit., p. 88.

³⁰³ Larrauri, Elena, "Causas de justificación: criterios de identificación", en: Justificación Material y Justificación Procedimental en Derecho Penal, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 51.

³⁰⁴ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 447.

2.4. Concurrencia de las causas de justificación: Existe concurrencia de causas de justificación cuando un mismo comportamiento está justificado por varias causas de justificación. No es necesario que el autor tenga conocimiento de todas las causas de justificación que operan en su favor; el comportamiento estará justificado aunque el autor sólo tenga conocimiento de una de las causas de justificación.

2.5. Concurrencia de causas de justificación, conforme a casos prácticos: No sorprende que sobre un mismo hecho puedan concurrir varias causas de justificación, pues la figura jurídica denominada "concurrencia de causas de justificación", se verifica en hechos como los siguientes:

Supóngase que una persona detiene a un sujeto que por su parte acaba de robar el bolso de una anciana. La persona que detuvo al ladrón no sólo se ha comportado de modo que defendió (defensa legítima de tercero) el patrimonio de la anciana, sino que además, al ser detenido el ladrón, concurren otras causas de justificación como pueden ser el estado de necesidad justificante y el ejercicio de un derecho.

Lo anterior se corrobora conforme al criterio de la doctrina penal más generalizada. Así, Claus Roxin señala lo siguiente: "...quien coge y detiene en hecho flagrante a un ladrón que huye con el botín, está justificado tanto conforme al artículo 127 (detención provisoria) como también conforme al artículo 32 (legítima defensa) y el artículo 34 (estado de necesidad justificante)."³⁰⁵

Igualmente Günther Jakobs admite la figura denominada "concurrencia de causas de justificación", ello queda claro cuando el autor en cita comenta que: "Quien evita un daño que le amenaza mediante una intervención conforme al artículo 34 en los bienes de un tercero, está justificado por el estado de necesidad justificante, aun cuando no sepa que su intervención afecta a los bienes del causante culpable del daño y que por tanto habría estado justificado al mismo tiempo por la legítima defensa."³⁰⁶

Más claro es todavía el caso en que convergen la defensa legítima propia y la defensa legítima a favor de un tercero, pues está claro que una persona además de querer defenderse de una agresión, puede tener el ánimo y la seguridad de que con esa misma defensa se salvaguardarán los bienes e intereses de un tercero.

2.6. Concurrencia de causas de justificación y exculpación, conforme a casos prácticos: La cuestión ahora consiste en saber si sobre un mismo hecho pueden concurrir dos causas de justificación (defensa legítima propia, defensa legítima de tercero) y una causa de exculpación (error de prohibición indirecto).

Si se tiene por acreditada la válida concurrencia de causas de justificación, el problema es claro:

Problema uno: ¿Puede concurrir sobre un mismo hecho una causa que excluye la antijuridicidad y una causa que excluye la culpabilidad?

³⁰⁵ Roxin, Claus, Política Criminal y Estructura del Delito, trs. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Malarée, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992, p. 83.

³⁰⁶ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 430.

Aparentemente la respuesta es negativa, pues se dirá que si la culpabilidad presupone la antijuridicidad del hecho, ello implica que no pueda concurrir una causa de justificación con una causa de exculpación.

Se dirá: dado que la culpabilidad presupone la existencia de la antijuridicidad del hecho, entonces, la acreditación de una causa de exculpación, presupone la inexistencia de una causa de justificación.

Tal parece que el anterior criterio es lo que motiva la opinión de Hans-Heinrich Jescheck, cuando dice que: "Si el autor actúa bajo error (defensa legítima putativa), la defensa será antijurídica. Se encontrará entonces en un error sobre el tipo permisivo, relativo a los presupuestos de la legítima defensa, que debe contemplarse como un error *sui generis*."³⁰⁷

Como se observa, Jescheck no concibe la idea de que puedan concurrir la defensa legítima y el error sobre los presupuestos fácticos —u objetivos— de una causa de justificación (error de prohibición indirecto); pero, no expresa sus razones.

Parece que el único motivo para argumentar que no pueden concurrir una causa de justificación y una causa de exculpación es el que más arriba mencioné, en el sentido de que una causa de exculpación presupone la existencia de la antijuridicidad del hecho, y con ello, la inexistencia de una causa de justificación.

El argumento anterior es únicamente comprensible desde el punto de vista sistemático, conforme a la prelación lógica de los elementos del delito. Pero éste no es precisamente el error de aquel argumento, sino que **el error consiste en olvidar que tanto las causas de justificación como las causas de exculpación están, no para confirmar o sustentar la antijuridicidad y la culpabilidad, sino para eliminar o excluir la antijuridicidad y la culpabilidad, respectivamente.**

¿Por qué no habrían de concurrir una causa de justificación con una causa excluyente de la culpabilidad, si amabas figuras no confirman sino excluyen la antijuridicidad y la culpabilidad?

¿Por qué una causa de exculpación debe suponer la existencia de la antijuridicidad del hecho, siendo que la causa de exculpación no confirma sino precisamente excluye la culpabilidad del autor?

Es cierto el argumento según el cual la culpabilidad presupone la antijuridicidad, pero lo que no se puede concebir es la idea de que una causa de exculpación presuponga la existencia de la antijuridicidad, y con ello, la inexistencia de una causa de justificación.

³⁰⁷ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 475.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

Lo que si presupone la inexistencia de alguna causa de justificación es la culpabilidad, y, claro está, un aspecto negativo de la culpabilidad (una causa de exculpación) no puede tener la misma consecuencia; esto es, una causa de exculpación no puede suponer la inexistencia de causas de justificación.

Problema dos: Se trata de analizar el problema acerca de si pueden o no concurrir una causa de justificación y una acusación de exculpación; pero, ahora, conforme al siguiente caso:

Una persona evita que se propague un incendio, y con ello evita que el incendio llegue hasta la recámara de un vecino, quien de otra manera no hubiera podido salvarse. Pues bien, si el que evita el incendio lo hace dañando los bienes jurídicos pertenecientes al culpable del incendio, y daña los bienes pertenecientes al culpable del incendio porque es la *única* forma de evitar el incendio, puede afirmarse, sin lugar a dudas, que han concurrido la defensa legítima de un tercero y el estado de necesidad justificante.

Lo anterior es realmente posible y sistemáticamente correcto, pues, se dirá, las figuras que concurren conservan una misma naturaleza jurídica, dado que ambas son causas de justificación, tendientes a eliminar la antijuridicidad del hecho.

Pero para demostrar la tesis según la cual se afirma que sí pueden concurrir una causa de justificación y una causa de exculpación, imagínese simplemente que en el caso anterior no se trata de un *estado de necesidad justificante* sino de un verdadero *estado de necesidad exculpante*.

Por supuesto, que se trate de un estado de necesidad justificante o de un estado de necesidad exculpante, es indiferente, pues la diferencia (gradual) entre ambas figuras (estado de necesidad justificante y estado de necesidad disculpante), en principio, es cuantitativa y no cualitativa. Así, mientras en el estado de necesidad justificante se sacrifica un bien jurídico de *menor* valor, en cambio, en el estado de necesidad disculpante se sacrifica un bien jurídico de *igual* o *mayor* valor.

Entonces: ¿por qué no ha de poder concurrir un estado de necesidad exculpante con una causa de justificación?

Según se acaba de verificar, en general es sistemáticamente posible que sobre un mismo hecho concurren una o varias causas de justificación y una causa de exculpación, desde luego, siempre que dichas figuras jurídicas no se contrapongan entre sí.

Problema tres: Francisco accionó su revólver en un momento en que quería defenderse de su agresor, y al propio tiempo, respecto de la misma agresión, quería defender a un tercero que Francisco erróneamente suponía que estaba siendo agredido.

En este caso concurren: defensa legítima propia y error de prohibición indirecto (error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación).

La pregunta es obvia, pues si en el caso señalado concurrió la defensa legítima y el error de prohibición indirecto, entonces: ¿sobre qué elemento de dicha defensa pudo incidir el error del sujeto activo?

Hay que decirlo, el error de Francisco debió incidir sobre alguno de los aspectos objetivos que propiciaron en él su ánimo de defensa. El aspecto objetivo, objeto del error de prohibición indirecto, no pudo ser otro sino la agresión que repelió Francisco.

Se dirá que si se presentó un error sobre el elemento "agresión", entonces, en tanto *error*, dicha agresión "realmente" no existió, y con ello no se debe tener por acreditada la defensa legítima de Francisco.

La anterior sería una pésima interpretación, pues un error sobre la agresión no quiere decir que la misma no hubiera realmente existido.

Ciertamente, una agresión puede realmente existir, y presentarse un error sobre la misma. El error sobre una agresión no siempre la hace inexistente.

Por tanto, si Francisco fue agredido en forma real, actual o inminente (lo cual motivó su defensa legítima), él pudo, al propio tiempo y sobre la misma agresión, tener un error, claro, no sobre la existencia de la agresión en sí, sino sobre el sentido y orientación de la misma, pues como se ha dicho, Francisco creía (erróneamente) que la misma agresión que él repelió, estaba dirigida a un tercero, de tal modo que Francisco creía que no sólo se defendía así mismo sino que además defendía a un tercero.

Relativo al mismo tema, Günther Jakobs acertadamente comenta lo siguiente:

"Un comportamiento puede estar justificado por varias causas de justificación. La acumulación es importante cuando aquel de cuyo comportamiento se trata conoce sólo una de las situaciones justificantes; entonces está tan justificado como si hubiera conocido otras situaciones de justificación, o todas ellas acumuladas."³⁰⁸

3. Defensa legítima: Defensa legítima es la respuesta mediante la cual se repele una agresión antijurídica actual, real o inminente, que se realiza ya sea sobre la propia persona que se defiende o sobre los bienes de un tercero.

3.1. La defensa legítima como el sector en que tiene solución un conflicto de intereses: Entendida la antijuridicidad como el sector dogmático en que tiene lugar las "soluciones" a conflictos de intereses, en la defensa legítima igualmente de lo que se trata es de solucionar un *conflicto de intereses*.

4. Bienes susceptibles de protegerse mediante defensa legítima: Todo interés jurídicamente reconocido es susceptible de defensa legítima, siendo irrelevante que dicho bien esté o no previsto específicamente de modo jurídico-penal.³⁰⁹ El nuevo

³⁰⁸ Jakobs, Günther. Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 430.

³⁰⁹ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 463. En el mismo sentido Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 378.

Código Penal para el Distrito Federal limita sin embargo el objeto de protección del Derecho penal únicamente hacia los bienes jurídicos tutelados en la ley penal, pues en el artículo 4 de dicho Ordenamiento se establece que: "Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal."

4.1. Bienes sobre los que debe recaer la defensa legítima: Los bienes sobre los que debe recaer la defensa legítima, han de pertenecer al agresor y/o —en su caso— a los terceros partícipes que cooperan en la agresión antijurídica que se repele.

La defensa legítima opera lo mismo en defensa de bienes propios como en defensa de bienes ajenos. La cuestión está en saber qué bienes jurídicos son susceptibles de defensa legítima, y sobre qué bienes debe recaer la misma. Pues bien, mediante la defensa legítima se puede proteger cualquier bien jurídico, aun cuando el mismo no sea un bien jurídico-penal en sentido estricto. Por otra parte, la defensa legítima sólo debe recaer sobre los bienes del autor y/o partícipes de la agresión. El agresor debe defenderse utilizando sus propios bienes o instrumentos de defensa; si ello no es posible, entonces —según sea necesario— podrá utilizar los bienes o instrumentos del propio agresor, e inclusive los bienes o instrumentos de terceras personas no partícipes; esto último estará debidamente justificado por un estado de necesidad.

5. La defensa legítima y los grados de tolerancia del defensor: La defensa legítima en ocasiones exige que el defensor hasta cierto punto haya sido *tolerante* con el agresor, habiéndolo soportado incluso maltratos leves; estos son los diversos grados de tolerancia a que se refiere la defensa legítima.

En las *relaciones de garantía en virtud de responsabilidad institucional*, por ejemplo en las relaciones de garantía en virtud del matrimonio, y en las relaciones de garantía en virtud de las relaciones paterno-filiales, existe por parte de quien se defiende de una agresión antijurídica, una *relación de sacrificio más elevada*, debido precisamente a que el agredido debe esquivar el ataque en la medida de lo posible; por ejemplo, en el matrimonio la parte agredida debe procurar desviar el ataque en mayor medida, o aceptar —en su caso— daños leves en sus bienes, antes de lesionar los bienes del agresor; así, en estos casos, el agredido debe esquivar el ataque en la medida de lo posible.³¹⁰ Igualmente, la defensa sobre inimputables, en cierta medida implica que el defensor fue un poco más tolerante.

6. La defensa legítima, el desvalor de acción y el desvalor de resultado: En la defensa legítima son nulos tanto el *desvalor de acción* como el *desvalor de resultado* de la persona que se defiende de una agresión antijurídica; por supuesto, esto es así siempre que se trate de una defensa legítima en sentido estricto, por ejemplo, que la defensa esté exactamente *proporcionada* con la agresión.

Hans Welzel, y más recientemente Schünemann, son de la creencia de que **la muerte de una persona, en legítima defensa, es tan poco lesiva socialmente como la**

³¹⁰ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 489.

muerte de un mosquito.³¹¹ A este respecto Winfried Hassemer es aparentemente más moderado cuando advierte: "Matar a alguien en legítima defensa no es lo mismo que tomarse un café, aunque, en el fondo, de hecho ninguno de estos comportamientos constituyen un injusto jurídico-penal."³¹²

La primera de las opiniones anteriores, que asemeja (en lo no lesivo socialmente) la *muerte un mosquito* con la *muerte de una persona*, es una opinión que pretende señalar —aunque de una manera exagerada— la falta de *desvalor de acción* de la persona que se defiende de un agresor antijurídico.

Evidentemente, en la defensa legítima no existe ningún desvalor de acción, pues el sujeto que se defiende *sabe* que está siendo atacado antijurídicamente, y por ello sólo *quiere* repeler una agresión actual, real o inminente. Este *dolo de defensa*, que consiste en *saber* de la agresión y *querer* defenderse, no representa ningún desvalor de acción. Dicho de otra manera, el dolo de defensa no debe ser desvalorado.

Atendiendo al criterio de Winfried Hassemer, en el sentido de que el acto de matar a alguien en defensa legítima, si bien *no es lo mismo* que tomarse un café, en el fondo, tomarse un café y matar a una persona en defensa legítima, son actos que *no* constituyen un *injusto* jurídico-penal; y aunque esta segunda consideración parece menos radical que la anteriormente analizada, hay que saber sin embargo, que (en el fondo) lo que se quiere decir es que la defensa legítima carece no sólo de *desvalor de acción*, sino también de *desvalor de resultado*, pues ambos aspectos (el desvalor de acción y el desvalor del resultado) conforman lo que Hassemer llama: *injusto* jurídico-penal. Ahora sí —desde esta perspectiva—, tomarse un café o matar a una persona en defensa legítima, ambos actos, carecen de desvalor de acción y de desvalor de resultado.

Luego de la drástica ilustración de la que se deduce que la defensa legítima no constituye un injusto jurídico-penal, debido a que no se puede desvalorar ni la acción ni el resultado; no obstante, en mi consideración, ha de señalarse que *no* debe compararse "querer matar a una persona", con: "querer tomar un café" o "querer matar un mosquito", pues "un mosquito muerto" y "una taza de café" no son lo mismo que "una persona muerta". Desde luego, se dirá que la persona muerta previamente se comportó de modo antijurídico, y que su muerte no fue sino una legítima *respuesta* a su agresión antijurídica. Pero también hay reconocer que el defensor pudo haber matado, queriendo no sólo su defensa, *sino a la vez*, queriendo satisfacerse dando muerte a una persona. Y el satisfacerse con dar muerte a una persona —aunque fuera justificadamente—, no es lo mismo que satisfacerse con tomar una taza de café, o satisfacerse con matar a un mosquito.

³¹¹ Amelung, Knut, "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de la orientación político-criminal de Roxin", Op. cit., p. 121.

³¹² Hassemer Winfried, Fundamentos del Derecho Penal, Op. cit., pp. 264 y 265.

7. Defensa legítima de tercero: La defensa legítima a favor de un tercero ocurre cuando una persona defiende a otra de una agresión antijurídica actual, real o inminente que incide contra la propia persona agredida o contra sus bienes; es decir, en la defensa legítima a favor de un tercero, el defensor repele voluntariamente la agresión antijurídica que sufre otro sujeto.

7.1. La defensa legítima a favor de un tercero y el consentimiento del agredido: Además de la voluntad defensiva del defensor que repele la agresión cometida sobre un tercero, es necesaria también la voluntad del agredido, pues nadie está legitimado para imponer a otro su auxilio si éste no desea defenderse o quiere hacerlo sin ayuda de un tercero, en este sentido, la legítima defensa a favor de terceros siempre es admisible cuando el agredido tiene la voluntad real de *dejarse ayudar*, bien sea esa voluntad efectivamente conocida, cognoscible o incognoscible.³¹³ Esto último quiere decir que el defensor puede repeler la agresión cometida sobre un tercero, *presumiendo* por ejemplo que —de darse las circunstancias para ello— el agredido daría su consentimiento para que el defensor le auxilie.

8. Exceso de defensa legítima: La defensa legítima excedida comprende una respuesta innecesaria del defensor sobre el agresor; por tanto, la respuesta del defensor termina siendo una agresión antijurídica, agresión antijurídica que nuestra legislación castiga *como si* se hubiera realizado de modo culposo.

9. Defensa legítima putativa: La defensa legítima putativa (error de prohibición indirecto) ocurre cuando un persona cree repeler una agresión antijurídica, pero que realmente, en lugar que el sujeto sea defensor, es agresor; y por el contrario, la persona a la que se considera como agresor, en realidad es el defensor.

La corriente finalista no puede negar la existencia del dolo en la legítima defensa putativa, y esto (lo mismo que en un error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación) trae ciertas inconsistencias *dogmático-sistemáticas*, dado que el finalismo sólo puede excluir el dolo en tratándose de un error de tipo, en que se castiga al agente *como si hubiera* realizado el hecho culposamente.

Sin embargo, un sujeto que se defiende erróneamente, creyendo estar justificado, amparado por una defensa legítima por ejemplo, es correcto que responda por culpa, por el descuido o la falta de observación para denotar que su percepción errónea podía ser evitada (error vencible), no obstante que —como dicen los finalistas— *realmente* (ontológicamente) exista *dolo* por parte del agresor.

10. La defensa legítima, conforme a casos prácticos: Como he referido antes: defensa legítima es la respuesta mediante la cual se repele una agresión antijurídica actual, real o inminente, que se realiza ya sea sobre la propia persona que se defiende o sobre los bienes de un tercero.

- a) **Agresión** es el daño, o la amenaza de daño, de una persona que atenta contra un bien jurídico. La agresión puede sobrevenir de cualquier medio del que se valga una persona para lesionar o poner en riesgo cierto bien jurídico. Agredir

³¹³ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 473.

no se refiere únicamente a una actividad (a una acción), sino que también hay agresiones por omisión. La agresión puede ser lo mismo dolosa que culposa.

- b) Una **agresión es antijurídica** cuando rebasa los niveles del riesgo permitido, y además es valorada en sentido objetivo-negativo por el Ordenamiento jurídico.³¹⁴
- c) La **agresión es actual** cuando después de haber sido iniciada aun no concluye y todavía es posible interrumpirla.³¹⁵ Una agresión se tiene por iniciada desde la tentativa, es decir, desde que se pone en riesgo un bien jurídico, pues para repeler una agresión no estamos obligados a esperar hasta que el daño se concrete; a su vez, una agresión es susceptible de interrumpirse cuando aun se pueden evitar sus consecuencias. Pero, también es actual la agresión que acaba de tener lugar de modo reciente, por ejemplo si un ladrón huye con el botín.³¹⁶

La defensa legítima debe mantenerse dentro del marco de proporcionalidad de la agresión antijurídica.

Problema uno: A bordo de un automóvil, tres sujetos persiguen hasta golpear a un joven estudiante que se refugia frente a una carnicería. El carnicero —de avanzada edad— alcanza un filoso cuchillo al joven estudiante, quien al emplearlo causa graves heridas al conductor del automóvil. Primeramente hay que recordar que la defensa legítima es una respuesta —proporcionada— mediante la cual se repele una agresión antijurídica actual, real o inminente, que se realiza sobre la propia persona que se defiende o sobre los bienes de un tercero.

En el caso que se acaba de anotar existe defensa legítima por parte del joven. Ciertamente, la defensa legítima recayó sobre uno de los agresores del joven, pero: ¿qué sucede si una supuesta defensa recae sobre los bienes jurídicos de una persona que no ha participado en la agresión?

Imagínese por ejemplo que el joven del caso anterior —luego de haber sido sometido a un riesgo de muerte por sus agresores—, hubiera destrozado el automóvil con que lo persiguieron, incluso a pesar de saber que dicho automóvil no era propiedad de sus agresores.

Pues bien, **los bienes sobre los que debe recaer la defensa legítima, han de pertenecer al agresor y/o —en su caso— a los terceros partícipes que cooperan en la agresión antijurídica que se repele.** De este modo, el dueño del automóvil —cómplice— debe soportar los daños en caso de que hubiera prestado el automóvil a los agresores para causar la muerte al joven; de otro modo, es decir, si el automóvil no es de los agresores —y el joven lo sabe, está seguro de ello—, habrá cometido el delito de daño en propiedad ajena.

³¹⁴ Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 379.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 381.

³¹⁶ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 468.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

Problema dos: Un sujeto arrebatada de las manos el monedero de una señora, y un transeúnte al que le constan los hechos persigue al ladrón, lo golpea y le quita el monedero: ¿En tal caso es posible acreditar la defensa legítima a favor de un tercero? Para ello, primeramente, debemos observar que **el robo estaba ya consumado**. Pero, tampoco pasa desapercibido, la **agresión antijurídica** (en que se puede sustentar la defensa legítima en favor de un tercero) **acaba de suceder en forma** –por así decirlo– **inmediata**.

Como se sabe, una vez consumado el ataque antijurídico no es adecuado alegar defensa legítima, sino sólo es propicia la **detención** del sujeto activo. Desde luego, tal **detención** se fundamenta con base, no en la defensa legítima, sino en virtud del **ejercicio de un derecho**.

La defensa legítima a favor de un tercero, como se ha dicho, ocurre cuando una persona defiende a otra –en forma proporcionada– de una agresión antijurídica actual, real o inminente. La agresión puede incidir contra la propia persona agredida o contra los bienes de dicha persona. Es decir, **en la defensa legítima a favor de un tercero, el defensor repele la agresión antijurídica que sufre (en su persona o en sus bienes) otro sujeto**.

El caso en que una persona defiende a otra de una agresión antijurídica; pero, el sujeto que inicialmente estaba siendo agredido en ningún momento autoriza a nadie para que le ayude en su defensa. El supuesto es el siguiente:

Problema tres: Una señora está siendo golpeada en la calle por su marido; uno de los automovilistas que entonces observa los hechos, auxilia a la señora propinando un par de golpes al esposo; luego, los dos esposos agreden físicamente al automovilista. En este caso:

- a) ¿Existe defensa legítima a favor de un tercero cuando no se cuenta con el consentimiento del agredido?
- b) ¿Se le puede imponer a otro la defensa sobre sus bienes?

Ha de quedar claro, por un lado, que además de la voluntad defensiva del auxiliador que repele la agresión cometida sobre un tercero, es necesaria también la voluntad del agredido, **pues nadie está legitimado para imponer a otro su auxilio si éste no desea defenderse o quiere hacerlo sin ayuda de un tercero**. Igualmente debe quedar claro, que la defensa legítima a favor de un tercero es admisible cuando el agredido tiene la **voluntad real de dejarse ayudar**, bien sea esa voluntad efectivamente conocida³¹⁷ o se pueda –racionalmente– suponer.

Esto último significa que el defensor puede repeler la agresión cometida sobre un tercero, **suponiendo** por ejemplo que –de darse las circunstancias– el agredido prestaría su consentimiento para que el defensor le auxilie.

³¹⁷ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 473.

En el caso concreto que se ha planteado más arriba, es evidente que el automovilista daba por hecho el consentimiento de la señora para que le ayudaran en su defensa. Si la señora, luego de ser defendida (en contra de quien la auxilió) se une a la agresión antijurídica de su esposo, *esto no lo esperaba el automovilista*, pues no sería *razonable* pensar que de ese modo reaccionaría la señora; de ahí que, en este caso, **si existe defensa legítima a favor de un tercero, pues era razonable pensar que la señora, en circunstancias normales, aceptaría que un tercero le librara de los golpes que le daba su esposo.**

Problema cuatro: Un joven, encargado del mostrador de una galería, está siendo agredido antijurídicamente por otro joven que entró a robar. La única persona que observa los hechos es un cliente que entonces estaba admirando una pieza que por su antigüedad es valiosísima; el cliente estrella la valiosa pieza en la cabeza del ladrón. La pieza se rompe y el ladrón se queda quieto. La pregunta es: *¿existe legítima defensa a favor de un tercero sabiendo que el cliente hubiera podido utilizar una pieza de menor valor, o bien, sabiendo que el cliente hubiera podido detener al ladrón con sus propias manos?*

Teniendo por asentada la debida *proporcionalidad* del defensor, no es posible obligarlo a seleccionar, dentro de los medios que tiene a su alcance, el que resulte menos costoso.

Ciertamente, cabe suponer que para nuestro caso el cliente de la galería quiso romper la valiosa pieza **sólo por el placer de dañar una pieza única**. Y, para este supuesto, el problema que sigue puede ser igualmente ilustrativo.

Problema cinco: Una persona defiende a otra de un riesgo antijurídico que podría causarle la muerte, y el tercero defensor, conocedor de la situación, con un balazo priva de la vida al agresor, y esto lo hace **sólo por el placer de apretar el gatillo**.

Sobre la base de lo anterior, se observa la necesidad de que para acreditar plenamente la defensa legítima a favor de un tercero, y la defensa legítima en general, **el defensor debe tener el dolo de defensa. No es posible hablar de defensa legítima cuando el defensor no tiene el dolo de defenderse o defender a otro**. Por tanto, los dos problemas anteriores se sintetizan en la cuestión de saber cómo debe delimitarse el dolo del defensor, en todo caso para que su comportamiento sea jurídico.

Pues bien, la opinión doctrinal más generalizada es la que considera que una persona actúa jurídicamente cuando su acción de defensa tiene la peculiaridad de estar dirigida, cuando menos, **con una tendencia hacia la justificación**. Esto es, si un autor que conoce la situación en que su comportamiento puede estar justificado, pero si no actúa con esta *tendencia de justificación*, entonces, se ha comportado antijurídicamente.³¹⁸

Esta tendencia (del dolo) hacia la justificación, significa que el defensor, para ser calificado como tal, ha de conocer, por un lado, la situación antijurídica del agresor, y

³¹⁸ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 439.

también ha de querer –todo esto en primer término– que su comportamiento sea justificado.

Falta decir que los bienes sobre los que puede recaer una defensa legítima, coinciden con todo tipo de interés jurídicamente reconocido, siendo irrelevante que dicho bien o interés esté o no previsto de modo *jurídico-penal*.

10. 1. En cuanto a la defensa legítima putativa: Problema uno: Al averiarse el microbús en que viajaban varias personas, un sujeto decidió emprender el camino por su cuenta, y al atravesar una de las calles más oscuras, se percató de cómo alguien intentaba alcanzarlo; esta persona esperó cautelosamente hasta que el otro le alcanzara, y en ese momento, de un fuerte puñetazo lo tiró al suelo.

Posteriormente, el agresor inicial compareció ante el Ministerio Público y dijo que días antes –sin que le hubieran dado oportunidad de nada– había sido asaltado por un sujeto de semejantes características, en la misma calle en que ocurrieron los hechos.

En el caso expuesto:

- a) ¿Existe defensa legítima putativa?
- b) ¿Y si en realidad era intención del sujeto lesionado alcanzar al aparentemente agresor para robarle sus pertenencias?

La defensa legítima putativa, como correctamente estima Francisco Muñoz Conde, ocurre cuando la persona que cree repeler una agresión antijurídica, realmente, en lugar de ser defensor es agresor; y por el contrario, la persona a la que se considera como agresor, en verdad, es el defensor.

En el caso planteado lo que se presenta, en estricto sentido, es un *error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación*, pues el sujeto cree defenderse, es decir, erróneamente cree estar amparado por una causa de justificación.

11. Naturaleza jurídica del consentimiento: La doctrina ha dejado de considerar al consentimiento únicamente como una causa de justificación; el consentimiento ahora *también* se comprende como causa de atipicidad; por ejemplo Claus Roxin ha sido muy enfático al decir que el consentimiento hace desaparecer cualquier desvalor de acción y de resultado, además de que –por supuesto– excluye la tipicidad.³¹⁹

La cuestión relativa a si el consentimiento excluye el tipo o la antijuridicidad, es una cuestión que debe plantearse –para algunos autores– en la Parte Especial; y, cuando el consentimiento excluye la tipicidad, entonces se le denomina "**conformidad**";³²⁰

³¹⁹ Roxin, Claus, Dogmática Penal y Política Criminal, Op. cit., pp. 140, 142 y 143. Afirma Roxin que el consentimiento no es ni puede ser una causa de justificación, comenzando porque, como se sabe, todas las causas de justificación se basan en la ponderación de intereses y en la necesidad, pero el consentimiento concretamente no se trata ni de un conflicto de intereses entre el autor y quien consiente, ni tampoco de la necesidad del hecho.

³²⁰ De la Cuesta Aguado, Paz M., Tipicidad e Imputación Objetiva, Op. cit., p. 159.

pero, cuando el consentimiento excluye la antijuridicidad, se le denomina: "consentimiento justificante".³²¹

11.1. El consentimiento como causa excluyente de la tipicidad: El consentimiento se basa en la libertad –autoresponsable– de disponibilidad de bienes jurídicos; pero, con motivo de la falta de disponibilidad sobre algunos bienes jurídicos –por ejemplo la vida– el consentimiento como causa excluyente de la tipicidad no puede ser una regla dogmática constante. Esto explica por qué incluso la participación en el suicidio ajeno es perfectamente punible en nuestra legislación, pues la vida, en nuestro sistema jurídico, es un bien indisponible.

11.2. El consentimiento como una causa de justificación: Desde la perspectiva causalista –en que el dolo del autor no importa para la realización del tipo penal– es más adecuado comprender que el consentimiento no tiene relevancia para la *tipicidad* sino para la *antijuridicidad*, lugar sistemático en que se puede observar al consentimiento como una causa de justificación propiamente dicha. Brevemente, **la corriente causalista no podría excluir la tipicidad a propósito del consentimiento de la víctima.**

11.3. La atipicidad en virtud de una autorización administrativa: La autorización administrativa puede excluir la tipicidad o la antijuridicidad de un hecho. **La autorización administrativa excluye el tipo penal en aquellos casos en que el actuar en contra de la Administración Pública es un presupuesto del tipo.**³²²

Por ejemplo, la legislación penal (en diversos tipos especiales) establece una determinada pena para quien cause un menoscabo al medio ambiente, siempre que dicho menoscabo pueda ser atribuido por el *incumplimiento de una de las obligaciones establecidas en la Ley Ambiental*.

Aquí se observa que el cumplimiento de las obligaciones administrativas (de carácter ambiental) son el *presupuesto* del respectivo tipo penal, por ende, la existencia de la autorización administrativa puede, en su caso, excluir el tipo penal de que se trate.

Por otro lado, **la autorización administrativa aplica como causa de justificación cuando recae sobre conductas en sí típicas, pero que se autorizan con reserva de permiso.**

Problema uno: Los juegos de azar que se realizan en un bar siguen siendo típicos, sólo que no se castigan a propósito de la autorización administrativa que existe a su favor.

Cabe preguntar: ¿qué sucede cuando la autorización administrativa ha sido obtenida por medio de *engaño*, o por medio de *cohecho*?

³²¹ Reyes Alvarado, Yesid, *Imputación Objetiva*, Ed. Temis, Bogotá, 1994, p. 164.

³²² Roxin, Claus, "*Otras causas de justificación*", p. 225.

Efectivamente, suele ocurrir que la Administración Pública concede un permiso basándose en documentos o pruebas falsas con las que el gobernado finalmente obtiene la autorización administrativa.

Problema dos: Supóngase que se autoriza el funcionamiento de un centro nocturno que en realidad no cuenta con salidas de emergencia, o bien si las mismas fueran demasiado estrechas e insuficientes. Ocurre un incendio y decenas de personas fallecen a causa de la falta de salidas de emergencia, o porque las puertas de salida son demasiado estrechas.

La defensa que lleva el asunto alega que el centro nocturno está *legalmente autorizado* para funcionar como tal.

Pues bien, **aun existiendo la autorización administrativa, si la misma ha sido concedida por medio de engaño** (por ejemplo si se presentaron ante la autoridad administrativa planos distintos a la verdadera construcción del centro nocturno) **o por medio de cohecho**, de cualquier manera, la autorización administrativa **no puede cumplir como causa de justificación del hecho**.

Pero, igualmente, si la autorización administrativa en sí constituye un presupuesto del tipo penal, entonces, no obstante que se haya obtenido por engaño o por cohecho, dicha autorización seguirá cumpliendo como excluyente del tipo.

Lo anterior es así porque **el aprovechamiento de una autorización administrativa –obtenida por engaño o por cohecho– constituye abuso de Derecho, y por eso no puede justificar a su autor**.

Y en aquellos casos en que la autorización administrativa es un presupuesto del tipo, la construcción del abuso del Derecho no es aplicable, de lo contrario se infringiría el principio *nullum crimen sine lege*.³²³

Como se muestra, **la autorización administrativa puede ser excluyente del tipo cuando es un presupuesto del mismo; y la autorización administrativa puede excluir la antijuridicidad cuando, además de no ser un presupuesto del tipo, no implica ningún abuso de Derecho**.

11.4. Elementos del consentimiento eficaz: Para que el consentimiento se a eficaz, debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) La persona que otorga el consentimiento debe estar legitimada para disponer de dicho bien.
- b) El consentimiento no debe ser emitido por error, engaño o coacción.
- c) El consentimiento debe estar referido tanto a la acción como al resultado típico.

³²³ Ibídem, p. 277.

- d) El consentimiento debe referirse a un acontecimiento futuro, no a un acontecimiento subsecuente.
- e) El consentimiento debe referirse a bienes individuales y disponibles.
- f) El consentimiento debe ser susceptible de conocimiento exterior.

12. Consentimiento presunto: Es una causa de justificación que opera cuando cabe suponer que el portador de un bien jurídico protegido habría prestado su consentimiento de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.³²⁴ En menos palabras, el consentimiento presunto consiste en suponer que un sujeto, de conocer la situación concreta en que se encuentra, consentiría un determinado acto.

12.1. Características del consentimiento presunto: Las características del consentimiento presunto, son las siguientes:

- a) Una suposición objetiva en el sentido de saber cuál sería la decisión de la persona de la que se presume su consentimiento.
- b) La suposición objetiva debe realizarse considerando el concreto estado de la persona de la que se presume su consentimiento.

12.2. Ejemplos: El nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 29, fracción III, determina que el delito se excluye cuando el autor actúe conforme al *consentimiento* del titular del bien jurídico afectado (o en su caso conforme al consentimiento de la persona legitimada para otorgar dicho consentimiento), siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible;
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y,
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

¿Qué sucede cuando se otorga el consentimiento de disposición sobre algún **bien jurídico no disponible**? Según parece, tal consentimiento no cumpliría los requisitos que señala el artículo citado.³²⁵ También se aprecia que nuestro Ordenamiento penal no distingue entre la clase de consentimiento que excluye el tipo, y la clase de consentimiento que excluye la antijuridicidad.

³²⁴ Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito, Op. cit., p. 142.

³²⁵ Sería inadecuado considerar que todo consentimiento excluye la tipicidad del hecho, lo importante es mostrar que en algunos casos el consentimiento no es excluyente de la antijuridicidad sino de la tipicidad, por ejemplo en las auto lesiones.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

Quando se consiente sobre la lesión de un bien jurídico *indisponible* como la vida, aparece la figura jurídica que denominamos "homicidio a petición". Al respecto, el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, dispone:

"Artículo 127. Al que prive de la vida a otro, por la petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de éste, siempre que medien razones humanitarias y la víctima padeciere una enfermedad incurable en fase terminal, **se le impondrá prisión de dos a cinco años.**"

El legislador ha querido distinguir entre la figura jurídica denominada *homicidio a petición* y la "*participación en el suicidio*", pues además, en el artículo 142 del mismo Ordenamiento, entre otras cosas, se establece:

"Artículo 142. Al que **ayude** a otro para que se prive de la vida, se le impondrá prisión de uno a cinco años, si el suicidio se consuma. **Si el agente prestare el auxilio hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la pena aplicable será de cuatro a diez años de prisión.**"

Lo primero que salta a la vista es que el nuevo Código Penal para el Distrito Federal impone penas diversas para distintos casos, por ejemplo:

- a) Quien cometa homicidio a petición, se le impondrá una pena **de dos a cinco años de prisión.**
- b) Quien preste auxilio hasta ejecutar él mismo la muerte de otro, se le impondrá una pena **de cuatro a diez años de prisión.**

La distinción entre *homicidio a petición* y *participación en el suicidio* debe ser considerable, pues las penas que se establecen para cada supuesto son radicalmente distintas.

Cabe preguntar: ¿cuáles son las diferencias entre el homicidio a petición y la inducción al suicidio?³²⁶

Para volver al tema del consentimiento, véase a continuación el caso siguiente:

Problema uno: Miguel, con una actitud por demás agresiva, entra sin permiso al departamento de Mario, quien inmediatamente le atiende sirviéndole un refresco. En este caso, ¿existe allanamiento de morada por parte de Miguel? Desde luego que no, pues *tácitamente* Mario ha consentido el comportamiento de Miguel.

Por otra parte, el **consentimiento presunto** consiste en suponer que un sujeto, de conocer la situación concreta en que se encuentra, consentirla un determinado acto, aunque le produjera una lesión.

³²⁶ Cabe definir al homicidio a petición como la privación de la vida de una persona que realiza un tercero que participa en la manera como el propio solicitante organiza su muerte.

Problema dos: Una pareja de recién casados rentan una casa, y cuando ambos salen a trabajar, por razones que se desconocen, ocurre un incendio al interior de la casa; uno de los vecinos se pasa a la casa —obviamente sin permiso—, y salva un lujoso automóvil que de otro modo se hubiera incendiado. Cabe suponer que, de haberse encontrado por ejemplo la señora de la casa, ella sin ningún problema aceptaría que el vecino sacara el auto, dándole permiso de que pasara a la casa.

Dado que el vecino sabe que de estar presentes los señores de la casa le darían su consentimiento para entrar por la misma y salvar el automóvil, entonces, el vecino no ha integrado el tipo penal de allanamiento de morada.

El consentimiento presunto implica la existencia de una suposición —objetiva, razonable— en el sentido de saber cuál sería la decisión de la persona de la que se presume su consentimiento. En el caso concreto que analizamos es por demás objetiva y razonable la suposición en el sentido de que si estuvieran los señores de la casa, darían su consentimiento para que el vecino intentara salvar el auto.

En el consentimiento presunto, la ponderación de intereses que se realice, ha de tener lugar desde la perspectiva y condiciones de quien sufra la lesión, en tal sentido, debe llevarse a cabo una suposición objetiva sobre la cual se determine en qué sentido se hubiera manifestado la persona afectada si ella hubiera conocido la situación.³²⁷

Ahora bien, en tratándose de bienes patrimoniales el consentimiento sólo es eficaz (como excluyente de la tipicidad) cuando el que dispone del bien es la persona que "tiene la última palabra".³²⁸

Es decir, la disposición de un bien patrimonial debe realizarla quien tenga dicho de derecho de disponibilidad; véase el siguiente caso:

Problema tres: El treinta de abril, día del niño, Juanito recibió una cantidad considerable de regalos. Ese mismo día, en un acto de generosidad, decidió disponer de un aparato electrónico y se lo regaló a un niño que conoce. Al propio tiempo, el padre de Juanito, sin saber el acto caritativo de su hijo, celebró la venta del aludido aparato electrónico con uno de sus compañeros de trabajo. Pero, ese mismo día, el modesto niño que recibió el regalo, emocionado por verlo funcionar, le produjo un corto circuito y lo dejó inservible.

En este caso, es el padre de Juanito quien tiene "la última palabra" en el acto de disposición del aparato electrónico, a pesar de que Juanito hubiese creído que el aparato era suyo, que podía hacer con él lo que quisiera (incluso destruirlo), o que podía regalárselo a otra persona aun con el riesgo de que lo destruyera, como sucedió.

³²⁷ Para estos casos de consentimiento presunto, según opina Jescheck, además de la suposición objetiva, se debe acudir al criterio de *riesgo permitido*. De esta manera, el hecho estará justificado aunque la presunción, pese a su cuidadosa comprobación objetiva, se demuestre posteriormente falsa, pues en tal caso la justificación se debe al principio de *riesgo permitido*. Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., pp. 526 y 527.

³²⁸ Maiwald, Justificación y Exculpación, Op. cit., p. 136.

Si un tercero (imputable) destruye una cosa, y la destrucción la hace sin verificar suficientemente que sea *válido* el consentimiento de la persona que dispuso de la cosa (incluso para su destrucción), comete el delito de daño en propiedad, mismo delito que se hubiera configurado en el caso anterior, siempre que fuera plenamente imputable quien recibió el regalo.

Problema cuatro: El consentimiento obtenido mediante engaño en ocasiones puede ser insignificante. Por ejemplo, si Armando fingiera ante su vecina para que le dejara entrar hasta el jardín de su casa, diciéndole que le permita buscar una pelota que le pertenece, y la vecina accede para que Armando entre al jardín de la casa. En este supuesto no se puede decir que existe un delito de allanamiento de morada en atención a que Armando obtuvo el consentimiento de la vecina mediante engaño, pues el consentimiento de la vecina sigue siendo *eficaz* para excluir el tipo del delito de allanamiento de morada.

Es importante anotar que en el consentimiento han de verificarse las siguientes situaciones:

- a) Sólo puede estar referido a un hecho futuro.
- b) Hay que verificar si se trata o no de un bien jurídico disponible.
- c) El objeto del consentimiento ha de recaer tanto en la acción como en el resultado consentidos.
- d) No se deben presentar vicios de la voluntad como el *error*, el *engaño* o la *coacción*, sino que la voluntad ha de expresarse libremente.
- e) El sujeto que otorga el consentimiento debe tener capacidad de entendimiento.
- f) Si son varias las personas titulares del bien jurídico, se requerirá el consentimiento de todas.
- g) Debe concurrir el elemento subjetivo exigible para las causas de justificación.
- h) La posibilidad de revocar el consentimiento es nula cuando el que consintió haya perdido definitivamente la capacidad de disposición.

13. Defensa legítima por medio de dispositivos de protección: La defensa por medio de dispositivos de protección puede interpretarse como una defensa realizada sobre hechos futuros que se presumen antijurídicos; esto ocurre cuando los titulares de un bien instalan dispositivos de protección para salvaguardar sus intereses contra hechos futuros que de antemano se consideran, según ellos: *hechos futuros antijurídicos*.

¿Es posible la defensa legítima contra hechos futuros? La doctrina generalmente responde a esta pregunta en forma negativa.³²⁹ La defensa legítima contra hechos futuros no se admite, y no se admite, entre otras cosas, porque el defensor debe estimar, al momento de la agresión, si es o no *proporcionada* su defensa, si es o no *tolerable* la agresión, si se dispone de otros medios más leves de defensa. Todos estos aspectos sólo se saben al momento del hecho antijurídico, no así en el tratamiento de la defensa sobre hechos futuros.

Maurach, es de la idea de que la ilicitud de una defensa anticipada se encuentra fuera de discusión.³³⁰ Por su parte Günther Jakobs señala que –para los casos en que se instalan mecanismos de protección– debido a que falta en la persona que se defiende la obligación de tener prevista la disponibilidad de medios de defensa (lo menos dañosos posibles) en casos de ataque. Concluye diciendo el autor en cita, que en los dispositivos de protección no puede importar si en el caso de ataque hubiese bastado también un dispositivo menos drástico, sino que más bien, todas las instalaciones han de juzgarse como si el agredido hubiera *renunciado* a todas las posibilidades de defensa salvo a la utilización del dispositivo.³³¹

13.1. Ejemplos; Problema uno: Un sujeto pretende robar un automóvil. Después de forzar una de las puertas intenta manipular el sistema de encendido, en ese preciso momento se activa un mecanismo que le produce al ladrón serias lesiones por las que queda inconsciente frente al volante.

- a) ¿El dueño del automóvil está justificado por defensa legítima?
- b) ¿Está permitido instalar un mecanismo que al activarse le produzca graves lesiones a quien por su parte intente robarse un vehículo?

Las preguntas anteriores están elaboradas para responder al problema con relación al cual se debe decidir si es o no lícita la defensa legítima llevada a cabo por medio de dispositivos *autorizados* de protección.

Primeramente conviene comentar que la defensa por medio de dispositivos de protección puede interpretarse como una defensa realizada sobre *hechos futuros* que se presumen *antijurídicos*; esto ocurre cuando los titulares de un bien jurídico instalan dispositivos de protección para salvaguardar sus intereses contra hechos futuros que de antemano se consideran: *hechos futuros antijurídicos*.

Pero, ¿es posible la defensa legítima contra hechos futuros? La doctrina generalmente responde a esta pregunta en forma negativa.

Ciertamente, la defensa legítima contra hechos futuros no se admite, y no se admite, entre otras cosas, porque el defensor debe estimar, *al momento de la agresión*, por ejemplo:

³²⁹ Miguel Ontiveros Alonso ha desarrollado el tema en cuestión como nunca antes se había hecho en nuestro país.

³³⁰ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 387.

³³¹ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 475.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

- a) Si es o no *proporcionada* su defensa.
- b) Si es o no *tolerable* la agresión.
- c) Si se dispone de otros medios más leves de defensa.

Los aspectos señalados sólo se saben *al momento del hecho antijurídico*, no así en el tratamiento de la defensa sobre hechos futuros.³³²

Problema dos: Una prostituta que vive en una vecindad, ya está fastidiada de la cantidad de roedores que le han despedazado buena parte de su guarda ropa. La prostituta, dado que vive sola y trabaja de noche, no toma las precauciones necesarias y deja preparado un guisado envenenado, para eliminar a los ratones. En la noche de ese mismo día, dos niños por travesura –y forzando la puerta– entraron a la habitación de la prostituta, se comieron parte del guisado y consecuentemente murieron envenenados.

En este caso cabe pensar que la prostituta no tenía por qué tomar mayores precauciones al dejar el guisado envenenado sobre la estufa, pues vive sola, y además, el cuarto estaba *cerrado*.

Pretender que la señora de nuestro asunto responda por homicidio, es lo mismo que querer castigar al propietario de una casa, sólo por la flojera de no levantar una cáscara de plátano que dejó en las escaleras, con la cual un ladrón resbaló y se mató.

Una situación diferente sería en el caso de que la prostituta, después de una borrachera, hubiera llegado acompañada de uno de sus amantes –y, al día siguiente, habiéndose quedado dormida– se le hubiera olvidado alertar a su amante sobre la comida envenenada. En este caso sí respondería por homicidio culposo.

Pero, si en el caso que analizamos, la prostituta sabe que además de padecer de un enjambre de ratones –roedores que están acabando con su ropa–, también padece de los continuos robos de sus vecinos –ladrones que por su parte se llevan sus pertenencias–, y deja la comida envenenada –dándole bonita apariencia incluso– para que –quien sea (roedores o ladrones)– se la coman. En tal caso, así lo considero, responderá por homicidio.

Más brevemente, si la prostituta, luego de haberle dado bonita apariencia a la comida envenenada, hubiera dejado la puerta de su cuarto semiabierta, y los niños entran a comer, la señora responderá por homicidio.

³³² Maurach es de la idea de que la ilicitud de una defensa anticipada se encuentra fuera de discusión. Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 387. Por su parte Günther Jakobs señala que –para los casos en que se instalan mecanismos de protección– debido a que falta en la persona que se defiende la obligación de tener prevista la disponibilidad de medios de defensa (lo menos dañosos posible) en casos de ataque. Concluye diciendo el autor en cita, que en los dispositivos de protección no puede importarse si en el caso de ataque hubiese bastado también un dispositivo menos drástico, sino que más bien, todas las instalaciones han de juzgarse como si el agredido hubiera *renunciado* a todas las posibilidades de defensa salvo a la utilización del dispositivo. Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 475.

Problema tres: En otro asunto, una persona infectada de SIDA es sometida sexualmente, y, por ello, decide no alertar a su agresor respecto de su enfermedad, y consecuentemente lo infecta.

Este caso debe distinguirse de aquellos en que mediante un *mecanismo* se pretende la protección (futura) de un bien jurídico, comenzando porque un ser humano no es *en sí* un mecanismo.

Luego, el hecho de que la víctima esté infectada de SIDA, y no advierte a su agresor, tal omisión no implica una defensa para repeler la agresión sexual.

Por otra parte, el agresor, dado que su conducta es antijurídica, no puede atribuirle responsabilidad a su víctima por el delito de lesiones por contagio.

Más bien, se puede decir que en estos casos es el mismo autor quien así mismo se produce daños, tomando como medio el estado físico de otra persona.

14. El estado de necesidad justificante, conforme a casos prácticos: Problema uno: Leticia es víctima de secuestro. Los secuestradores se comunican por teléfono a la casa de Leticia, y solicitan como intermediario-negociador del rescate a un vecino de la víctima que se distingue por su timidez. El vecino acepta negociar el rescate y convence a la familia de Leticia para que entregue una fuerte cantidad de dinero a los secuestradores. Posteriormente la familia denuncia al vecino, alegando que es un pécimo negociador.

Es claro, el estado de necesidad justifica la conducta del intermediario-secuestrador. Pero, relacionado con el mismo supuesto, imagínese la siguiente hipótesis:

- a) El intermediario procura conservar el patrimonio de la familia, de modo que tiene por inocua la amenaza en el sentido de que mutilarían a la víctima secuestrada si no se incrementa la suma del rescate en un 2%. La familia de la víctima entrega el dinero al intermediario, diciéndole que no acepta el riesgo de que su familiar sea mutilado. Pero el intermediario, por confiar en sus habilidades como negociador, o porque no siente simpatía por la víctima secuestrada, entrega el rescate sin el 2%, y debido a ello, frente al negociador, los secuestradores inician el cumplimiento de la amenaza.

Como se sabe, el estado de necesidad en que está inmerso el negociador del rescate, es un estado de necesidad justificante porque de lo que se trata es de salvaguardar un bien jurídico *de mayor valor*, a saber: la vida y la salud de la víctima secuestrada. Pero si un negociador realiza su función elevando notoriamente los niveles del riesgo, propiciando incluso que la víctima sea perjudicada, responderá por las mutilaciones debido a que está en su decisión *evitar* que los secuestradores continúen con el cumplimiento de la amenaza. **Además, el negociador no tendría razones para decir que su comportamiento sigue justificado por estado de necesidad, pues en este caso no se salvaguarda un bien de mayor valor.**

Problema dos: El Director General de una dependencia del gobierno ordena a un funcionario —jerárquicamente inferior— para que realice una conducta especialmente antijurídica. En este caso se observa un estado de necesidad justificante, toda vez que han entrado en conflicto, tanto el deber de obediencia como la prohibición de no cometer acciones antijurídicas.

Casos hay en el que el superior jerárquico de una dependencia da la orden para que un subordinado autorice por ejemplo ciertas inversiones sin estar especialmente facultado, pero: ¿si el inferior jerárquico cometiera un descuido al dar cumplimiento a la orden, entonces, puede alegar a su favor un estado de necesidad justificante, advirtiendo que entraron en conflicto: el deber de obediencia y la prohibición de no realizar hechos para los que no se está especialmente facultado?

El análisis del caso anterior revela que la justificación en todo caso recae sobre el cumplimiento de la orden que realiza el subordinado; y por el descuido puede responder también el superior jerárquico, pues como regla general se sabe que un estado de necesidad no puede recaer sobre un delito culposo, en el que no existe la conciencia por parte del autor en el sentido de que sacrifica un bien de menor valor por otro superior.

¿Cómo debe responder el superior jerárquico si el descuido pertenece al subordinado?

El superior jerárquico debe responder porque, en este caso, él mandó al subordinado a realizar un hecho para el que no estaba especialmente facultado; y en ese aspecto, en razón del mandato antijurídico, el superior jerárquico debe asumir como propios los descuidos que a propósito del cumplimiento de la orden tenga el subordinado.

Dicho con un ejemplo: si el instructor de natación ordena a uno de sus alumnos para que se encargue del cuidado de los demás principiantes, entonces, el instructor de natación debe responder, si por el descuido del alumno, se ahoga otro compañero.

El superior jerárquico, debido a su mandato antijurídico, se sitúa en una posición en la que, por su injerencia, le sobreviene una posición de garante que lo obliga a vigilar (cuidar) para que el subordinado no cometa un descuido durante el cumplimiento del mandato.

Problema tres: Un ejemplo más: el médico titular de una clínica, por descuido, puso en una determinada situación de riesgo a un paciente. A propósito de tal situación de riesgo, el médico no tuvo más que realizar una delicada operación al paciente. Afortunadamente la cirugía fue exitosa. Posteriormente el médico alegó un estado de necesidad a través del cual explicó que la cirugía fue necesaria para salvar la vida del paciente.

En este caso debemos señalar que el estado de necesidad ha sido provocado, culposamente, por el médico; y, por regla general, el estado de necesidad no aplica para los delitos culposos.

14.1. El estado de necesidad justificante y la necesidad de pena: Cuando se trata de un estado de necesidad el legislador penal —más que existir una falta de capacidad de elección demostrable por parte del sujeto— expresamente renuncia a la imposición de una pena. Así, la imposición de una pena frente a un estado de necesidad justificante es prácticamente *innecesaria*, tanto por razones preventivo-generales como por razones preventivo-especiales, como bien argumenta Rudolphi: "una sanción jurídico-penal sería aquí más dañosa que provechosa: ello porque habría de recaer sobre un autor completamente integrado."³³³ No obstante, a continuación se presenta el criterio de Knut Amelung: "Si en la investigación del hecho cometido en estado de necesidad se constata que el autor es peligroso, no cabe sino la imposición de una medida puramente preventiva, que no se impone a consecuencia del hecho, sino simplemente con ocasión de las circunstancias que se han conocido durante su investigación."³³⁴

15. Las órdenes de conformidad a Derecho y la justificación de quien las obedece: Generalmente se admite que no actúa de modo antijurídico la persona que obedece órdenes conforme Derecho, de otro modo habría contradicción en el Ordenamiento jurídico y se alegraría su falta de *unidad*. Por esta razón la persona que obedece órdenes conforme a Derecho está justificada.

15.1. Órdenes que vinculan al subordinado: Cuando una persona está jurídicamente vinculada a la obediencia de ciertos mandatos, y se da la ocasión en forma que la obediencia de dichos mandatos implica un comportamiento *notoriamente antijurídico*, entonces, quien obedece dichos mandatos obra también de modo contrario a Derecho. Desde luego, lo anterior no obsta para que la persona que obedece los mandatos antijurídicos pueda estar amparada por un estado de necesidad e inclusive por un error de prohibición.

15.2. Órdenes que implican un comportamiento que a su vez pone en riesgo la dignidad humana, y órdenes que son contrarias a las reglas de Derecho internacional: Todas las órdenes que implican una lesión a la dignidad humana, o que son contrarias a las reglas de Derecho internacional, se tienen como órdenes que no pueden vincular a ningún subordinado, y si el mismo ejecuta dichas órdenes, actúa entonces en forma antijurídica.³³⁵

15.3. Ejemplos: Un comandante de la policía indica a un oficial en servicio que debe detener —en ese momento— a una persona, y procede el oficial a detener a dicha persona. Se debate la cuestión de si el comportamiento bajo órdenes sea excluyente de la antijuridicidad o de la culpabilidad. Evidentemente, un sujeto subordinado a un aparato legítimo de poder, pensará que es por demás lícito cumplir con las órdenes de su superior jerárquico, y consecuentemente podría alegar haber incurrido en un *error de prohibición que le excluiría de la culpabilidad*.

³³³ Rudolphi, Hans-Joachim, "El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal", Op. cit., p. 85.

³³⁴ Amelung, Knut, "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de la orientación político-criminal de Roxin", Op. cit., p. 106.

³³⁵ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 539.

No obstante lo dicho, en el fondo se trata de saber qué grado de responsabilidad personal merece el subordinado que obedece órdenes superiores, cuando el cumplimiento de esas órdenes implica un comportamiento a todas luces *antijurídico*. Y sucede que para determinar el grado de *reproche individual* del subordinado, no estaríamos ya en el nivel de la antijuridicidad, sino en la categoría de la *culpabilidad*.³³⁶

Cuando una persona está jurídicamente vinculada a la obediencia de ciertos mandatos, y se da la ocasión en forma que la obediencia de dichos mandatos implica un comportamiento *notoriamente antijurídico*, entonces, quien obedece tales mandatos obra también de modo contrario a Derecho.

Lo anterior no implica para que la persona que obedece los mandatos antijurídicos pueda estar amparada por un estado de necesidad o inclusive por un error de prohibición.

Ahora bien: ¿cómo se debe calificar el comportamiento que contradice las reglas de Derecho internacional y además lesiona gravemente la dignidad humana?

Definitivamente, todas las órdenes que implican una lesión a la dignidad humana, o que son contrarias a las reglas de Derecho internacional, se tienen como órdenes que *no pueden vincular* a ningún subordinado, y si el subordinado ejecuta dichas órdenes, actúa entonces en forma *antijurídica*.³³⁷

16. Comentarios generales:

1. Las causas de justificación impiden la antijuridicidad del hecho. Existe una causa justificante cuando del conflicto de dos intereses uno de ellos sobresale como socialmente más valioso.
2. Las causas de justificación derivan del Ordenamiento jurídico en general y no solamente de las causas de justificación escritas, esto demuestra el carácter general de la antijuridicidad y además confirma la no contradicción del Ordenamiento jurídico.
3. El principio de legalidad no afecta a las causas de justificación no escritas, ello en razón de que las causas de justificación no determinan la aplicación de una pena, sino una restricción a la misma.
4. Defensa legítima es la respuesta mediante la cual se repele una agresión antijurídica actual, real o inminente, que se realiza ya sea sobre la propia persona que se defiende o sobre los bienes de un tercero. La defensa legítima sólo debe recaer sobre los bienes del autor y/o partícipes de la agresión. En la

³³⁶ Ambos, Kai, "Sobre el efecto eximente del 'actuar bajo órdenes' desde el punto de vista del Derecho alemán e internacional penal", tr. Carlos Caro Coria, en Derecho Penal y Criminología. núm. 67, Volumen XXI, Septiembre-Diciembre de 1999, p. 26.

³³⁷ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 539.

defensa legítima son nulos tanto el *desvalor de acción* como el *desvalor de resultado* de la persona que se defiende de una agresión antijurídica;

5. El consentimiento tiene una doble naturaleza jurídica, pues algunas veces –cuando recae sobre bienes jurídicos disponibles– excluye el tipo penal, mientras que otras ocasiones excluye la antijuridicidad –generalmente cuando se trata de bienes jurídicos no disponibles–. Cuando el consentimiento es causa de atipicidad, se le denomina: “conformidad”; cuando el consentimiento excluye la antijuridicidad, se le denomina: “consentimiento justificante”.
6. Todas las órdenes que implican una lesión a la dignidad humana, o que son contrarias a las reglas de Derecho internacional, se tienen como órdenes que no pueden vincular a ningún subordinado, y si éste ejecuta dichas órdenes, actúa entonces en forma antijurídica.

Culpabilidad: 1. Concepto y requisitos de la culpabilidad. 1.1. El libre albedrío como fundamento de la culpabilidad. 1.2. La culpabilidad en el sistema causalista del delito. 1.3. La culpabilidad en el sistema causalista-valorativista del delito. 1.4. La culpabilidad en el sistema funcionalista. 1.5. La culpabilidad en el sistema normativista. 2. La culpabilidad entendida como reprochabilidad. 2.1. Reprochabilidad estándar (concepto social de culpabilidad). 3. Culpabilidad y prevención jurídico-penal. 4. El principio de culpabilidad. 4.1. El principio de culpabilidad y la necesidad del nexo psicológico. 4.2. Prohibición de la responsabilidad objetiva, conforme a casos prácticos. 4.3. El principio de culpabilidad y las infracciones administrativas. 4.4. El principio de culpabilidad en los casos de error invencible. 4.5. El principio de culpabilidad y la medición de la pena. 5. La atribubilidad y la culpabilidad. 6. La culpabilidad, la necesidad y el merecimiento de pena. 6.1. Merecimiento de pena. 6.2. La necesidad de pena. 6.3. El merecimiento y la necesidad de pena dentro de los fines de la prevención especial y general. 6.4. Necesidad y merecimiento de pena según el caso concreto de que se trate. 7. Comentarios generales.

1. Concepto y requisitos de la culpabilidad: La culpabilidad es la reprochabilidad que se le hace al autor debido a que, siendo imputable y teniendo conciencia de antijuridicidad de su hecho, le era exigible otra conducta que podía y debía desplegar.

Se sabe que la **imputabilidad** (es decir, la capacidad de culpabilidad, o la madurez psicológica del sujeto para ser motivado por la norma penal) es un presupuesto (y no un elemento) de la culpabilidad; también se sabe que el **conocimiento de la antijuridicidad**, así como la **exigibilidad de otra conducta**, son elementos de la culpabilidad.

A la **imputabilidad** no se le puede definir como la *capacidad de entender y querer*, pues si faltara dicha capacidad de entender y querer en el autor, entonces, simplemente, no habría acción, no habría una conducta relevante para el Derecho penal.³³⁸

El **conocimiento de la antijuridicidad** no necesariamente debe estar referido al conocimiento exacto del precepto penal infringido, basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido.³³⁹

1.1. El libre albedrío como fundamento de la culpabilidad: El libre albedrío fue en algún tiempo el sustento no sólo de la definición de la culpabilidad sino en general del delito. Pero, recientemente, es común encontrar opiniones como la que a continuación proporciona la lectura de Jakobs: "la función del principio de culpabilidad es independiente de la decisión que se tome en cuanto a la cuestión del libre albedrío."³⁴⁰

Por parte de Schünemann se puede leer la siguiente advertencia: "El que aboga por un completo abandono de la idea de libre albedrío en Derecho penal se comporta, en el fondo, de forma ingenua y desviada. Se comporta ingenuamente porque no advierte

³³⁸ Cerezo Mir, José, Derecho Penal Español Parte General, Op. cit., p. 48.

³³⁹ Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Op. cit., p. 143.

³⁴⁰ Jakobs, Günther, "Principio de culpabilidad", Op. cit., p. 153.

que el libre albedrío se halla asentado en las estructuras elementales de nuestra comunicación social y, por ello, tiene una presencia real en la sociedad."³⁴¹

Lo cierto es que, como comenta Arthur Kaufmann, **en lo postmoderno la libertad, entendida –en la modernidad– como poder actuar distinto, se ha arrojado por la borda al considerarse vacía, al igual que la responsabilidad.**³⁴²

1.2. La culpabilidad en el sistema causalista del delito: La culpabilidad, en el sistema causalista-naturalista, era entendida como una categoría contenedora del dolo y la culpa; en otras palabras, el contenido de la culpabilidad era completamente subjetivo, psicológico. Franz von Liszt, en su Tratado de Derecho penal, publicado en 1881, hizo ver a la culpabilidad como una **relación psicológica entre el autor y el resultado de su hecho.**

Desde la teoría psicologista, defendida por el causalismo-naturalista, el dolo y la culpa aparecen como dos formas de culpabilidad; siendo la culpabilidad el nexo psicológico entre el autor y el resultado. Esta teoría no podía sostenerse largo tiempo, pues en casos como el de culpa inconsciente, en que el autor puede prever la posibilidad de la producción del resultado, y sin embargo no la previó, entonces, aquí la culpabilidad, en sentido psicológico, simplemente no existe.³⁴³

1.3. La culpabilidad en el sistema causalista-valorativista del delito: En este sistema la culpabilidad aparece desprovista –aparentemente–³⁴⁴ de cualquier indicio psicológico, concretamente, el sistema valorativista expulsó de la culpabilidad los indicios psicológicos de la conducta, tales como el dolo y la culpa. La culpabilidad entonces quedó representada por un juicios de reproche, tal como se verá en adelante.

1.4. La culpabilidad en el sistema funcionalista: La culpabilidad, para mejor decir: la **responsabilidad jurídico-penal**, en este sistema, incluye tanto a la culpabilidad como al merecimiento y a la necesidad de pena; todo esto según decisiones político-criminales de prevención general y prevención especial. Esta forma de explicar la culpabilidad en la actualidad goza de mayor unanimidad, por ejemplo Jescheck ha dicho: "culpabilidad no es reprochabilidad, culpabilidad es responsabilidad".³⁴⁵

La teoría de la reprochabilidad no pudo sostenerse por largo tiempo, pues no eran aceptadas las soluciones que indicaban si un sujeto *podía* o no comportarse de otro modo en el momento de su acción; y no se aceptaron estas soluciones debido

³⁴¹ Schönemann, Bernd, "La función del principio de culpabilidad en el moderno Derecho penal preventivo", Op. cit., p. 156.

³⁴² Kaufmann, Arthur, La Filosofía en la Posmodernidad, tr. Luis Villar Borda, Ed. Temis, Bogotá, 1998, pp. 7 y 8.

³⁴³ Al respecto consúltese: Cerezo Mir, José, Derecho Penal Parte General, ed. 2, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 2000, p. 20.

³⁴⁴ La culpabilidad quedó desprovista de los elementos psicológicos: dolo y culpa; pero, en el juicio de reproche, en que se trata de saber si el autor podía comportarse de otro modo, existe un indicio ontológico evidente, pues el poder comportarse de otro modo, no se deduce sino de la psique del autor.

³⁴⁵ Jescheck, Hans-Heinrich, "El significado de don Luis Jiménez de Asúa en el desarrollo de la dogmática española en el campo de la teoría jurídica del delito", tr. José Díez Ripollés, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1986, p. 406.

principalmente a la *imposible comprobación empírica* consistente en saber si un sujeto podía –realmente– emitir, por sí sólo, una decisión contraria a la que siguió su comportamiento delictivo en el momento del hecho. Así lo ha reconocido Schönemann, al decir que: "la teoría dogmática de la culpabilidad –en el sentido de reprochabilidad–, como requisito de la fundamentación de la pena, se considera obsoleta."³⁴⁶

En el sistema teleológico-racional la culpabilidad viene acuñada –desde el punto de vista político-criminal– por los fines preventivo-especiales y preventivo-generales de la pena.³⁴⁷

Mediante esta perspectiva político-criminal, en que a la culpabilidad le corresponde orientarse conforme al *merecimiento* y *necesidad de pena*, resultante de consideraciones preventivas, el propio Roxin comenta: "De hecho sería quizá más exacto hablar de responsabilidad en lugar de culpabilidad, pues la culpabilidad es sólo uno de los factores que deciden sobre la responsabilidad jurídico-penal."³⁴⁸ Cabe decir que los elementos –a parte de la culpabilidad– integrantes de la responsabilidad jurídico-penal, se corresponden con el merecimiento y la necesidad de pena.

1.5. La culpabilidad en el sistema normativista: La culpabilidad en el sistema sistémico-normativo del delito, es la observación de un *déficit de fidelidad*³⁴⁹ en el Ordenamiento jurídico; es decir, la culpabilidad en el sistema normativista no se refiere al individuo en su propio ser, sino que más bien –para justificar la pena– se refiere al individuo como persona social. Por eso, en un plano sistémico-normativo, la culpabilidad deviene de la *prevención general positiva*.

2. La culpabilidad entendida como reprochabilidad: Entre los resultados más importantes de la orientación del Derecho penal hacia valores jurídico-culturales (orientación que tuvo lugar en virtud de la denominada filosofía neokantiana de los valores), encontramos precisamente la de entender a la culpabilidad como *reprochabilidad*. El penalista Reinhard Frank, luego de haber comprobado que el dolo y la culpa no pueden comprenderse como *elementos* de la culpabilidad, señaló –por vez primera– que la culpabilidad es *reprochabilidad*.

Al entenderse a la culpabilidad como reprochabilidad desaparecen los elementos psicológicos (dolo y culpa) que pertenecían a la culpabilidad bajo una relación de género-especie (el género era la culpabilidad, las especies o formas de la culpabilidad podían ser el dolo o la culpa).

Cabe preguntarse dos cuestiones:

- a) ¿Por qué la reprochabilidad (culpabilidad) no puede definirse a partir de elementos psicológicos (dolo e imprudencia)?

³⁴⁶ Schönemann, Bernd, "La función del principio de culpabilidad en un Derecho penal preventivo", Op. cit., p. 158.

³⁴⁷ Roxin, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Op. cit., p. 67.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 68.

³⁴⁹ Jakobs, Günther, "Principio de culpabilidad", Op. cit., p. 154.

b) ¿Por qué el dolo y la culpa no pueden ser especies o formas de culpabilidad?

Dada la influencia de la filosofía de los valores sostenida por el neokantismo, a la culpabilidad se le entendió como una figura del delito *dotada de valor*. Y al ser entendida la culpabilidad como una *categoría de valor*, adquirió las características de un verdadero juicio de reproche que se le debe formular al autor de una acción típica y antijurídica, luego de lo cual se le podrá o no considerar al autor como culpable.

Dicho brevemente, la culpabilidad entendida como una *categoría de valor*, sólo es congruente con la *reprochabilidad* (juicio de reproche), y no es congruente en cambio con aspectos psicológicos como el dolo o la culpa.

El juicio de reproche perteneciente a la culpabilidad es un aspecto *normativo*, en tanto que el dolo y la culpa son aspectos *ontológicos*, de ahí que al considerarse a la culpabilidad –normativamente– como reprochabilidad, debían desaparecer de ella los aspectos ontológicos, en este caso el dolo y la culpa; es así que la culpabilidad se comprende como un *juicio de reproche*.

Atendiendo a la segunda pregunta, relativa a por qué el dolo y la culpa no pueden ser *especies o formas* de la culpabilidad, hay que recordar que el dolo y la culpa *no* son formas de culpabilidad, comenzando porque existente comportamientos perfectamente dolosos que sin embargo *no* son culpables, piénsese por ejemplo en la defensa legítima, en el estado de necesidad o en el ejercicio de un deber; en todas estas figuras tiene lugar un comportamiento doloso, y no por ello se trata de comportamientos *culpables*, no son formas de culpabilidad dolosa.

La culpabilidad entendida como reprochabilidad, es el resultado de evaluar si un sujeto, infractor de la norma penal, *debía* y además *podía* conducirse de modo que no infringiera la norma penal. **Más concretamente, el "deber" y el "poder" en sí, constituyen los dos elementos integrantes del denominado juicio de reproche.**

El primero de los elementos del mencionado juicio de reproche (*deber comportarse de distinta manera*) es fácil de constatar en la norma de cuya infracción se trata; sin embargo, tocante al "*poder conducirse de otra manera*", hay que decir que éste segundo elemento del juicio de reproche –si bien en ocasiones es factible presumirlo–, nunca se podrá demostrar concretamente, ya que pertenece –como aspecto ontológico– a la psique –prácticamente inaccesible– de los seres humanos.

Schünemann parece insinuar la tesis en el sentido de que la culpabilidad no puede operar sin algún indicio ontológico; y al respecto argumenta que la culpabilidad significa reprochabilidad, reprochabilidad presupone poder actuar de otro modo, y este poder actuar de otro modo es una cuestión en principio ontológica, pues –concluye– "el que no puede hacer algo, tampoco lo puede hacer en sentido jurídico."³⁵⁰ Recientemente, la culpabilidad entendida como reprochabilidad, ha sido rechazada por la doctrina. Ahora se estima que la cuestión de la culpabilidad se debe observar bajo los fines *preventivo-especiales* y *preventivo-generales* del Derecho penal,

³⁵⁰ Schünemann, Bernd, "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal", en: El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Op. cit., p. 25.

aanando a ello los criterios de *merecimiento* y *necesidad de pena*, según el caso concreto de que se trate.

2.1. Reprochabilidad estándar (concepto social de culpabilidad): La reprochabilidad estándar o "concepto social de culpabilidad" se basa en el hecho de que si bien el "poder actuar de diversa manera" no es susceptible de demostración empírica, entonces, cabe cuando menos hacer al sujeto infractor, un juicio valorativo con motivo al cual se pueda afirmar si un *sujeto ideal* (supuesto) con diligencia y cuidado normales (estándares) hubiera respetado la norma en el mismo caso de quien la infringió, de ser así el sujeto infractor (*real*), ha de ser culpable.

Es evidente que el concepto social de culpabilidad (lo que aquí se denomina reprochabilidad estándar) se debe colmar bajo el modelo de un "*hombre medio*", figura esta que no es sino una *ficción*; y en el caso que —suponiendo sin conceder— se pudieran estandarizar ciertos comportamientos, no todas las personas admiten ser evaluadas bajo el mismo criterio de un "*hombre medio*", dado que algunos, demasiado imprudentes, ni siquiera alcanzarían ese nivel medio de precaución, mientras que otros, más cuidadosos, seguramente rebasarían dicho nivel; de este modo, se generarían impunidades en ambos extremos.

3. Culpabilidad y prevención jurídico-penal: Recientemente Jakobs ha extremado la posición normativa de la culpabilidad, pues como se sabe, el citado autor alemán pretende *suplir* la categoría de la culpabilidad por la figura de *prevención general*. Este intento en la doctrina no ha sido bien recibido, así por ejemplo Schünemann estima que tal propuesta es dogmáticamente incorrecta, puesto que —dice— las consideraciones preventivo-generales pueden fundamentar la utilidad funcional de la pena, pero no su debilidad en términos axiológicos.³⁵¹

Según entiendo, en lo anterior tiene razón Schünemann, ya que de otro modo —desde Jakobs— la pena —a pesar de cuantos fines y utilidades persiga— trataría como *cosas* o como *medios* a las personas.

4. El principio de culpabilidad: El principio de culpabilidad se lee de la siguiente manera: "*nulla poena sine culpa*" (ninguna pena sin culpa). Este principio establece la necesidad de un vínculo psicológico entre el hecho y su autor. El principio "*nulla poena sine culpa*" establece, además, que la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad.

Con relación a que la culpabilidad no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad, pregunta Claus Roxin: ¿cómo puede fundamentarse que la pena no deba quedar por debajo de la culpabilidad? Pues bien, la medida de la pena puede ir por debajo de la medida de la culpabilidad siempre que las exigencias *preventivo-especiales* lo requieran y las necesidades *preventivo-generales* lo permitan.

Sin embargo, las dificultades de las que en general adolece la culpabilidad (entendida como reprochabilidad) se han extendido por supuesto al principio de culpabilidad. Basta solamente recordar aquí el parecer de Achenbach, según el cual, dado que la

³⁵¹ Ibid. p. 161.

culpabilidad en el sentido de "*poder actuar de otro modo*", no es otra cosa que una *ficción normativa*, concluye el autor: "podemos renunciar tranquilamente al concepto de culpabilidad (como fundamento de la pena)."³⁵²

4.1. El principio de culpabilidad y la necesidad del nexo psicológico: La necesidad del nexo psicológico entre el hecho y su autor es una garantía del principio de culpabilidad. Ello garantiza que una persona no deba responder por el sólo hecho o resultado lesivo; es decir, el principio de culpabilidad hace imposible que en Derecho penal se pueda castigar a una persona por el sólo resultado.

No es suficiente con que un cierto resultado haya acaecido lesionando un bien jurídico, el principio de culpabilidad sobre todo exige que dicho resultado sea relacionado con *su* autor como obra suya. El principio de culpabilidad, dado que excluye toda forma de responsabilidad objetiva (responsabilidad por el sólo resultado), favorece que nuestro Derecho penal sea un *Derecho penal de autor*, y no un *Derecho penal de resultado*. Al contrario, en Derecho administrativo se responde generalmente por una infracción, sin considerar si hubo o no un nexo psicológico entre el autor de la infracción y el resultado mismo de la infracción. Esta situación del Derecho administrativo en que persiste la *responsabilidad por el resultado* (responsabilidad objetiva), en el Derecho comparado ha estado presentando algunos cambios.

4.2. Prohibición de la responsabilidad objetiva, conforme a casos prácticos: Este principio prohíbe que una persona responda penalmente por el solo resultado que haya causado. De ahí que en realidad debe llamarse: "principio que **prohíbe** la responsabilidad objetiva", y no, como conforme al nuevo Código: "principio de la responsabilidad objetiva".

"Artículo 3. (Principio de la responsabilidad objetiva). Para que la acción o la omisión sean penalmente relevantes, deben realizarse dolosa o culposamente."

Lo anterior significa, en sentido negativo, que una conducta (acción u omisión) es penalmente relevante, siempre que haya sido realizada dolosa o culposamente. Es decir, una conducta es penalmente relevante, no por la lesión del bien jurídico que haya causado en sí, sino por la falta de cuidado (culpa) o intención (dolo) del autor.

Es obvio que responder por el solo resultado, responder únicamente por la acreditación de ciertos datos físicos, significa resquebrajar los aspectos más elementales del Derecho penal, pues nuestro Derecho penal –y en general el Derecho penal moderno– no está dirigido a simples datos físicos, sino que el Derecho penal en realidad está dirigido a personas, a seres humanos con capacidad de voluntad. Y pretender que una persona responda por la sola causación de un resultado, ello significa pasar por alto la dignidad de las personas, porque en tal caso se estaría olvidando que las personas, los seres humanos, poseemos voluntad.

Problema uno: En la parte conducente del artículo 16 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal se establece que: "es garante del bien jurídico el que: con una

³⁵² Achenbach, Hans, "*Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*", tr. Jesús María Silva Sánchez, en: *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*, Op. cit., p. 145.

actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico." ¿Qué significa el término "actividad fortuita"? Si alguien, como lo señala el artículo mencionado, es garante de un bien jurídico con base en su actividad fortuita precedente: ¿ello significa contrariar el principio de la prohibición de la responsabilidad objetiva?

La "actividad fortuita" que se sugiere conforme al nuevo Código Penal, es un concepto del todo inapropiado.

Problema dos: En el artículo 5 del nuevo Código, relativo al principio de culpabilidad, se dice: "No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente." Por otra parte, en el artículo 18 del mismo Ordenamiento, en que se definen el dolo y la culpa, se señala que: "Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente." ¿Los artículos citados representan el principio de la prohibición de la responsabilidad objetiva?

La respuesta es afirmativa, tanto el artículo 3 (en que expresamente se menciona el principio de la prohibición de la responsabilidad objetiva), como los artículos 5 y 18 (en que se alude al principio de culpabilidad y a los conceptos de dolo y culpa), en estos artículos, igualmente se encuentra el principio de no responder penalmente por el solo resultado causado por una actividad, sino que se debe demostrar, además, el dolo o la culpa del autor.

Problema tres: En una sentencia el Juez de instrucción refirió que: "Se deduce que el sujeto activo actuó dolosamente porque se identificaron los elementos del plomo y bario en las zonas más frecuentes de maculación en ambas manos del sujeto activo." ¿De qué manera puede fundamentarse aquí el quebranto del principio de la prohibición de la responsabilidad objetiva?

De verdad es frecuente la tendencia del Ministerio Público y de los juzgadores para derivar de ciertos datos físicos el dolo del indiciado. Pero, por supuesto, no es válido hacer depender la integración del dolo únicamente a partir de un hecho físico cualquiera; por ejemplo, en el caso concreto que se planteó, si bien se encontraron los elementos de plomo y bario en las manos del sujeto activo, tal dato físico no tiene por qué significar —desde ningún punto de vista— que el autor actuó dolosamente.

Para el caso concreto que se planteó, hay que decir que si el juzgador basó la culpabilidad (responsabilidad) del autor únicamente a partir de ciertos datos físicos (resultados), entonces, se habrá realizado una vulneración al principio de la prohibición de la responsabilidad objetiva, siempre que, como se ha dicho, no se acrediten realmente ni el dolo ni la culpa del autor.

4.3. El principio de culpabilidad y las infracciones administrativas: El principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*) debería también admitirse en materia de delitos administrativos, en la esfera nacional e internacional; pero en Derecho penal comparado sólo algunas legislaciones estatales exigen la culpabilidad como condición esencial para la imposición de una sanción administrativa; y es que el Derecho penal

administrativo clásico no se atiende a los criterios subjetivos del infractor, sino que existe una responsabilidad por el sólo resultado.

4.4. El principio de culpabilidad en los casos de error invencible: El principio de culpabilidad también determina que un sujeto, no obstante su relación psicológica con el resultado lesivo, no deba responder cuando se encuentre bajo un *error de prohibición invencible*; pues en un error de prohibición invencible, no se puede constituir la bases del *reproche* que presupone la culpabilidad. Por lo dicho se puede observar que la culpabilidad en general —y el principio de culpabilidad en particular— no se agotan solamente con los elementos psicológicos de dolo y culpa, sino que comportan también un elemento normativo que está formado por la *reprochabilidad*.³⁵³

Por otra parte, y en cuanto a la materia de error se refiere, Klaus Tiedemann y Günther Jakobs han considerado que el principio de culpabilidad hace necesaria la vigencia del error de prohibición invencible, pues —dice Tiedemann— un error que no se puede evitar, no podrá constituir la base de un reproche de la sociedad hacia quien ha violado la regla de la ley.³⁵⁴

Jakobs, por su parte, ha reconocido expresamente que es el principio de culpabilidad el que quiere que queden impunes aquellas personas que yerran de manera invencible (inevitable) acerca de las consecuencias de su comportamiento, y que esto también ocurra en caso de quienes yerran de manera vencible (evitable), o que estos en todo caso reciban una pena inferior a la de los autores que obran con dolo.³⁵⁵

En fin, es ha llegado a mencionar que el principio de culpabilidad en si constituye *la Carta Magna del Delincuente*. **Tal principio consiste en excluir toda forma de responsabilidad objetiva, por una parte, y de presunción de responsabilidad por la otra.**

El nuevo Código Penal para el Distrito Federal expresamente regula el principio de culpabilidad en los artículos en cuya parte conducente se precisa que:

"Artículo 3. (Prohibición de responsabilidad objetiva). Para que la acción y la omisión sean penalmente relevantes, deben realizarse dolosa o culposamente."

"Artículo 5. (Principio de culpabilidad). **No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente.** La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste."

¿En qué forma el principio de culpabilidad puede fundamentar la impunidad del error invencible?

³⁵³ Tiedemann, Klaus, "La parte general del Derecho penal administrativo en la Comunidad de los Estados miembros", Op. cit., p. 94.

³⁵⁴ Tiedemann, Klaus, "La parte general del Derecho penal administrativo de la Comunidad y de los Estados miembros", Op. cit., p. 98.

³⁵⁵ Jakobs, Günther, "Principio de culpabilidad", Op. cit., p. 133.

De la siguiente manera: conforme al principio de culpabilidad el error invencible debe quedar impune debido a que al autor no se le podrá reprochar haber actuado contra el Ordenamiento jurídico. **Esta idea presupone que la culpabilidad no consiste solamente en el elemento psicológico de dolo y negligencia, sino que, como aquí se defiende, la culpabilidad presupone reprochabilidad, elemento normativo de la misma.**³⁵⁶

4.5. El principio de culpabilidad y la medición de la pena: El principio de culpabilidad cumple con la función de impedir que la pena rebase la medida de la culpabilidad, pues conforme a la culpabilidad se determina el *quantum* de la pena, de manera que ninguna pena debe rebasar el límite máximo del *quantum* establecido por la culpabilidad.

Si bien la pena no puede rebasar el límite máximo de la culpabilidad, en cambio si puede fijarse por debajo de dicho límite, todo esto, por supuesto, sin contrariar el principio de culpabilidad. ¿Cómo se logra que la pena quede fijada por debajo del límite máximo de la culpabilidad?, como se ha dicho antes, ello se logra atendiendo a las razones de *prevención especial* y de *prevención general*, esto es, por razones político criminales de *merecimiento* y *necesidad de pena*.

5. La atribuidibilidad y la culpabilidad: La atribuidibilidad ha sido el único intento serio por introducir una nueva categoría en el sistema penal.³⁵⁷ Adicionalmente, hay que reconocer que la categoría de la *responsabilidad* propuesta por Claus Roxin, igualmente representaría un intento serio de introducir una nueva categoría en el sistema penal. La figura de la atribuidibilidad está integrada por la responsabilidad por el hecho y la culpabilidad. **La atribuidibilidad pone de relieve que un determinado acto debe ser atribuido como suyo al autor.**³⁵⁸

Como se ha dicho, el término atribuidibilidad, en tanto categoría del delito, originalmente fue ideado por el destacado penalista alemán Reinhart Maurach, quien entendía por atribuidibilidad: una figura jurídica integrada tanto por la responsabilidad por el hecho como por la culpabilidad del mismo. La atribuidibilidad, siguiendo a Maurach, pone de relieve cuando un determinado hecho debe ser atribuido *como suyo* al autor. De ahí que el examen de la atribuidibilidad se basa en dos grados:

- a) Comprobar que el autor del hecho haya actuado de modo responsable (un sujeto no actúa de modo responsable cuando no le era exigible otra conducta o se hubiera comportado conforme a Derecho).
- b) Comprobar la culpabilidad del autor (un sujeto no se comporta de modo culpable cuando su comportamiento está amparado por un error de prohibición, por ejemplo).

³⁵⁶ Kaufmann, Arthur, La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad, Op. cit., p. 94.

³⁵⁷ Silva Sánchez, Jesús María, en: El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Op. cit., p. 11.

³⁵⁸ Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 27.

Problema uno: Se trata de analizar a qué se refiere el Ministerio Público, cuando en sus conclusiones acusatorias considera que: "...toda vez que las víctimas perdieron la vida en virtud de la conducta desplegada por el sujeto activo, por tanto, es atribuible el resultado a la conducta desarrollada por el activo del delito."

El Ministerio Público, si bien atribuyó como suyos los resultados al autor, lo hizo suponiendo que para la atribuibilidad del resultado basta con la sola causación del mismo, lo cual representa una notable falta de técnica jurídica, pues la sola causación de un resultado no fundamenta ni la atribuibilidad ni la culpabilidad del autor.

6. La culpabilidad, la necesidad y el merecimiento de pena: El merecimiento de pena es la categoría jurídico-penal que permite la exclusión de la pena, o disminución de la misma, cuando por razones de política-criminal el legislador o el juez penal consideran que ante el caso concreto la pena (o el *quantum* de pena) no cumpliría con ciertos fines preventivos. Estas decisiones político-criminales se observan en casos como el *desistimiento de la tentativa*, *los delitos de bagatela*, *las lesiones u homicidio culposos en relación al parentesco*, por ejemplo. La necesidad de pena se determina atendiendo tanto a factores de justicia como a factores de utilidad.³⁵⁹

6.1. Merecimiento de pena: El merecimiento de pena es la categoría jurídico-penal que permite la exclusión de la pena, o disminución de la misma, cuando por razones de política-criminal el legislador o el juez penal consideran que ante el caso concreto la pena (el *quantum* de pena) no cumpliría con ciertos fines preventivos.

6.2. La necesidad de pena: Siguiendo a Claus Roxin, si bien la pena presupone culpabilidad, adicionalmente también la necesidad preventiva presupone la sanción penal. Luego, la pena puede ser excluida debido a la falta de culpabilidad o necesidades preventivas de sanción. Por ejemplo, desde el punto de vista del merecimiento de la pena, el resultado tiene una función participante en el injusto; en cambio, desde el horizonte de la necesidad de la pena, el resultado adquiere el carácter de una *condición objetiva de punibilidad*.

Con los criterios de merecimiento y necesidad de pena, con finalidades *político-preventivas* bien fundadas, queda abierta una puerta para que el juzgador decida, dentro de su arbitrio judicial, los parámetros concretos de una pena. Al propio tiempo, estas necesidades preventivas de merecimiento y necesidad de pena, implican directamente en la argumentación de decisiones *político-criminales*, que se pueden instaurar como *decisiones dogmáticas* dentro del sistema penal.

La necesidad y el merecimiento de pena son categorías jurídico-penales que están incluidas en el sistema penal debido a decisiones político-criminales que sirven para fundamentar por ejemplo las *excusas absolutorias*, las *condiciones objetivas de punibilidad*, y otras figuras penales en que se disminuye, o incluso se extingue el *quantum* de pena, todo ello por la falta de razones preventivas. El merecimiento de pena depende, además de los fines preventivos aplicables, depende de tres factores, a saber:

³⁵⁹ Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 19.

- a) El valor del bien jurídico que ha sido lesionado;
- b) La peligrosidad del autor; y,
- c) La reprochabilidad de la actitud interna del autor.³⁶⁰

6.3. El merecimiento y la necesidad de pena dentro de los fines de la prevención especial y general: El merecimiento y la necesidad de pena se comportan según sea la prevención especial y la prevención general del delito, lo cual depende, desde luego, del caso concreto de que se trate, pues si bien se puede decir que en los casos de desistimiento de tentativa y en las faltas administrativas no existe necesidad de pena, en otros tantos casos —debido a sus particularidades— igualmente se puede argumentar la falta de necesidad o merecimiento de pena.

6.4. Necesidad y merecimiento de pena según el caso concreto de que se trate: La necesidad y el merecimiento de pena, en buena medida, dependen según el caso concreto de que se trate; por ejemplo, la necesidad de pena depende también del comportamiento de la víctima, y si en un caso concreto se percibe que la víctima —autoresponsable— desatiende la protección de sus bienes, en esa medida la necesidad de intervención del Estado desciende sobre la escala del merecimiento y necesidad de pena del autor, merecimiento y necesidad de pena que incluso pueden minimizarse por completo.

7. Comentarios generales:

1. La culpabilidad como responsabilidad jurídico-penal incluye tanto a la culpabilidad como al merecimiento y a la necesidad de pena.
2. Al entenderse a la culpabilidad como reprochabilidad desaparecen los elementos psicológicos (dolo y culpa) que pertenecían a la culpabilidad bajo una relación de género-especie (el género era la culpabilidad, las especies de la culpabilidad podían ser el dolo o la culpa).
3. La culpabilidad en el sistema sistémico-normativo del delito, es la observación de un *déficit de fidelidad* en el Ordenamiento jurídico; es decir, la culpabilidad en el sistema normativista no se refiere al individuo en su propio ser, sino que más bien —para justificar la pena— se refiere al individuo como persona social.
4. El principio de culpabilidad se lee de la siguiente manera: "*nulla poena sine culpa*" (ninguna pena sin culpa). Este principio establece la necesidad de un vínculo psicológico entre el hecho y su autor. El principio "*nulla poena sine culpa*" establece, además, que la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad.

³⁶⁰ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., pp. 71 y 72.

5. El principio de culpabilidad también determina que un sujeto, no obstante su relación psicológica con el resultado lesivo, no deba responder cuando se encuentre bajo un *error de prohibición invencible*.
6. Con los criterios de merecimiento y necesidad de pena, con finalidades *político-preventivas* bien fundadas, queda abierta una puerta para que el juzgador decida, dentro de su arbitrio judicial, los parámetros concretos de una pena.
7. El merecimiento de pena depende, además de los fines preventivos aplicables, depende de tres factores: el valor del bien jurídico que ha sido lesionado, la peligrosidad del autor, así como se la reprochabilidad de la actitud interna del autor.

Causas de exculpación: 1. Concepto. 2. Causas de exculpación, necesidad y merecimiento de pena. 3. Concepto de error. 3.1. Error sobre los elementos esenciales del delito. 4. El error de prohibición. 4.1. Error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación. 4.2. El error de prohibición y el error de tipo. 5. El error sobre las normas penales en blanco. 6. Error sobre los presupuestos objetivos de alguna de las causas de exculpación. 7. El estado de necesidad disculpante. 7.1. Ejemplos. 8. La inexigibilidad de otra conducta. 8.1. La inexigibilidad de otra conducta y la indemostrabilidad del poder comportarse de distinta manera. 8.2. La culpabilidad, conforme a casos prácticos. 8.3. En cuanto a la imputabilidad disminuida. 8.4. En cuanto al error de prohibición. 8.5. En cuanto al conocimiento de la antijuridicidad. 8.6. Modalidades del error de prohibición. 9. La *actio libera in causa* en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, conforme a la conferencia intitulada "Acerca de la *Actio libera in causa*", cuyos conferencistas fueron: Hans Joachim Hirsch y Ricardo Franco Guzmán. 9.1. Concepto, estructura y clasificación de la *actio libera in causa*. 9.2. Ejemplos. 9.3. Regulación de la *actio libera in causa*. 9.4. Crítica al nuevo Código Penal para el Distrito Federal. 9.5. Teorías que explican la *actio libera in causa*. 10. El alcance o extensión del dolo perteneciente a la acción libre precedente. 10.1. La tentativa en la acción libre precedente. 10.2. El desistimiento en la acción libre precedente. 11. Comentarios acerca de la ponencia del profesor Hans Joachim Hirsch, por el doctor Ricardo Franco Guzmán. 11.1. Acerca de por qué la *actio libera in causa* no atenta ni contra el principio de legalidad, ni contra el principio de culpabilidad. 11.2. La *actio libera in causa* y la estructura de los delitos culposos. 11.3. Acerca de por qué la *actio libera in causa* es también aplicable en los asuntos que se refieren a delitos de propia mano. 11.4. Otras consideraciones en torno a la *actio libera in causa*. 12. Comentarios generales.

1. Concepto: Una conducta está exculpada cuando, pese a la existencia de la antijuridicidad del hecho, el legislador decide no hacer responsable al autor, porque falta la culpabilidad, o porque falta una necesidad preventiva de punición. Son causas que excluyen a la culpabilidad: la inimputabilidad —un caso muy especial de disminución de la culpabilidad lo es la *imputabilidad disminuida*—, el *estado de necesidad exculpante*, el error de prohibición inevitable (invencible); y, desde luego, el exceso de defensa legítima.³⁶¹

2. Causas de exculpación, necesidad y merecimiento de pena: Las causas de exculpación en general se basan en argumentos que hacen ver cierta falta de merecimiento y necesidad de pena sobre el autor. Roxin incluso ha dicho que las causas de exculpación deben mejor denominarse: *causas de exclusión de la responsabilidad jurídico-penal*. La anterior sería una mejor denominación, si se admite primeramente que la categoría —propuesta por Roxin— de *responsabilidad jurídico-penal* se conforma de la suma de la culpabilidad, el merecimiento y la necesidad de pena.

³⁶¹ Roxin, Claus, *Dogmática Penal y Política Criminal*, Op. cit., p. 89.

3. Concepto de error: Error es una falsa creencia de la realidad. La falsa creencia de la realidad puede ser a su vez evitable o inevitable, es decir, vencible o invencible.

Si alguien no sabe que lo que hace es un delito se debe por ejemplo:

- a) A un error de tipo.
- b) Al desconocimiento una norma permisiva o prohibitiva (error de prohibición directo).
- c) A la suposición errónea de las circunstancias justificantes (error de prohibición indirecto).

3.1. Error sobre los elementos esenciales del delito: Cuando el autor tiene un error sobre alguno de los elementos esenciales del delito, tal error afecta a la configuración del mismo. En cambio, si frente a un error sobre alguna de las circunstancias no esenciales que agravan la pena, dicho error únicamente afecta al aspecto gravoso del delito, más no a su existencia.

4. El error de prohibición: El juzgador debe entrar –antes de resolver si existe o no un error vencible o invencible– al “juicio de evitabilidad” para confirmar si el sujeto podía o no prever lo ilícito de su conducta, si bien quiere respetar la eficacia preventiva de que están dotadas las normas penales.

4.1. Error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación: Había una pugna doctrinal en el sentido de reconocer el error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación, si como un error de tipo, o como un error de prohibición (por ejemplo comenta Grüdwal:³⁶² “la suposición de las circunstancias justificantes no afecta el dolo de tipo, pero hace caer el dolo de la situación de hecho del ilícito”); sin embargo, la doctrina que actualmente domina, admite que el desconocimiento de las circunstancias de hecho se considera en relación con la antijuridicidad como un error de tipo.³⁶³

Se sabe que el finalismo, ante un error sobre los presupuestos objetivos de alguna causa de justificación, responde que un tal error no impide el castigo por una comisión dolosa, porque las causas de justificación no hacen desaparecer nunca la tipicidad sino sólo la antijuridicidad, por lo que la creencia errónea sobre de una causa de justificación no elimina el dolo típico sino simplemente la conciencia de la antijuridicidad. Como se muestra, **el finalismo sólo excluye al dolo, en tratándose de un error de tipo, porque precisamente el dolo va contenido en el tipo; por lo demás, por ejemplo frente a un error sobre los presupuestos fácticos de justificación, el finalismo sólo procede atenuando la pena.**

Según la teoría de la culpabilidad –hoy dominante– al formar parte de las causas de justificación los presupuestos fácticos de las mismas, el error sobre ellos debe ser tratado como el error sobre la causa de justificación misma, es decir, como un error de prohibición que no afecta para nada el tipo de injusto del delito cometido (homicidio,

³⁶² Grünwald, Geral, “Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad limitada”, Op. cit. p. 174.

³⁶³ Tiedemann, Klaus, “Estado actual y tendencias de la ciencia jurídico-penal y de la criminología en la República Federal Alemana”, Op. cit., p. 267.

lesiones), sino sólo a la culpabilidad del sujeto que actúa erróneamente, bien excluyéndola totalmente, o bien, en el caso de error vencible, atenuándola solamente.³⁶⁴

Dado que Claus Roxin ha innovado el Derecho penal al inmiscuir en él las finalidades político-criminales esencialmente preventivas; no sería extraño que para el caso del error sobre los presupuestos fácticos de justificación la política criminal encuentre cierto ámbito de aplicación. Efectivamente, el mismo **Claus Roxin considera que se puede acertar por razones sistemático-dogmáticas un hecho doloso en el caso de un error sobre los presupuestos de las causas de justificación, pero por razones político-criminales se puede imponer, sin embargo, solo la pena del hecho culposo.**³⁶⁵

Lo que de cualquier forma queda claro es que, en sentido ontológico, no se puede negar que realmente existe dolo en cualquier error sobre los presupuestos fácticos de alguna causa de justificación; pero, dado que en tales casos el agente carece de una clara *conciencia de antijuridicidad*, entonces tal sujeto no se *merece* una pena por dolo; y nuevamente estamos con Roxin cuando refiere: "un dolo que no atrae para sí la pena por dolo es carente de valor para la aplicación del derecho."³⁶⁶ Así que, un tal dolo que no merece la pena por dolo, *prácticamente* no es dolo; de tal manera que —y esto debe sonar fatal para los finalistas— se debe olvidar que realmente existe dolo en el error sobre los presupuestos fácticos de alguna causa de justificación, y, consecuentemente, imponer la pena por un hecho culposo, cuando dicho error —por supuesto— sea evitable, es decir, vencible.

4.2. El error de prohibición y el error de tipo: Cada vez un sector más amplio de la doctrina se manifiesta en el sentido de que si bien cabe distinguir entre error de tipo y error de prohibición, **ambas figuras deben equipararse en cuanto a sus consecuencias jurídicas.** Schönemann incluso ha dicho: "considero recomendable (...) que el legislador equipare error de prohibición y error de tipo."³⁶⁷

5. El error sobre las normas penales en blanco: Las leyes penales en blanco, son aquellas que remiten, para su complementación, a otras normas en sentido amplio, careciendo total o parcialmente de contenido semántico.³⁶⁸ Dicho de otra manera, los tipos penales en blanco son leyes que remiten a un necesario complemento fuera de ellos. Así, **en sentido amplio**, existe una ley penal en blanco, cuando el necesario complemento está contenido en la misma ley o, por lo menos, en otra ley emanada de la misma autoridad legislativa; sin embargo, existe una ley penal en blanco, **en sentido estricto**, cuando, el necesario complemento está en una ley emanada de otra autoridad legislativa.³⁶⁹

³⁶⁴ Muñoz Conde, Francisco, "¿'Legítima' defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación", Op. cit., p. 187.

³⁶⁵ Roxin, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Op. cit., pp. 29 y 30.

³⁶⁶ Ibidem, p. 43.

³⁶⁷ Schönemann, Bernd, "La función de la delimitación de injusto y culpabilidad", Op. cit., p. 238.

³⁶⁸ Schönemann, Bernd, "Las reglas de la técnica en Derecho penal", Op. cit., p. 309.

³⁶⁹ Mezger, Edmundo, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 154.

La maestra Ingeborg Puppe,³⁷⁰ muestra cómo en un tipo cualificado también puede darse un elemento en blanco. En este caso –dice– la cualificación es igual de tautológica que un tipo básico. Pero advierte que no debe permitirse que se genere confusión por el hecho de que, en caso de no cumplirse el elemento en blanco, sigue quedando el tipo básico como sentido de la *norma de determinación*, unido al gravamen de una infracción de deber sin especificar. **El reproche** –argumenta– **que cabe formular frente al autor de un delito contemplado en una norma penal en blanco** (por ejemplo un sujeto omite informarse respecto a las normas que completan la norma penal en blanco) **está más cerca** –he aquí el valor de la opinión que presenta la autora en cita– **del reproche por imprudencia que del reproche a título de dolo.**

6. Error sobre los presupuestos objetivos de alguna de las causas de exculpación: Un error sobre los presupuestos objetivos de alguna de las causas de exculpación se presenta cuando el autor supone –erróneamente– la presencia de alguna causa que excluye la culpabilidad; por ejemplo, de un *estado de necesidad disculpante*, de un exceso de legítima defensa, entre otras. Roxin dice al respecto: "quien supone una situación de exculpación, sabe que actúa antijurídicamente y hace esto también dolosamente."³⁷¹ De lo dicho deriva que no es posible eliminar el dolo –como sí acontece en el error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación–, sino únicamente atenuar la pena con motivo a la falta estimada de merecimiento y necesidad de pena.

7. El estado de necesidad disculpante: El estado de necesidad, en general, se presenta cuando un sujeto enfrenta un inevitable riesgo real, actual o inminente, no provocado por él mismo, de manera que salvaguarda un bien jurídico –propio o ajeno– a costa de la lesión de otro bien jurídico de menor valor. Ciertamente, la definición y los elementos del estado de necesidad, así como sus características, varían según sea el estado de necesidad en cuestión (estado de necesidad justificante o estado de necesidad exculpante).

Todo estado de necesidad, sea justificante o exculpante, ha de contar con los siguientes elementos:

- a) Que se presente una situación de riesgo, actual real o inminente no provocada por el sujeto.
- b) Que el sujeto no tenga el deber jurídico de afrontar dicha situación de riesgo.
- c) Que el sujeto actúe para salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno.
- d) Que la lesión del bien jurídico no se hubiera podido evitar por otros medios.

El estado de necesidad justificante deriva de una inevitable situación de riesgo real, actual o inminente, no provocada por el autor, de modo que **se lesiona un bien jurídico de menor valor** para salvar otro bien jurídico propio o ajeno de mayor valor,

³⁷⁰ Puppe, Ingeborg, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", Op. cit., pp. 113-120.

³⁷¹ Roxin, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Op. cit., p. 31.

y esto ocurra sin que el agente tenga el deber jurídico de afrontar dicha situación de riesgo.³⁷²

Para acreditar el estado de necesidad justificante es necesario cubrir los siguientes requisitos:

- a) Que se presente determinada situación de riesgo.
- b) Que la situación de riesgo no hubiese sido provocada por el autor.
- c) Que el riesgo sea real, actual o inminente.
- d) Que el autor no tenga el deber jurídico de afrontar dicho riesgo.
- e) Que el sujeto actúe para salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno.
- f) Que la lesión del bien jurídico no hubiera sido evitable por otros medios.
- g) **Que el bien jurídico salvaguardado sea de mayor valor que el bien jurídico sacrificado.**

Entre las características del estado de necesidad justificante, encontramos las siguientes:

- a) El estado de necesidad justificante excluye la antijuridicidad del hecho.
- b) Es impune la participación (inducción o complicidad) que se realiza frente a un sujeto que por su parte está justificado en virtud de un estado de necesidad.
- c) No se puede alegar defensa legítima frente a un comportamiento justificado por un estado de necesidad.
- d) El autor de un estado de necesidad justificante, dado que salvaguarda un bien jurídico de mayor valía, no se comporta con dañosidad social alguna.
- e) El estado de necesidad justificante no da lugar a la imposición de medidas de seguridad.

El estado de necesidad exculpante se presenta cuando en una inevitable situación de riesgo real, actual o inminente, no provocada por el autor, **se lesiona un bien jurídico –propio o ajeno–** para salvar otro bien jurídico de *igual valor*, siempre que el autor no tenga el deber jurídico de afrontar dicha situación de riesgo.

³⁷² La justificación sobre la base del principio del interés preponderante, significa que el Ordenamiento jurídico autoriza una acción peligrosa debido a que la valora como más provechosa y benéfica socialmente.

El estado de necesidad exculpante participa dentro de los requisitos que se deben reunir para acreditar el estado de necesidad justificante, pero las diferencias entre ambas figuras, son las siguientes:

- a) **En el estado de necesidad exculpante el bien jurídico salvaguardado es de igual valor**, mientras que en el estado de necesidad justificante el bien jurídico salvaguardado es *de mayor valor*.
- b) El estado de necesidad exculpante excluye la culpabilidad del hecho.
- c) Es punible la participación (inducción o complicidad) que se realiza frente a un sujeto que por su parte está exculpado en virtud de un estado de necesidad.
- d) Evidentemente, sí se puede alegar defensa legítima frente a un comportamiento que cumple con las características del estado de necesidad exculpante.
- e) Es posible aplicar una medida de seguridad al autor de un estado de necesidad exculpante.³⁷³

El Código Penal Federal no distingue entre estado de necesidad justificante y estado de necesidad exculpante. El estado de necesidad regulado en el Código Penal Federal excluye sin embargo la antijuridicidad del hecho. Por otra parte, como se podrá demostrar, **el nuevo Código Penal para el Distrito Federal no regula el estado de necesidad, pues contempla la posibilidad de que el autor salvaguarde un bien jurídico de menor valor, en perjuicio de otro de mayor valía; y tal situación, en mi consideración, no es un estado de necesidad sino un estado de arbitrariedad.**

El nuevo Código Penal para el Distrito Federal refiere al estado de necesidad en los siguientes términos:

"Artículo 29. (Causas de exclusión). El delito de excluye cuando: (...) V Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo."

Según el nuevo Código Penal para el Distrito Federal: ¿es permitido un estado de necesidad aunque con ello se quebrante o ponga en riesgo un bien jurídico *de mayor valor* que el bien jurídico salvaguardado?

³⁷³ La posibilidad de que se imponga una medida de seguridad al autor de un hecho disculpado, se presenta porque, según sostiene un sector importante de la doctrina alemana, el estado de necesidad disculpante no extingue la antijuridicidad del hecho; y, como sabemos, el presupuesto necesario para imponer una medida de seguridad es precisamente que el hecho sea antijurídico. Desde luego, en el caso de un estado de necesidad disculpante sería inadecuado sancionar al autor con una medida de seguridad, debido a que, según se sostiene en este trabajo, quien actúa en un estado de necesidad de manera que salvaguarda un bien jurídico de igual valor (estado de necesidad disculpante), no se comporta de modo antijurídico.

Como se puede verificar, **el nuevo Código Penal no expresa si el bien jurídico lesionado en estado de necesidad debe ser de mayor, igual o menor valor que el bien jurídico salvaguardado.**

Es evidente que la Asamblea del Distrito Federal olvidó el *sentido ético-social* del estado de necesidad, ya que no hizo referencia al hecho de que **el estado de necesidad debe estar dirigido a salvaguardar un bien jurídico, en principio, de mayor valor.**

7.1. Ejemplos: Problema uno: ¿Por qué el estado de necesidad justificante debe estar dirigido a salvaguardar bienes *de mayor valor*?

Podemos acercarnos a la respuesta tomando en consideración que, en general, **todas las causas de justificación** refieren a un conflicto de bienes, derechos o intereses,³⁷⁴ y en el estado de necesidad, dado que existe un conflicto entre bienes jurídicos, *se permite que uno de ellos sobresalga a pesar del menoscabo de otro bien jurídico, siempre que el bien jurídico lesionado sea de menor valor*, y esto en general significa que **un comportamiento justificado por estado de necesidad es un comportamiento socialmente provechoso** —o cuando menos carente de dañosidad social— por lo que no puede integrarse la antijuridicidad del hecho, de otra manera, no se podría admitir un estado de necesidad cuando respecto de un conflicto de intereses se quebranta el bien jurídico de mayor valor. Dicho con un ejemplo:

- a) No es posible justificar al sujeto que para salvar la vida de su mascota arrebata el único suero disponible de un niño gravemente deshidratado; y no puede admitirse el estado de necesidad aunque sin el suero la mascota hubiera muerto, pues el *peligro* o la *muerte* que sufra el niño, representa el quebranto de un bien jurídico de mayor valor, pese a que el sujeto de este ejemplo quisiera mucho a su mascota.

Como se muestra en el ejemplo anterior, el estado de necesidad justificante no puede operar cuando se lesiona o se pone en riesgo un bien jurídico de mayor valor, de lo contrario dicho evento sería dañoso socialmente, y por ello antijurídico.

En fin, el estado de necesidad justificante carece de dañosidad social debido a que el bien jurídico salvaguardado es *de mayor valor* que el bien jurídico sacrificado; y **la falta de dañosidad social en el estado de necesidad justificante es la que en buena medida imposibilita la antijuridicidad del autor.**

Problema dos: ¿Estado de necesidad o estado de arbitrariedad en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal?

Si conforme al nuevo Código Penal para el Distrito Federal se admite salvar —de un peligro actual, real o inminente— un bien jurídico de menor valor, ello quiere decir, en

³⁷⁴ Excepción hecha de ciertos casos como en el que la víctima consiente la lesión de un bien jurídico disponible.

el fondo, **que se reconoce el más puro estado de arbitrariedad**, y no el estado de necesidad propiamente dicho. Veámoslo con tres ejemplos:

- a) Imaginemos que un servidor público, especialmente facultado, hace indebidas transferencias de dinero, de manera que dispone del patrimonio de la dependencia a la que sirve, y luego alega para su defensa un estado de necesidad, diciendo que de no haber hecho tales transferencias de dinero, se hubieran cumplido las amenazas de una supuesta banda de delincuentes que prometían robarle su colección de vinos.
- b) Tampoco es posible que un médico alegue un estado de necesidad, diciendo que le quitó el corazón a un no-paciente para cumplir con un *deber de obediencia* del médico director de la clínica.
- c) De igual manera sería inadecuado el hecho de que el negociador de un rescate aceptara que los secuestradores causarían serias lesiones a la víctima secuestrada, sólo por salvaguardar una cantidad irrisoria de dinero perteneciente a la familia del secuestrado.

Enrique Gimbernat Ordeig se ha pronunciado en contra de la distinción entre estado de necesidad justificante y estado de necesidad exculpante.³⁷⁵

Gimbernat es de la idea de que el estado de necesidad exculpante no puede excluir la culpabilidad del autor, comenzando porque en tal figura jurídica el autor puede no perder la motivación de la norma penal.

Siguiendo el pensamiento anterior, y si se entiende por culpabilidad un cierto *reproche* debido a que el autor estaba en aptitudes de comportarse conforme a la norma, es lógico que el estado de necesidad exculpante no excluye la culpabilidad; y esto es así, porque en algunos casos de estado de necesidad exculpante el autor no pierde la capacidad de conducirse conforme a la norma.

Por otra parte, el estado de necesidad exculpante presenta el problema con relación al cual se afirma la antijuridicidad del hecho; pues como se sabe, **si el estado de necesidad exculpante excluye de alguna manera la culpabilidad del autor, ello significa que se tiene por plenamente integrada la antijuridicidad del hecho.**

En menos palabras, el problema del estado de necesidad exculpante consiste en saber por qué se tiene por acreditada la antijuridicidad del autor que no ha hecho sino salvar un bien jurídico de *igual valor* que el bien jurídico quebrantado. Conforme al estado de necesidad exculpante no se puede argumentar que el hecho es antijurídico debido a que se quebrantó un bien jurídico de mayor valor, o que se produjo una cierta dañosidad social impropia; ello no se puede argumentar porque en este caso el bien jurídico lesionado y el bien jurídico salvaguardado son equivalentes en su valor.

³⁷⁵ La siguiente es una afirmación de Enrique Gimbernat: "...considero que el estado de necesidad es una causa de justificación, incluso cuando los bienes en conflicto tienen el mismo valor." Al respecto consúltese Gimbernat, Enrique, Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal, Op. cit., p. 69.

Problema tres: ¿Actúa antijurídicamente la persona que en estado de necesidad salva su propia vida?

Véase el siguiente ejemplo: dos alpinistas están sostenidos de una misma base. Si la base estuviera por desprenderse y uno de los alpinistas audazmente eliminara el peso de su compañero, rompiendo la cuerda que lo sostiene, entonces el alpinista audaz no sería responsable de homicidio debido a que está exculpado por el estado de necesidad que se presentó.

En este caso, dado que se trata de un estado de necesidad exculpante en que se salvaguarda un bien jurídico de igual valor, sistemáticamente se tiene por acreditada la antijuridicidad del hecho, de otra manera, el hecho tendría que estar justificado ya desde el nivel de la antijuridicidad, y no en el ámbito de culpabilidad como es el caso.

Se obvia la pregunta en el sentido de saber por qué es jurídicamente incorrecto salvar un bien jurídico de igual valor en un estado de necesidad. En otras palabras:

¿Cuál es la forma jurídicamente correcta de salvaguardar un bien de igual valor en un estado de necesidad?

Si afirmamos en el caso anterior la existencia de un estado de necesidad exculpante y con ello tenemos por acreditada la antijuridicidad del hecho, ello quiere decir que si sabemos que un hecho es antijurídico, sabemos entonces de qué manera el mismo hecho sería jurídicamente correcto. Por tanto cabe preguntar: ¿cuál sería la conducta jurídicamente correcta en el caso del alpinista audaz?

Si no se tiene una respuesta a la pregunta anterior, de modo que se pueda argumentar la forma jurídicamente correcta en que debió conducirse el alpinista audaz, entonces, tampoco se puede afirmar la antijuridicidad de su hecho, pues quien no conoce en qué consiste la *juridicidad* (hecho jurídicamente correcto), tampoco puede advertir en qué consiste la *antijuridicidad* del mismo (hecho jurídicamente incorrecto).

Problemas como el anterior, en mi consideración, se deben a que la estructura del delito está conformada por opuestos binarios como: acción-omisión, tipicidad-atipicidad, juridicidad-antijuridicidad, culpabilidad-inculpabilidad, entre otros. Generalmente son admitidos dichos opuestos binarios sin ningún inconveniente, pues con base en ellos es posible comprender sin mayores inconvenientes la *lógica* del sistema penal. No obstante, los opuestos binarios antes mencionados han sido sometidos a revisión sobre todo para demostrar que el sistema del delito no es totalmente rígido. Por ejemplo, Arthur Kaufmann ha manifestado la necesidad de flexibilizar el sistema del delito (y en general el sistema jurídico) advirtiendo que **entre juridicidad y antijuridicidad existe un espacio libre de valoración**. El espacio libre de valoración es calificado por Kaufmann³⁷⁶ como un espacio intermedio (entre juridicidad y antijuridicidad) de no prohibido-no permitido. Tal apreciación del espacio

³⁷⁶ Kaufmann, Arthur, *Filosofía del Derecho*, Op. cit., p. 411.

libre de Derecho es posible sólo a partir de ciertos límites delineados conforme a un concepto de *tolerancia*.³⁷⁷

La conducta del alpinista del caso anterior, conforme a la teoría del espacio libre de Derecho, representa una situación no valorable ni como jurídicamente correcta, ni como jurídicamente incorrecta. El hecho de que la conducta del alpinista represente un espacio neutro entre juridicidad y antijuridicidad, ello no quiere decir que dicho espacio carezca de regulación jurídica, pues de lo que carece es de *valoración*, no de *regulación*.³⁷⁸

Tesis de Roxin: Por otra parte, Claus Roxin³⁷⁹ estima que el estado de necesidad exculpante no excluye la *culpabilidad* en el sentido estricto de la palabra, sino que más bien el estado de necesidad excluye *responsabilidad penal*.

Pero, como se sabe, la culpabilidad pertenece a la categoría de la responsabilidad jurídico-penal, junto con el merecimiento y la necesidad de pena.

Por tanto, el criterio de Claus Roxin, en el sentido de que el estado de necesidad exculpante excluye la responsabilidad jurídico-penal, se puede expresar diciendo que **el motivo de la falta de pena en tales casos, no radica propiamente en la falta de culpabilidad, sino en la carencia preventiva de punición, es decir, en la falta de merecimiento y necesidad de pena.**

Arthur Kaufmann³⁸⁰ plantea los supuestos siguientes:

- a) Dos náufragos intentan salvarse asiéndose a una tabla flotante, que evidentemente no puede soportar más que a uno. Cada uno de los dos intenta respectivamente separar violentamente al otro de la tabla. El sujeto **a** se salva, y el sujeto **b** se ahoga.
- b) Luego de un accidente en una autopista, dos heridos de gravedad son llevados al hospital. El médico jefe responsable conecta a uno de los dos heridos a la única máquina de corazón y pulmón todavía disponible. Este se salva; el otro, que *ex ante* tenía las mismas posibilidades de sobrevivir, muere; que fuera transportado a otro hospital no era aconsejable, teniendo en cuenta su estado.

Los dos casos anteriores son reconocidos por la dogmática penal dominante como supuestos de *estado de necesidad exculpante*; es decir, la dogmática penal

³⁷⁷ Ante casos límite como el aborto y la eutanasia, lo que puede exigir el Derecho no es algo sustancial, sino que sólo puede exigir que se cumpla con un determinado procedimiento; en este sentido el Derecho hace lo que puede para que la decisión que se tome sea conforme al mismo, y tal decisión quede entonces legitimada o justificada sólo procesalmente, conforme a Derecho. Hassemer, Winfried, "Justificación procedimental en Derecho penal", Op. cit., p. 40.

³⁷⁸ Kaufmann, Arthur, Filosofía del Derecho, Op. cit., p. 408.

³⁷⁹ Roxin, Claus, Dogmática Penal y Política Criminal, Op. cit., p. 206.

³⁸⁰ Kaufmann, Arthur, Filosofía del Derecho, Op. cit., p. 270. En el mismo sentido Günther Jakobs, en Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 507. "También obra antijurídicamente el médico que desconecta el único aparato (p. ej., un pulmón y corazón artificial) disponible a un paciente con mal pronóstico, con consecuencia mortal cognoscible, para conectarlo a un paciente recién ingresado, de pronóstico más favorable...".

dominante admite que la figura de la *antijuridicidad* en los anteriores casos queda bien integrada.

La verdad es que con aquella respuesta dogmática no se puede advertir cómo es que tanto el sujeto que sobrevivió al ahogamiento como el médico que sólo disponía de una máquina actuaron incorrectamente: ¿o acaso no el que se comporta antijurídicamente lo hace a la vez incorrectamente?

Es claro, la **dogmática penal dominante en el fondo quiere decir que de cualquier manera que actúen los sujetos en cuestión, bajo tales condiciones, siempre lo harán antijurídicamente, contra Derecho. Nada más irracional.**

Problema cuatro: Otro caso, también interesante, es el siguiente: una pareja de esposos, aficionados al buceo, disfrutaban de las hermosas playas de Cozumel. La cónyuge solicita a su esposo para que prepare el equipo de buceo de ambos. En las profundidades del agua falló el equipo de buceo del cónyuge; dada la situación el esposo desproveye del equipo de buceo a su esposa, y de esa manera se salva el esposo, sacrificando la vida de su pareja.

Ante los hechos, la defensa del esposo alega un estado de necesidad disculpante. En este caso no existe estado de necesidad.

Por otra parte, cuando el autor de un estado de necesidad provoque dolosa o culpablemente dicho estado de necesidad: ¿cuál será la respuesta del sistema penal?

Conforme a nuestra legislación actual, el estado de necesidad provocado dolosamente, es inaceptable; por ejemplo el artículo 29, fracción V del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, señala que el estado de necesidad se presenta cuando: "Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual, o inminente, **no ocasionado dolosamente** por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo." Sin embargo, en mi opinión, el estado de necesidad no debe operar en casos en que el mismo haya sido provocado culpablemente.

8. La inexigibilidad de otra conducta: La inexigibilidad de otra conducta es susceptible de deducirse atendiendo a que el sujeto infractor, en principio, no *podía* comportarse de manera distinta, con motivo de las circunstancias en que se desarrolla su comportamiento (*circunstancias concomitantes*). En cambio, generalmente se reconoce que a un sujeto le es exigible una conducta determinada en atención a que la norma así lo refiere mediante el mandato o prohibición de que se trate, y, a propósito de que –en el hecho concreto– el sujeto *podía* comportarse de la manera en que no quebrantara la norma penal.

8.1. La inexigibilidad de otra conducta y la indemostrabilidad del poder comportarse de distinta manera: Los penalistas parecen ser conscientes de que el "*poder comportarse de otra manera*", es algo prácticamente indemostrable, a diferencia del "*deber comportarse de otra manera*", pues este último se constata con la norma misma, o con el medio de organización social que prevalezca como válido. Ahora la solución a tal problema viene acuñada por decisiones político-criminales, a

través de los cuales se observa el *merecimiento* y la *necesidad de pena* respectiva; en esta forma la exigibilidad o inexistencia de una conducta se asocia con el moderno concepto de *responsabilidad penal*.

De Figueiro Díaz, ha manifestado lo mismo diciendo: "Pienso que, por ejemplo, la idea rectora de la inexistencia que representa el fundamento de la existencia del estado de necesidad subjetivo, que, en esencia, es análogo, al que fundamenta la exclusión de la culpabilidad en base a la falta, no reprochable, de conciencia del injusto; y que ninguna de las dos tiene nada que ver, en principio, con la inexistencia de la necesidad de prevención, sino mucho más con la propia idea de la culpabilidad."³⁸¹

8.2. La culpabilidad, conforme a casos prácticos: Problema uno: En una sentencia el juez instructor estimó: "se concluye que el acusado es responsable del delito que le imputa el Órgano Investigador, pues teniendo posibilidad de conocer su ilícito proceder (...) se le reprocha el injusto que diera lugar a los delitos de homicidio y lesiones calificadas."

¿Cómo es posible que el juez haya fundamentado el reproche del injusto, es decir el reproche de la antijuridicidad, tomando como base que el acusado tenía la posibilidad de conocer la ilicitud de su hecho?

Claro, el juez no debió fundamentar la reprochabilidad atendiendo a una simple posibilidad, la posibilidad de que el acusado hubiera tenido conocimiento de su ilícito proceder. Por el contrario, para fundamentar la reprochabilidad, el juez debió acreditar planamente el conocimiento del ilícito proceder del acusado.

Es decir, el juez debió comprobar —si existía— la plena culpabilidad del acusado, y la culpabilidad a su vez no debe acreditarse conforme a una simple posibilidad, la posibilidad de que el acusado hubiera tenido conciencia de antijuridicidad.

En fin, si el juez concluyó en su sentencia que el acusado tenía la posibilidad del conocimiento de su ilícito proceder, entonces, en tanto que se refiere a la posibilidad de la existencia del conocimiento de la ilicitud, en esa medida, el juez no ha hecho sino afirmar que también el acusado tenía la posibilidad de no conocer lo ilícito de su comportamiento; de esta manera el juez, a fin de cuantas, no niega ni afirma la culpabilidad del autor.

Así, "**la posibilidad del conocimiento de la ilicitud**" (elemento de la culpabilidad), en tanto *posibilidad*, es lo mismo que decir: "**la posibilidad del conocimiento de la ilicitud**" (fundamento de la inculpabilidad).

³⁸¹ De Figueiro Díaz, "Resultados y problemas de la construcción de un sistema de Derecho penal funcional y 'racionalmente final'", Op. cit., p. 454.

8.3. En cuanto a la imputabilidad disminuida: Con relación al estado de emoción violenta, el nuevo Código Penal establece lo siguiente:

"Artículo 136. Al que en estado de emoción violenta cometa homicidio o lesiones, se le impondrá una tercera parte de las penas que correspondan por su comisión.

Existe emoción violenta, cuando en virtud de las circunstancias que desencadenaron el delito, se atenúa en forma considerable y transitoria la imputabilidad del agente."

Ciertamente, con relación al anterior Código Penal, el artículo citado representa un avance significativo debido a que expresamente define en qué consiste el estado de emoción violenta.

Sin embargo, respecto a la punibilidad del estado de emoción violenta, el Código Penal abrogado señalaba que "la pena será hasta de una tercera parte"; en cambio, el nuevo Código establece que la pena correspondiente será de "una tercera parte". Es decir, conforme al anterior Código Penal, la pena aplicable en estos casos podía ser inferior a una tercera parte, pero, conforme al nuevo Código, la pena no podrá ser menor a la tercera parte de la misma.

Una cuestión importante es la de saber si el estado de emoción violenta, es decir, la disminución transitoria la imputabilidad está o no abarcada por el artículo 29 fracción VII del nuevo Código Penal, el cual establece que:

"Artículo 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

VII (Imputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación. Cuando la capacidad a la que se refiere el párrafo anterior (sic) se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código."

El sentido del artículo anterior es el siguiente:

- a) Por una parte el delito es inexistente cuando falta la imputabilidad del sujeto activo; y según el artículo citado, la inimputabilidad consiste en que el sujeto activo "no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito [del hecho típico] o de conducirse de acuerdo con esa comprensión".³⁸²

³⁸² Conviene resaltar que la falta de comprensión del carácter ilícito de un hecho típico, más que imposibilitar la falta de dolo en el autor, imposibilita más bien su conciencia de antijuricidad sobre el hecho. Si esto es así: ¿cuál sería entonces la relación respecto a las consecuencias jurídicas del estado de inimputabilidad autoprovocada (acciones libres en su causa), la inimputabilidad disminuida no atribuible ni dolosa ni culposamente (estado de emoción violenta), y el error de prohibición (directo e

- b) Pero, si el sujeto activo es quien se provoca (dolosamente) un estado de inimputabilidad transitorio, estamos en presencia entonces de una acción libre en su causa que de castigarse conforme al artículo 65 del nuevo Código, al autor se le impondrá una pena que debe oscilar entre "la cuarta parte de la mínima hasta la mitad de la máxima".

Hasta este momento, de la interpretación del artículo citado, todo parece indicar que el mismo no regula el estado de inimputabilidad disminuida no atribuible —ni dolosa ni culposamente— al autor. Pero, si se atiende específicamente a lo que falta por interpretar, en que se dice: "Cuando la capacidad a la que se refiere el párrafo anterior (sic) se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código." En este caso, si señalamos que la inimputabilidad disminuida está expresamente regulada, entonces: ¿cuál sería la distinción punitiva entre las acciones libres en su causa y el estado de inimputabilidad transitoriamente disminuida y no atribuible?, ¿la punibilidad especificada en el artículo 65 corresponde a los casos de estado de inimputabilidad disminuida, o a los casos de acciones libres en su causa dolosamente provocados?

Atendiendo al artículo de referencia, se obtiene que:

"Artículo 65. (Tratamiento para inimputables disminuidos). Si la capacidad del autor sólo se encuentra considerablemente disminuida, por desarrollo intelectual retardado o por trastorno mental, a juicio del juzgador se le impondrá de una cuarta parte de la mínima hasta la mitad de la máxima de las penas aplicables para el delito cometido o las medidas de seguridad correspondientes, o bien ambas, tomando en cuenta el grado de inimputabilidad, conforme a un certificado médico apoyado en los dictámenes emitidos por cuando menos dos peritos en la materia."

Tal como se observa, a pesar de que el artículo citado se refiere expresamente a la inimputabilidad disminuida, sin embargo no precisa si la pena que establece debe ser aplicable para los casos de inimputabilidad dolosamente provocada (acciones libres en su causa), o bien para los casos inimputabilidad transitoria no atribuible (estado de emoción violenta).

Ahora bien, suponiendo sin conceder que la inimputabilidad disminuida (no atribuible) no estuviera regulada en la fracción VII del artículo 29 del actual Código Penal, y que en cambio sí están regulados los casos de inimputabilidad dolosamente autoprovocados, de cualquier manera, las finalidades político-criminales del legislador siguen siendo inapropiadas, pues quien se autoprovoca dolosamente un estado de inimputabilidad recibiría una pena que conforme al artículo 65 puede ir desde una cuarta parte de la pena mínima, hasta la mitad de la pena máxima, siendo indiferente el delito de que se trate.

indirecto)?, ¿las acciones libres en su causa son compatibles con la provocación dolosa de un error de prohibición, en que igualmente falta la conciencia de antijuridicidad?

Y la falta de concordancia de la finalidad político-criminal queda a la vista cuando, en tratándose de homicidio o lesiones, el autor actúa bajo un estado transitorio de inimputabilidad disminuida (no atribuible) debido al estado emocional violento que le invade. En estos casos, a pesar de que el estado emocional violento no le es atribuible al autor, conforme al artículo 136, al activo "se le impondrá una tercera parte de las penas que correspondan".

Dicho con un ejemplo: válidamente se le puede castigar con un cuarto de pena a una persona que comete homicidio habiéndose provocado dolosamente el estado de inimputabilidad en que se comporta; pero, a un sujeto que actúa bajo un estado de inimputabilidad disminuida no atribuible ni dolosa ni culposamente, siempre se le impondrá una tercera parte de la pena correspondiente al homicidio o lesiones que provoque bajo un estado de emoción violenta. Esto es, definitivamente, inapropiado.

3.4. En cuanto al error de prohibición: Si un determinado comportamiento es típico y antijurídico a la vez, ello no significa, sin más, que se trate de un comportamiento delictivo, pues otro nivel imprescindible del delito que falta por acreditar es precisamente la culpabilidad del autor.

Véase el siguiente supuesto en que es posible cuestionar la culpabilidad del autor:

Problema uno: Se trata de un empresario que últimamente viene recibiendo amenazas de muerte y de secuestro. Este empresario dispara su revólver en la oscuridad contra alguien que en ese momento está saltando la barda de su casa. Pero luego resulta, cuando el empresario prende la luz, que la persona que se quería saltar la barda era uno de sus hijos que no quería que su padre se enterara de que regresaba a tan altas horas de la noche.

Casos como el anterior deben ser resueltos al examinarse la culpabilidad del autor.

Para la solución correcta de tales casos debemos aplicar las reglas del **error de prohibición indirecto**, concretamente las reglas del **error sobre los presupuestos fácticos u objetivos de una causa de justificación**, pues es evidente que el empresario del supuesto anterior tiene un error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación denominada *defensa legítima*.

Al aplicarse las reglas del error de prohibición indirecto, también se deben respetar los parámetros que conforman el juicio según el cual es posible advertir si el error del autor era o no vencible (evitable), atendiendo por supuesto a la propia personalidad del autor y a las circunstancias del hecho.

Dicho lo anterior, conviene sin embargo hacer una breve referencia a los elementos que integran la culpabilidad del autor.

Entre los elementos que componen la categoría de la culpabilidad se encuentran los siguientes:

- a) **La conciencia de antijuridicidad** que el autor tenga en el momento de su acción.

- b) **El juicio de reproche** realizado al autor considerando a que él *debía y podía*, a la vez, comportarse de modo que no desobedeciera, en el caso concreto, la norma penal vigente.
- c) **El merecimiento y la necesidad de pena** adecuados al autor, según sean las medidas *preventivo-especiales* y *preventivo-generales* que se requieran.

En lo que sigue se explica cada uno de los elementos mencionados que forman parte de la culpabilidad.

El conocimiento de la antijuridicidad como elemento integrante de la culpabilidad:

Como se sabe, *la conciencia de la antijuridicidad* consiste en el pleno conocimiento que un autor tiene sobre el carácter ilícito de su comportamiento. De esta suerte, **el desconocimiento de la antijuridicidad de un hecho supone un error de prohibición directo, o un error de prohibición indirecto, según sea el caso.**

A continuación se explicará por qué el conocimiento de la antijuridicidad es un elemento integrante de la culpabilidad. Es importante hacer esta explicación porque si al conocimiento de la antijuridicidad se le ubicara sistemáticamente en otra categoría distinta a la culpabilidad, entonces, las reglas aplicables para su adecuada solución cambiarían radicalmente.

8.5. En cuanto al conocimiento de la antijuridicidad: Desde luego, el conocimiento sobre el carácter ilícito de un comportamiento, es un conocimiento que, en estricto sentido, *se distingue* perfectamente del dolo del autor.

Dicho brevemente, **el dolo perteneciente al tipo penal no abarca el conocimiento de la antijuridicidad del hecho;** así, el dolo que pertenece al tipo penal es un *dolo natural* que tan sólo abarca el conocimiento de los elementos del tipo penal.

En fin, *el dolo de tipo* no es un *dolus malus* que incluya la antijuridicidad de la conducta, sino es un *dolo neutro* que se agota con el conocimiento y voluntad del sentido de los elementos del tipo penal respectivo.

Acerca de por qué la conciencia de la antijuridicidad no es un elemento que pertenezca a la propia antijuridicidad: Por otra parte, no es posible considerar que el conocimiento de la antijuridicidad pertenezca a la propia antijuridicidad, de otra manera *el desconocimiento de la antijuridicidad tendría que excluir a la propia antijuridicidad*, y esto sería una total aberración, pues cómo podría desconocerse una antijuridicidad que a su vez resulta inexistente, siendo que —como precisa Mir Puig— únicamente puede conocerse o desconocerse lo que previamente existe.³⁸³

³⁸³ Santiago Mir Puig, *El Derecho Penal y el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, p. 72.

Hechas las observaciones anteriores ahora se está en condiciones de afirmar que **el conocimiento de la antijuridicidad es un elemento integrante de la culpabilidad**, y que por ello, **si una persona realiza un delito bajo un error de prohibición invencible, dicha persona actúa sin culpabilidad**.

En otro momento volveré a este punto para resaltar las modalidades que puede presentar un error de prohibición, por ahora seguiré explicando los elementos del juicio de reproche, pues también son componentes de la culpabilidad.

En cuanto al juicio de reproche: Es fácil advertir que los elementos que conforman el juicio de reproche que se le hace a un autor culpable, son los siguientes:

- a) Determinar si el autor **debía** comportarse de modo distinto a como en realidad se ha comportado.
- b) Determinar si el autor **podía** comportarse de modo que respetara la norma infringida.

En cuanto al merecimiento y la necesidad de pena: El merecimiento y la necesidad de pena son dos elementos pertenecientes a la culpabilidad, para acreditarlos se necesita advertir cuáles son los *finés preventivo-especiales* y *preventivo-generales* que se deben aplicar mediante una pena al autor considerado culpable de un hecho.

Pero en este punto interesa resaltar que **la necesidad de pena depende también del comportamiento de la víctima**.

De manera que si en un caso concreto se percibe que la víctima desatiende la protección de sus bienes, en esa medida la necesidad de intervención del Estado descende sobre la escala del merecimiento y la necesidad de pena; merecimiento y necesidad de pena que incluso pueden minimizarse por completo.

8.6. Modalidades del error de prohibición: Primeramente debe señalarse que el error de prohibición se subdivide en:

- a) Error de prohibición directo; y
- b) Error de prohibición indirecto.

El error de prohibición directo está reconocido en nuestra legislación, del modo que sigue:

"Artículo 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando: (...) VIII Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible; (...) b) **Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma (...)**".

El error de prohibición indirecto está plasmado de la siguiente manera:

"Artículo 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando: (...) VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible; (...) **b) Respetto de la ilicitud de la conducta (...) porque crea que está justificada su conducta.**"

A su vez, el error de prohibición indirecto puede adquirir una de las modalidades siguientes:

- a) Cuando erróneamente el autor supone la existencia de una causa de justificación no admitida por el Ordenamiento jurídico;
- b) Cuando el autor desconoce los límites jurídicos de una causa de justificación si admitida por el Ordenamiento jurídico; y,
- c) Cuando el autor cree, erróneamente, que concurren las circunstancias, que de haberse presentado, justificarían el hecho.

De lo anterior se desprende que mientras el error de prohibición directo está referido a una *norma preceptiva* (que manda o prohíbe un comportamiento), el error de prohibición indirecto por su parte tiene como núcleo a una *norma justificante*, específicamente. Esto es importante resaltarlo en atención a que, con base en tal diferencia, están establecidos los parámetros para acreditar en qué medida un error de prohibición era o no evitable, es decir, vencible; a ello volveremos más adelante, cuando entremos al, así conocido, *juicio de evitabilidad*.³⁸⁴

Pues bien, el juicio de evitabilidad está para determinar cómo y por qué un autor descuida examinar correctamente la antijuridicidad de su acción.

Hay que decirlo, son distintos los parámetros que rigen para evaluar el juicio de evitabilidad en el error de prohibición. Así, *el error de prohibición directo y el error de prohibición indirecto tienen parámetros distintos para medir su evitabilidad*. Esto es perfectamente lógico, comenzando porque, como se habla dicho anteriormente, el error de prohibición directo está referido a una *norma preceptiva* (que manda o prohíbe una conducta), en tanto que el error de prohibición indirecto por su parte tiene como núcleo una *norma exclusivamente justificante*, es decir, *permisiva*.

Lo anterior quedará claro con el siguiente ejemplo:

Si una persona alegara para su defensa *un error de prohibición directo*, aduciendo que no conocía la norma que prohíbe matar a otra persona, tal error —desde luego— prácticamente nadie lo podría creer. En cambio, si dicha persona alega para su defensa *un error de prohibición indirecto*, y dice que consideraba justificada su conducta de matar, precisamente porque suponía que concurrían a su favor los límites de una causa de justificación. Entonces este segundo error es más probable que haya

³⁸⁴ La evitabilidad se define como la capacidad de una persona para impedir la producción de ciertas consecuencias, suponiendo que dicha persona se motivase para ello. El juicio de evitabilidad sirve para trazar la frontera máxima de la culpabilidad por el hecho. Una vez que se ha comprobado el grado de evitabilidad, entran en juego otros criterios, concretamente los de la imputación objetiva. Mansano Porto, Teresa, Desconocimiento de la Norma y Responsabilidad Penal, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, pp. 18 y 19.

existido, pues los límites de una causa de justificación ni siquiera los define –bien a bien– la ley penal; en todo caso, dichos límites sobre las causas de justificación, los encontramos en uno o varios tratados de Derecho penal.

Por lo anterior, se afirma que el error de prohibición directo y el error de prohibición indirecto tienen distintos parámetros para deducir la evitabilidad sobre los mismos.

9. La *actio libera in causa* en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Conforme a la conferencia intitulada “Acerca de la *Actio libera in causa*”, cuyos conferencistas fueron: Hans Joachim Hirsch y Ricardo Franco Guzmán.³⁸⁵

9.1. Concepto, estructura y clasificación de la *actio libera in causa*: La *actio libera in causa*, es decir, la acción libre en su origen, consiste en la autoprovocación de un estado de inimputabilidad bajo el cual se comete un delito. La estructura básica de las acciones libres en su causa comprende dos elementos importantes, a saber:

- a) Una acción libre precedente; y
- b) Una acción defectuosa posterior.

La *acción libre precedente* consiste en la autoprovocación de un estado de inimputabilidad. La *acción defectuosa posterior* es la que lesiona o pone en riesgo a un bien jurídico concreto.

Atendiendo al momento de la *acción libre precedente*, la *actio libera in causa* puede clasificarse, de la siguiente manera:

- a) ***Actio libera in causa dolosa***; y,
- b) ***Actio libera in causa culposa***.

Desde luego, la clasificación anterior está referida al momento en que el sujeto realiza la *acción libre precedente*, pues dicha realización la puede llevar a cabo en forma dolosa o culposamente. También es de observarse que en el momento de la *acción libre precedente* pueden aparecer:

- a) La provocación de un estado de inimputabilidad total; o
- b) La provocación de un estado de inimputabilidad disminuida.

9. 2. Ejemplos: Atendiendo a la principal clasificación de la *actio libera in causa*, véase a continuación algunos supuestos:

- a) ***Actio libera in causa dolosa***: Es el caso en que un sujeto se decide a cometer agresiones sexuales en contra de la vecina a quien conoce desde hace años; pero para no inhibirse frente a la jovencita, el sujeto primeramente injiere una cierta cantidad de alcohol, luego realiza dichas agresiones en estado de inimputabilidad.

³⁸⁵ La conferencia intitulada “Acerca de la *actio libera in causa*”, tuvo verificativo el pasado primero de octubre de 2002, en el edificio de posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

- b) **Actio libera in causa culposa:** Supóngase que el conductor de un automóvil deportivo, luego de suministrarse cierta cantidad de droga, atropella a un policía que por su parte hacía guardia en el cruce de una avenida.

9.3. Regulación de la *actio libera in causa*: En lo sucesivo se estudiará la figura de la *actio libera in causa*, tanto en el Código Penal Federal, como en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Código Penal Federal: El Código Penal Federal reconoce la figura de la *actio libera in causa*, al establecer que:

"Artículo 15. El delito se excluye cuando: (...) VII Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión (...) a no ser que el agente hubiera provocado su trastorno mental dolosa o culposamente. en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible."

Lo anterior quiere decir que un sujeto responderá por su delito cuando él se haya provocado, **dolosa o culposamente**, el estado de inimputabilidad bajo el cual lo comete.

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal: El nuevo Código Penal para el Distrito Federal alude a la figura que analizamos, de la manera que sigue:

"Artículo 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando: (...) VII Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión (...) **a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho**, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación."

El precepto citado es susceptible de interpretarse del modo siguiente: un sujeto responderá por su delito, siempre que él haya provocado su inimputabilidad, **para en ese estado cometer el hecho delictivo**.

9.4. Crítica al nuevo Código Penal para el Distrito Federal: Es evidente que el nuevo Código Penal para el Distrito Federal se presta a la interpretación en el sentido de considerar que sólo está regulada la clase *dolosa* de la *actio libera in causa*, pues dicho código exige que el agente haya provocado su estado de inimputabilidad **"para en ese estado cometer el hecho"**.

En cambio, como se puede verificar, el Código Penal Federal evita que la *actio libera in causa* pueda ser interpretada como si sólo se pudiera presentar dolosamente. El Código Penal Federal evita tal interpretación, al prescribir que un sujeto responderá por su delito, siempre que él haya provocado su inimputabilidad **"dolosa o culposamente"**.

9.5. Teorías que explican la *actio libera in causa*: La teoría de la excepción y la teoría del tipo se han desarrollado para explicar los casos de acciones libres en su causa. La teoría de la excepción se debe al penalista alemán Hruschka,³⁸⁶ esta teoría ha recibido una amplia difusión principalmente en la obra de Jescheck.³⁸⁷ La teoría del tipo, en cambio, ha sido defendida por destacados penalistas como Neumann³⁸⁸ y Maurach.³⁸⁹ Por su parte Claus Roxin y Günther Jakobs admiten la teoría del tipo, por su puesto, luego de hacerle algunas rectificaciones.

Teoría de la excepción: Se ha dicho que los casos de *actio libera in causa (alic)*³⁹⁰ tienen dos momentos importantes: el de una *acción libre precedente*, y el de una *acción defectuosa posterior*. También se ha comentado que la *acción defectuosa posterior* es la que lesiona o pone en riesgo a un bien jurídico concreto. Sobra decir que en ésta última acción el sujeto es *inimputable*.

Ahora bien, la teoría de la excepción explica que la *actio libera in causa* precisamente representa un **caso de excepción** al principio según el cual para que se le castigue a un sujeto, él debe ser imputable *en el momento mismo de realizar el hecho delictivo*.

Efectivamente, un sujeto debe ser imputable en el momento de realizar el hecho; pero según la teoría de la excepción, la *actio libera in causa* es un caso de excepción a tal principio, y por eso se castigan las acciones libres en su causa, no importando que en el momento de la acción el autor sea inimputable.

Brevemente, la teoría de la excepción parte de los siguientes supuestos:

- a) Que el autor de una *alic* es inimputable en el momento de la *acción defectuosa posterior*.
- b) Que se debe castigar el resultado provocado por la *acción defectuosa posterior*, en razón de la *acción libre precedente* que se ha realizado dolosa o culposamente.
- c) Que se castiga el resultado provocado por la *acción defectuosa posterior*, muy a pesar de que en ese momento el autor sea inimputable.
- d) Que lo anterior tiene lugar por razones sustentadas en el Derecho consuetudinario de la *actio libera in causa*.

Teoría del tipo: Esta teoría explica que la *acción libre precedente* de una *alic*, se debe imputar al autor debido a que en realidad representa una **causa** cuyo efecto se concreta a través de la *acción defectuosa posterior*.

³⁸⁶ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 850.

³⁸⁷ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 610.

³⁸⁸ Neumann acepta la teoría del tipo no sin ciertas modificaciones. Véase por ejemplo La Doctrina de la *Actio libera in causa* en Derecho Penal, de Ujala Joshi Jubert, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1992, p. 55.

³⁸⁹ Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Tomo II. Tr. Juan Córdoba Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, p. 113.

³⁹⁰ "*Alic*" es una forma de abreviar la expresión: *actio libera in causa*.

Así, la teoría del tipo parte de los siguientes supuestos:

- a) Que la *acción libre precedente* es una *causa* que provoca o genera el resultado típico alcanzado por la *acción defectuosa posterior*.
- b) Que se castiga el resultado provocado por la *acción defectuosa posterior*, no por ser una *excepción* al principio según el cual el autor debe ser imputable al momento de realizar el hecho, sino en virtud de que el autor es imputable ya *desde el momento de la acción libre precedente*.

Observaciones a las teorías que explican la *actio libera in causa*: Con relación a la teoría de la excepción, es de mencionarse, por un lado, que la misma tiene un fundamento por demás débil al pretender justificar la punibilidad de la *alic* en el Derecho consuetudinario.

A la teoría del tipo se le puede cuestionar el hecho de que no está suficientemente claro cómo es que la *acción libre precedente* sea una *causa* de un tipo penal que por su parte todavía no se ha configurado plenamente; es decir, la teoría del tipo no podría explicar sin dificultades cómo es que la *acción libre precedente*, en tanto *causa típica*, puede ser considerada, sin más, como *tentativa* de un tipo penal que por su parte no está bien delineado.

Por ejemplo, conforme a esta teoría, sería posible castigar por tentativa al sujeto que ha ingerido alcohol, para realizar en estado etílico, un tipo penal que todavía no está suficientemente precisado.

Otras críticas se han hecho a la teoría del tipo, algunas observaciones se dirigen por ejemplo a cuál debe ser el *alcance del dolo* en la *acción libre precedente*, la cuestión de si cabe o no el *desistimiento* en la *acción defectuosa posterior*, por ejemplo.

10. El alcance o extensión del dolo perteneciente a la acción libre precedente: Tal como se ha explicado, la clase de *actio libera in causa dolosa*, exige que se acredite el dolo del autor en el momento de su *acción libre precedente*. La cuestión consiste en saber cuál debe ser el alcance o hasta dónde debe extenderse el dolo del autor de una *acción libre precedente*, por ejemplo, ¿es necesario que el autor de una *alic* conozca, bien a bien, el desenlace de la *acción defectuosa posterior* que él mismo ha provocado?

Entre las opiniones que al respecto se han vertido, encontramos las siguientes. Jescheck³⁹¹ considera que el dolo del autor de una *alic*, abarca dos momentos: debe estar dirigido, por un lado, a la provocación del estado de inimputabilidad, y por otra parte, el dolo también debe estar dirigido a la comisión de la acción típica de la que se trate.

De lo anterior se desprende que el dolo de la *acción libre precedente* debe abarcar los elementos del tipo que se quiere cometer en estado de inimputabilidad.

³⁹¹ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 611.

Pero la pregunta continúa: ¿hasta dónde debe extenderse el conocimiento del autor de una *alic*, debe conocer por ejemplo las circunstancias agravantes del hecho que se realiza en estado de inimputabilidad?

Pues bien, el dolo de la *acción libre precedente* ha de abarcar en su caso la representación de las circunstancias agravantes, de otro modo, no sería apropiado que para agravar la *alic* se busque el dolo (conocimiento de las agravantes) en el estado de inimputabilidad de su autor.

10. 1. La tentativa en la acción libre precedente: ¿La realización dolosa de una *acción libre precedente* es suficiente para fundamentar la tentativa de delito?

En opinión de Jescheck³⁹² la respuesta es negativa. Pero siguiendo a Roxin la **tentativa comienza con la colocación de la propia persona en estado de inimputabilidad**. Pero, explica Roxin, si alguien —no obstante que pretende la realización de un delito en estado de inimputabilidad— toma vino *por aburrimiento*, y luego sobreviene de *improviso* su estado de inimputabilidad, entonces, aun no existe tentativa punible.³⁹³

Desde luego, en las acciones libres en su causa (dolosas), la tentativa comienza cuando el sujeto se pone en estado de inimputabilidad para realizar el tipo objetivo del delito de que se trate.³⁹⁴

Al igual que en la autoría mediata, la tentativa comienza con la actuación sobre el "*instrumento*", y concluye dicha tentativa cuando el autor inmediato *ha perdido dominio* sobre el ámbito determinado del "*instrumento*" (autor inmediato); en los casos de *alic*, la tentativa también comienza cuando el sujeto dolosamente haya provocado su estado de inimputabilidad, y al propio tiempo, por dicho estado, haya perdido el dominio sobre el acontecer posterior al que él mismo se determinó, instrumentalizándose así mismo.

10.2. El desistimiento en la acción libre precedente: Si nos propusiéramos un seguimiento estrictamente dogmático de las teorías que explican la punibilidad de la *actio libera in causa*, entonces, el autor que en estado de inimputabilidad se desistiera voluntariamente de su hecho, no obstante, de cualquier manera se le castigaría, cuando menos por tentativa.

Ciertamente, el desistimiento voluntario durante la *acción defectuosa posterior*, debe considerarse *eficaz*. Esto es, no existe ninguna razón político-criminal para castigar el desistimiento voluntario aparecido durante la *acción defectuosa posterior*. Resultaría poco favorable, especialmente si se atiende a los fines de la *prevención especial*, el hecho de que se castigue a un sujeto que aun en estado de inimputabilidad ha decidido no realizar el hecho delictivo.

³⁹² Loc. cit.

³⁹³ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Op. cit., pp. 853 y 854.

³⁹⁴ *Ibidem*, 854..

Paralelismo entre los elementos de la autoría medita y la *actio libera in causa*:

Como se ha podido verificar en párrafos anteriores, las acciones libres en su causa conservan cierto *paralelismo* con los elementos que definen la estructura de la autoría mediata. Así, desde el punto de vista de la autoría mediata, la *alic* puede ser definida, del modo siguiente:

En las acciones libres en su causa el propio autor lesiona un bien jurídico, pues desea la realización de un hecho que previamente conoce (o le es cognoscible, para los casos de *alic* culposa) como antijurídico, y se convierte así mismo en instrumento de su propia decisión o descuido, colocándose de esa manera en una situación que excluye de antemano su imputabilidad.³⁹⁵

Bajo la misma tesitura, y atendiendo al paralelismo entre la autoría mediata y la *actio libera in causa*, conviene enumerar –siguiendo a Günther Jakobs – los elementos de la *alic*:

- a) El delito ejecutado debe haber sido conocido (*alic* dolosa) o cognoscible (*alic* culposa) por el autor con la exactitud que, paralelamente, se exigiría en la participación punible.
- b) Debe acreditarse el dominio del hecho del autor de la *alic*. Tal dominio estará acreditado, en los delitos dolosos, cuando el agente haya querido cometer la realización del tipo en estado de inimputabilidad, y efectivamente, mediante un *acto ejecutivo posterior*, haya concretado la lesión o puesta en riesgo del bien jurídico tutelado. El dominio del hecho del autor en los casos de *alic* culposa, se acreditará cuando para el agente haya sido cognoscible el resultado típico que cometerá en un próximo estado de inimputabilidad, y al efecto, mediante una *acción defectuosa posterior* haya perdido el control para evitar el acontecer típico.
- c) El autor debe ostentar los elementos de la autoría, especialmente las intenciones y tendencias necesarias para encuadrarse como autor.

11. Comentarios acerca de la ponencia del profesor Hans Joachim Hirsch, por el doctor Ricardo Franco Guzmán: La exposición del profesor Hirsch representa un esfuerzo considerable para que la figura de la *actio libera in causa* siga manteniéndose dentro de la cultura jurídica alemana. Él manifiesta su preocupación debido a que en su país la Cuarta Sala de lo Penal se expresó contra la *actio libera in causa* de modo que la consideró innecesaria e injustificada.

De las resoluciones emitidas por la Cuarta Sala de lo Penal en los años 1994 y 1996 respectivamente, y por lo que comenta el profesor Hirsch, se puede apreciar que la Sala se expresó contra la *actio libera in causa*, haciendo ver que tal figura jurídica:

- a) Primero: Atenta contra el principio de legalidad y contra el principio de culpabilidad, lo cual supone una notable falta de justificación para el Ordenamiento jurídico-penal alemán.

³⁹⁵ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 611.

- b) Segundo: Que en tratándose de delitos culposos de resultado, la *alic* es innecesaria debido a que la solución de estos casos bien puede lograrse aplicando las reglas establecidas para los delitos culposos; y,
- c) Tercero: Que los principios de la *actio libera in causa* son de plano inaplicables cuando los asuntos se refieren a delitos de propia mano.

Pero Hans Joachim Hirsch ha hecho frente no sólo a las anteriores críticas, además ha resuelto satisfactoriamente otros problemas relativos a la *actio libera in causa*, por ejemplo:

- a) El paralelismo entre la autoría mediata y la *actio libera in causa*;
- b) La delimitación de la tentativa en la *actio libera in causa*; y,
- c) La delimitación entre la inimputabilidad disminuida y la *actio libera in causa*.

11.1. Acerca de por qué la *actio libera in causa* no atenta ni contra el principio de legalidad, ni contra el principio de culpabilidad: El argumento que se tiene para afirmar que la *actio libera in causa* atenta contra el principio de legalidad y contra el principio de culpabilidad, se basa en lo siguiente:

- a) Primero: Que conforme a la *actio libera in causa*, el autor es inimputable en el momento de llevar a cabo su hecho. Y que de acuerdo al principio de culpabilidad, para que el autor del hecho sea culpable, en el momento preciso de su acción ha de ser imputable, lo cual no ocurre en la *actio libera in causa*;
- b) Segundo: Que el hecho realizado en estado de inimputabilidad no puede ser cargado a su autor como un hecho culpable sólo por considerar que la *actio libera in causa* es un caso de excepción al principio de culpabilidad, y que tal excepción al principio de culpabilidad está debidamente fundamentada en el *Derecho consuetudinario*; y,
- c) Tercero: Que la invocación al Derecho consuetudinario no puede fundamentar a la *actio libera in causa* de modo que se pueda considerar a ésta como una *excepción* al principio de legalidad; ello no puede ser así, comenzando porque ningún Derecho consuetudinario debe aplicarse en perjuicio del autor, y de aplicarse, entonces, la *actio libera in causa*, en su fundamentación, no representa sino una contradicción al principio de legalidad.

Hans Joachim Hirsch admite los argumentos anteriores, y en ese sentido le da la razón a la Cuarta Sala de lo Penal, pero considera que sus argumentos están basados sobre un presupuesto falso: **el de considerar a la *actio libera in causa* como una excepción al principio de culpabilidad.**

¿De qué otro modo puede fundamentarse la *actio libera in causa*, para que no aparezca como un caso de excepción al principio de culpabilidad?

- a) Señalando que el hecho realizado por el autor en estado de inimputabilidad es efecto de la previa provocación –dolosa o culposa– de dicho estado;
- b) Advirtiendo que no es adecuado querer constatar si se respeta o no el principio de culpabilidad en lo que tan sólo es un efecto de una acción precedente autoprovocada; y,
- c) Observando que el respeto al principio de culpabilidad ha de constatarse en la acción precedente (*causa*) que provoca el estado de inimputabilidad del autor.

11.2. La *actio libera in causa* y la estructura de los delitos culposos: Como comentó el profesor Hirsch, la Cuarta Sala de lo Penal ha referido que la *actio libera in causa culposa* es innecesaria debido a que tales delitos pueden resolverse conforme a las reglas generales de los delitos culposos. Tal aseveración se puede fundamentar como sigue:

- a) Primero: Que los elementos de un delito culposo (la infracción al deber de cuidado y el resultado típico material) se equivalen con los elementos de una *actio libera in causa culposa*;
- b) Segundo: Que la infracción al deber de cuidado, necesario para los delitos culposos, consiste, en la *actio libera in causa*, en la autoprovocación del estado de inimputabilidad;
- c) Tercero: Que el resultado, tanto en los delitos culposos como en la supuesta *actio libera in causa culposa*, en los dos casos, es producto de la infracción de cuidado (la autoprovocación del estado de inimputabilidad);

¿Entonces, cuál es la diferencia entre la estructura de un delito culposo y la *actio libera in causa culposa*?

Debido a que con la *actio libera in causa* no se propone un tratamiento distinto para el dolo ni para la culpa, por ello, **no existe alguna diferencia estructural entre el delito culposo y la *actio libera in causa culposa***. En esto tiene razón la Cuarta Sala de lo Penal.

Por otra parte, de aceptarse la *actio libera in causa culposa*, la misma debe tener por objeto:

- a) La auto-provocación del estado de inimputabilidad; y,
- b) Que el sujeto prevea, desde la provocación descuidada de su estado de inimputabilidad, que puede quebrantar algún bien jurídico en dicho estado de incapacidad.

Especial referencia al nuevo Código Penal para el Distrito Federal: El nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 140, fracción segunda, precisa que cuando el homicidio o las lesiones se cometan culposamente con motivo del tránsito de vehículos, se impondrá al autor la mitad de la pena que corresponda,

siempre que el agente conduzca en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares.

11.3. Acerca de por qué la *actio libera in causa* es también aplicable en los asuntos que se refieren a delitos de propia mano: En los delitos de propia mano es el mismo autor quien lleva a cabo la acción típica; estos delitos no pueden ser cometidos por un tercero. El argumento para demostrar que la *actio libera in causa* no es aplicable en los delitos de propia mano, es el siguiente:

- a) Primero: Si los delitos de propia mano excluyen la posibilidad de ser realizados por un tercero, entonces, en tal clase de delitos no se admite la autoría mediata.

Por ejemplo: el delito de falsas declaraciones no puede ser realizado por un tercero, de ahí pues que en este delito no aplica la autoría mediata.

- b) Segundo: El hecho de que no sea aplicable la autoría mediata en los delitos de propia mano, es un impedimento por el cual la doctrina afirma que la *actio libera in causa* no puede tener lugar en tal clase de delitos.

De esta manera, si los delitos de propia mano excluyen la posibilidad de que puedan ser realizados a través de la *instrumentalización* de un tercero (autoría mediata), entonces, según se afirma, también excluyen la posibilidad de que sea el mismo autor quien —a través de un estado de inimputabilidad provocado— se *instrumentalice* así mismo para realizar dicho delito (*actio libera in causa*).

Por ejemplo: si es impune el hecho de que un tercero instrumentalice a otro para que realice el delito de falsas declaraciones (porque no se admite la autoría mediata en los delitos de propia mano), entonces, también ha de ser impune el hecho de que el propio autor sea quien se instrumentalice así mismo —a través de un estado de inimputabilidad provocado— para decir falsas declaraciones, pues no se admite la *actio libera in causa* en los delitos de propia mano; y,

- c) Tercero: Los delitos de propia mano comienzan en el momento preciso de la acción típica.

Por ejemplo: el delito de falsas declaraciones principia, única y exclusivamente, en el momento de declarar. Esto quiere decir que la *actio libera in causa* no puede aplicarse a los delitos de propia mano, dado que no se podría argumentar que el sujeto ha cometido el delito de falsas declaraciones ya desde el momento de provocarse el estado de inimputabilidad.

El profesor Hirsch, en contra de la Cuarta Sala de lo Penal, y en contra de la doctrina más generalizada, considera que las observaciones anteriores pueden *debatirse* bajo los siguientes dos criterios:

- a) Primero: La objeción según la cual se afirma que en los delitos de propia mano es imposible su realización por un tercero instrumentalizado, y que entonces por ello tampoco cabe la posibilidad de que sea el mismo autor quien se

instrumentalice a sí mismo para cometer el delito de propia mano bajo una *actio libera in causa*, es una objeción que para el profesor Hirsch tiene poca importancia, pues él considera que la *actio libera in causa* no refiere a la intervención de un tercero (como en la autoría mediata) sino a la acción del autor mismo; y

- b) Segundo: El hecho de que los delitos de propia mano comiencen en el momento preciso de la acción típica, no es impedimento, según el profesor Hirsch, para la aplicación de la *actio libera in causa*, pues si bien es cierto que el delito de falsas declaraciones principia en el momento de declarar, no menos cierto es que la norma que da lugar a dicho delito ha quedado perfectamente quebrantada ya desde el momento en que el autor (imputable) hace la *transferencia eficaz del suceso* a un próximo estado de inimputabilidad.

11.4. Otras consideraciones en torno a la *actio libera in causa*: Además de que el profesor Hirsch resolvió adecuadamente los inconvenientes que manifestó la Cuarta Sala de lo Penal en contra de la *actio libera in causa*, en su exposición se observan otras consideraciones también importantes, a saber:

- a) Que en la *actio libera in causa* la tentativa comienza con la *transferencia eficaz del suceso*.

Esta cuestión es importante, pues en atención a ella se comprende que la *actio libera in causa* no es excepción al principio de culpabilidad. Es decir, **si en los casos de *actio libera in causa* la tentativa comienza con la transferencia eficaz del suceso, la cual tiene que ocurrir en la acción precedente, ello indica que es en la acción precedente (y no en la acción posterior) el lugar sistemático donde se debe cuestionar el principio de culpabilidad; y,**

- b) Segundo: Que en la *actio libera in causa* el momento concreto de la transferencia del suceso ocurre cuando el autor alcanza el grado de inimputabilidad. El momento anterior a esta transferencia del suceso se corresponde con un estado de inimputabilidad disminuida.

Con base en lo anterior se comprende cómo se distingue la *actio libera in causa* y la inimputabilidad disminuida.

En la autoría mediata y en la *actio libera in causa*, la tentativa tiene lugar desde que el autor transfiere el suceso eficazmente.

Cabe concluir que:

- a) Tanto la Cuarta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de Alemania, como el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, consideran innecesaria la figura jurídica de la *actio libera in causa culposa*. Sin embargo, nuestro Código Penal Federal sí reconoce la *actio libera in causa culposa*.
- b) Si el nuevo Código Penal para el Distrito Federal no regula las acciones libres en su causa culposas, como en realidad ocurre, ello no quiere decir que dichas

acciones deben quedar impunes, sino que **deben resolverse bajo la estructura del delito culposos de que se trate.**

- c) El hecho de que conforme a la estructura de los delitos culposos se puedan resolver los casos relativos a la *actio libera in causa culposa*, no significa que la *actio libera in causa culposa* sea una figura inapropiada o in justificada, y mucho menos significa que deba desaparecer de nuestro Ordenamiento jurídico-penal.
- d) Lejos de que desaparezcan, las acciones libres en su causa (dolosas o culposas) representan un amplio sector en que la política criminal puede ejercer sus fines preventivos con mayor eficacia, de ahí la importancia de estas figuras cuando se sabe que un porcentaje muy elevado de delitos —principalmente homicidio y lesiones— son realizados cuando el autor se encuentra bajo el influjo de alguna sustancia que le disminuye su capacidad intelectual.

12. Comentarios generales:

1. El finalismo sólo excluye al dolo, en tratándose de un error de tipo, porque precisamente el dolo va contenido en el tipo; por lo demás, por ejemplo frente a un error sobre los presupuestos fácticos de justificación, el finalismo sólo procede atenuando la pena.
2. Claus Roxin considera que se puede acertar por razones sistemático-dogmáticas un hecho doloso en el caso de un error sobre los presupuestos de las causas de justificación, pero por razones político-criminales se puede imponer, sin embargo, sólo la pena del hecho culposos.
3. Un dolo que no atrae para sí la pena por dolo es carente de valor para la aplicación del derecho.
4. El nuevo Código Penal no expresa si el bien jurídico salvaguardado en estado de necesidad debe ser de mayor, igual o menor valor que el bien jurídico salvaguardado.
5. El *desconocimiento* de la antijuridicidad de un hecho supone un error de prohibición directo, o un error de prohibición indirecto, según sea el caso.
6. El dolo perteneciente al tipo penal no abarca el conocimiento de la antijuridicidad del hecho. El nuevo Código Penal para el Distrito Federal no regula el estado de necesidad, pues contempla la posibilidad de que el autor salvaguarde un bien jurídico de *menor valor*, en perjuicio de otro de mayor valía; y tal situación, en el fondo, no es un estado de necesidad sino un estado de arbitrariedad. El nuevo Código Penal para el Distrito Federal se presta a la interpretación en el sentido de considerar que sólo está regulada la clase *dolosa* de la *actio libera in causa*, pues dicho código exige que el agente haya provocado su estado de inimputabilidad "**para en ese estado cometer el hecho**".

Autoría: 1. Teorías que explican las formas de autoría y participación. 1.1. Teoría objetivo-formal. 1.2. La teoría de la causalidad física y causalidad psíquica. 1.3. Teorías subjetivas de la autoría. 1.4. Teoría del dolo. 1.5. Teoría del interés. 2. Concepto unitario de autor. 3. Concepto extensivo de autor. 4. Concepto restrictivo de autor. 4.1. Críticas al concepto de autor restrictivo y el concepto normativo de autor. 5. El lugar en los casos de autoría comisiva y autoría omisiva. 6. La autoría mediata. 6.1. Dominio de voluntad en virtud de coacción. 6.2. Dominio de voluntad por error. 6.3. Autoría mediata por valerse por la incapacidad de voluntad de un sujeto. 6.4. Dominio de voluntad por organización. 6.5. ¿Autoría mediata en los casos de culpa consciente? 6.6. ¿Autoría mediata sobre alguien que yerra sobre la consecuencia de la antijuridicidad del hecho? 7. Ejemplos. 8. Coautoría. 9. Autoría y participación. 10. Ejemplos. 11. Comentarios generales.

1. Teorías que explican las formas de autoría y participación: Entre las teorías que explican las formas de autoría y participación, encontramos las siguientes: la teoría objetiva, la teoría subjetiva, y la teoría normativista.

A su vez, la teoría objetiva se subdivide en teoría objetivo-formal y teoría objetivo-material. Brevemente, la teoría objetivo-formal considera que es autor quien realiza el tipo, y es partícipe quien realiza una aportación causal menos importante que la realizada por el autor. La teoría objetivo-material explica que es autor quien causa (necesariamente) un resultado, y es partícipe quien aporta una condición que —tan sólo— favorezca la realización del resultado.

La teoría subjetiva por su parte se subdivide en teoría del dolo y teoría del interés; sin embargo, cabe decir que la teoría subjetiva, en esencia, distingue entre autoría y participación según sea la intención o propósito (*dolo*) de los intervinientes, o bien, atendiendo al *interés* o propósito de los mismos.

La teoría normativa, en cambio, distingue entre delitos de infracción de un deber y delitos en que se tiene el dominio del hecho.

1.1. Teoría objetivo-formal: Conforme a esta teoría, es autor quien ejecuta por sí mismo, total o parcialmente, las acciones descritas en los tipos de la parte especial; los demás partícipes en el resultado son inductores o cómplices. **El presupuesto básico de esta teoría incide en realizar personalmente la acción ejecutiva**, de ahí que la debilidad de esta teoría está en la autoría mediata y en la coautoría principalmente, pues en la autoría mediata no se lleva a cabo —personalmente— una **acción ejecutiva del tipo**; y en la coautoría, según esta teoría, no sería coautor de homicidio quien sujeta a una persona mientras otra le entierra un cuchillo (se calificaría como partícipe a quien sujetó a dicha persona); así, esta teoría explica la coautoría atendiendo a los actos individuales de los intervinientes, sin relacionarlos entre sí.

La teoría objetivo-formal se comprende a través de:

- a) **La teoría de la necesidad:** Conforme a esta teoría es autor quien realiza una acción, necesaria causalmente, para la realización del hecho. Para esta teoría el punto de partida es la causalidad necesaria. De ahí que es autor principal quien aporta una **causa necesaria**; en cambio, los partícipes aportan siempre una **causa accesoria**. Esta teoría explica la coautoría como la **conexión necesaria** de acciones en cooperación conjunta: ni el coautor tiene que haber realizado siempre una aportación necesaria, ni el que la ha realizado es siempre coautor.
- b) **La teorías de la simultaneidad:** Dicha teoría hace una delimitación temporal de la cooperación sobre un hecho; así, **es coautor quien coopera simultáneamente en el hecho, y es partícipe quien coopera previamente al hecho**. La teoría de la simultaneidad fracasa para los casos de autoría mediata.

1.3. Teorías subjetivas de la autoría: Pertenecen a esta corriente: la teoría del dolo, y la teoría del interés, principalmente.

1.4. Teoría del dolo: Para la teoría del dolo es autor quien tiene la voluntad de llevar a cabo la ejecución del hecho; y, en cambio, es partícipe quien no logra la ejecución directa del hecho debido, principalmente, porque no es su voluntad. En menos palabras, **el autor tiene voluntad de ejecución, el partícipe condiciona su voluntad a la respectiva voluntad de ejecución del autor**.

1.5. Teoría del interés: Esta teoría explica que es autor quien tiene un **interés propio de realizar el hecho**, y, por otro lado, es partícipe **quien tiene no tiene un interés propio** respecto de la realización del hecho.

2. Concepto unitario de autor: Resulta de las finalidades político-criminales del nacional socialismo —defendida por la escuela de Kiel—, pues se quería castigar a todos —autores o partícipes— por igual, sin que el castigo de unos dependiera de otros.³⁹⁸

El concepto unitario de autor niega las formas de participación (inducción o complicidad), apoyándose en la teoría *sine qua non*, debido a que considera equivalentes todas las condiciones que causan el resultado. Conforme al concepto unitario de autor: todos los intervinientes deben sufrir la misma pena.

4.1. Críticas al concepto de autor restrictivo y el concepto normativo de autor: Luego de haberse desechado los conceptos de autor extensivo y unitario, buen avance ha dado la ciencia penal al rebasar el concepto restrictivo de autor, conforme al cual se consideraba que era autor, *sólo quien lograba la realización propia del tipo*. Es de notarse que bajo este concepto restrictivo de autor, sería virtualmente imposible distinguir entre autoría y participación; e incluso, según opinión de Heiko Lesch, en tratándose de coautoría, **el concepto restrictivo de autor exigiría que los**

³⁹⁸ Mir Puig, Santiago, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 360.

coautores por separado cumplieran debidamente con la realización independiente del tipo. Igualmente —también señala Heiko Lesch— para el caso de tentativa tampoco cabe el concepto de autoría en el sentido de la ejecución propia del tipo, **puesto que en la tentativa el tipo no ha quedado plenamente satisfecho;** y por tanto, no habría una tentativa de ejecutar el hecho en calidad de autor, sino una tentativa de autoría.³⁹⁷

Comentado lo anterior, y siguiendo también a Heiko Lesch, es de advertirse que los tipos penales no describen propiamente al autor, sino que, tal cuestión (incluyendo también a la participación) *va más allá del tipo*, de ahí por qué, **el concepto restrictivo de autor ha de sustituirse definitivamente por una teoría de la imputación objetiva**, conforme a la cual, se sepa qué sujeto se ha comportado competencialmente, es decir, quién ha configurado la descripción típica.

5. El lugar en los casos de autoría comisiva y autoría omisiva: En los casos de autoría, el lugar del hecho comprende tanto el lugar de la acción como el lugar en que se produjo el resultado típico.³⁹⁸

En los delitos de autoría omisiva, es determinante el lugar en el que el autor debía actuar.³⁹⁹ En el caso de delitos permanentes puede ocurrir que se modifique la ley durante el tiempo de su comisión, por ejemplo que se agrave la pena para determinadas formas de detención ilegal durante el transcurso de una detención prolongada; en tal caso se aplicará la ley que esté vigente en el momento de terminación del hecho.⁴⁰⁰

6. La autoría mediata: Es autor mediato el sujeto que *válidamente de otro comete un delito*. En los casos de autoría mediata se *instrumentaliza* al autor inmediato, de tal manera que el sujeto de atrás (el autor mediato) *se vale* del sujeto de delante (autor inmediato) para cometer un cierto delito.

Se dice que un sujeto instrumentaliza a otro, al lograr *pleno dominio sobre su voluntad*; es decir, si una persona responsable se vale para perpetrar un delito de un incapaz de voluntad —de un loco por ejemplo— entonces es posible advertir que el sujeto responsable ha tomado como instrumento la voluntad del otro, para realizar un tal delito. No obstante, la autoría mediata no siempre ocurre cuando el sujeto de delante (“causante inmediato”) es precisamente un loco, hay por supuesto otras ocasiones en que el sujeto de atrás (autor mediato) aprovecha o genera el *error* de un sujeto capaz para entonces configurar un delito. De esta manera, existe autoría mediata cuando un sujeto se vale del error de otro para delinquir, desde luego, aun cuando el autor inmediato tenga plena capacidad de voluntad, es decir, que sea imputable. Otro caso más en el que existe autoría mediata, muy a pesar de que el sujeto de delante sea imputable, es el que ocurre cuando se *coacciona* la voluntad de otro sujeto, y es este último quien a final de cuentas comete el hecho. Debe decirse

³⁹⁷ Lesch, Heiko H., “Intervención delictiva e imputación objetiva”, Op. cit., pp. 931-933.

³⁹⁸ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 142.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 145.

⁴⁰⁰ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Op. cit., p. 162.

que: el denominado "**autor inmediato**" (el sujeto que ha sido instrumentalizado) no actúa típica, antijurídica, ni culpablemente.

Formas de instrumentalizar la voluntad para constituirse como autor mediato: El autor mediato puede instrumentalizar la voluntad de una persona, ya sea coaccionándola, haciéndola incidir en un error, o bien, porque se trate simplemente de una persona incapaz de voluntad; otra manera de instrumentalizar al sujeto de delante corresponde a la que se lleva a cabo a través de organismos organizados de poder. Sistemáticamente, la instrumentalización de la voluntad de una persona se puede presentar bajo las siguientes modalidades:

- a) Dominio de la voluntad en virtud de coacción;
- b) Dominio de la voluntad en virtud de error;
- c) Dominio de la voluntad en la utilización de inimputables y menores; y
- d) Dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas.

6.1. Dominio de voluntad en virtud de coacción: Es autor mediato la persona que, a través de la coacción que ejerce, domina la voluntad de otro. En estos casos la decisión determinante y última sobre lo que debe ocurrir reside en el sujeto que coacciona a otro, por ello el Derecho Penal exime de responsabilidad al que actúa de modo coaccionado; el sujeto que ha sido coaccionado realiza el hecho careciendo de una decisión propia, de ahí que Roxin considera que una coacción se presenta, siempre que conforme al Ordenamiento jurídico se exonera al autor directo de responsabilidad, precisamente por la coacción derivada de la situación creada por el sujeto de detrás (autor mediato).⁴⁰¹

6.2. Dominio de voluntad por error: Entre las dificultades dogmáticas a las que puede conducir la autoría mediata, se encuentra aquella en que el sujeto de atrás, si bien se aprovecha del error del sujeto de delante, habrá que analizar si dicho error podía o no –dentro de lo posible– ser *evitado* por el sujeto de delante. Evidentemente, así lo creo, en los casos en los que el sujeto de delante hubiera podido *evitar* el error, en esos casos, las reglas de la autoría mediata se inflexionan. Y con más razón, se debe desvanecer la autoría mediata cuando además de ser vencible el error concreto, el mismo sujeto de delante lo hubiera propiciado.

Quien domina la voluntad de otro haciéndolo incidir en un error, domina el hecho delictivo, precisamente porque interfiere en el sujeto de delante de tal manera que lo determina a un comportamiento no doloso. Efectivamente, cuando falta el dolo por parte del sujeto que yerra, eso mismo fundamenta el dominio del hecho del sujeto de detrás (autor mediato).⁴⁰² Por ejemplo, y siguiendo el criterio de Roxin: es autor

⁴⁰¹ Roxin, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho*, Op. cit., p. 193.

⁴⁰² La forma de instrumentalizar la voluntad de otro también es posible a través de generar un error sobre alguien que yerra culpablemente. Por ejemplo, Roxin comenta el siguiente caso: "A asecha en un camino para disparar a B en cuanto aparezca. C se reúne con A. Al ver que se aproxima su enemigo mortal D, tiene la idea de hacer creer a A que se trata de B. Como consecuencia, A abate a D." En este caso, explica el autor en cita: "Quería disparar a B y mató a D. Esto no lo quería y en esa medida actuó a ciegas. Por otra parte el sujeto de detrás (C) ha alcanzado su meta, la muerte de D, y ello utilizando a una persona que con respecto a este fin concreto fue empleada como instrumento ciego." Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho*, Op. cit., pp. 237 y 240.

mediato el sujeto de detrás que provoca o aprovecha el error de otro acerca de requisitos materiales de causas de justificación.⁴⁰³

6.3. Autoría mediata por valerse por la incapacidad de voluntad de un sujeto: Otro ejemplo singular se presenta si el sujeto de atrás, al aprovecharse de la voluntad del sujeto de delante, lo hace cuando el mismo se encuentra bajo un estado de *imputabilidad disminuida*. Una situación semejante se presentaría si el sujeto de delante se comportara bajo las singularidades de una *actio libera in causa*.

6.4. Dominio de voluntad por organización: Con la expresión "*dominio de voluntad*", se quiere decir que un determinado sujeto (autor mediato) domina de alguna manera la voluntad de otro sujeto (causante inmediato) para la perpetración de un delito. La manera en que el sujeto de atrás (autor mediato) se puede valer de la libertad (voluntad) del causante inmediato, bien puede ser por medio de un *aparato organizado de poder*, o simplemente por medio de una *organización*. Esta modalidad del dominio de voluntad ha sido nombrada por la doctrina como "*dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*", o simplemente: "*dominio de voluntad por organización*".

El dominio de voluntad por organización siempre tiene como presupuesto el dominio sobre una organización, es decir, sobre un conjunto de ejecutores *fungibles*.⁴⁰⁴ El dominio de voluntad por organización sólo es posible en una organización que está estructurada de modo jerárquico-lineal, y que consiste en un número suficientemente grande de ejecutores intercambiables; de tal manera que en el dominio de voluntad por organización se presentan las siguientes peculiaridades:

- a) Existe un aparato organizado de poder a disposición del hombre de atrás (autor mediato);
- b) Las órdenes del hombre de atrás serán cumplidas por las personas a él subordinadas; y,
- c) La libertad de decisión de quienes reciben la orden (subordinados) no afecta al dominio del hecho del hombre de atrás.

Por supuesto, atendiendo a estas disposiciones un tanto descriptivas, se debe considerar mayor grado de responsabilidad penal, según quién posea mayor rango de *dominabilidad*.

Para el caso de autoría mediata en los organismos organizados de poder, es un criterio adecuado de Winfried Botlke, cuando dice que en estos casos el autor mediato es el "jefe" (superior jerárquico) quien adopta el "*dominio de custodia*" sobre las personas que le están subordinadas, y que además causa directamente el delito por infringir su

⁴⁰³ Roxin, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Op. cit., p. 230.

⁴⁰⁴ Ibid. pp. 16, 38 y 39.

deber de garante al no utilizar su poder de configuración que es jerárquicamente superior.⁴⁰⁵

Igualmente, como se ha dicho, la siguiente es una característica de la autoría mediata en los organismos organizados de poder: en tales casos el instrumento (la persona) de que se vale el autor mediato es *fungible*, de tal manera que, al decir de Kai Ambos, el dominio no es sobre una voluntad concreta, sino sobre una "voluntad indeterminada", ya que cualquiera que sea el ejecutor (autor inmediato), el hecho igualmente se producirá.⁴⁰⁶

6.5. ¿Autoría mediata en los casos de culpa consciente? En ocasiones el causante directo se comporta con culpa consciente respecto de la realización del hecho delictivo, esta es –por así decirlo– una delicada frontera de la autoría mediata. Para el tratamiento de estos casos sobresale la opinión de Roxin, al precisar que: "cuando alguien determina a quien actúa con imprudencia consciente, el ejecutor sabe (si entre ve el hecho tan bien como el sujeto de detrás), en la misma medida que éste, que el resultado puede producirse y qué riesgo asume."⁴⁰⁷ Con base en esta opinión de Roxin es evidente que el causante directo puede responder como autor del hecho.

6.6. ¿Autoría mediata sobre alguien que yerra sobre la consecuencia de la antijuridicidad del hecho? Es interesante saber si el causante del hecho puede tener conciencia de antijuridicidad al comportarse de modo no doloso. Desde luego, la conciencia de antijuridicidad es independiente del dolo. Para la solución de los casos en que el causante directo posca la conciencia de antijuridicidad del hecho, y que por lo demás el sujeto de atrás lo haya *determinado* (distinto a instrumentalizarlo) a la realización de un hecho, no existirá autoría mediata sino participación en forma de inducción o complicidad, según sea el caso.⁴⁰⁸

7. Ejemplos: El nuevo Código Penal para el Distrito Federal se refiere a la autoría mediata con la siguiente expresión:

"Artículo 22. (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes: (...) III Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento."

Véase cómo deben aplicarse las reglas de la autoría mediata en los siguientes casos:

Problema uno: Antonio, autor mediato, determina a Juan para que antijurídicamente ataque a Pedro; luego, la defensa legítima de Pedro propicia la muerte de Juan.⁴⁰⁹

Se sabe que el autor mediato (Antonio) pudo haber instrumentalizado la voluntad Juan, bien sea *coaccionándolo*, *engañándolo*, o simplemente, porque Juan fuera un *incapaz de voluntad*. Ahora, si Pedro, al defenderse de la agresión ilegítima de Juan,

⁴⁰⁵ Bottke, Winfried, "Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania", tr. Soledad Arroyo, Revista Penal, Ed. Praxis, Barcelona, 1999, p. 27.

⁴⁰⁶ Ambos, Kai, Dominio del Hecho por Dominio de Voluntad en Virtud de Aparatos Organizados de Poder, Op. cit., p. 42.

⁴⁰⁷ Roxin, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Op. cit., p. 216.

⁴⁰⁸ Ibidem, 225.

⁴⁰⁹ Sancinetti, Marcelo, Ilícito Personal y Participación, Op. cit., p. 68.

le produce la muerte a su agresor, entonces, el autor mediato debe responder por la muerte de Juan, toda vez que lo ha sometido al riesgo de que Pedro se defienda *—proporcionalmente—*, como ocurrió.⁴¹⁰

Problema dos: Igualmente debe responder por homicidio la persona que después de haber provocado dolosamente un incendio en una habitación, genera el riesgo en el que un vecino fallece al intentar la salvación de las personas que se encuentran dentro de la habitación.

En el caso anterior, el autor del riesgo es quien dolosamente provocó el incendio. El vecino que falleció tan sólo ha intentado salvar los bienes o personas que estaban dentro de la habitación. Por la muerte del vecino debe responder *—a título culposo—* quien inició el incendio.⁴¹¹

Problema tres: Supóngase que Daniel de plano amenaza al padre de Alfredo para que cometa un robo y con ello pague el rescate de su hijo que ha sido secuestrado. El autor mediato del robo es Daniel, y sobre el padre de Alfredo concurre un *estado de necesidad justificante* que hace impune su conducta de robo.

Igualmente es autor mediato quien se vale de una persona incapaz de voluntad. Por ejemplo:

Problema cuatro: Si una persona induce al suicidio a un incapaz de voluntad (loco o menor de edad), tal persona no debe responder precisamente como *inductor al suicidio*, sino más bien debe responder como *autor mediato de homicidio*. En este sentido, el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en sus artículos 142 y 143, necesita ser ampliamente analizado, pues no distingue, bien a bien, entre inducción y autoría mediata en los casos en que se le ayude a una persona incapaz de voluntad a suicidarse. A ello se volverá más adelante.

Problema cinco: Si alguien crea una situación respecto de la cual una persona tiene que matar a otra para salvarse, existe autoría mediata por parte del sujeto de atrás: Arturo persuade a Francisco diciéndole que detrás de los arbustos Alfredo (enemigo de Francisco) le está apuntando con un rifle seguramente para matarlo; en ese momento Francisco sorprende a balazos a Alfredo quien ni siquiera estaba armado. Pues bien, quien persuade a alguien diciéndole que le están apuntando con un arma, es autor mediato si el sujeto persuadido dispara. A determina a X, al que quiere quitar de en medio, para que ataque a C con un cuchillo. Pretende conseguir que C mate a X en defensa legítima, como en efecto sucede. ¿Es adecuado castigar a A por homicidio doloso de X? La solución oscila entre autoría mediata e inducción.

8. Coautoría: Para la coautoría se requiere que entre dos o más personas dominen, de común acuerdo, **la fase ejecutiva de la realización del tipo penal**. En cada

⁴¹⁰ Otro problema sería si la defensa desproporcionada de Pedro produjera la muerte de Juan. En este caso el autor mediato (Antonio) no debe responder por los excesos de Pedro.

⁴¹¹ Distinta situación sería si el incendio se hubiera provocado culposamente y el vecino hubiera intentado salvar a las personas de manera poco razonable.

coautor deben concurrir todas las características típicas exigidas para el autor. La coautoría tiene los siguientes elementos:

- a) Decisión conjunta.
- b) Dominio del hecho
- c) Aportación al hecho en la parte ejecutiva del tipo penal.

Para los casos en que la ejecución del hecho haya sido iniciada, el coautor que se presente deberá responder en base a lo que se realice a continuación, pero no se le puede imputar lo sucedido antes de su entrada en "escena".⁴¹²

La coautoría se define conforme al artículo 22 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que en su parte conducente señala: "Son responsables del delito, quienes...lo realicen conjuntamente con otro u otros autores...". La interpretación literal de este precepto determina la afirmación en el sentido de que son coautores quienes **realicen conjuntamente el delito**.

Aparentemente no tiene problemas esta definición legal de coautoría, pero, en casos como el siguiente son necesarios ciertos criterios dogmáticos para advertir si una persona es partícipe (cómplice) o coautor:

- a) Alfonso y Alberto deciden matar a Pedro, y los hechos se dan de tal forma que, sosteniéndolo de los brazos, Alfonso imposibilita la defensa de Pedro en tanto que Alberto le da tres puñaladas.
- b) Imagínese que cuatro sujetos deciden realizar un robo a casa habitación, y se dividen el trabajo de modo que mientras tres de ellos saltan la barda de la casa, uno de los intervinientes se limita a "vigilar" la entrada de la misma.

Para ser coautor no se requiere colmar simplemente un elemento del tipo, sino que el coautor debe colmar un elemento ejecutivo del tipo; es decir, el coautor debe desplegar la acción ejecutiva que describa el núcleo del tipo correspondiente.⁴¹³

Problema uno: Antonio pertenece a una banda de criminales excesivamente peligrosos, todos ellos se reúnen fuera de la ciudad donde han construido una cabañita. Por casualidad, Antonio y su exnovia se encuentran luego de mucho tiempo; con engaños la lleva a la cabañita, y atándola de pies y manos le impide salir en tanto él regrese de comprar la droga. Instantes después llega a la cabaña Francisco -amigo de Antonio-, inmediatamente ve a la jovencita atada de pies y manos en la cama, y aprovecha la ocasión sometiéndola sexualmente. Cuando las autoridades investigan los hechos sólo capturan a Antonio. La pregunta es la siguiente: ¿el exnovio debe responder por todo lo sucedido a la jovencita?

⁴¹² López Borja de Quiroga, Jacobo, *Autoría y Participación*, Ed. Akal, Madrid, 1996, p. 64.

⁴¹³ "...la acción ejecutiva describe el núcleo delictivo del tipo en cuestión, de manera que su realización impulsa al agente inmediatamente al centro del acontecer típico, confiéndole el dominio del hecho." Roxin, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Op. cit., p. 163.

Si bien es cierto que Antonio incluso podía no tener ninguna intención de abusar sexualmente de su exnovia, también es cierto que tenía como previsible la llegada de uno de sus compañeros, y que por la peligrosidad de ellos, *seguramente*, sucedería un acto de violación; pero todo ello –ciertamente– le fue indiferente a Antonio.

Como se puede verificar, es *razonable* que Antonio deba responder por lo sucedido a su exnovia, por lo menos como partícipe, pues él *la sometió a un riesgo* que se tenía –dada la peligrosidad de sus compañeros– como *seguro*.

Problema dos: Supongamos que Alberto y Carlos acuerdan la muerte de Andrés, para ello deciden esperarlo por las dos calles por las que puede acceder a su casa. Alberto espera en la calle uno y Carlos en la otra calle, ambos cuentan con la misma posibilidad de matar a su víctima, presentándose el caso en que Andrés llega por la calle uno y Alberto –conforme al plan– le dispara desde la esquina dejándolo muerto de un balazo.

Pues bien, en el caso anterior existe coautoría, pese a que uno de los intervinientes no participe en la ejecución del tipo, así, el anterior es un caso típico de **coautoría alternativa**. Esta clase de coautoría aparece cuando los aportes de distintas personas pueden realizar el hecho por separado; como en el caso anterior: **a** y **b** quieren matar a **c**, y lo esperan por las dos calles en que puede pasar, si alguien lo mata, ambos son coautores.

Problema tres: Supóngase que cinco niños, todos al mismo tiempo, se proponen romper con sus resorterías el cristal del aparador de una zapatería. Cuatro de los niños fallaron el tiro, pero el cristal de todos modos se rompió a consecuencia del único niño que acertó. En este caso: ¿todos los niños son coautores del delito de daños en propiedad ajena? Este es un caso típico de **coautoría aditiva**.

La coautoría aditiva aparece cuando varias personas, siguiendo una decisión común, realizan al mismo tiempo la acción ejecutiva, pero, sólo una o algunas de las acciones de dichas personas producirá el resultado típico. Sería el supuesto del pelotón de fusilamiento; o de la ejecución de los gansters; o del actuar de varios terroristas; todos ellos disparan a la vez con la intención de matar, pero resulta que alguna de las balas no alcanzó el objetivo.⁴¹⁴

Problema cuatro: Otro caso es el que sigue: Jorge, un ladrón experimentado, observa desde la esquina de la calle cómo sospechosamente entran dos sujetos al Banco. El policía, que por cierto platica con Jorge, quiere avisar de la sospecha por radio a dos de sus compañeros; Jorge, sin conocer a los sospechosos, impide que el policía cumpla con su trabajo. Efectivamente salen los ladrones con el dinero del Banco. ¿Se puede considerar coautor del robo a Jorge? Este es otro problema que presenta la figura jurídica de la coautoría.

Problema cinco: Juan y Pedro entran a una estética con la finalidad de no pagar su corte de cabello. Efectivamente, Juan y Pedro salieron de la estética haciéndole creer a la encargada que iban a cambiar un billete; y cuando pensaron que se habían

⁴¹⁴ López Borja de Quiroga, Jacobo, *Autoría y Participación*, Op. cit., p. 64.

alejado suficientemente del establecimiento, Pedro le dice a Juan: "También me traje la máquina rasuradora". En ese momento la señora de la estética detiene a los dos jóvenes y los pone a disposición del Ministerio Público. El Ministerio Público inició la averiguación previa por los delitos de robo y fraude de consumo. ¿Juan y Pedro son coautores del delito de robo?

En el caso anterior no existe el acuerdo previo en que se pueda fundamentar la coautoría del robo de la máquina rasuradora.

Problema seis: La doctrina ha indagado en supuestos como el siguiente: Dos personas deciden robar un banco, y según su plan, privarán de la vida a cualquier policía que les impida el paso. Cuando esto último ocurre, uno de los ladrones tira su arma al piso, y al propio tiempo, el otro sujeto dispara sobre el policía.

9. Autoría y participación: La doctrina sigue discutiendo si realmente existe autonomía entre el injusto cometido por el autor, propiamente llamado, y el injusto cometido por el partícipe del autor principal (de adelante). Aquí han tenido cabida las discusiones acerca de saber si toda participación ataca de modo independiente al bien jurídico afectado principalmente por el autor de adelante. Igualmente, se discute —de modo cada vez más decisivo— si toda participación puede ser estrictamente dolosa, como generalmente se cree. Estas dos cuestiones, junto con lo inconstante que a veces resulta el *principio de accesoriadad limitada*, han tenido lugar lo mismo en el ámbito de la teoría del dominio del hecho, como en los presupuestos de la teoría de la imputación objetiva, la que —por cierto— resuelve los problemas que resultan de delimitar la autoría y la participación.

Las formas de participación, según la teoría normativista del Derecho penal, se determinan poniendo en consideración los niveles de organización en los que —así calificados— autores o partícipes interactúan según sus expectativas exigidas. De esta manera, generalmente quien incumple una expectativa que contiene algún deber especial, responde como autor.

Es un tanto novedosa la afirmación de Sancinetti⁴¹⁵ en el sentido de que cuando el partícipe haya perdido el control de la posibilidad de frustrar el hecho del autor principal, habrá acabado todo su ilícito; esta opinión conlleva fácilmente a *punir* la participación con independencia de que el autor inmediato, cometa o no el hecho ilícito principal.

10. Ejemplos: Problema uno: Julio trabajaba como servidor doméstico en una residencia, ahora que le han despedido convence a Carlos de lo fácil que sería penetrar en la casa y robar. Carlos es sorprendido robando en la casa.

Desde luego, Julio y Carlos han intervenido en el robo a casa habitación, pero: ¿ambos deben sufrir la misma pena? Desde el **concepto unitario de autor** la respuesta sería afirmativa, pues a partir de tal concepto unitario de autor los cómplices e inductores también deben ser castigados como autores.

⁴¹⁵ Sancinetti, Marcelo, *Ilícito Personal y Participación*, Op. cit., p. 72.

Si se atiende al *interés* o *propósito* con que cada interviniente coopera en la realización del delito, observaríamos que Julio tiene el propósito de ser inductor, en tanto que Carlos tiene el interés propio de cometer el robo, en tal sentido Carlos es autor. Pero esta forma *subjetiva* de distinguir entre autoría y participación es demasiado endeble.

Otro criterio para distinguir entre autor y partícipe, es el siguiente: es autor quien realiza el tipo penal, y es partícipe la persona que ha aportado para la realización del tipo una causa menos importante.

De otro modo, es autor quien causa directamente el resultado, y es partícipe quien aporta una condición que tan sólo favorece el resultado. **Con tal parecer no se logra demasiado, pues sigue siendo una relación de causalidad la que determina la diferencia.**

Más adecuado sería considerar como autor al que realiza el tipo penal ejecutando por sí mismo la *acción típica*.

Existirá participación punible cuando por lo menos dos sujetos se comporten en tal modo que la conducta intencional de uno de ellos pueda consistir en motivar o ayudar a uno o más sujetos para la comisión de un hecho doloso principal cuya exteriorización haya dado comienzo, encuadrándose perfectamente las categorías de tipicidad y antijuridicidad del hecho principal.

Problema dos: Roxin toma de Hirsch⁴¹⁶ los siguientes casos:

"La embarazada E simula ante el médico M, consiguiendo engañarle, una patología de las que justifica la interrupción del embarazo. M le extiende unas recetas con las que E ha de recoger algunos medicamentos necesarios para la intervención. El farmacéutico F se los facilita aun sabiendo por su mujer que E ha engañado a M. El Médico M lleva a cabo la intervención empleando esos medicamentos." Según Hirsch: "De acuerdo con la teoría de los elementos negativos del tipo, F no podría ser castigado, porque M, como F sabe, imagina erróneamente el supuesto de hecho de una causa de justificación, lo que excluiría el dolo de M y ¡la autoría mediata quedaría descartada por falta de dominio del hecho!". Roxin opina que el farmacéutico es cómplice.

El siguiente es un caso de participación: **a, b y c** son capturados por una banda de terroristas encabezada por **d**. El sujeto **d** amenaza de muerte a **b** sino mata a **a**; **b** se niega al principio, pero luego se ve persuadido por **c** y realiza el homicidio. En opinión de Roxin **c** sólo puede ser inductor.⁴¹⁷

Problema tres: Supóngase el hecho de que algún miembro del Consejo de Administración de una Institución Bancaria —o en su caso algún funcionario o empleado de una Institución Financiera— se valiera de una persona *no cualificada*, es decir, de una persona que no reúna la calidad (cualidad) de consejero administrador

⁴¹⁶ Hirsch, citado por Roxin, en: Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Op. cit., pp. 231 y 232.

⁴¹⁷ Roxin, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Op. cit., pp. 172 y 173.

—ni de funcionario ni de empleado—, y que tal persona no calificada actuara dolosamente contra alguna de las prohibiciones descritas en los tipos penales regulados por la Ley Bancaria, entonces, el tercero no cualificado no responderá como autor, precisamente por la falta de la calidad de garante que requieren los tipos penales anteriores; y ni siquiera los sujetos sí cualificados (que se valieron del tercero) podrán ser considerados partícipes inductores o partícipes cómplices.⁴¹⁸

Problema cuatro: Piénsese ahora en el siguiente caso: uno de los socios (que desde luego no pertenece al Consejo de Administración) de una empresa dedicada a la venta de cigarros, induce al Consejo de Administración de la empresa mercantil a cometer un cuantioso fraude sobre sus proveedores.

¿Debe responder penalmente el socio que no pertenece al Consejo de Administración, pero que *de hecho* indujo a los representantes de la empresa a cometer el cuantioso fraude?

Problema cinco: En una empresa dedicada a la compraventa de vehículos seminuevos, se presenta la ocasión en que además de los integrantes del Consejo de Administración (representantes jurídicos de la misma), uno de los empleados de dicha empresa, debido a que posee amplias facilidades para manejar asuntos administrativos, *de hecho* se encarga de los asuntos relacionados con indicar qué detalles mecánicos de los automóviles deben ser reparados.

Es el caso en que dicha persona que *de hecho* realiza labores de las que sólo es competente el Consejo de Administración de la empresa, omite indicar que un vehículo, antes de ser vendido —como ya se había detectado la falla— debía ser reparado del sistema de frenado. El comprador sufre un severo accidente en el que fallece.

Para resolver este caso hay que saber —de antemano— que **el administrador de hecho no responde por delitos cometidos en forma de comisión por omisión.**

11. Comentarios generales:

1. El concepto restrictivo de autor ha de *sustituirse* definitivamente por una teoría de la imputación objetiva.
2. Es autor mediato el sujeto que *valiéndose de otro comete un delito*. En los casos de autoría mediata se *instrumentaliza* al autor inmediato, de tal manera que el sujeto de atrás (el autor mediato) *se vale* del sujeto de delante (autor inmediato) para cometer un cierto delito.
3. Formas de instrumentalizar la voluntad para constituirse como autor mediato: El autor mediato puede instrumentalizar la voluntad de una persona, ya sea coaccionándola, haciéndola incidir en un error, o bien, porque se trate simplemente de una persona incapaz de voluntad; otra manera de

⁴¹⁸ Márquez Piñero, Rafael, Delitos Bancarios, ed. 4, Ed. Porrúa, México, 1998.

instrumentalizar al sujeto de delante corresponde a la que se lleva a acabo a través de organismos organizados de poder.

4. Existirá participación punible cuando por lo menos dos sujetos se comporten en tal modo que la conducta intencional de uno de ellos pueda consistir en motivar o ayudar a uno o más sujetos para la comisión de un hecho doloso principal cuya exteriorización haya dado comienzo, encuadrándose perfectamente las categorías de tipicidad y antijuridicidad del hecho principal.
5. El nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en sus artículos 142 y 143, necesita ser ampliamente analizado, pues no distingue, bien a bien, entre inducción y autoría mediata en los casos en que se le ayude a una persona incapaz de voluntad a suicidarse.

Participación: 1. Concepto. 1.2. Elementos de la participación. Toda participación exige. 1.3. Participación en un hecho principal no doloso. 1.4. La participación en forma de encubrimiento. 1.5. Los principios que rigen en la participación. 1.6. Participación culposa. 1.7. Participación sobre una conducta justificada. 1.8. Participación sobre una conducta justificada pero excedida. 1.9. Participación sobre una conducta exculpada. 2. La participación en el sistema finalista. 2.1. Autoría y participación en el sistema sistémico-normativo. 3. Principios dogmáticos para distinguir entre autoría y participación. 3.1. Principio de accesoriedad limitada. 3.2. Principio de accesoriedad mínima. 3.3. Principio de accesoriedad máxima. 3.4. Principio de accesoriedad extrema. 3.5. Principio de accesoriedad externa. 4. Inducción e imputación objetiva. 5. Inducción, complicidad y autoría mediata. 6. La inducción al suicidio. 7. Participación, conforme a casos prácticos. 8. Comentarios generales.

1. Concepto: Un partícipe (inductor o cómplice) lo es en tanto que su cooperación ha propiciado de alguna manera la concreción de un hecho realizado por otro sujeto que ha recibido la ayuda o estímulo de quien se considera partícipe.

De otro modo, existirá participación punible cuando por lo menos dos sujetos se comporten en tal modo que la conducta intencional de uno de ellos pueda consistir en motivar o ayudar a uno o más sujetos para la comisión de un hecho doloso principal cuya exteriorización haya dado comienzo, encuadrándose perfectamente las categorías de tipicidad y antijuridicidad del hecho principal.

1.2. Elementos de la participación: Toda participación exige:

- a) Plena capacidad (imputabilidad) de los sujetos intervinientes.
- b) Doble dolo del partícipe, tanto para ayudar o motivar al autor de un hecho principal, como para la lesión de un bien jurídico del hecho principal ajeno.
- c) Dolo del autor del hecho principal.
- d) Consumación o comienzo de ejecución del hecho principal.
- e) Que el hecho principal sea típicamente doloso y antijurídico a la vez.

1.3. Participación en un hecho principal no doloso: El profesor Paul Bockelmann⁴¹⁹ presenta el siguiente caso en la que puede haber una forma de inducción a un homicidio culposo: un médico mata a un paciente, valiéndose de una enfermera distraída a la que hace aplicar una inyección de veneno, en lugar de la droga indicada. Efectivamente, es discutible saber si se trata de una forma de inducción a un homicidio imprudente o, más concretamente, de un caso de *autoría mediata*.⁴²⁰ Al respecto, es conveniente comentar los criterios del profesor Bockelmann: "al no

⁴¹⁹ Bockelmann, Paul, Relaciones entre Autoría y Participación, Op. cit., p. 30.

⁴²⁰ Díaz Aranda, Enrique, "La conducta del sujeto activo en el homicidio consentido: ¿autoría o participación?", Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XLV, núm. 203-204, Septiembre-Diciembre, México, 1995, p. 54, El que "ejecuta la muerte" es autor en sentido estricto.

pertenecer a la esencia de la instigación la circunstancia de producir en el autor el dolo de hecho, su concepto se limita a la 'causación' de una acción antijurídica adecuada al tipo ejecutada por otro y en esos factores concuerda con la autoría mediata. La concurrencia no es, sin embargo, total, pues la autoría mediata es posible también cuando la conducta del actuante inmediato es adecuada al derecho, pero de ninguna manera lo es la instigación.⁴²¹

Otro singular caso en que se presume la participación en un hecho principal no doloso, es precisamente el que presenta Roxin a continuación: "un tercero induce al conductor de un coche que ha causado un accidente a que siga su viaje, engañándole al hacerle creer que todo estaba en orden y que no se había producido ningún daño."⁴²² En la forma como se observa, los casos de participación en un hecho principal no doloso están muy cercanos a la figura de la *autoría mediata*.

1.4. La participación en forma de encubrimiento: Para algunos autores el encubrimiento es un delito autónomo que, sólo a efectos de la pena, se castiga en función de la pena del autor principal que se encubre. Por su parte, el **encubrimiento entre parientes** no es sino una causa de exclusión de la pena, y no —como en ocasiones se ha querido— una causa de exclusión por la no exigibilidad de otra conducta. Pero, aquí interesa destacar el encubrimiento como una forma de participación. Así, en relación con la participación en forma de encubrimiento, las opiniones se dividen, en el sentido acerca de si el partícipe encubridor se debe beneficiar o no, por habersele autorizado al autor principal alguna causa de justificación o de inculpabilidad.

1.5. Los principios que rigen en la participación: Las reglas dogmáticas de la participación están vinculadas con el *principio de accesoria limitada*, conforme al cual, la participación en una conducta justificada debe ser impune; mientras que, por el contrario, la participación en una conducta exculpada jamás debe ser impune, a no ser que el mismo partícipe se encuentre exculpado, por la misma o por otras fuentes de exculpación que influyan en el autor.⁴²³

Tocante a la teoría de la participación Sancinetti opina:⁴²⁴ "una vez que cada uno de varios intervinientes ha perdido el control sobre la *evitabilidad* de la realización del tipo, en esa misma medida ya debe responder, por que lo que hagan los demás después de su intervención no es de su competencia". Las consecuencias de esta consideración son advertidas de inmediato en palabras del mismo autor: "No hay ninguna razón para que la punibilidad del ilícito del partícipe dependa de lo que ocurra después de que él haya perdido el control sobre el curso del hecho."

1.6. Participación culposa: Hay que decir que la *participación imprudente sobre un hecho principal doloso*, se tiene como atípica, y por ello impune. Así por ejemplo comenta Pérez Manzano,⁴²⁵ que la mayoría de los doctrinarios españoles consideran

⁴²¹ Bockelmann, Paul, Relaciones entre Autoría y Participación, Op. cit., p. 32.

⁴²² Roxin, Claus, Problemas Básicos del Derecho Penal, Op. cit., p. 89.

⁴²³ Roxin, Claus, Dogmática Penal y Política Criminal, Op. cit., p. 398.

⁴²⁴ Sancinetti, Marcelo, Ilícito Personal y Participación, Op. cit., pp. 72, 73 y ss.

⁴²⁵ Pérez Manzano, Mercedes, Autoría y Participación Imprudente en el Código Penal de 1995, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 30 y 31.

que la participación imprudente es impune por ser precisamente *atípica*. Por otro lado, en cambio, se sabe que cuando el sujeto de delante comete el hecho principal de manera imprudente, mientras que el partícipe por su lado se comporta dolosamente –a pesar de las posibilidades de que pueda existir aquí la figura de *autoría mediata*–, como dice Roxin,⁴²⁶ *es mayor la responsabilidad del partícipe cuando el autor de delante no es doloso*.

Ahora bien, *la participación imprudente sobre un hecho principal doloso* será punible según sea el concepto de autor que se tenga. Así por ejemplo, si nuestra legislación partiera de un *concepto unitario de autor* –afortunadamente no es así–, entonces se deberían punir a título de imprudencia todos los casos de participación imprudente sobre un hecho principal doloso.

Por el contrario, conforme al modelo del *concepto restrictivo de autor*, mismo que exige que se distinga la entidad de las aportaciones imprudentes de un hecho, para que sólo alguna de ellas sea imputable a título de autoría, la participación imprudente sobre un hecho principal doloso ha de ser *impune*.

En esto es interesante el siguiente comentario de Pérez Manzano,⁴²⁷ él considera que la participación no se puede punir en tratándose de delitos imprudentes. Igualmente es interesante la opinión de Paul Bockelmann,⁴²⁸ pues tras reconocer que la participación punible también puede existir en hechos culpables, admite que *debe ser merecedora de pena la participación en un hecho principal culposo*. Todo lo anterior es porque el autor en cita reconoce como posible la complicidad en hechos negligentemente culpables.

1.7. Participación sobre una conducta justificada: Recordando el *principio de accesoriadad limitada*, según el cual es punible la participación que se realiza frente a un hecho que por su parte sea *tipicamente doloso y antijurídico*, es fácil derivar que una *participación en una conducta justificada* es impune, dado que en este caso concreto la participación se comete frente a un hecho principal típico, pero no antijurídico; de ahí que no se debe punir la participación en una conducta justificada, pues ultimadamente no se logra integrar la antijuridicidad en el hecho principal.

Conforme a lo dicho, será impune la participación de ayuda –entregar un revolver por ejemplo– para que otro sujeto –el autor del hecho principal– se defienda de alguna actuación ilegítima, actual, real o inminente (*defensa legítima*). Se requiere preguntar si el interviniente-partícipe debe –para beneficiarse de la justificación de otro– conocer si el autor de delante se conducirá o no en forma justificada.

De afirmarse que el interviniente-partícipe está obligado a saber si el destino de su aporte –inducción o ayuda– será para librar al sujeto de delante de una actuación ilegítima, entonces, se necesitaría que el partícipe, al igual que el autor del hecho principal, tuviera conocimiento de las circunstancias en que obra no sólo el agresor

⁴²⁶ Roxin, Claus, Problemas Básicos del Derecho Penal, Op. cit., p. 97.

⁴²⁷ Pérez Manzano, Mercedes, Autoría y Participación Imprudente en el Código Penal de 1995, Op. cit., p. 23.

⁴²⁸ Bockelmann, Paul, Relaciones entre Autoría y Participación, Op. cit., pp. 9, 12 y 14.

ilegítimo, sino también el autor de la legítima defensa. Y todo esto, creo, sería *extender* bastante el principio de accesoriadad limitada.

1.8. Participación sobre una conducta justificada pero excedida: Puede presentarse una participación en un hecho principal que si bien está justificado por defensa legítima, rebasa con mucho la debida proporcionalidad de la misma, de manera que se trate de un caso típico de *exceso de defensa legítima*: ¿cuál sería entonces el grado de responsabilidad para el partícipe? Nuevamente hay que decir que el partícipe no responde por los excesos del autor del hecho principal.

Por otro lado, en los casos específicos de encubrimiento, las opiniones en la doctrina se dividen cuando se preguntan si el "*partícipe*" encubridor se debe beneficiar por habersele autorizado al autor del hecho principal alguna causa de justificación o de inculpabilidad.

1.9. Participación sobre una conducta exculpada: Imagínese que el autor de una conducta principal se ha conducido en tal forma que su comportamiento sea típico y antijurídico, pero *no culpable*; y que esa forma de inculpabilidad provenga precisamente con motivo de un *error* sobre alguno de los elementos esenciales del tipo, por ejemplo.

Si en el caso anterior hubiera existido algún interviniente que indujera a quien más tarde estaría exculpado, regresando nuevamente al principio de accesoriadad limitada, aquella participación, dado que lo es sobre un hecho típico y antijurídico, entonces, será dogmáticamente punible tal participación. Así que, *la participación sobre una conducta justificada* —como se vio más arriba— *es impune, mientras que, en cambio, la participación en una conducta principal inculpada, siempre es punible.*

Respecto de la cuestión acerca de saber si el partícipe está obligado a conocer si el autor del hecho principal actuará bajo el amparo de una causa de justificación, supóngase que así fuera, pero que el interviniente partícipe estuviera en error, de manera que él cree, erróneamente, que el sujeto de delante actuará en repulsión —admitiendo que fuera el caso— de una agresión ilegítima; la solución a este problema sería dejar impune la participación, ya que, el partícipe en sí está *exculpado*, en mi opinión.

Aunado a lo antes dicho, es decir, cuando se observa que el autor del hecho principal ha obrado justificadamente, a propósito de una defensa legítima, pero si la repulsión a la agresión es desmedida —caso concreto del *exceso de defensa legítima*—, entonces, la cuestión es saber cómo repercute esto en el sujeto de atrás, en el partícipe.

Para resolver debidamente el problema, ha de saberse, primeramente, que el exceso de defensa legítima comúnmente se observa bajo la óptica de una *causa de exculpación*; y, tal como se dijo anteriormente, *la participación en una conducta exculpada no es impune*. Desde este punto de vista dogmático, se advierte que el partícipe queda impune por su aportación, siempre que —en el caso concreto de defensa legítima que se ha estado analizando—, el sujeto de delante (autor del hecho principal) no se exceda en su defensa, pues de lo contrario, dogmáticamente, tanto el autor del hecho principal como el partícipe, habrán de responder, el primero conforme

a la punibilidad que se establezca *como si* el hecho hiere sido cometido –con relación al exceso de su defensa legítima– en forma imprudente, y el segundo, por su participación.

2. La participación en el sistema finalista: Uno de los argumentos más sólidos que mantuvo el finalismo para trasladar definitivamente el dolo al tipo, fue precisamente el de alegar *que toda participación se debe configurar sobre un hecho principal doloso*; de ahí que se pretendiera justificar que el dolo es una característica de la acción (del hecho principal) y no de la culpabilidad.⁴²⁹

Ciertamente, ahora nadie duda que el dolo –o cuando menos una parte considerable de él, los elementos cognitivos y volitivos– encuentre su lugar sistemático en la tipicidad, como finalmente quería Welzel.

No obstante, argumentos como el anteriormente citado, en atención al cual se quiere hacer parecer que no es posible una determinada participación sobre un hecho principal no doloso, y que por ello, el dolo es una característica esencial de la acción –porque, según se puede aducir, el dominio finalista del hecho es presupuesto para todo aquel que sea partícipe– se han tenido que desvanecer.

De esta suerte, Claus Roxin, al reconocer que una de las problemáticas nucleares del finalismo es –precisamente– la de afirmar que toda participación requiere un *hecho principal doloso*, el autor en cita comenta que: **nada impide al legislador regular la punición de una participación sobre un hecho principal no doloso**. Abreviadamente, Roxin se expresa diciendo: "el legislador es completamente libre en sus formulaciones conceptuales y regulaciones."⁴³⁰ Ante lo dicho Roxin continua argumentando: "En efecto, si realmente la acción, el dolo y la participación tiene una esencia previa al orden jurídico, será muy difícil rechazar la conclusión de que si el legislador no se atiene a la misma, estará tratando cosas distintas a las que cree regular. Si un argumento no tiene en cuenta las leyes de la estática, la casa se vendrá abajo. ¿Por qué, pues no habría de ser falsa una regulación jurídica que desprecie las leyes reales preexistentes?"⁴³¹

La crítica de Roxin confirma la falsedad del así denominado *método ontológico* del finalismo; esto es, se demuestra por qué necesariamente ha de fracasar todo supuesto que, en el ámbito de la dogmática, comience a decir, por ejemplo: *que conforme a la naturaleza de las cosas es imposible una participación sobre un hecho principal no doloso*. Al respecto, el mismo Roxin plantea la siguiente interrogante: "¿por qué no ha de estar establecida ontológicamente la esencia de la finalidad? Mi respuesta es la siguiente, porque los fenómenos jurídicos no son meros procesos causales y, por ello, su control no basta para convertir un suceso en acción en sentido de esta teoría."⁴³²

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 36.

⁴³⁰ Roxin, Claus, Problemas Básicos del Derecho Penal, Op. cit., p. 91.

⁴³¹ *Ibidem*, 92.

⁴³² *Ibidem*, p. 93.

Más adelante Roxin advierte: "Yo afirmo, en efecto, que sí existe una ley causal a la que ningún legislador del mundo puede añadir o quitar nada, pero que no existe una estructura final preexistente."⁴³³

Sin embargo Arthur Kaufmann, al cuestionar el mismo asunto aquí planteado, se refiere a Roxin diciendo: "Puede él seriamente demostrar con su tesis contraria que el legislador no se encuentra ligado en absoluto a estructuras prejurídicas?"⁴³⁴ Arthur Kaufmann finalmente demuestra que la tesis de Roxin no es bastante seria en el sentido de que evite *argumentaciones circulares*, en las que desde luego incidiría también Welzel.

Kaufmann entra a la discusión retomando el conocido caso suscitado en la legislación alemana en que el legislador se refiere como hecho típico al que induzca a otro a realizar una declaración falsa. En este caso, como bien dice el autor en cita, *el que sabe que incita a una declaración falsa no jura, en tanto que aquel que jura no sabe que emite una declaración falsa*.⁴³⁵

Debido a que en los supuestos de inducción a declaraciones falsas es el propio legislador quien hace viable la punibilidad del partícipe en un delito que es de propia mano, Roxin no tendría más que decir que se trata de una disposición legislativa inapropiada, aspecto que en el fondo, como dice Kaufmann, puede representar una argumentación adecuada conforme a estructuras preestablecidas.⁴³⁶

Cabe preguntarse si le es aplicable al propio Roxin el mismo argumento con el que él mismo ha reprochado a Welzel, cuando dice: "el legislador es completamente libre en sus formulaciones conceptuales y regulaciones."⁴³⁷

Hay que analizar todo lo dicho con más detenimiento. Por una parte se sabe que la *participación* exige el dolo del autor del hecho principal; y el caso la *declaración falsa* no puede ser sino dolosa. Pero, si quien hace el juramento no sabe que lo que declara es falso, detrás de él no existe un partícipe, sino un *autor mediato*, en mi opinión.

2.1. Autoría y participación en el sistema sistémico-normativo: En el sistema sistémico-normativo se distingue entre autoría y participación con base en criterios *cuantitativos*. Esta diferencia cuantitativa significa, que cuando el delito se organiza en forma de trabajo dividido (reparto de tareas) la *cuota* de responsabilidad correspondiente a cada autor o partícipe, se rige según la envergadura de la intervención; y no al contrario, según la configuración fáctica del suceso del mundo exterior causado por los intervinientes; aspecto este último que llevaría hacia una distinción *cualitativa* entre autoría y participación; por tanto, **la diferencia cuantitativa (gradual) de la autoría y la participación; se logra atendiendo a la dimensión de**

⁴³³ *Ibidem*, p. 95.

⁴³⁴ Kaufmann, Arthur, "La argumentación circular en Derecho", tr. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas y María Elisa González Dorta. En *Persona y Derecho*, Revista de la Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, Núm. 29, 1993, p. 20.

⁴³⁵ Kaufmann, Arthur, "La argumentación circular en Derecho", *Op. cit.*, pp. 20 y 21.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 21.

⁴³⁷ Roxin, Claus, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, *Op. cit.*, p. 91.

la relevancia de cada configuración (autoría o participativa) con respecto a la vigencia de la norma.⁴³⁸

Este criterio normativo niega que el injusto propio (la autoría) sólo pueda ser realizado de propia mano. Jakobs comenta que algo es propio sólo cuando exista alguna razón para imputar lo sucedido, pues una afirmación contraria supondría excluir completamente toda clase de participación en la fase previa, concluye el autor.⁴³⁹ Estas consideraciones normativas tienen sus implicaciones más contundentes en el campo de la teoría de la imputación objetiva, concretamente al definir la coautoría, por ejemplo.

3. Principios dogmáticos para distinguir entre autoría y participación: En lo siguiente analizaré –principalmente– el principio de accesoriedad mínima, así como otros principios de accesoriedad que sirven para distinguir entre autoría y participación.

3.1. Principio de accesoriedad limitada: Como se ha dicho, el principio de accesoriedad limitada se puede expresar diciendo que: *cualquier participación sobre un hecho típico y antijurídico (aunque inculpable) siempre es punible*. De este principio, lógicamente se deduce que una participación sobre un hecho justificado (no antijurídico) jamás debe punirse; en cambio, alguna participación en una conducta no culpable (pero sí antijurídica) debe ser punible. Mucho más preciso es Sancinetti, pues según él, la teoría de la accesoriedad limitada sencillamente dice que la tipicidad (dolosa) y la antijuridicidad del hecho del autor principal se trasladan al partícipe como presupuestos de su propio ilícito.⁴⁴⁰

Como se tiene oportunidad de observar, se puede señalar aquí otro rasgo igualmente característico del principio de accesoriedad limitada, el cual consiste en que **sería impune alguna participación sobre una conducta principal imprudente**. En adición a lo anterior, y siguiendo la opinión doctrinal más generalizada, sólo es posible relacionar el injusto típico (doloso) y antijurídico con el partícipe, una vez que el autor principal halla exteriorizado cuando menos algún acto de ejecución.

La punibilidad del partícipe depende del comportamiento *tipicamente doloso* y antijurídico del sujeto del hecho principal. Y si el *dolo típico* del sujeto de delante fuera *dogmáticamente excluido* por algún error vencible, entonces la punibilidad del autor del hecho principal se hará depender de que el delito de que se trate sea susceptible de presentarse en forma culposa, sólo así se le castigará al autor del hecho principal *como si* hubiera cometido dicho delito de manera culposa.

La pregunta salta a la vista, qué sucede con el partícipe, si el sujeto de delante es castigado en forma culposa, ello en virtud del error de tipo vencible presentado sobre el elemento esencial: dolo perteneciente (no a la culpabilidad) al tipo. Sabiendo por otra parte que, de modo general, cuando el sujeto de delante se comporta imprudentemente el partícipe queda liberado de responsabilidad.

⁴³⁸ Lesch, Heiko H., "Intervención delictiva e imputación objetiva", Op. cit., p. 946.

⁴³⁹ Jakobs, Günther, La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Op. cit., p. 152.

⁴⁴⁰ Sancinetti, Marcelo, Ilícito Personal y Participación, Op. cit., p. 60.

3.2. Principio de accesoriadad mínima: Conforme al principio de accesoriadad mínima, basta con la sola tipicidad de un comportamiento doloso principal para que deba punirse la participación del cómplice o del inductor. El principio anterior no rige debido a que, para que se deba punir la participación cometida sobre un hecho doloso principal, además del carácter típico de este último comportamiento, se requiere que el mismo sea antijurídico.

3.3. Principio de accesoriadad máxima: El principio de accesoriadad máxima se puede expresar diciendo que: **es punible la participación sólo cuando el comportamiento doloso al que se refiera reúna las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.**

3.4. Principio de accesoriadad extrema: El principio de accesoriadad extrema dice que si el hecho doloso principal al que se refiere alguna de las formas de participación resulta de un comportamiento típico, antijurídico, culpable y además punible, entonces, igualmente la participación será punible. El principio de accesoriadad máxima, dado que exige que el hecho principal sea cometido bajo la forma de culpabilidad dolosa, deja impunes determinados supuestos como los siguientes:

- a) Cuando el sujeto a quien compete el hecho principal se comporta imprudentemente. En este caso, la accesoriadad máxima evita la punibilidad del partcipe siempre que el autor se haya comportado imprudentemente. Como se muestra, atendiendo al principio dogmático de accesoriadad máxima, es impune toda participación sobre un hecho principal culposo.
- b) Los casos en que, por una u otra razón dogmática deba excluirse el dolo del sujeto que realiza el hecho principal, pues faltando el dolo del sujeto de delante la participación queda impune.
- c) En la comisión de un hecho principal, realizada por un incapaz de culpa, un loco por ejemplo, la doctrina ha tratado de explicar este problema mejor dentro del ámbito de la *autoría mediata*.

En general, el dogma según el cual la participación punible depende de que la culpabilidad del sujeto de delante, debe cambiarse por el principio de accesoriadad limitada, mismo que como se ha visto, exige como presupuestos para punir al partcipe, que el hecho principal tan sólo sea típico y antijurídico, sin tener que entrar al análisis de todos los componentes de la culpabilidad.

3.5. Principio de accesoriadad externa: El principio de la accesoriadad externa de la participación exige que el autor del hecho principal haya consumado su acción típica y antijurídica, o cuando menos, hubiera dado *comienzo de ejecución* al hecho principal; todo ello, por supuesto, para acreditar la respectiva responsabilidad del partcipe inductor o del partcipe cómplice. Si suponemos que el sujeto responsable del hecho principal se ha quedado tentado en su acción delictiva, siempre que el mismo hubiera dado comienzo a su ejecución, entonces al partcipe se le podrá hacer también

responsable; desde luego, no se le hará responder al sujeto partícipe por la inducción o complicidad a un hecho consumado, sino sólo según el grado de consumación.

Hace falta decir que si la tentativa del sujeto principal es inocua, tampoco se le impondrá sanción alguna al partícipe inductor o al partícipe cómplice. Lo mismo sucedería si por *desistimiento eficaz* el sujeto de delante se viera favorecido. En todo esto se presenta, de modo por demás evidente, que el comportamiento típicamente doloso y antijurídico del sujeto responsable del hecho principal, hace que la punibilidad del partícipe dependa por ejemplo de que el sujeto de delante haya dado comienzo a su ejecución, o de que el mismo autor del hecho principal actúe con dolo e integre perfectamente la antijuridicidad de su hecho. En fin, la punibilidad del partícipe en este sentido, no obstante que su aportación haya concluido con la inducción o auxilio, depende directamente del comportamiento posterior del sujeto de delante.

4. Inducción e imputación objetiva: Una nueva perspectiva de la doctrina parece ubicar dogmáticamente los problemas de la inducción en el *tipo penal objetivo*; con lo cual se pone de relieve que el *dolo* del inductor (el *tipo subjetivo*) pasa a un segundo plano, mientras sobresalen los criterios normativos de imputación conforme a los cuales se pueda decir que —frente al caso concreto— el inductor ha sobrepasado los límites del *riesgo permitido*. Esta nueva posición de la doctrina viene a raíz de la progresiva aceptación de la *teoría de la imputación objetiva*.

Al parecer, el alemán Rolf Dietrich Herzberg, es uno de los primeros innovadores que han llevado la *teoría de la imputación objetiva* al campo de los problemas de la participación. Herzberg manifiesta que la inducción en particular supone la *creación del riesgo* de que el destinatario ejecute el hecho que se le propone, razón por la cual al inductor ha de *imputársele el riesgo* de que su propuesta haya tenido éxito en algún autor principal.⁴⁴¹

Con la fórmula anterior se da respuesta negativa a la pregunta de si se debe imputar responsabilidad por inducción a la persona que, *en tono de broma*, influye a un sujeto "honrado" a cometer un robo; pues aquí se tendría que negar el *incremento del riesgo permitido*.

En cualquier caso, conforme al criterio de Herzberg, en los supuestos de inducción, la pregunta adecuada para saber si en el caso concreto se ha incrementado el riesgo permitido, no consiste en saber cuál era la magnitud del peligro de que el autor de delante se decidiera a la ejecución del delito principal, sino que la cuestión específica consiste en *saber si el sujeto inductor ha creado un riesgo intolerado*, de tal manera que su propuesta tuviese aceptación por el sujeto de delante.⁴⁴²

La propuesta dogmática de ubicar metodológicamente los problemas de la inducción en el *tipo objetivo*, y no en el *tipo subjetivo* como se pretendía, lleva cierta ventaja en el acuerdo común de que no se pueden hacer depender todas las consecuencias de

⁴⁴¹ Herzberg, Rolf Dietrich, "La inducción a un hecho principal indeterminado", tr. María del Carmen Gómez Rivero, En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVIII, Fasc. II, Mayo-Agosto, Madrid, 1995, pp.566, 568 y ss.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 568.

la responsabilidad jurídico-penal únicamente a partir del *dolo* del inductor, debido a que si afirmamos que el dolo del inductor debe abarcar las dimensiones y características del suceso principal, entonces pronto encontraríamos la objeción en el sentido de que en ocasiones el autor del hecho principal, aun cuando haya obrado dolosamente, desconoce las líneas decisivas que han de caracterizar su propio hecho, y con mucho más razón tales características del hecho principal las puede *ignorar* el inductor, o cuando menos puede *equivocarse* en ellas, al constatar que mientras él había motivado al autor principal para que se comportara en tal o cual sentido delictivo, el otro (autor del hecho principal) sin embargo lo ha cometido su delito de modo distinto, pero más o menos similar en sus consecuencias, etcétera.

Del lado de la propuesta que ubica los problemas tratados en el campo del tipo objetivo, hay que observar que la misma en el fondo *no es una propuesta puramente dogmática*, pues mientras se buscan argumentos para negar o afirmar el incremento del *riesgo permitido*, se ofrece un amplio margen para discutir el caso concreto de que se trate, viéndose por supuesto favorecido el modo *tópico* de proceder, y negándose cada vez más cualquier forma de procedencia puramente *sistemática*.

Lo anterior es de notarse ya desde un principio, considerando que siempre hará falta atender al caso concreto para decidir si el *riesgo creado* por el posible inductor implica precisamente un riesgo en el sentido de que pueda, al fin, *determinar* a otro para que se conduzca en forma delictiva.

5. Inducción, complicidad y autoría mediata: En lo sucesivo anotaré algunas similitudes y diferencias palpables entre la instigación, la autoría mediata y la complicidad.

Primeramente, estando de acuerdo con Kai Ambos,⁴⁴³ hay que decir que el instigador y el cómplice tienen que actuar con el llamado *doble dolo*, es decir, tiene que tener dolo con respecto a la comisión del hecho principal, y con respecto a su acto de participación.

Por otra parte, Kai Ambos informa que una comparación entre la inducción y la autoría medita, debe conducir a la conclusión de que esta última (la autoría mediata) no sólo aprehende de modo más adecuado el contenido de la conducta de los hombres de atrás (autores mediatos), sino que, además, se inscribe de modo más armónico en la teoría general de la participación; así, el instigador domina al instigado, y este dominio del hombre de atrás sobre el ejecutor es un argumento a favor de la autoría mediata en lugar de la inducción.⁴⁴⁴

Sancinetti por su parte, ha propuesto que la instigación y complicidad deberían ser punibles con total independencia de la concreción "objetiva" del *comienzo de ejecución*, dependiendo sólo del momento activo de la participación, o el posterior

⁴⁴³ Ambos, Kai, Dominio del Hecho por Dominio de Voluntad en Virtud de Aparatos Organizados de Poder, Op. cit., p. 60

⁴⁴⁴ Ibidem, p. 28.

omisivo, que existieron pese a que el autor, según la representación del partícipe respectivo, hubiera podido tomar injerencia propia.⁴⁴⁵

6. La inducción al suicidio: Si el legislador mexicano hace punible la participación en el suicidio ajeno, de ahí cabe derivar la decisión político-criminal acerca de que la vida en México es un bien jurídico indisponible. En cambio, dado que en Alemania la participación en el suicidio ajeno es impune, entonces esta situación da cabida para que Rudolphi emita el siguiente comentario que puede implicar, ya de entrada, una regla dogmática para el sistema penal alemán: "a quien no le está prohibido causar o favorecer, culposa o dolosamente, un suicidio ajeno, tampoco le puede estar prohibido, bajo los mismos presupuestos, ayudar a causar una autopuesta en peligro ajena."⁴⁴⁶

Según Roxin, hay dominio del hecho del que determina a otro al suicidio, siempre que se ha forzado a suicidarse el sujeto mediante violencia irresistible o mediante amenaza con peligro para la vida o la integridad física para el mismo o para un allegado suyo.⁴⁴⁷

7. Participación, conforme a casos prácticos: Tal como se ha comentado, el principio de accesoriedad limitada se puede expresar diciendo que: ***cualquier participación sobre un hecho típico y antijurídico (aunque inculpable) siempre es punible.*** Por ejemplo será punible la participación del inductor que estimula a una persona para que cometa homicidio. Pero será impune la participación del inductor cuando no obstante de privarse de la vida a un sujeto, el inducido lo hace amparado por defensa legítima. En el primer caso se ve que el hecho del autor de adelante es lo mismo típico que antijurídico; y en el segundo caso se ve que el hecho del sujeto de adelante es un hecho solamente típico, pues la defensa legítima excluye la antijuridicidad del homicidio. Atendiendo a lo anterior, la participación solamente se castiga en el supuesto en el que el sujeto de adelante se comporte de modo típico y antijurídico; es decir, si está justificado el sujeto de adelante, entonces no se le castiga al sujeto de atrás (partícipe); todo esto según el principio de accesoriedad limitada.

Lógicamente se deduce que una participación sobre un hecho justificado (jurídico) jamás debe punirse; en cambio, alguna participación en una conducta no culpable (pero sí antijurídica) debe ser punible. La punibilidad del partícipe depende del comportamiento *tipicamente doloso* y antijurídico del sujeto del hecho principal. Y si el *dolo típico* del sujeto de delante fuera *dogmáticamente excluido* por algún error vencible, entonces la punibilidad del autor del hecho principal se hará depender de que el delito de que se trate sea susceptible de presentarse en forma culposa, sólo así se le castigará al autor del hecho principal como si hubiera cometido dicho delito de manera culposa.

Problema uno: Se demuestra que un importante servidor público de nuestro país hizo aparentar como lícitos los recursos provenientes de un delito que ya prescribió: ¿el servidor público ha cometido el delito de lavado de dinero?

⁴⁴⁵ Sancinetti, Marcelo, *Ilícito Personal y Participación*, Op. cit., p. 76.

⁴⁴⁶ Rudolphi, Hans-Joachim, *Causalidad e Imputación Objetiva*, Op. cit., p. 62.

⁴⁴⁷ Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Op. cit., p. 185.

Recordemos que el delito de lavado de dinero (a nivel Federal) se comete cuando una persona dolosamente aparenta la lícita procedencia de recursos o productos provenientes de un delito previo. En el caso que se ha planteado resulta que el delito previo ya prescribió, y la cuestión está en saber si existe o no lavado de dinero cuando los recursos de procedencia ilícita fueron empleados bajo la apariencia de ser recursos de procedencia lícita. Pues bien, el problema debe ser resuelto conforme al *principio de accesoriadad limitada*, y de conformidad a ello, se podrá decir que el delito previo no debe ser interpretado como una conducta típica, antijurídica, culpable y punible; sino que, el delito previo, debe interpretarse como la realización de una conducta típica y antijurídica, solamente. De esta manera, así lo creo: **si existe delito de lavado de dinero aún cuando se diga que el delito previo ya prescribió, pues la prescripción no afecta ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad del hecho.**

Problema dos: Si Armando induce a Mario para que cometa homicidio sobre Alfredo, y se da el caso en que Mario efectivamente descarga su revólver en el abdomen de Alfredo, entonces, conforme al principio de accesoriadad limitada será punible la participación por inducción de Armando, toda vez que, como se puede verificar:

- a) Armando indujo a Mario para que se decidiera a cometer el homicidio;
- b) Mario realizó el homicidio en forma dolosa;
- c) El comportamiento de Mario es típico, pues en el homicidio no se presentó ninguna causa de atipicidad; y,
- d) La conducta de Mario es antijurídica por no estar amparada por ninguna causa de justificación.

El nuevo Código Penal para el Distrito Federal reconoce el principio de accesoriadad limitada en el artículo 22, cuya parte conducente refiere:

"Artículo 22. Son responsables del delito quienes: (...) "... determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer."

En el mismo artículo 22 del nuevo Código Penal se precisa que sólo podrán admitirse la inducción y la complicidad cuando las mismas estén referidas a un delito doloso.

Son varias las dificultades que tienen lugar en torno del principio de accesoriadad limitada, aquí señalaré solamente algunas de esas dificultades.

Véase el siguiente caso: **Problema tres:** Daniel induce a Federico para que realice un robo de cinco mil pesos. Federico sin embargo comete el robo por un monto de cincuenta mil pesos. Daniel declara ante el Ministerio Público, y advierte, entre otras cosas, lo siguiente:

"... Federico no robó cinco mil, sino cincuenta mil pesos, y no los sustrajo de la Refaccionaria como en tono de broma le sugerí que lo hiciera, sino que los

cincuenta mil pesos los robó del Superama que por su parte se ubica frente a la Refaccionaria."

En este caso se observan varias dificultades que deben resolverse antes de aplicar el principio de accesoriedad limitada. Primeramente hay que responder a la cuestión de saber si el comportamiento de Daniel integra el **tipo objetivo** de inducción.

Evidentemente, si Daniel indujo a Federico para la realización de un robo, y luego alega Daniel que ello lo hizo *en tono de broma*, entonces debe verificarse si la supuesta broma eleva o no los niveles del *riesgo permitido*. **La broma de Daniel no elevaría los niveles del riesgo desaprobado, siempre que dicha broma la hubiera hecho a una persona honesta, bajo la creencia de que remotamente se animaría a realizar el delito.**

Pero el hecho de que una broma no incremente el nivel de riesgo desaprobado no sólo depende del hecho de que sea realizada a una persona que creemos honesta, sino que también depende de las *circunstancias objetivas* en que se diga la broma, y por tanto, del conocimiento especial que el inductor tenga respecto de dichas circunstancias; por ejemplo, si una persona se encuentra en un estado de emoción violenta, y se le afirma –en tono de broma– que su mujer lo engaña con el carpintero a quien le encargó la fabricación de una cama. En este caso, la broma que se le hace a un sujeto enojado, aunque de antemano se sepa que él no es celoso, eleva el riesgo desaprobado; por eso también importa el conocimiento especial de ciertas circunstancias objetivas

Por otra parte, luego del análisis en atención al cual se evalúa si un sujeto realiza *el tipo de inducción* (de modo que genere un riesgo desaprobado, y que tal riesgo desaprobado tenga el efecto de provocar en otro sujeto la determinación para la realización de un delito), se entrará al estudio del injusto (antijuricidad) del inductor.

Y para continuar con la solución del caso planteado, en el que se induce a una persona para que cometa un delito de robo sobre una Refaccionaria y sustraiga la cantidad de cinco mil pesos, presentándose la situación en que se realiza el robo sobre un monto de cincuenta mil pesos, y no se sustraen precisamente de una Refaccionaria sino de un Superama; en este supuesto cabe preguntar: ¿Hasta dónde debe abarcar el dolo del inductor, debe abarcar por ejemplo el conocimiento de la dañosidad que provocará el autor principal?

La interrogante anterior tiene lugar en infinidad de casos, pues casi siempre sucede que el partícipe –inductor o cómplice– no precisa ni describe con exactitud el resultado que finalmente comete el autor principal, dependiendo dicho resultado de circunstancias que ni el autor, ni mucho menos el partícipe, pueden conocer *ex ante* (antes de la acción).

Ahora bien, hay que reconocer que la dimensión de la dañosidad que ha de causar en un momento posterior el autor del hecho principal, no puede ser una dañosidad completamente asimilada en el dolo del partícipe, de ahí que debemos conformarnos con que el partícipe procure una **dañosidad aproximada** a la que realmente hubiera

causado el autor; esto mismo debe valer tanto para la inducción como para la complicidad.⁴⁴⁸

Por lo expuesto, si una persona induce a otra fijando el monto del robo en *quinientos pesos*, y el autor principal realiza dicho robo por un monto de *cinquenta mil pesos*, entonces, el daño causado es visiblemente **desproporcionado**, por lo que **hay argumentos para negar la participación del inductor**. Igual ocurre con el cómplice que facilita una pequeña navaja para que otro sujeto *intimide* a una persona, presentándose el caso en que el autor, en lugar de intimidar, priva de la vida a su víctima.

No solamente la desproporcionalidad del daño causado es lo que decide para acreditar la *no participación* del cómplice o del inductor, además debe atenderse a las propias circunstancias (objetivas) del hecho, e incluso ha de entrarse al análisis de la "*culpa*" o *dolo eventual* del partícipe.

El principio de accesoriidad externa puede expresarse diciendo: **el inductor o el cómplice sólo serán castigados cuando el sujeto al que induzcan o presten auxilio haya dado —cuando menos— comienzo a la ejecución del delito**. Dicho con un ejemplo:

Problema cuatro: Supongamos que Francisco proporciona a Fernando un rifle de municiones para que desde la ventana de su casa dispare contra un peatón y le provoque lesiones.

Será punible la complicidad de Francisco, siempre que, conforme al principio de accesoriidad externa, Fernando haya dado comienzo a la ejecución del hecho. De este modo, aunque Fernando fallara el tiro contra el peatón —digamos que la munición tan sólo le hubiera rozado el pantalón— dado que dio comienzo a la ejecución del hecho y se quedó en tentativa (acabada) de provocar lesiones sobre el peatón, entonces, la punibilidad, conforme al principio de accesoriidad externa, alcanza también al cómplice que facilitó el rifle.

El principio de accesoriidad externa condiciona la punibilidad del partícipe inductor y del partícipe cómplice, de manera que sólo se les puede castigar a los partícipes una vez que, habiendo concluido su intervención, el autor del hecho principal haya dado comienzo a la ejecución del delito de que se trate.

El nuevo Código Penal para el Distrito Federal reconoce el principio de accesoriidad externa, en los siguientes términos:

"Artículo 22. Son responsables del delito, quienes: (...) "... determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, **sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que quiso cometer.**"

⁴⁴⁸ Quintino Zepeda, Rubén, *Dogmática Penal Actual* (Libro en Homenaje al Prof. Dr. Rafael Márquez Piñero), Edición privada, p. 118.

En cuanto al principio de accesoriedad externa, lo primero que salta a la vista es lo siguiente: ¿por qué la punibilidad del partícipe –inductor o cómplice– depende del hecho de que el autor principal comience o no la realización del delito, siendo que la conducta del partícipe está por demás concluida? Dicho con un ejemplo:

Problema cinco: Alfredo induce a Mario para que cometa homicidio sobre Pedro. Una vez que Alfredo provocó en Mario el dolo de matar a Pedro, la intervención de Alfredo ya ha concluido. Si Mario comienza o no la ejecución de su hecho, ello depende más del autor que del inductor. La pregunta es la siguiente: ¿por qué debe depender de ciertos datos naturalísticos la punibilidad del partícipe inductor (Alfredo)? El reconocimiento expreso del principio de accesoriedad limitada es congruente con el principio restrictivo de autor; por tanto, si el nuevo Código Penal para el Distrito Federal admite el principio de accesoriedad limitada y con ello el concepto restrictivo de autor, entonces, serán impunes aquellos casos de participación culposa.

Por otra parte, conforme al principio denominado: “**prohibición de sobrevaloración del aporte**”, la aportación realizada por un partícipe no se debe sobrevalorar en virtud de una posterior omisión, de forma que el partícipe se pudiera convertir en autor del mismo; y todo esto, muy a pesar de la existencia –en la persona del partícipe– de una posición de garante originada en virtud de una cierta *injerencia*.⁴⁴⁹

El principio de sobrevaloración del aporte en algunos casos no hace imperante la consecuencia de que por *injerencia* alguien deba responder por su posterior omisión, en un caso en el que dicho omitente hubiese participado a modo de cómplice o inductor.

Hay que resumir que el principio de sobrevaloración del aporte **se hace consistir en que la posterior omisión de un partícipe, de no crear nuevos riesgos, y a pesar de su injerencia que existe en la comisión de otro delito, no se tomará en cuenta, pues de otra manera se estaría sobrevalorando su aportación.** Así, *la posterior omisión del partícipe que por su parte no genera nuevos riesgos –y que por tanto no defrauda ninguna otra expectativa normativa jurídico-penal– no se debe sobrevalorar.*⁴⁵⁰

Problema seis: Para los casos concretos en los que la imprudencia de un sujeto a trae una condición *x*, misma condición que es aprovechada para la comisión dolosa de un resultado *z*, posibilidad que por cierto depende de que el sujeto *a*, estando a tiempo y contando con los medios necesarios para ello, *evite* o no las consecuencias del aprovechamiento de su descuido, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, responde diciendo: “Si quien favorece imprudentemente no aclara el error, es partícipe culposos; si lo aclara, la participación es dolosa.”⁴⁵¹

Con relación a lo anterior, Sánchez-Vera Gómez-Trelles nos muestra el siguiente supuesto de hecho: “X da una bolsa a Z que contiene un arma, desconociendo esta

⁴⁴⁹ Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, Intervención Omisiva, Posición de Garante y Prohibición de Sobrevaloración del Aporte, Op. cit., p. 84.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 93.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 111.

circunstancia; X se da cuenta de su error cuando descubre que Z quiere asesinar a un tercero con el arma, de todas formas X no hace nada para impedirlo."⁴⁵²

Otro de los ejemplos que nos proporciona el autor en comentario, es el que sigue:

Problema siete: "E, encargado de una fabrica de material pirotécnico, facilita al terrorista T, quebrantando las normas sobre la venta de explosivos, la carga suficiente de los mismos como para cometer un atentado. T coloca los explosivos en la vivienda del ministro M que pasa unos días de vacaciones fuera de la ciudad. Por ello la bomba dispone de un temporizador de forma que explotará automáticamente en una semana. Durante ese tiempo tanto E como T esperan el desenlace del atentado. E, que sabe que la bomba tardará todavía una semana en explotar, pudo en todo momento impedir el atentado llamando a la policía, avisando a M, o incluso, desactivándola él mismo."⁴⁵³

Para el ejemplo señalado, explica el mismo autor citado: "No se sostiene que T, tan sólo porque ha omitido impedir el resultado, en vez de responder por un asesinato comisivo, deba responder por un asesinato en comisión por omisión. Lo mismo podemos decir de E: nadie trataría de afirmar una participación pasiva, por el hecho de que a éste le fuese igualmente imposible impedir el resultado. Y ello, a pesar de que en ambos casos se fundamenta sin dificultad una posición de garante en virtud del comportamiento anterior (Injerencia): en E, en facilitar los explosivos, en T, la colocación de la bomba."⁴⁵⁴

De conformidad con el principio de prohibición de sobrevaloración del aporte, el encargado de la fabrica (E), así como el propio terrorista (T), responden por su *aporte activo*. Por otra parte, concierne al primer ejemplo, dice Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, que quien imprudentemente da una bolsa que contiene un arma, de forma que el que ha tenido acceso a ella va a cometer un asesinato, el sujeto imprudente deberá responder como partícipe doloso del mismo homicidio, claro, en caso de que, aclarando el error en que consistió su imprudencia, no impidiera el asesinato."⁴⁵⁵

Problema ocho: Luego de una fuerte discusión entre los habitantes de un poblado, en que se alegaban los límites de un predio irregular, dos familias contendieron a golpes. Ya entrada la noche, y habiendo concluido la pelea, al poblado llegó un sujeto que entregó un revólver a uno de los contendientes más lesionados: "para que vean de qué se trata", comentó el sujeto al facilitar su revólver. La persona que ahora traía el revólver se incorporó, y desde una distancia de más de veinte metros, a oscuras, produjo cinco detonaciones, cuatro balas pegaron en el suelo, pero una, a la altura de sesenta centímetros, alcanzó la espalda de un niño que intentaba correr. La ambulancia tardó demasiado y llevó al menor al hospital más cercano, pero en ese hospital, particular, por cuestiones económicas, no aceptaron al niño; entonces la

⁴⁵² *Ibidem*, p. 15.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 84.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 85.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 103.

ambulancia trasladó al niño a otro hospital; y en el camino, se desangró definitivamente.

¿En este caso, el sujeto que entregó el revólver es cómplice de homicidio?, ¿tiene responsabilidad penal el Director del hospital que negó la atención urgente del niño?

Es de recordarse que se entiende por cómplice al sujeto que dolosamente auxilia a otro en la realización de un hecho típico y antijurídico a la vez; y que tal cooperación o auxilio del cómplice, debe ser suficiente como para *eleva los niveles del riesgo permitido*; es decir, entre el auxilio y la causación del resultado realizado por el autor del hecho principal, debe existir, cuando menos, algún factor de *necesariedad*. Pero, ¿todo esto se presenta en el caso que se analiza? Con más detalle: ¿el sujeto que entregó el revólver tenía el dolo de cooperar en el homicidio cometido sobre el niño?, ¿el sujeto que disparó, en realidad quería matar al niño?

Concerniente al primer sujeto, él entregó el revólver sabiendo que la otra persona podía animarse a matar a alguien, aunque no precisamente a un niño, y mucho menos por la espalda.

Relativo a la persona que accionó el revólver, no cabe suponer, por las condiciones en que disparó, que su propósito era matar al niño —a oscuras, y a más de veinte metros—; sin embargo, sí cabe suponer que tenía el dolo de lesionar —tirando a los pies— de los integrantes (adultos) de la otra familia. O bien, si el que disparó sabía que en ese lugar había niños, tenía el dolo de conformarse con la lesión de algún adulto, o con la muerte de un niño. En fin, siendo demasiado, se puede suponer que el sujeto que disparó tendría el *dolo eventual* de matar. Pero, por otra parte, también debe observarse que el niño no fue atendido lo suficientemente rápido y que se desangró hasta perder la vida; de lo cual, también existe responsabilidad penal del Director del hospital. ¿Qué ocurriría si se demostrara que el niño de la ambulancia, de haber sido atendido en el primer hospital se hubiera salvado, por ejemplo porque la ambulancia tardó mucho tiempo en llegar a otro hospital?

Con esto sería más contundente la responsabilidad penal del Director del hospital particular que se negó a brindar atención médica de urgencia al niño. Y de ser lo suficientemente contundente la negligencia del Director del hospital, él sería responsable por homicidio culposo, cometido en forma de comisión por omisión. Y si tal fuera el caso, entonces: ¿bajo qué título de imputación respondería la persona que facilitó el revólver, y la persona que disparó?

Analicemos este último supuesto con más cuidado, y hay que comenzar diciendo que si bien una persona le dispara un balazo a otra que sin embargo más tarde muere por la *notoria negligencia de un médico* —en nuestro caso omisión de auxilio—, el sujeto que disparó, no responderá por la muerte de la persona a la que se le ha negado la atención médica (principalmente si ello se debió a razones económicas), pero sí podrá responder por lesiones o tentativa de homicidio, si la lesión hubiera puesto en peligro la vida de la víctima.

Por su parte, el cómplice tampoco tiene por qué responder de la muerte del niño a consecuencia de la negligencia de un médico; el que entregó el revólver no deberá

responder por cómplice de homicidio, mucho menos cuando la persona que disparó es responsable de lesiones graves o tentativa de homicidio.

Problema nueve: Juan y Pedro son estudiantes sobresalientes de la licenciatura en Derecho, y en general observan buena conducta. Juan le comunica a Pedro que sería fácil robar al interior del departamento de sus vecinos, le habla de las deficiencias de la seguridad del departamento, e incluso le dice qué días de la semana no se encuentran los dueños; luego agrega *en tono de broma*: "Pedro, deberías entrar a robar el equipo de sonido, yo te lo compro". Esa misma noche Pedro es detenido en el departamento de los vecinos de Juan, pues había entrado a robar el equipo de sonido. ¿Juan es responsable por inducir a Pedro?

Según el caso, Juan no tiene el dolo de inducir realmente a Pedro, pues si bien le dice que entre a robar al departamento de sus vecinos, esto se lo dice *en tono de broma*. Y si dice los detalles acerca de la deficiente seguridad del departamento de los vecinos, ello se lo comenta a una persona que supone que no cometerá el robo, pues se trata de un compañero de escuela (de Derecho) que goza de buena conducta.

Entonces, ¿de qué forma se debía haber integrado el dolo del inductor para que Juan fuera responsable por la inducción?

Pues bien, el dolo del inductor estaría perfectamente integrado sólo si Juan le hubiera comunicado a Pedro la información anterior sabiendo que existía una buena *posibilidad* de que Pedro se decidiera a realizar el robo.

Véase otros ejemplos: **Problema diez:** Al final de una riña callejera, se sabe de alguien —por las expresiones con que se dirige— que desea el triunfo contundente de una de las partes, siendo que por ello uno de los contendientes se animó a disparar su revólver causándole la muerte a su rival.

Problema once: Un sujeto induce a otro para que intimide a la persona encargada de un Minisuper, y robe mil pesos. El sujeto que posteriormente realiza el robo le solicita a la encargada del Minisuper cincuenta mil pesos, y dispara sobre ella privándola de la vida.

En los dos casos anteriores: ¿hasta qué grado el inductor debe conocer el carácter antijurídico del comportamiento del sujeto que por fin se decide a cometer el delito?; esto es, si en una riña una persona desea el triunfo contundente de sujetos que contienen: ¿ello significa que quiere la muerte del rival?

En el otro caso: ¿el inductor debe responder —como partícipe— por el robo de cincuenta mil pesos y la muerte de la encargada del Minisuper, siendo que el inductor sólo deseaba que el robo se realizara por la cantidad de mil pesos, y bajo la intimidación de la encargada del Minisuper?

Para una adecuada solución del caso, debemos preguntar hasta dónde debe llegar el dolo del inductor.

En otro supuesto, relativo a la investigación de robo de vehículos que realiza el Ministerio Público, Joaquín, hermano de Jorge, declara en el sentido de que su hermano es una persona honesta y trabajadora.

Posteriormente, los agentes judiciales encuentran varias piezas de autos robados en la casa en que viven Joaquín y Jorge, las auto partes estaban a la vista.

En el ejemplo planteado Jorge encubre a Joaquín, y no obstante, luego de que se ordena la aprehensión de Joaquín, Jorge permite que su hermano esconda ahora en su departamento. Es un caso normal de encubrimiento entre parientes.

El nuevo Código Penal para el Distrito Federal resuelve los casos como el anterior, de la siguiente manera, cuando se refiere al tipo de encubrimiento por favorecimiento, hace una excepción al decir:

"Artículo 321. "No comete el delito a que se refiere el artículo anterior, quien oculte al responsable de un hecho calificado por la ley como delito o impida que se averigüe, siempre que el sujeto tenga la calidad de defensor, ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta o colateral hasta el cuarto grado, por adopción, por afinidad hasta el segundo grado, cónyuge, concubina o concubinario o persona ligada con el delincuente por amor, respeto o estrecha amistad."

Problema doce. Piénsese en el supuesto -imaginario- en que un esposo quiere matar a su esposa, y para lograr su objetivo aprovecha uno de los frecuentes momentos depresivos que sufre la cónyuge; la engaña al convencerla de que ambos se quitarían la vida; acto seguido, el esposo espera pacientemente a que la cónyuge beba el arsénico y muera.

El anterior no es un caso de autoría mediata, lo fuera siempre que el esposo hubiera engañado a su esposa, haciéndole creer por ejemplo que bebería un delicioso licuado de fresa.⁴⁵⁶

Ahora supóngase que una persona no tiene ya más ganas de vivir, debido por ejemplo a que padece una enfermedad incurable. Si dicha persona organizara su muerte, de tal modo que pudiera solicitar a un tercero que interrumpa la máquina de la cual depende su pulso cardíaco, y el tercero accediera desconectando la máquina para producirle la muerte al enfermo, estaríamos entonces frente a un caso comúnmente llamado: *homicidio a petición*.

El nuevo Código Penal para el Distrito Federal regula estos casos de homicidio a petición, del siguiente modo:

"Artículo 127. Al que prive de la vida a otro, por la petición expresa, libre, reiterada, sería e inequívoca de éste, siempre que medien razones

⁴⁵⁶ Amelung, Knut, "Sobre el barremo de la responsabilidad en los supuestos de autoría mediata por dominio sobre un sujeto no responsable que se autolesiona", Tr. David Felip Saborit, en: Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Op. cit., p. 326.

humanitarias y la víctima padeciere una enfermedad incurable en fase terminal, se le impondrá prisión de dos a cinco años."

En cuanto al Código Penal Federal, mismo que no regula (expresamente) el homicidio a petición, entonces: ¿cómo debe resolverse los problemas anteriores?

El Código Penal Federal sí alude a la figura conocida como *inducción al suicidio*, pero, ¿puede extraerse la figura del homicidio a petición a partir de la regulación de la inducción al suicidio?

El Código Penal Federal se refiere a la inducción al suicidio, de la siguiente manera:

"Artículo 312. El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años."

El artículo anterior presenta varios inconvenientes. Por ejemplo, no es explícita la petición de muerte de quien ha decidido dejar de vivir: ¿cómo hablar entonces de homicidio a petición? Pero cabe señalar que en la última parte del citado artículo, **al mencionarse la circunstancia en que el "ejecutor" prestare el auxilio hasta el grado de causar él mismo la muerte, ello supone, que sólo se le puede auxiliar a una persona que ya tiene la resolución de matarse, pero que solicita a otro su participación.**

Podría pensarse que el tercero participe deja de ser tal en el momento en que él mismo ejecuta la muerte del solicitante. La cuestión es clara, si el auxilio del tercero llega hasta el punto en el que él mismo ejecuta la muerte del solicitante, frente a qué estamos: ¿autoría o participación? Debe quedar claro que **si bien un sujeto es autor cuando él mismo ejecuta el tipo penal, no obstante, cuando una persona accede al modo de organización de quien ha decidido dejar de vivir, no debe ser considerada como autor, sino como participe, toda vez que, aunque si bien realiza el tipo penal de homicidio, lo hace con estricto apego al plan de muerte del solicitante.**

En este sentido, el homicidio a petición es el que se realiza cuando una persona de algún modo *participa* en la manera como otro sujeto —plenamente responsable— ha organizado su propia muerte.

Otro artículo de nueva creación es el 127, en el que se dice: "Al que prive de la vida a otro, por la petición expresa, libre, reiterada, sería e inequívoca de éste, siempre que medien razones humanitarias y la víctima padeciere de una enfermedad incurable en fase terminal, se le impondrá prisión de dos a cinco años."

Esta disposición representa la finalidad político-criminal del ayudar a bien morir (eutanasia). Sin embargo, llaman la atención dos aspectos, por un lado, el numeral en cita califica como "víctima" a quien por su parte realiza una petición expresa, libre, reiterada, sería e inequívoca, y que padece a la vez una enfermedad incurable en fase terminal; en el mismo sentido, llama la atención el hecho de que la persona que

obedezca (por razones humanitarias) la petición de la supuesta víctima, se convierta en victimario y consecuentemente se le imponga prisión de dos a cinco años.

¿Puede ser uno víctima en el supuesto de que alguien cumpla lo que uno mismo solicita? ¿Es victimario quien, existiendo razones humanitarias, obedece a una petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca, de una persona que padece una enfermedad incurable en fase terminal?

Problema catorce: Un médico que padece una enfermedad incurable, luego de adoptar una reflexión madura, y haber arreglado algunos asuntos, se inyectó veneno. Pero la inyección de veneno únicamente le produjo la pérdida de conciencia. Posteriormente, tal como días antes lo solicitó el médico, su sobrino le inyectó otra dosis más de veneno. Ésta última inyección para entonces le acortó la agonía al médico y le produjo por fin la muerte.⁴⁵⁷

Para la solución correcta de este caso, primeramente hay que ser conscientes en el sentido de que los seres humanos estamos en posibilidad de organizar nuestra muerte según lo consideremos. Ahora bien, debe advertirse que el médico de nuestro caso es una persona responsable, que su decisión de abandonar este mundo no ha sido espontánea, y tampoco irracional. Hay que decir, además, que el único *autor* de la muerte del médico ha sido él mismo, pues no existe ninguna razón para afirmar que su sobrino lo ha matado. La pena que conforme a nuestra legislación (Local o Federal) le corresponde al sobrino, en este caso, es *innecesaria* e *inmerecida*, ya que lo único que ha hecho el sobrino es corresponder y seguir —estrictamente— con el plan que fijó la voluntad de su tío, a quien no podía obligar a seguir padeciendo los dolores de su enfermedad; igualmente, nadie está autorizado a indicarle a una persona cómo y de qué manera debe organizar su propia muerte (con una inyección mortal, con un revólver).

En estos casos, para evaluar la conducta de la persona que participa dentro del plan de un suicida, debe analizarse sin embargo el motivo por el cual el suicida ha decidido dejar de vivir. Es decir, sería altamente reprochable el comportamiento de un sujeto que participa en la muerte de una persona que ha decidido quitarse la vida a consecuencia de una decepción amorosa.

Por eso el nuevo Código Penal para el Distrito Federal es muy certero al requerir que el homicidio a petición debe llevarse a cabo por la petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca del sujeto pasivo, incluso, siempre que medien razones humanitarias y la víctima padeciere una enfermedad incurable en fase terminal.

⁴⁵⁷ Jakobs, Günther, Suicidio, Eutanasia y Derecho Penal, Tr. Francisco Muñoz Conde, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 65.

8. Comentarios generales:

1. Una conducta es exculpada cuando, pese a la existencia de la antijuridicidad del hecho, el legislador decide no hacer responsable al autor, porque falta la culpabilidad, o porque falta una necesidad preventiva de punición.
2. Claus Roxin considera que se puede acertar por razones sistemático-dogmáticas un hecho doloso en el caso de un error sobre los presupuestos de las causas de justificación, pero por razones político-criminales se puede imponer, sin embargo, solo la pena del hecho culposo.
3. Si bien un sujeto es autor cuando él mismo ejecuta el tipo penal, no obstante, cuando una persona accede al modo de organización de quien ha decidido dejar de vivir, no debe ser considerada como autor, sino como partícipe, toda vez que, aunque si bien realiza el tipo penal de homicidio, lo hace con estricto apego al plan de muerte del solicitante.
4. El principio de sobrevaloración del aporte se hace consistir en que la posterior omisión de un partícipe, de no crear nuevos riesgos, y a pesar de su *injerencia* que existe en la comisión de otro delito, no se tomará en cuenta, pues de otra manera se estaría *sobrevalorando* su aportación. Así, *la posterior omisión del partícipe que por su parte no genera nuevos riesgos —y que por tanto no defrauda ninguna otra expectativa normativa jurídico-penal— no se debe sobrevalorar.*
5. El inductor o el cómplice sólo serán castigados cuando el sujeto al que induzcan o presten auxilio haya dado —cuando menos— comienzo a la ejecución del delito.
6. En cuanto a la figura del homicidio a petición, que según considero se regula en el artículo 127 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en mi opinión, no existe necesidad ni merecimiento de pena, por lo que no es justificable ninguna penalidad al respecto.

Penas y medidas de seguridad: 1. La pena y sus causas de exclusión. 1.1. Las condiciones objetivas de punibilidad. 1.2. Fundamentación de las condiciones objetivas de punibilidad. 1.3. Las condiciones objetivas de punibilidad, necesarias para definir la tipicidad. 1.4. La inmunidad, el indulto y la amnistía. 1.5. La inmunidad, conforme a casos prácticos. 2. La pena como un acto comunicativo. 3. La pena y la prevención penal. 4. Teorías que explican la prevención penal. 4.1. Prevención general negativa. 4.2. Prevención general positiva y comunicación. 4.3. La fidelidad al Derecho. 4.4. La prevención general positiva y el sistema penal en general. 5. Resocialización del delincuente. 6. La indemnización en materia penal. 7. Punibilidad a personas físicas y punibilidad a personas jurídico colectivas. 8. Medidas de seguridad. 8.1. Diferencia entre penas y medidas de seguridad. 8.2. Presupuestos para la imposición de una medida de seguridad. 8.3. Medición de las medidas de seguridad. 9. La peligrosidad como fundamento de las medidas de seguridad. 9.1. El juicio de peligrosidad. 9.2. La peligrosidad del autor neutralizada por las penas y medidas de seguridad. 10. Las medidas de seguridad, conforme a casos prácticos. 11. Comentarios generales.

1. La pena y sus causas de exclusión: La pena originalmente se entendió como compensación civil. Con la *reparación civil* —dice Roxin— se le paga al damnificado; entre tanto con la pena se cumple, no en beneficio de una persona privada, sino frente al Estado, el cual, al imponer la pena cumple a su vez con su deber.⁴⁵⁸

Por otra parte, en cuanto a las causas de exclusión de la pena, encontramos las siguientes: el indulto, la amnistía, la prescripción, el perdón del ofendido.

1.1. Las condiciones objetivas de punibilidad: Las condiciones objetivas de punibilidad son aquellas circunstancias exigidas por el legislador, sin las cuales, no obstante que exista una acción típica, antijurídica y culpable, la pena sin embargo no se podrá imponer al autor. Brevemente: las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que sin pertenecer al tipo ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, condicionan sin embargo la pena.⁴⁵⁹ Es común considerar a las condiciones objetivas de punibilidad como aspectos negativos de la punibilidad.

Las condiciones objetivas de punibilidad, por decirlo así, condicionan la **objetiva relevancia penal**, situación que no sucede con las excusas absolutorias, mismas que son causas personales de exclusión de la pena. La **relevancia penal** depende tanto del desvalor de acción como del desvalor de resultado y otras decisiones político-criminales. Pero, las condiciones objetivas de punibilidad no afectan ni al *desvalor de acción* ni al *desvalor de resultado*, antes al contrario, las condiciones objetivas de punibilidad atienden a la *necesidad de pena*.⁴⁶⁰

1.2. Fundamentación de las condiciones objetivas de punibilidad: Se considera que las condiciones objetivas de punibilidad de ninguna manera eliminan la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad. La doctrina penal mayoritaria considera que a pesar

⁴⁵⁸ Roxin, Claus, "La *reparación civil dentro del sistema de los fines penales*", Op. cit., p. 213.

⁴⁵⁹ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, Op. cit., p. 156.

⁴⁶⁰ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Op. cit., p. 144.

de la existencia de una condición objetiva de punibilidad, ello no afecta a la composición e integración de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Si las condiciones objetivas de punibilidad no se observan como un elemento negativo de la tipicidad, ni de la antijuridicidad, y tampoco de la culpabilidad, entonces: ¿cuál es propiamente el fundamento por el que las condiciones objetivas de punibilidad excluyen la pena?

Para responder al planteamiento anterior, hay que decir que **el fundamento de las condiciones objetivas de punibilidad está en que si bien un comportamiento típico, antijurídico y culpable, que es –por ello– merecedor de pena, sin embargo no se le sanciona por que no está necesitado de pena; y aquí la necesidad de pena es mayor que el merecimiento de sanción.**⁴⁶¹

En menos palabras, las condiciones objetivas de punibilidad fundamentan la exclusión de la pena, en atención a que –en dichos casos– la falta de necesidad de pena es superior al merecimiento de la misma.

1.3. Las condiciones objetivas de punibilidad, necesarias para definir la tipicidad: Un sector de la doctrina penal considera que en lugar de decir que las condiciones objetivas de punibilidad condicionan la pena, sería mejor decir que su existencia es necesaria para definir exactamente el tipo penal.⁴⁶²

Otra opinión semejante la encontramos cuando se considera que no exista inconveniente en comprender a las condiciones objetivas de punibilidad como elementos de la tipicidad, ya que en el fondo pertenecen a ella.⁴⁶³

1.4. La inmunidad, el indulto y la amnistía: Muñoz Conde considera a la inmunidad como una excusa absolutoria.⁴⁶⁴ Generalmente se considera que la inmunidad (en el caso de injurias parlamentarias) es una causa de exclusión de la punibilidad,⁴⁶⁵ reconociéndose además que detrás de la inmunidad diplomática está una decisión político-criminal que pretende proteger la *función* de los parlamentaristas.⁴⁶⁶

Con otra opinión Günther Jakobs al decir que la inmunidad ha de interpretarse no como mera causa personal de exclusión de la pena sino como determinante de que se descarte tratar el hecho como típico penalmente.⁴⁶⁷ **Una postura como la de Jakobs permite que no resulte posible la participación en un hecho favorecido por la inmunidad, por falta de tipicidad, precisamente.** Al respecto, la defensa legítima no resulta excluida por el hecho de que el agresor goce de una causa personal de exclusión de la pena, como lo es la inmunidad. En cuanto a esto último, igualmente

⁴⁶¹ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 407.

⁴⁶² De Figueiro Díaz, "Resultados y problemas de la construcción de un sistema de Derecho penal funcional y racionalmente final", Op. cit., p. 456.

⁴⁶³ Hassemmer Winfried, Fundamentos del Derecho Penal, Op. cit., p. 302.

⁴⁶⁴ Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Op. cit., p. 157.

⁴⁶⁵ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, p. 196.

⁴⁶⁶ Se protege la función y no a la persona, pues cuando concluye la función la inmunidad con ella desaparece.

⁴⁶⁷ Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Op. cit., pp. 413 y 414.

José Cerezo Mir reconoce que aunque las excusas absolutorias tienen generalmente un carácter personal, algunas de ellas tienen un carácter objetivo, de modo que su eficacia se conectaría a todos los partícipes del delito.⁴⁶⁸

El indulto constituye un acto exclusivamente procesal, y no precisamente una excusa absolutoria.⁴⁶⁹ El indulto consiste en el perdón de una pena; es facultad del poder ejecutivo. No procede en casos de juicio político, ni pueden indultarse delitos que tipifica la propia constitución, pues el ejecutivo no puede ir más allá del poder constituyente. El indulto no puede declararse ni antes ni durante el proceso, sino que hasta que exista sentencia condenatoria. El indulto no debe impedir la aplicación de mitad de seguridad ni el decomiso de cosas.

La amnistía proviene de la raíz griega *amnesis* (amnesia) que significa olvido; es un excluyente de la punibilidad. Se distingue del indulto pues esta es una facultad legislativa que se ejerce ante los llamados delitos políticos. La amnistía puede ser decidida antes del proceso penal, durante su curso, o bien extinguiendo ya el mismo por sentencia firme.⁴⁷⁰

1.5. La inmunidad, conforme a casos prácticos: Son frecuentes los casos en que una persona que goza de inmunidad parlamentaria comete un delito, y la cuestión aquí es saber si se le puede o no *detener* en flagrancia.

Supongamos que un diputado, en notorio estado de ebriedad, golpea e insulta a cuantos meseros le atienden en un bar. Los meseros, para defenderse de quien dice ser diputado, lo aseguran hasta que llagan los policías preventivos, y no obstante que el diputado se acredita como tal, los policías lo detienen y lo ponen a disposición del Ministerio Público, que finalmente le pone en libertad. Al día siguiente el diputado alega que los policías violaron su inmunidad parlamentaria, al detenerle.

Desde luego, los policías no violaron la inmunidad parlamentaria del diputado. Una persona, aunque goce de inmunidad, debe ser detenida al momento de estar cometiendo un delito, y ponérsele a disposición del Ministerio Público, quien a su vez no podrá turnar el asunto ante la autoridad judicial si antes no cuenta con una *declaración de procedencia*. La inmunidad, desde este punto de vista, no es sino un obstáculo procesal.

Atendiendo a la defensa legítima que presentaron los meseros frente al diputado, hay que decir que la **defensa legítima no resulta excluida por el hecho de que el agresor goce de una causa personal de exclusión de la pena**, como lo es la inmunidad.

⁴⁶⁸ Cerezo Mir, José, Derecho Penal Español Parte General, Op. cit., pp. 140 y 141. Además agrega el autor en cita, acertadamente: "Dado que las excusas absolutorias operan bajo comportamientos típicos, antijurídicos y culpables, no es posible hablar de un error sobre ellas, sin embargo si puede presentarse dicho error y por ello se propone que se atenué la pena."

⁴⁶⁹ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 29.

⁴⁷⁰ Chiappini, Julio, Problemas de Derecho Penal, Op. cit., p. 20.

Otro problema es el que se presenta cuando se quiere saber si los colaboradores cercanos que participaron dentro de la actividad delictiva de quien goza de inmunidad están o no protegidos por dicho obstáculo procesal.

Veámoslo con dos ejemplos: **Problema uno:** Los asesores de un diputado inducen a éste para la realización de un cuantioso fraude. **Problema dos:** Un grupo de asesores elaboran un escrito que al ser leído por el diputado se termina por injuriar a terceras personas.

Según lo anterior: ¿la inmunidad del diputado alcanza a proteger a sus asesores?

Conforme a la inmunidad debe tenerse (relativamente) por atípica la conducta del diputado, con ello cabe proteger a los partícipes de una conducta delictiva realizada por quien goza de inmunidad. Esto sólo protege a las personas que realmente pertenecen al grupo de colaboradores, pues si un tercero no cualificado participa en el delito cometido por un diputado, entonces, al tercero no cualificado no lo protege la inmunidad, en mi opinión.

2. La pena como un acto comunicativo: Desde el punto de vista de la comunicación, se observa que la pena es una *réplica demostrativo-simbólica* que se ofrece frente al significado *demostrativo-simbólico* del hecho punible. Situación por lo que se afirma además que la pena no puede ni subsanar un daño producido a través del delito en el bien jurídico agredido, ni conceder las indemnizaciones por daños y perjuicios.

3. La pena y la prevención penal: La imposición de la pena tiene dos fines: de prevención general, y de prevención especial. Con el fin de prevención general se confirma la vigencia de la norma infringida, retomando la confianza general de su observancia para el futuro.

Con la prevención especial pretende la resocialización del autor.⁴⁷¹ A la culpabilidad debe añadirse la consideración preventiva, tanto general como especial, de que la pena es necesaria para reforzar el sentimiento jurídico y la fe en el Derecho de la comunidad y para activar sobre el autor del delito, evitando su recaída en el mismo.⁴⁷²

Así, la medida de la pena depende, desde perspectivas preventivas, en primer lugar, de la gravedad de la lesión de los bienes y, en segundo lugar, de la intensidad de la energía criminal.⁴⁷³ Por tanto, la pena no puede hallar su legitimación en un sentido ideal, sino únicamente en su necesidad preventiva, esto es, en su función social.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ Rudolphi, Hans-Joachim, "El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal", Op. cit., p. 83.

⁴⁷² Muñoz Conde, Francisco, En Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, De Claus Roxin, Op. cit., pp. 20 y 21.

⁴⁷³ Schönemann, Bernd, "La función del principio de culpabilidad en el moderno Derecho penal preventivo", Op. cit., p. 57.

⁴⁷⁴ Achenbach, Hans, "Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad", Op. cit., p. 139.

4. Teorías que explican la prevención penal:

4.1. Prevención general negativa: Según la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, se debería hacer tomar conciencia al autor en contra de su deseo, de que después del hecho seguirá un mal, y que ese mal será mayor que la insatisfacción del impulso al hecho.⁴⁷⁵

A partir del principio de culpabilidad ("*no hay pena sin culpabilidad, ni culpabilidad por encima de ella*") para delimitar el *quantum* de la pena, paralelamente existen otros puntos base de cualificación, por ejemplo: la intensidad en la lesión del bien jurídico, la comisión habitual o reincidente si la hubiera, gradaciones en la conducta antes y después del hecho, no obstante —cometa Malamud Gotl— la sola peligrosidad no sirve en modo alguno de sustento adecuado a los fines de prevención general de la pena.⁴⁷⁶

El efecto de *intimidación* de la pena, del proceso penal y del cumplimiento de la pena sobre terceros —incluso— sobre la colectividad, se denomina hoy con frecuencia "especial prevención general".⁴⁷⁷ La prevención general negativa tiene por finalidad intimidar a los ciudadanos a efecto de que en el futuro no comenten delitos.

La prevención general negativa, basada en la intimidación, es completamente legítima.

4.2. Prevención general positiva y comunicación: En el ámbito del Derecho penal sistémico-normativo, el concepto de comunicación reviste particular relevancia, pues el mismo permite comprender la *teoría de la prevención general positiva* presentada por Günther Jakobs; lo anterior es así por que, siguiendo en esto a Niklas Luhmann,⁴⁷⁸ *toda comunicación humana tiene lugar bajo premisas normativas, lo cual presupone estructuras que se estabilizan contrafácticamente* —muy a pesar de los hechos—, y además aquellas estructuras siguen manteniendo su validez incuestionable, aún ante su trasgresión por parte de los individuos.

La comunicación en sentido normativo, hace comprender al Derecho como un sistema *autopoietico*; y particularmente al Derecho penal, esta concepción le permite elaborar una teoría de la *prevención general positiva*.

Por otra parte, la *comunicación normativa* posibilita comprender los espacios de organización social, de conformidad a los deberes especiales o generales preestablecidos: roles especiales o generales; y, en su caso, los *conocimientos especiales* que le sobrevienen a cualquier especie de rol.

⁴⁷⁵ Sacher de Köster, Mariana, Evolución del Tipo Subjetivo, Op. cit., p. 57.

⁴⁷⁶ Malamud Gotl. Jaime E., La Estructura Penal de la Culpa, Op. cit., p. 127.

⁴⁷⁷ Kaufmann, Armin, "La misión del Derecho penal", Op. cit., p. 18.

⁴⁷⁸ Luhmann, Niklas, "La comunicación jurídica", Revista Confluencias, núm. 1, Vol. I, Septiembre de 1996, Consejo Estatal de Veracruz, p. 21.

Vale recordar que, como lo han reconocido Hassemer y Muñoz Conde, la prevención general positiva es la más moderna de las teorías que se han presentado en torno a los fines de la pena; además dichos autores coinciden al decir que: "no hay mayor prevención general que la que se da cuando la pena es efectivamente cumplida."⁴⁷⁹

4.3. La fidelidad al Derecho: Es de recordarse, que la *teoría de la prevención general positiva* de Günther Jakobs, es una teoría cuyo sustento se encuentra precisamente en la fidelidad al Derecho; de tal manera que, si una persona se ha dejado de motivar por el Derecho, aspecto que por ejemplo se denota mediante la comisión de un delito, esa aptitud infiel deberá ser *compensada* a través de la imposición de una sanción, a partir de lo cual, la demás comunidad de personas constatará que las normas de su Ordenamiento jurídico son *vigentes*, y que se anteponen —mediante la aplicación— a comportamientos no fieles al Derecho. Todo ello genera cierta *confianza* de parte de la comunidad para con el Derecho; esa confianza puede ser expresada en términos de: *prevención general positiva*.

Jakobs ha generalizado diciendo que un "*defecto volitivo*" siempre debe entenderse como un "*déficit de voluntad*", y concretamente como un "*déficit de motivación fiel al Derecho*".⁴⁸⁰

Günther Jakobs explica que la prevención general positiva es *prevención general*, porque pretende producir un efecto en todos los ciudadanos; y es *prevención positiva*, debido a que el efecto que se propone producir sobre los ciudadanos, es un efecto que no se pretende que consista en provocar *miedo* ante la pena, sino en una *tranquilización* en el sentido de que la norma está vigente, y que la *vigencia* de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser *fortalecida* por la pena.⁴⁸¹ En otro lado comenta el mismo autor que prevención general positiva quiere decir *mantener la vigencia de la norma*. Y por otra parte argumenta: "la pena, en la prevención general positiva, no tiene por objeto que el delincuente no delinca más en el futuro, y tampoco que alguien lo haga, sino sólo mostrar que lo correcto es confiar en la *vigencia de la norma*".⁴⁸² En fin, Jakobs caracteriza a la prevención general positiva como un "*ejercicio en la lealtad jurídica*", o como "*la estabilización de la confianza en el orden jurídico*".

La prevención general positiva no tiene por objeto que el delincuente no delinca más en el futuro, y tampoco que alguien lo haga, sino que la teoría de la prevención general positiva tan sólo tiene por objeto mostrar que lo correcto es confiar en la vigencia de la norma; entendiéndose por vigencia de la norma, la *estabilidad* sobrevenida por la pena frente a la defraudación de una expectativa normativa de carácter penal.⁴⁸³

⁴⁷⁹ Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Ed. Titant lo Blanch, Op. cit., pp. 161 y 140.

⁴⁸⁰ Jakobs, Günther, "*Principio de culpabilidad*", Op. cit., p. 145.

⁴⁸¹ *Ibidem*, 146.

⁴⁸² Jakobs, Günther, "*Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas*", Op. cit., p. 214.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 214.

Seguindo a Claus Roxin⁴⁸⁴ podemos enumerar los efectos de la prevención general positiva:

- a) El efecto de aprendizaje motivado sociológicamente que debe producir el ejercicio en la *lealtad jurídica*;
- b) El efecto de *confianza* que resulta cuando el ciudadano observa que se cumple el Derecho; y,
- c) El efecto de *apagamiento* que se presenta cuando el delincuente ha cometido muchas faltas y con la pena se tranquiliza la conciencia jurídica general sobre las infracciones jurídicas considerándose como cancelado el conflicto con el actor.

4.4. La prevención general positiva y el sistema penal en general: En la prevención general positiva el Derecho penal aparece como un subsistema social plenamente identificado (*autopoietico*), de tal manera que el Ordenamiento jurídico no se hace cargo de problemas sociales que ni él origina ni a él le compete solucionar, sino que deja a otros subsistemas sociales (educación, economía, política, religión, etcétera) para que, en cuanto les corresponda, eviten el incremento de la delincuencia.

De la prevención general positiva,⁴⁸⁵ es fácil la referencia en el sentido de que el Derecho penal posfuncional constituye un sistema cerrado (autoreferencial), pero que, por el contrario, del lado de la imputación objetiva, la casuística (tópica) se ve un tanto favorecida, de tal modo que podemos decir que el sistema penal, así entendido, se entre abre, no a los fines preventivo-generales y preventivo-especiales de una prevención negativa o intimidatoria —como sí ocurre en el funcionalismo teleológico-racional—, sino que tal apertura deviene—más enfáticamente—del lado de la imputación objetiva del comportamiento, ya que sus principios y postulados, como es fácilmente verificable, admiten la discrepancia de criterios normativos, situación esta que lleva al Derecho penal a tomar decisiones no solamente por la vía de la *subsunción* lógico-dogmática entre la norma penal y el caso, sino además contempla la posibilidad de fundamentar cualquier decisión atendiendo a otros argumentos relacionados por ejemplo con la organización social (prohibición de regreso) o con el reparto de tareas y deberes especiales o generales (rol especial y rol general).⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ Roxin, Claus, "La reparación civil dentro del sistema de los fines penales", Op. cit., pp.115 y 116.

⁴⁸⁵ Achenbach, Hans, "Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad", Op. cit., p. 140. Si la prevención general positiva se trata de la confirmación del Derecho a través de la sanción pública, comenta Achenbach, se trata por tanto de "ejercitar en la finalidad al Derecho", es decir, de una relación entre la infracción de la norma y la sanción mediada en términos de psicología social.

⁴⁸⁶ Schünemann, Bernd, Consideraciones Críticas sobre la Situación Espiritual de la Ciencia Jurídico-Penal Alemana, Op. cit., p. 45. De ahí por qué Jakobs, en palabras de Schünemann: "...considera errada toda delimitación entre dolo e imprudencia realizada en virtud del criterio descriptivo psicológico de la conciencia. Afirma que sólo el defecto cognitivo debe exonerar de la pena más grave del delito doloso, de modo que para esta razón, según él, en caso de un defecto volitivo como el de una falta de reflexión por indiferencia, únicamente resulta adecuada la pena del 'delito doloso' (...) "...él afirma que no sólo las denominaciones, sino que también las formas dogmáticas para la acción y para la culpabilidad son idénticas en las personas físicas y jurídicas, pero niega la punibilidad de las personas físicas conforme al Derecho Positivo".

5. Resocialización del delincuente: La resocialización del delincuente no ha sido siempre un fin a seguir por el Derecho penal, tal idea de resocialización del delincuente más bien floreció en la etapa de la Ilustración,⁴⁸⁷ donde por cierto se encuentran los fundamentos del Derecho penal moderno.

6. La indemnización en materia penal: En concreto, afirma la doctrina, es más compatible con la prevención general positiva que con la prevención general negativa; esto es, que la reparación civil en materia penal, sirve más para restablecer la *confianza* en el Derecho (prevención general positiva), que como mera *intimidación* (prevención general negativa).

Claus Roxin,⁴⁸⁸ ve en la reparación civil las siguientes ventajas:

- a) El agente delictivo puede experimentar su aplicación como una medida razonable y justa;
- b) La reparación civil puede conducir al reconocimiento del Derecho; y
- c) La reparación civil evita las consecuencias desocializantes que acarrea consigo la privación de la libertad.

En fin, Claus Roxin opina que la reparación civil puede ser muy eficiente como medida de prevención general y especial; así que recomienda hacer de la reparación civil una "*tercera vía*" del Derecho penal, al lado de la pena y de las medidas de seguridad.

En nuestro Derecho procesal penal, la reparación civil del daño, no deja de ser sino una buena intención del legislador, ello porque no se han establecido los mecanismos procesales suficientes para hacerla realidad.

7. Punibilidad a personas físicas y punibilidad a personas jurídico colectivas: A mediados del siglo XVIII, la mayoría de los penalistas reconocían la punibilidad de las personas jurídico-colectivas. A comienzos del siglo XIX, la mayoría de los penalistas se expresó contra la punición de personas morales, y sólo desde entonces —precisa Hirsch— desapareció la punibilidad de las personas jurídico-colectivas de los códigos penales.⁴⁸⁹

En los momentos actuales, Achenbach dice que tan legítimo es imponer una *multa* a la empresa, debido a la una infracción del Derecho de competencia, como legítimo es la imposición de una *pena* a la empresa, por causa por ejemplo de una situación de

⁴⁸⁷ Silva Sánchez, Jesús-María, "La finalidad resocializadora del Derecho penal", Revista Jurídica de Posgrado, Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, Año 3. núms. 9 y 10, Enero-Junio de 1997, pp. 78 y 79.

⁴⁸⁸ Roxin, Claus, "La reparación civil dentro del sistema de los fines penales", Revista Trimestral Alemana de Letras y Artes: Universitas, Núm. 3. Marzo de 1987, pp. 218 y 219.

⁴⁸⁹ Hirsch, Hans Joachim, "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", tr. Patricia Ziffer, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Fascículo III, España, 1993, p. 1102.

responsabilidad por un delito contra el medio ambiente.⁴⁹⁰ En atención a la actualidad del tema, todavía más concretamente plantea Hirsch: "en el ámbito del derecho contravencional, las sanciones punitivas contra personas jurídicas están legítimamente relacionadas, sea en la ley alemana de contravenciones, sea en el derecho sancionatorio de Comunidad Europea."⁴⁹¹

En el concepto antes citado, a no ser por la palabra "*individuos*", cabría considerar a las personas jurídico-colectivas como destinatarios de las normas penales. Evidentemente, las personas jurídico-colectivas pueden ser *sujetos pasivos* de un delito, y en ese sentido las normas penales dirige también a ellas su protección. En cambio, lo cierto es que, en nuestro Derecho, las personas jurídico-colectivas no pueden ser sujetos activos del quebrantamiento de una norma penal.

8. Medidas de seguridad: Las medidas de seguridad tienen una finalidad preventivo-especial, pues están dirigidas a evitar que el autor cometa en el futuro hechos lesivos. La finalidad preventiva de las penas y de las medidas de seguridad en esencia son iguales.

8.1. Diferencia entre penas y medidas de seguridad: Para distinguir entre pena y medida de seguridad, tenemos que desde el punto de vista formal, se llama *culpabilidad* al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor de un delito, mientras que, se llama *peligrosidad* al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una medida de seguridad; en tal forma que el hecho típico y antijurídico de un autor culpable dará lugar a la imposición de una *pena*, en tanto que el hecho típico y antijurídico de un autor culpable o inculpable, pero *peligroso*, dará lugar a la imposición de una *medida de seguridad*.

Como se ve, las penas y las medidas de seguridad, si bien se pueden distinguir teóricamente, cumplen en la práctica el mismo papel y tienen de hecho la misma finalidad y contenido. Por estas y otras razones se pregunta Francisco Muñoz Conde: "¿En qué medida no estamos jugando con las palabras y, al cambiar el nombre de la pena por el de medida, no estamos dejando indefenso al individuo frente al poder absoluto del Leviathan estatal."⁴⁹² Muñoz Conde ve entre las penas y las medidas de seguridad no menos que un "*fraude de etiquetas*".

Amelung, cuando con motivo de la *inserción* de la política criminal en el interior mismo de la dogmática penal, refiere que es preciso cuestionarse si no debe acaso definirse la finalidad político-criminal del tercer nivel del delito (culpabilidad), de modo que abarque tanto penas como medidas de seguridad.⁴⁹³ Para esto, primeramente, es correcto recordar que tradicionalmente los Ordenamientos jurídicos han excluido a las medidas de seguridad del principio "*nulla poena sine lege*", atendiendo al carácter no

⁴⁹⁰ Achenbach, Hans, "*Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán*", Op. cit., p. 407.

⁴⁹¹ Hirsch, Hans Joachim, "*La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*", p. 101.

⁴⁹² Muñoz Conde, Francisco, en: *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, de Claus Roxin, Op. cit., 19.

⁴⁹³ Amelung, Knut, "*Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de la orientación político-criminal de Roxin*", Op. cit., p. 105.

reprobatorio y no afflictivo de la seguridad. Sin embargo sería inútil negar que si con las penas se persiguen fines *preventivo-especiales* y *preventivo-generales*, entonces con las medidas de seguridad únicamente se buscan fines *preventivo-especiales*.

8.2. Presupuestos para la imposición de una medida de seguridad: Para la imposición de una medida de seguridad, es suficiente con que el autor se haya comportado en forma típica y antijurídica, aquí no importa la culpabilidad del autor.

8.3. Medición de las medidas de seguridad: La gravedad y duración de las medidas de seguridad están limitadas por el principio de proporcionalidad del hecho.

9. La peligrosidad como fundamento de las medidas de seguridad: Así como la pena se fundamenta y determina según la medida de culpabilidad, la peligrosidad por su parte fundamenta y determina la imposición de las medidas de seguridad.

9.1. El juicio de peligrosidad: El juicio de peligrosidad es el que indica si cabe o no presumir que un sujeto se vuelva a comportar en forma típica y antijurídica.

9.2. La peligrosidad del autor neutralizada por las penas y medidas de seguridad: Si no es posible neutralizar con la pena la peligrosidad de un sujeto, entonces han de imponerse las medidas de seguridad para ello necesarias.⁴⁹⁴

10. Las medidas de seguridad, conforme a casos prácticos:

Es importante distinguir las dos situaciones siguientes:

- a) Una medida de seguridad se le puede imponer a un sujeto que no tenga capacidad de culpabilidad pero que haya cometido un hecho dañoso que demuestre su *peligrosidad*.
- b) Las medidas de seguridad igualmente se pueden aplicar, de manera *accesoria*, junto con la pena.

Cuando una medida de seguridad se impone **en forma no accesoria a la pena**, se exige que el autor a quien se le deba aplicar dicha medida, cuando menos se haya comportado de modo antijurídico, lo cual supone una actuación típica no justificada. Así, **la tipicidad y la antijuridicidad de un comportamiento fundamentan la aplicación de medidas de seguridad no accesorias a la pena. Y el *quantum* de la medida de seguridad se determina según el grado de *peligrosidad* del autor.**

Una medida de seguridad accesoria a la pena del autor, se aplica cuando dicho sujeto se haya comportado de modo típico, antijurídico y culpable. Hay que decir, en estos casos, el *quantum* de la medida de seguridad no debe ser superior al *quantum* de la culpabilidad.

Las reglas anteriores las reconoce el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en los siguientes términos:

⁴⁹⁴ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 91.

"Artículo 5. (Principio de culpabilidad). (...) Igualmente se requerirá la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si ésta se impone accesoriamente a la pena, y su duración estará en relación directa con el grado de aquélla. Para la imposición de las otras medidas penales será necesaria la existencia, al menos, de un hecho antijurídico, siempre que de acuerdo con las condiciones personales del autor, hubiera necesidad de su aplicación en atención a los fines de prevención del delito que con aquéllas pudieran alcanzarse."

Además, conforme al principio de legalidad, siguiendo al nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su artículo primero, a nadie se le puede imponer una medida de seguridad, si la misma no está previamente establecida en la ley como presupuesto de una conducta típica.

La anterior es una *ampliación* al principio de legalidad, según el cual no se deberá imponer una pena sin que antes esté prevista en una ley. Al respecto vale recordar que el principio de legalidad, según la propia Constitución Política, y conforme a sus antecedentes históricos, *sólo se refiere a la imposición de penas*, y no a la imposición de medidas de seguridad. Aquí se verifica cómo la ley secundaria guarda una relación *recíproca* respecto con la ley fundamental, de tal manera que puede *—validamente—* ampliar una garantía constitucional. En fin, todo esto es un acierto del nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Las medidas de seguridad que se pueden imponer, según lo establece el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 31, son las siguientes:

"Artículo 31. (Catálogo de medidas de seguridad). Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son:

- I Supervisión de la autoridad;
- II Prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él;
- III Tratamiento de inimputables o imputables disminuidos; y
- IV Tratamiento de deshabitación o desintoxicación."

Es verificable que mientras la pena está fundamentada por la culpabilidad del autor, en cambio, las medidas de seguridad las fundamenta la peligrosidad de sujeto.

El *juicio de peligrosidad*, necesario para imponer una medida de seguridad, ha de basarse en la presunción de que *en el futuro* se podrán presentar hechos dañosos por parte del sujeto activo, atendiendo a su propia personalidad.

Problema uno: Un loco se defiende de la agresión antijurídica de su vecino. Si se acredita la defensa legítima del sujeto inimputable, entonces: ¿se le impondrá alguna medida de seguridad?

La respuesta es negativa debido a que si bien se trata de una conducta típica, el hecho en general está justificado por defensa legítima, con lo cual no se acredita la antijuridicidad como presupuesto para imponer una medida de seguridad.

Problema dos: ¿Cuáles son los presupuestos necesarios para imponer una medida de seguridad, y conforme a qué base deben cuantificarse?

Una medida de seguridad tiene como presupuesto la realización de un hecho típico y antijurídico a la vez. Las medidas de seguridad deben cuantificarse atendiendo a la peligrosidad del autor (*juicio de peligrosidad*).

Problema tres: ¿Sobre qué base debe cuantificarse la duración de una medida de seguridad accesoria a la pena?

Las medidas de seguridad accesorias a la pena, al igual que ésta, deben calcularse tomando en consideración que no deben rebasar la medida de la culpabilidad del autor (juicio de culpabilidad).

11. Comentarios generales:

1. Las condiciones objetivas de punibilidad son aquellas circunstancias exigidas por el legislador, sin las cuales, no obstante que exista una acción típica, antijurídica y culpable, la pena sin embargo no se podrá imponer al autor.
2. El fundamento de las condiciones objetivas de punibilidad está en que si bien un comportamiento típico, antijurídico y culpable, que es —por ello— *merecedor de pena*, sin embargo no se le sanciona por que no está *necesitado de pena*; y aquí *la necesidad de pena es mayor que el merecimiento de sanción*.
3. La opinión Günther Jakobs en el sentido de que la inmunidad ha de interpretarse, no como mera causa personal de exclusión de la pena, sino como determinante de que se descarte tratar el hecho como típico penalmente, permite que no resulte posible la participación en un hecho favorecido por la inmunidad, por falta de tipicidad, precisamente.
4. La defensa legítima no resulta excluida por el hecho de que el agresor goce de una causa personal de exclusión de la pena, como lo es la inmunidad.
5. En el ámbito del Derecho penal sistémico-normativo, el concepto de comunicación reviste particular relevancia, pues el mismo permite comprender la *teoría de la prevención general positiva* presentada por Günther Jakobs; lo anterior es así por que, siguiendo en esto a Niklas Luhmann, *toda comunicación humana tiene lugar bajo premisas normativas, lo cual presupone estructuras que se estabilizan contrafácticamente* —muy a pesar de los hechos—, y además aquellas estructuras siguen manteniendo su validez incuestionable, aún ante su trasgresión por parte de los individuos.
6. *La prevención general positiva* de Günther Jakobs, es una teoría cuyo sustento se encuentra precisamente en la fidelidad al Derecho; de tal manera que, si una

persona se ha dejado de motivar por el Derecho, aspecto que por ejemplo se denota mediante la comisión de un delito, esa aptitud infiel deberá ser *compensada* a través de la imposición de una sanción, a partir de lo cual, la demás comunidad de personas constatará que las normas de su Ordenamiento jurídico son *vigentes*, y que se anteponen —mediante la aplicación— a comportamientos no fieles al Derecho.

7. La tipicidad y la antijuridicidad de un comportamiento fundamentan la aplicación de medidas de seguridad no accesorias a la pena. Y el *quantum* de la medida de seguridad se determina según el grado de *peligrosidad* del autor.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Conclusiones generales: 1. La sistemática como producto de la época moderna (época de la razón instrumental). 1.1. Concepto de modernidad. 1.2. Crítica a la Ilustración. 1.3. Crítica a la modernidad en tanto racionalismo. 1.4. La modernidad como unilateralidad. 2. La modernidad como etapa que condujo a la creación de sistemas cerrados. 2.1. La modernidad como etapa que condujo a la creación de un sistema jurídico-penal cerrado. 2.2. El problema de la apertura —que no de la orientación— del sistema penal, depende del concepto de razón que se siga. 3. El funcionalismo teleológico-racional como un sistema implantado a decisiones político-criminales, sabiendo que la orientación no implica la apertura de un sistema.

1. La sistemática como producto de la época moderna (época de la razón instrumental): En este trabajo, hasta el momento, ha sido característico, por un lado, la notable sistematicidad del Derecho penal, sistematicidad que redundo en lo que se denomina: *dogmática penal*; igualmente sobresale la dificultad de concretizar los principios dogmáticos aplicables a un hecho real, a través de ejemplos. En esta segunda parte de mi trabajo trataré de comprobar que subsiste la necesidad de comprender al Derecho penal conforme a una determinada *identidad* (personal y social). Partiré de la idea general —ya defendida en otros trabajos— en el sentido de que la dogmática penal se debe a las características y necesidades de un cierto sistema previamente establecido, y que la sistemática en general no es sino resultado del concepto de razón instrumental, que delimita y organiza al sistema. Así, se demostrará que para la elaboración del sistema penal que ahora conocemos, se debió partir de un concepto de razón instrumental, mismo que permitió *delinear* —arquitectónicamente— el sistema y —por ende— la dogmática penal.

1.1. Concepto de modernidad: La modernidad es la época de la razón, inicia en los siglos XV y XVI, con el Renacimiento, pero, específicamente en 1750, con la obra de René Descartes es cuando se decide *anteponer* a todo —sobre todo— la razón. Así, el objetivo de la modernidad fue: *anteponer la razón sobre lo irracional, la seguridad sobre la inseguridad, lo objetivo sobre lo subjetivo, la certeza sobre el error.*

El mundo moderno es un mundo de apariencias, en mi opinión, se puede definir como el mundo de la simulación y de la hipocresía. Por ejemplo, el proyecto de la Ilustración —máxima expresión de la modernidad— fracasó, no se cumplió porque está plagado de simulaciones e hipocresías.

Si como se dice: la modernidad garantiza la objetividad del conocimiento, lo que —metodológicamente— se puede demostrar, igual debe señalarse que la metodología —pensada como proceso— acaba por construir otra realidad, otro mundo; luego entonces, por qué subordinarse a otro mundo, a otra realidad. En verdad, lo moderno no escapa a lo subjetivo, es más: lo moderno termina en la subjetividad.

1.2. Crítica a la Ilustración: Si la Ilustración diseñó un modelo de sociedad sin problemas, en la que los sujetos fueran libres y las naciones soberanas, en el que se desterrara la inseguridad, la subjetividad y la irracionalidad, pues bien, nada de ello se cumplió, ni se puede cumplir en absoluto.

Si el propósito de la Ilustración fue abatir la incertidumbre y la inseguridad, ahora, sin embargo, la incertidumbre y la inseguridad son lo que abaten a dicho proyecto, pues nunca antes el hombre —y en general la humanidad— habían padecido tanta inseguridad. El progreso acelerado de la ciencia (ciencia al servicio del poder) auspició de manera importante el desarrollo bélico y la manipulación genética, que ahora ponen en riesgo al mundo entero.

La modernidad no tiene ningún respeto por la naturaleza, el proyecto de la Ilustración ha estado lejos de llevar a cabo el respeto por la naturaleza: ¿el desarrollo bélico tiene algo que ver con el respeto de la naturaleza? La modernidad hace ver a la naturaleza como un objeto de dominio y de explotación, y se olvida que dicho dominio y explotación de la naturaleza implica también el dominio y la explotación del hombre; en este sentido, en la modernidad, el hombre (y su naturaleza) se refleja(n) como objeto de dominio y explotación.

Como he referido, la modernidad, muy en particular la Ilustración, antes que ser un proyecto inacabado, es en realidad un proyecto fracasado que termina donde comenzó. Su finalidad fue alcanzar en plenitud la autonomía y libertad del hombre, y si bien logró liberar al hombre de ciertos dogmas eclesiásticos, no menos cierto es que los nuevos hombres —los hombres de la modernidad, a saber: burócratas, militares, y en general el hombre masa— no estuvieron a salvo en lo personal, espiritual y humano, sino que por el contrario, las instituciones —producto del desarrollo y el progreso— fueron las primeras en atentar contra la espiritualidad del hombre, arrebatándole su identidad, en una lógica disfrazada de individualismo (en la que el binomio individuo-sociedad se escinde por completo). De esta manera el hombre moderno es definido e identificado conforme a su función. La idea de función —rol o papel— y la práctica inevitable de la misma, desemboca en la desesperación que padecen los burócratas, supuestamente libres y autónomos. En menos palabras, como es sabido, el concepto de libertad individual proveniente de la Ilustración no hizo sino legitimar el liberalismo burgués.

1.3. Crítica a la modernidad en tanto racionalismo: Es un hecho que la modernidad hizo de la razón un extremo irracional. La razón extrema es tan unilateral como reduccionista y lineal. Quien antepone sobre todo la razón avanza —linealmente— sobre supuestos, y según sus supuestos, de tal manera que pierde el horizonte y cae en lo irracional. Así ha sucedido por ejemplo con los racistas y con los terroristas, que partiendo de ciertos supuestos —sus supuestos—, terminan siendo unilaterales, reduccionistas e irracionales, pero cometen los actos más crueles, en nombre de la razón. Respecto del dominio económico-político cabe decir lo mismo; igualmente ocurre con relación a lo que se denomina "razón de Estado", misma razón que termina en la arbitrariedad, el despotismo y en la violencia.

1.4. La modernidad como unilateralidad: La modernidad nos ha dado una visión lineal (unilateral) de la vida, del progreso y de la historia; de esta manera, la Ilustración se concretizó como el triunfo de la ideología burguesa. En fin, ser racional, en un sistema burgués liberal (auspiciado por la Ilustración) equivale a perseguir el poder como único fin. Y en este contexto —por cierto— la labor del jurista se reduce en proteger las instituciones que sirven al sistema de la razón (razón al servicio del poder).

2. La modernidad como etapa que condujo a la creación de sistemas cerrados: La modernidad, en tanto que hizo de la razón el centro de todo lo verdadero, el centro de todo lo real, en ese sentido se configuró como una etapa que no podía sino conducir a la construcción del conocimiento a través de explicaciones estrictamente sistemáticas, pues sólo así se podía decir que dichas explicaciones eran científicas (la sistemática era presupuesto de cualquier explicación científica).

En la época moderna rigió un modelo de sistema euclidiano, un sistema modelo que reúne los siguientes elementos:

- a) Se integra conforme a un sistema cerrado.
- b) El punto de partida (la base del sistema) está constituido por un conjunto de axiomas que como tales no están sujetos a la crítica.
- c) De la relación de los axiomas con otros axiomas se infieren o se deducen ciertas *preposiciones secundarias*. Estas preposiciones secundarias se pueden demostrar formalmente atendiendo a su *relación* con los axiomas.
- d) La concatenación entre los axiomas y las preposiciones secundarias es de tal modo lineal que la carga del resultado (la decisión del sistema o argumentación final del sistema) se incrementa proporcionalmente hasta llegar a la base (axioma) que se tiene por incuestionable.
- e) El sistema adquiere propiedades como la de totalidad, integridad, autosuficiencia o autonomía, cohesión o relación formal de sus elementos.
- f) Se relacionan las categorías del sistema por medio de modalidades pre-establecidas.
- g) El sistema tiene un único punto de partida.
- h) El lema del sistema es: "explicar por medio de la derivación"; es decir, el sistema pretende ofrecer explicaciones a través de fundamentos silogísticos, racionalistas.
- i) El sistema funciona conforme a una lógica (dogmática) predeterminada.
- j) La estructura del sistema es piramidal.
- k) La integración de las categorías del sistema es reductiva.

2.1. La modernidad como etapa que condujo a la creación de un sistema jurídico-penal cerrado: El sistema penal moderno presenta las siguientes características, mismas características que —como se ha visto— pertenecen a todo sistema euclidiano:

- a) Estructura
- b) Jerarquía
- c) Equilibrio
- d) Centro
- e) Opuestos binarios
- f) Autopoléisis o autoreferencia
- g) Dogmática

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Al ver reflejadas en el Derecho penal las anteriores características de la sistemática en general, se obtienen las siguientes conclusiones:

- a) Que la estructura del sistema penal está compuesta principalmente por las siguientes categorías: conducta (acción u omisión), tipicidad (objetiva y subjetiva), antijuridicidad (formal y material), y culpabilidad.
- b) Que las categorías que componen la estructura del Derecho penal están ordenadas de modo jerárquico-lineal, lo cual, les impone una debida prelación lógica.
- c) Que los principales opuesto binarios del sistema penal son: acción-omisión, tipicidad-atipicidad, juridicidad-antijuridicidad, y, culpabilidad-inculpabilidad.
- d) Que la dogmática penal resulta de las *relaciones* permitidas entre las categorías del sistema. Dichas relaciones adquieren un carácter lógico-formal en tanto que están sujetas a la estructura jerárquica de las categorías del sistema penal.
- e) Por cuanto hace al centro del sistema penal, el mismo lo identifico según los diversos modelos de sistema que han presentado el causalismo (naturalista y valorativista), el finalismo, el funcionalismo y, más recientemente, el posfuncionalismo. Así, relaciono al sistema causalista-naturalista como un sistema cerrado ausente de valoraciones jurídico-culturales y político-criminales, cuyo centro se ubica en el desvalor de resultado o en la lesión **-causal- de un bien jurídico**. Relativo al sistema causalista-valorativista, lo comprendo como un sistema abierto a valoraciones jurídico-culturales, pero que, en concordancia con el sistema causalista-naturalista, **el centro de dicho sistema siguió siendo representado por el quebrantamiento del bien jurídico**.

En cuanto al finalismo, creo que se trata de un sistema cerrado tanto a decisiones jurídico-culturales como a decisiones político-criminales; sin embargo, **el centro de dicho sistema está en el desvalor de la acción, en el dolo**.

El funcionalismo teleológico racional, lo describo como un sistema abierto (mejor dicho: *orientado*) a decisiones político-criminales. **El centro de tal sistema lo identifico en la tipicidad objetiva, concretamente en la imputación objetiva** (entendida esta como un regulador normativo del nexo causal).

Finalmente, al funcionalismo sistemático-normativo, representado por Jakobs, lo interpreto como un sistema que puede adquirir cierta abertura de su sistema penal, no sólo en la imputación objetiva como reguladora del nexo causal, sino sobre todo en la imputación objetiva comprendida como imputación personal del comportamiento, conforme al principio de confianza y la prohibición de regreso, principalmente.

2.2. El problema de la abertura —que no de la orientación— del sistema penal, depende del concepto de razón que se siga: Conforme a un concepto —previo— de razón, el Derecho penal puede o no aparecer estructurado en forma de lógica arquitectónica, dogmáticamente configurado. Pero, verdídicamente, si bien sistema es razón, la razón —en cambio— no culmina con un sistema; ello pues existen razones de suyo insistematizables, por ejemplo: el sentimiento jurídico. De ahí entonces el problema de la sistemática penal: ¿de qué manera un sistema puede excluir lo que a su vez rechaza: ya el sentimiento jurídico, ya el sentimiento de justicia?

Un concepto de razón dialógica permitiría construir, un sistema abierto; ello conforme a un modelo de *sistema de red*, que cuenta con las siguientes propiedades elementales:

- a) Es un modelo de sistema abierto.
- b) Las categorías o elementos del sistema se organizan e interaccionan de modo no-jerárquico.
- c) Las categorías del sistema se relacionan por medio de modalidades variadas.
- d) La interacción o conexión entre las categorías no es reductiva sino inferencial.
- e) La estructura del sistema no es piramidal sino cíclica.
- f) El sistema carece de una base axiomática.
- g) No funciona conforme a una lógica (dogmática) preestablecida, determinada o inevitable.
- h) Su lema es: "explicar por medio de interacción".
- i) Pretende ofrecer explicaciones razonables, comprensibles o defendibles, no busca explicaciones racionalistas o fundamentos lógico-conclusivos, unilaterales.

3. El funcionalismo teleológico-racional como un sistema orientado a decisiones político-criminales, sabiendo que la orientación no implica la abertura de un sistema: Respecto a la cuestión de saber si el funcionalismo teleológico-racional constituye o no un sistema *abierto* conforme a decisiones político-criminales, mi respuesta es la siguiente: considero al funcionalismo de Roxin como una estrategia que *va del sistema al problema*, pero que *regresa, más tarde, del problema al sistema*,

vía decisiones político-criminales. Si bien la política criminal influye en la dogmática penal, ello lo hace, en todo caso, *sistemáticamente*, conforme al sistema. Por ello, así lo creo, el funcionalismo de Roxin no puede constituir un sistema penal abierto en sí. Más bien, un sistema penal abierto sería aquel que vinculara concepto y consecuencia (teoría y práctica) en un sólo tiempo, y una tal situación, en sentido estricto, acabaría por eliminar toda clase de dogmática, por funcional que sea.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Propuestas de carácter filosófico-metodológico: 1. Propongo que se lleve a cabo una crítica definitiva al sistema penal, conforme a la estrategia de la deconstrucción. 1.1. La *différance* como una estrategia concreta para el desocultamiento. 1.2. Signo, significado y *différance*. 2. Propuesta para una deconstrucción de las categorías y signos jurídico-penales. 2.1. La tipicidad-legalidad y la orientación teleológico-racional del sistema penal. 2.2. El problema de la abertura del sistema penal, desde el punto de vista de Claus Roxin. 3. Propongo la abertura del sistema penal conforme a una categoría general de identidad. 3.1. La identidad y la idea de lo social. 3.2. Identidad y conciencia. 3.3. Identidad e identificación de nos-otros. 3.4. Identidad e identificación de nos-otros. 3.5. Comunicación, norma e identidad.

1. Propongo que se lleve a cabo una crítica definitiva al sistema penal, conforme a la estrategia de la deconstrucción sistemática: Considero que la *deconstrucción* es una estrategia, una estrategia para dismantelar otra estrategia: la estrategia del ocultamiento.

La deconstrucción penetra en lo subterráneo, en lo oculto de un discurso, previa identificación de la fisura en el que se infringen las leyes y se hacen notables las incoherencias sistemáticas que el propio discurso imponía. Las incoherencias sistemáticas de un discurso *deconstruido* quedan a la vista cuando se demuestra cómo el discurso anula la filosofía, los principios, en que se sostenía su argumentación.

Con la deconstrucción se buscan toda clase de contradicciones, márgenes y marginalidades. *Deconstruir* es una estrategia que no se puede reducir a un método, no obstante que dicha estrategia sí tenga una finalidad, a saber: el dismantelamiento, el desocultamiento de un sistema, cualquier sistema.

Si se pregunta por las propiedades que favorecen el ocultamiento, debo decir que dichas propiedades pertenecen a toda clase de discursos sistemáticos, debo afirmar que incluso los discursos sistemáticos son inoperables si antes no favorecen el ocultamiento. Así, es una propiedad de los discursos sistemáticos el ocultar lo que desde otro punto de vista aparece como insistemizable, incontrolable, no racionalista.

En fin, así lo creo, el ocultamiento se lleva a cabo ya desde la estructura propia de un sistema, entre una y otra categoría, entre una y otra jerarquía.

1.1. La *différance* como una estrategia concreta para el desocultamiento: La *différance* es lo diferenciado y diferido a la vez. El neologismo *différance* apunta al significado de la unidad mínima (signo) del habla y de la escritura (voz y palabra respectivamente). Es a través de la *différance* como se distinguen y difieren –al propio tiempo– los signos (del habla y de la escritura) para adquirir significado.

La *différance*, debido a que implica un diferimiento, también hace comprensible que a propósito de diferirse los significados en ellos quede la marca (huella o grama) como resultado de dicho diferimiento.

Diferirse quiere decir también marcarse, dejar la huella en el otro; de tal manera que el diferimiento de un significado consiste en aplazar para "más adelante" lo que ahora se niega, lo posible que por el momento es imposible.

En fin, el significado de un signo resulta tanto de su distinción como de su diferimiento de otro signo; así, el significado de un signo es producto de múltiples diferencias igualmente diferidas —espacio temporalmente— de otros signos.

1.2. Signo, significado y *diférance*:

- a) **Significar no es posible sin diferenciar:** Si un signo, si una palabra o una voz adquieren significado, ello es porque se distinguen de otro signo, de otra palabra o de otra voz; así, un signo adquiere significado según sea su diferencia con otro(s) signo(s).
- b) **El significado de un signo deriva de su diferencia con otro signo que no está en sí presente:** Para dar significado a un signo se tiene que aludir a su diferencia con otro signo, a otro signo que no está en sí presente, que no está en sí presente en el signo que se quiere significar.
- c) **Lo único presente en el signo que se quiere significar es la huella de otro signo:** Sabemos y extraemos el significado de un signo a partir de diferenciarlo de otro signo que no está en sí presente pero del cual se tiene su marca o su huella (grama) que le pertenece como algo propio al signo que queremos significar.
- d) **El significado de un signo no puede extraerse de algo realmente presente:** El significado no puede extraerse de algo realmente presente, pues el mismo se infiere del pasado, o del futuro de algo no presente en sí, pero que se tiene —o se puede tener— su marca o su huella.
- e) **La huella que está presente en un signo, no es sino el resultado de lo ausente en lo presente:** Efectivamente, la huella de un signo conserva la marca del elemento pasado, pero al mismo tiempo, la marca se deja señalar por su relación con el elemento futuro.

2. Propuesta para una deconstrucción de las categorías y signos jurídico-penales: Primeramente debe reconocerse que cuando la ciencia penal se consideró —así misma— legitimada en la historia y en la filosofía, fue entonces que se declaró: *moderna*. ¿En qué relatos o en qué discursos histórico-filosóficos se legitima la ciencia penal moderna?, ¿han perdido legitimidad esos relatos, esos discursos?, concretamente: ¿ha perdido legitimidad la ciencia penal moderna? Si las interrogantes anteriores se acreditaran como verdaderas, es decir, si se des-acreditan los relatos en que se legitima la ciencia penal moderna, la misma descendería y perdería su carácter de ciencia auténtica, adquiriendo el rango de *una simple ideología*, de un instrumento de poder. Al propio tiempo, al des-acreditarse los discursos histórico-filosóficos en que busca legitimidad la ciencia penal, dichos discursos aparecerán como: "un vulgar

relato".⁴⁹⁵ Pues bien, el discurso –histórico-filosófico– en que se legitima el Derecho penal, y con base en el cual se declara moderno, es el discurso de la Ilustración; discurso comúnmente desacreditado luego de la Segunda Guerra Mundial.

Por lo que hace al centro del sistema penal, no el centreo del sistema causalista, finalista o funcionalista, sino el centro del sistema penal moderno, lo representa –según considero– **la seguridad jurídica, el principio de legalidad**. El principio de legalidad, centro del sistema penal, está para equilibrar la estructura y el libre juego del sistema penal. Desde el principio de legalidad es posible explicar todo el sistema penal, desde la entrada hasta la salida, es decir, desde que un problema es considerado típico, hasta que dicho problema es resuelto. Con el principio de legalidad lo que se hace es auspiciar la construcción de un sistema penal cerrado, pues un principio que obliga a la exacta aplicación de la ley, no puede sino conducir a un sistema cerrado; claro, falta interpretar qué se entiende por la estricta aplicación de la ley penal, pero, lo que en todo caso se obvia, es que un principio de legalidad que tiende a evitar precisamente la interpretación, es un principio que implica la construcción de un sistema cerrado.

Con base en el principio de legalidad se puede comprender la estructura jerárquica del sistema penal. Incluso el principio de legalidad representa el primer fundamento de la dogmática penal, porque una dogmática que no respeta el centro del sistema al que pertenece y la determina, sencillamente, no es dogmática.

Si no se tuviera miedo, si el miedo fuera solamente un prejuicio infundado, entonces, la seguridad no fuera preponderante sobre la inseguridad; esto es: **en la inseguridad (en el miedo) está la explicación de por qué la seguridad, la certeza, sobresale ante la inseguridad, ante el error**. Y dado que la inseguridad no es un prejuicio infundado (como lo han demostrado el capricho, la arbitrariedad y el despotismo de muchos gobernantes), por ello se explica que se pretenda alcanzar una seguridad total.

Falta preguntar si luego de que un sistema penal adquiere la seguridad-legalidad como vértice o centro del mismo: ¿dejamos de ser inseguros?, ¿el principio de legalidad nos ha dado seguridad?, ¿estamos realmente seguros del sistema penal?, ¿tenemos seguridad, certeza, acerca del sentido de una resolución jurídica, de una sentencia por ejemplo?

Sin titubeos, particularmente considero que la inseguridad jurídica, en la actualidad, se oculta en su contrario, en la seguridad jurídica. Creo que la seguridad jurídica, a través del principio de legalidad, y conforme a la exacta aplicación de la ley penal, no se hace sino ocultar la inseguridad; la inseguridad se simula con el principio de legalidad; por eso la seguridad jurídica no se muestra como algo evidente, como algo real.

Lo dicho no merece demasiadas explicaciones, a pesar de que algunos se puedan desconcertar con ello. Sin embargo, diré que la exacta aplicación de la ley penal, debido a que es prácticamente inalcanzable (comenzando por que un hecho no se

⁴⁹⁵ Lyotard, Jean, La Condición de la Posmodernidad, tr. Mariano Antolín, Ed. Cátedra, Madrid, 1989, p. 74.

puede subsistir sobre el Derecho) ello abre el camino interminable de la inseguridad jurídica. Frente a un caso por ejemplo, el abogado defensor —a pesar de que su cliente hubiere lesionado un bien jurídico dolosamente y sin justificación alguna— buscará todas las alternativas posibles para que se califique el hecho como atípico, digamos, por decir algo, porque el Ministerio Público no haya fundamentado suficientemente la calidad de garante del autor, calidad de garante que en el caso concreto hubiera sobrevenido por injerencia o por asunción, y el Ministerio Público ni siquiera conozca dichas figuras dogmáticas (injerencia, asunción). Desde luego, esta es la forma —sino cuál otra— como operan los defensores. Ellos buscan los detalles —mínimos a veces— con el fin de encontrar la inexacta aplicación de la ley penal; para demostrar, ahora desde su punto de vista, la inseguridad jurídica de la que aseguran ser objeto. **Es así como se permite fundamentar la inseguridad a través de la seguridad, y hacer prevalecer la impunidad, a la vez.** Nada de esto es extraño, más bien lo extraño es por qué no se dice, por qué no se reconoce, por qué se trata de ocultar. Si no se dice, si no se reconoce y si se oculta porque no se tiene otra alternativa, ni con ello se justifica.

Lo que deseo comprobar es que la seguridad es posible si también la inseguridad lo es; que la seguridad se define a partir de la inseguridad; que la seguridad hace posible a la inseguridad. Efectivamente, y en sentido estricto, la seguridad hace posible la inseguridad. Gracias a la seguridad (a la certeza) puede dominarse la inseguridad (la angustia), porque **la inseguridad es el resultado del modo de ser posible de la seguridad.**

No representa ninguna sorpresa saber que cuando un principio se toma —unilateralmente— como base (centro) de sus expectativas, pronto no resistirá la carga de su peso y dicho principio remitirá a su contrario: la razón y la seguridad —por ejemplo— en tanto principios unilaterales que soportan ellos mismos la carga de su peso, se traducen en su contrario: irracionalidad e inseguridad. Me propongo sostener que: **si se intenta remitir cada vez mayores grados de racionalidad y seguridad, esas mismas remisiones originarán irracionalidad e inseguridad.**

Si insisto en este tema es porque deseo hacer ver que si el Derecho penal busca el equilibrio, la estabilidad, ello no se debe a otra cosa, sino que se debe a que en el propio sistema penal subyace algo esencialmente inestable, desequilibrado, inseguro; y negar el desequilibrio, la inseguridad y el juego del sistema, es lo mismo que negarse a la posibilidad de cambiar.

La seguridad, centro del sistema penal, tiene por función limitar el libre juego (la inseguridad) del sistema, en todas sus categorías. Esto precisamente permite saber y dominar la lógica posicional del sistema penal, y transgredir incluso sus límites y su legalidad. Si, **se trata de dar continuidad a la forma —única forma— de seguridad (dogmática penal) hasta de-formarla, con sus mismas reglas, con el mismo principio de seguridad.**

La seguridad del sistema penal —y en general de cualquier sistema— depende de sus propios límites. Y se dirá que un sistema cerrado, mejor delimitado, brinda mayor seguridad que un sistema abierto, poco delimitado; pero, esto es un puro decir, porque no existe ningún sistema penal cerrado en sí; es decir, ningún sistema puede estar

completamente limitado, pues los límites dependen también de lo que se encuentre más allá de los límites (la inseguridad); por tanto, no puede determinarse —a ciencia cierta— si las diferencias (la inseguridad) que constituyen el más allá de los límites del sistema penal son internas o externas al sistema penal.⁴⁹⁶ Porque la inseguridad conforma el límite del sistema penal, por eso es parte de él. Un sistema como el Derecho penal no es posible sin límites, y en los límites, en las fronteras del sistema penal está la inseguridad.

2.1. La tipicidad-legalidad y la orientación teleológico-racional del sistema penal: La función político-criminal de la tipicidad, según Roxin, consiste en hacer respetar el principio de legalidad. Sin embargo, la función político criminal de la antijuridicidad es la de favorecer la solución social de conflictos, solución adecuada, desde luego, a decisiones político-criminales. Por su parte, la culpabilidad cumple con la función de especificar la necesidad y el merecimiento de la pena conforme a los fines preventivos de la misma.

El funcionalismo teleológico racional parece limitar el principio de legalidad a la categoría de la tipicidad; así, en sentido estricto, el principio de legalidad nada tiene que hacer en la antijuridicidad, pues en tal categoría rigen incluso principios de Derecho consuetudinario; igual ocurre en la culpabilidad, en donde se debe estar al tanto de los aspectos concretos del hecho y del autor. Algo en esto no parece bien, porque no es cierto que la antijuridicidad y la culpabilidad estén sujetas a la arbitrariedad. Por ejemplo, si el exceso de defensa legítima se castiga con la pena del delito culposo, cuando en realidad existe dolo, ello no quiere decir que tal decisión político-criminal sea solamente un capricho o una arbitrariedad. Si esto es así, entonces, el principio de legalidad sí tiene algo que hacer a nivel de antijuridicidad. De modo general, siguiendo a Roxin, la política criminal debe encontrar apoyo —para no quedar fuera de toda convicción científica— en una relación valorativa comparable en la ley.⁴⁹⁷

2.2. El problema de la apertura del sistema penal, desde el punto de vista de Claus Roxin: Cuando Roxin expuso su modelo teleológico-racional, él era consciente en el sentido de que había llegado al fin de toda clase de dogmática basada sobre la construcción de un sistema penal cerrado. Sin embargo, Roxin atacó parcialmente dicho problema al considerar que la cuestión no pertenecía al pensamiento sistemático como tal, sino al equivocado planteamiento de su desarrollo dogmático.⁴⁹⁸ Roxin no buscó cambiar el modelo de pensamiento sistemático, únicamente quiso reajustar la dogmática jurídico-penal. Pero, como se sabe, la propuesta de Roxin culminó en la orientación del sistema penal en general, y no simplemente en el reajuste de la dogmática.

La orientación del sistema penal, aunque fue determinante para reajustar la dogmática, ni con eso, resolvió el problema inicial: el de evitar toda clase de argumentación basada en un modelo sistemático-dogmático estricto. Así las cosas, lo

⁴⁹⁶ Laclau, Ernesto, "Deconstrucción, pragmatismo, hegemonía", tr. Marcos Mayer, en: *Deconstrucción y Pragmatismo*, Ed. Piadós, Buenos Aires, pp. 111 y 112.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 30.

⁴⁹⁸ Roxin, Claus, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, pp. 24 y 25.

que Roxin propuso fue plantear otra clase de dogmática penal, distinta de la anterior, por supuesto, en tanto que esta nueva dogmática estuviera acorde a las finalidades político-criminales, pero sin que dicha dogmática perdiera su valor posicional en el sistema.

Entonces, el modelo teleológico-racional lo que cambió no fue el modelo sistemático-dogmático penal, sino lo que transformó fue el fundamento, la orientación del sistema penal. Dicho brevemente, la magnífica propuesta de Roxin consistió en crear una nueva clase de dogmática que fuera compatible con las decisiones político-criminales más convincentes, específicamente, con el modelo de Estado de Derecho.

Particularmente coincido con Roxin; por ejemplo, estoy de acuerdo con la tendencia de evitar la construcción de un sistema penal cerrado que sobrecargue la fuerza de las decisiones en una simple lógica posicional o dogmática penal; en lo que no coincido es en pensar que dicho problema debe atacarse en el ámbito de la dogmática penal. Ni siquiera considero que el problema se deba a una errónea orientación del sistema. Más bien, la cuestión consiste en el concepto previo de razón que se tenga para la construcción de un sistema. El concepto de razón del que se parta, además de dar luz sobre lo sistematizable y lo insistematizable, además, propiciará abordar lo presupuestos sobre el Estado de Derecho.

3. Propongo la abertura del sistema penal conforme a una categoría general de identidad: La identidad es fuente de toda característica y de toda identificación. Tener identidad significa resistirse a la pérdida de características propias y a la pérdida de toda identificación. De modo particular, las personas tenemos identidad en tanto que somos singulares, en tanto que podemos identificarnos o ser identificados.

3.1. La identidad y la idea de lo social: El fenómeno de lo social puede ser abreviado del siguiente modo: El trabajo hace posible la interacción social del hombre. Trabajar es interactuar. El trabajo y la interacción social no son posibles sin la comunicación. El trabajo, la interacción y la comunicación propician diversas formas de organización, entre las que sobresalen: la división del trabajo y la organización institucional de una sociedad.

3.2. Identidad y conciencia: La identidad exige conciencia, la conciencia no puede lograrse sin identidad. La persona que tiene conciencia de sí tiene a la vez identidad. La conciencia de sí exige a la vez conciencia contextual y conciencia temporal. La identidad, en este sentido, se entiende como proximidad, proximidad consigo mismo y proximidad con los otros. La proximidad (consigo y con los demás), no sólo ha de verse como presencia (existencia o ser), antes bien, ha de verse como destino (deber ser).⁴⁹⁹

3.3. Identidad e identificación de nos-otros: Si las personas (nos-otros) hacemos juicios cognitivos, religiosos, morales, éticos, políticos, jurídicos o estéticos, es porque buscamos identificarnos. Si tenemos necesidad de identificar a una persona, es

⁴⁹⁹ Berumen Campos, Arturo, *La Ética Jurídica como Redeterminación Dialéctica del Derecho Natural*, Ed. Cárdenas Editores, México, 2000, p. 524. "La autoconciencia es producto pasivo y la condición activa del reconocimiento recíproco."

porque, en primer lugar, ignoramos su identidad. A la pregunta acerca de cómo identificamos a una persona, hay que decir que la identificamos por su contexto; así, la identificación —al igual que la identidad— requiere de un contexto. Identificar es particularizar, limitar o caracterizar, de ahí que la identificación, en tanto particularización, tiene que ver con la identidad.

Pero, es cierto, la identidad colectiva se pierde a través del reduccionismo, esto es, se tiende hacia la des-identificación cuando se trata de escindir el binomio individuo-sociedad. La des-identificación puede o no traer una re-identificación. Cuando la inestabilidad se refleja en el reduccionismo del binomio individuo-sociedad, no sólo se pierde la posible re-identificación de lo colectivo, sino que incluso existe el riesgo de que el propio individuo pierda su identidad personal.

3.4. Identidad e identificación de nos-otros: La decisión es un acto que confirma la conciencia de sí. La decisión presupone identidad personal, identificación personal. Cuando la decisión constituye un acto de identificación colectiva, entonces dicha decisión confirma la identidad colectiva del sujeto. En menos palabras, la decisión presupone identificación, pues, como se ha dicho, **la identificación es una decisión inherente a la decisión**, de otro modo, simplemente, no podríamos establecer criterios para elegir aquello con lo cual no nos identificamos.

3.5. Comunicación, norma e identidad: La comunicación presupone hacer algo común, y si ello ocurre entre dos o más sujetos, entonces, la comunicación es lo que nos identifica. En el acto de comunicarse, en el acto de hacer algo común, los sujetos además de identificarse entre sí, se identifican consigo mismos. Los sujetos, las personas, adquieren identidad personal y colectiva, a través de la comunicación.

Cuando los sujetos se comunican, y en la medida en que hacen común el objeto de la comunicación, en esa medida, surge **el respeto mutuo**, y con ello las normas originales (las que no implican subordinación), y es el respeto lo que —antes que otra cosa— se comparte o se hace común, como objeto de comunicación. Así, la comunicación, además de estar en el origen de las normas, también está en el origen de las personas.

Las normas pueden ser definidas como aquellas relaciones derivadas de la comunicación que coaligan identidades personales. La norma, en este contexto, es prueba plena de que el hombre es persona, pues se ha identificado así mismo y con los demás. La perfección de la norma está tanto en la perfección de la comunicación, como en la perfección de la identidad (personal y colectiva) de las personas.

Bibliografía

Achenbach, Hans, "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán", tr. Ujala Joshi Juber, en: Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1995.

Ambos, Kai, Dominio del Hecho por Dominio de Voluntad en Virtud de Aparatos Organizados de Poder, tr. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998.

Arzt, Gunther, "La parte especial del Derecho penal sustantivo", tr. Luis Arroyo Zapatero, en: Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, Ed. Ariel, Barcelona, 1989.

Amelung, Knut, "Sobre el barrero de la responsabilidad en los supuestos de autoría mediata por dominio sobre un sujeto no responsable que se autolesiona", tr. David Felip Saborit, en: Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1995.

Baumann, Jürgen, Derecho Penal, Conceptos Fundamentales y Sistema (Introducción a la Sistemática sobre la Base de Casos), tr. Conrado A. Finzi, Ed. Depalma, Argentina, 1973.

Berumen Campos, Arturo, La Ética como Redeterminación Dialéctica del Derecho Natural, Cárdenas Editores, México, 2000.

Botke, Wilfried, "Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de Derecho penal de la Comunidad Europea", tr. Mirentxu Corcoy Bidasolo, en: Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1995.

- "La actual discusión sobre las finalidades de la pena", tr. Guillermo Bentiouch Petit, en: Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin), Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1997.

Cancio Meliá, Manuel, La Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1998.

- "La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (imputación a la víctima)", En: Teoría de la Imputación Objetiva, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998.
- Los Orígenes de la Teoría de la Adecuación Social: Teoría Final de la Acción e Imputación Objetiva, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1994.

Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, Teoría General del Delito, Ed. Cárdenas editores, Segunda edición, México, 1998.

- "El funcionalismo, hoy", Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XLIX. Núms. 227-228, Septiembre-Diciembre, 1999, UNAM.
- "Teoría de la imputación objetiva", Criminología, Año LXIII, núm. 2, Mayo-Agosto, México, 1997.

Díaz Aranda, Enrique, "La conducta del sujeto activo en el homicidio consentido: ¿autoría o participación?", Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XLV, núm. 203-204, Septiembre-Diciembre, 1995.

- "Consideraciones penales en torno a la ubicación y relevancia del consentimiento de la víctima en la eutanasia (primeras aproximaciones)", Revista Jurídica Jalisciense, Año 3. núm. 5, Enero-Abril, Jalisco, MCMXCIII.
- "El consentimiento del sujeto activo", Revista Jurídica de Posgrado, Año 4, núms. 13 y 14, Enero-Junio, Oaxaca, 1998.
- Dolo, Ed. Porrúa, México, 2003.

Engisch, Karl, Introducción al Pensamiento Jurídico, tr. Ernesto Garzón Valdez, Ed. Guadarrama, Madrid, 1967.

- La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales, tr. Juan José Gil Cremades, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968.

Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, trs. Perfecto Andrés Albáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, y, Rocío Cantarero Bandrés, Ed. Trotta, Valladolid, 1989.

Franco Guzmán, Ricardo, Delito e Injusto, Médico, 1950.

Frich, Wolfgang, "El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad", tr. Enrique Peñaranda, en: El Error en el Derecho Penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

Gallas, Wilhelm, La Teoría del Delito en su Momento Actual, tr. Juan Córdoba Roda, Ed. Bosch, Barcelona, 1959.

Gimbernat, Enrique, Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

- Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad, Ed. Reus, Madrid, 1966
- Estudios de Derecho Penal, Ed. Civitas, Segunda edición, Madrid, 1980.

Goldschmidt, James, Problemas Generales del Derecho (Obra Póstuma), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944.

- La Concepción Normativa de la Culpabilidad, trs. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1943.

Günther, Hans-Ludwig, "La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal", en: Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

Graf zu Dohna, Alexander, La Estructura de la Teoría del Delito, tr. Carlos Fontán Balestra, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958.

Grünwal, Geral, "Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad limitada", tr. Patricia Ziffer, en: El Error en el Derecho Penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

Haffke, Bernhard, "El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal", tr. Jesús María Silva Sánchez, en: Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1995.

Heinz Gössel, Karl, El Defensor en el Proceso Penal, trs. Domínguez R., y Schöne, W., Ed. Temis, Colombia, 1989.

Hruschka, Joachim, "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", en: Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Ed. Tirat lo Blanch, Valencia, 1989.

- Crítica al Derecho Penal de Hoy, tr. Patricia Ziffer, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998.
-
- Hassemmer Winfried, Fundamentos del Derecho Penal, trs. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Ed. Bosch, Barcelona, 1984.

Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación, trs. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

- Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional, trs. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- ¿Ciencia del Derecho: Técnica o Humanística?, tr. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996.
- La Imputación Objetiva en Derecho Penal, tr. Manuel Cancio Meliá, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- Estudios de Derecho Penal, trs. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, y Manuel Cancio Meliá, Ed. Civitas/Uam ediciones, Madrid, 1997.
- "Imputación jurídico penal, Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma", tr. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en: Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno, Ed. Hammurabi, Argentina, 1998.
- "Conocimiento y desconocimiento de la norma", tr. Marcelo Sancinetti, en: Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno, Ed. Hammurabi, Argentina, 1996.

Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal Parte General, trs. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1981.

Joshi Juber, Ujala, La Doctrina de la "Actio Libera In Causa" en: Derecho Penal, (ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto), Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1992.

Kaufmann, Armin, Teoría de las Normas, trs. Enrique Basigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977.

- "La misión del Derecho penal", tr. Santiago Mir Puig, en: La Reforma del Derecho Penal II, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1981.

Kaufmann, Arthur, La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad, tr. Luis Villar Borda, Ed. Temis, segunda edición, Bogotá, 1998.

Kindhäuser, Urs, "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho", trs. Juan Córdoba y Gustavo Bruzzone, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

Larenz, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, tr. Marcelino Rodríguez Molinero, Ed. Ariel, segunda edición definitiva, Barcelona-Caracas-México, 1980.

Luhmann, Niklas, Complejidad y Modernidad (de la Unidad a la Diferencia), trs. Josexto Beriain y José María García Blanco, Ed. Trota, Valladolid, 1998.

- Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, tr. Ignacio de Otto Pardo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- Sociología del Riesgo, tr. Javier Torres Nafarrate, Ed. Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, México, 1992.

Maiwald, Manfred, De la Capacidad de Rendimiento del Concepto de "*Riesgo Permitido*", para la Sistemática del Derecho Penal, tr. Marcelo Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996.

Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, tr. Juan Córdoba Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962.

Márquez Piñero, Rafael, Derecho Penal, Parte General, Ed. Trillas, México, 1991.

Márquez Piñero, Rafael, Delitos Bancarios, Ed. Porrúa, México, 1998.

Teoría de la Antijuridicidad, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003.

Medina Peñaloza, Sergio P., Teoría del Delito, Ed. Ángel Editor, México, 2001.

Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Curso de Derecho Penal, Parte General, Ed. Porrúa, México, 1999.

Perrón, Walter "*Principios estructurales de la justificación en los Derechos penales español y alemán*", en: Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

Porte Petit, Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, ed. 17, Ed. Porrúa, México, 1998.

Puppe, Ingeborg, "*Error de hecho, error de derecho, error de subsunción*", tr. Manuel Cancio Meliá, en: El Error en el Derecho Penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

Quintino Zepeda, Rubén, Perspectivas Penales, edición privada, México, 2000.

Diccionario Básico de la Ciencia Penal Moderna, edición privada, México, 2001.

Dogmática Penal Actual, Libro en Homenaje al Prof. Dr. Márquez Piñero, edición privada, México, 2001.

Radbruch, Gustav, Introducción a la Filosofía del Derecho, tr. Wenceslao Roses, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1978.

- Leyes que no son Derecho y Derecho por Encima de las Leyes, tr. José María Rodríguez Paniagua, Ed. Aguilar, Madrid, 1971.

- El Hombre en el Derecho, tr. Anibal del Campo, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

Reinhard, Frank, Estructura del Concepto de Culpabilidad, tr. Sebastián Soler, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, Santiago, 1966.

Reyes Alvarado, Yesid, Imputación Objetiva, Ed. Temis, Bogotá, 1994.

Roxin, Claus, Introducción al Derecho Penal de Hoy, trs. Francisco Muñoz Conde y Diego-Manuel Luzón Peña, Ed. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.

- "*La parte general del Derecho penal sustantivo*", tr. Luis Arroyo Zapatero, en: Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal, Ed. Ariel, Barcelona, 1989.

- Dogmática Penal y Política Criminal, tr. Manuel A. Abanto Vásquez, Ed. Idemsa, Perú, 1998.

- Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, tr. Francisco Muñoz Conde, Ed. Reus, Madrid, 1981.

- La Imputación Objetiva en el Derecho Penal, tr. Manuel A. Abanto Vásquez, Ed. Idemsa, Perú, 1994.

- Teoría del Tipo Penal, Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico, tr. Enrique Basigalupo, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979.
- Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, tr. Francisco Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1972.
- Política Criminal y Estructura del Delito, Elementos en Base a la Política Criminal, trs. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Ed. P.P.U. Barcelona, 1972.

Rudolph, Has-Joachim, Causalidad e Imputación Objetiva, tr. Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998.

Sancinetti, Marcelo, Ilícito Personal y Participación, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

- Subjetivismo e Imputación Objetiva en Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996.
- "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva", Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998.
- Casos de Derecho penal, Ed. Hammurabi, Segunda edición, Buenos Aires, 1986.
- Fundamentación Subjetiva del Ilícito y Desistimiento de la Tentativa, Ed. Temis, Buenos Aires, 1995.

Schmidt Eberhardt, "La ley y los jueces", tr. Jose Maria Rodríguez Paniagua, Ed. Aguilar, Madrid, 1971.

Schöne, Wolfgang, Imprudencia, Tipo y Ley Penal, tr. Patricia Ziffer, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996.

Schünemann, Bernd, Consideraciones Críticas sobre la Situación Espiritual de la Ciencia Penal Alemana, tr. Manuel Cancio Mellá, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996.

- "La función de la legitimación de injusto y culpabilidad", tr. Carlos Suárez González, en: Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1995.
- "Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva", tr. Pablo Sánchez-Ostiz, en: Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin), Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

Silva Sánchez, Jesús María, "Sobre las posibilidades y límites de una dogmática suprapersonal del Derecho penal", en: Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1995.

- "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español", en: Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1995.
- El Nuevo Código Penal: Cinco Cuestiones Fundamentales, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1997.
- Perspectivas Sobre la Política Criminal Moderna, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.

- "*Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*", en: *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1997.
 - *El Delito de Omisión Concepto y Sistema*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986.
 - *La Expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- Spittler, Erdmute, "*Contribución a una crítica de la ciencia y política criminal de la ejecución penal*", tr. Esther Jiménez-Sainas Colomer, en: *La Reforma del Derecho Penal II*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1981.
- Stratenwerth, Hünter, *Derecho Penal, Parte General, el Hecho Punible*, tr. Gladys Romero, Ed. Edersa, Madrid, 1982.
- *¿Qué Aporta la Teoría de los Fines de la Pena?*, tr. Marcelo Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996.
 - *El Futuro del Principio Jurídico Penal de Culpabilidad*, trs. Enrique Basigalupo y Agustín Zugaldía Espinar, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980.
- Struensee, Eberhard, "*Exposición y abandono de personas*", tr. Marcelo Sancinetti, en: *Problemas Captales del Derecho Penal Moderno*, Ed. Hammurabi, Argentina, 1998.
- "*Los delitos de tenencia*", tr. Fernando Córdoba, en: *Problemas Captales del Derecho Penal Moderno*, Ed. Hammurabi, Argentina, 1998.
- Tiedemann, Klaus, "*El Derecho procesal penal*", tr. Juan-Luis Gómez Colomer, en: *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989.
- Ullrich Paeffgen, Hans, "*Observaciones acerca del error de tipo permisivo*", tr. Fernando J. Córdoba, en: *El Error en el Derecho Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, tr. Luis Díez-Picazo Ponce de León, Ed. Taurus, Madrid, 1986.
- *Tópica y Filosofía del Derecho*, Jorge M. Peña, Ed. Gedisa, Barcelona, 1997.
- Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, trs. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Ed. Editorial Jurídica de Chile, Tercera edición castellana y doceava edición alemana, Chile.
- *Más Allá del Derecho Natural y del Positvismo Jurídico*, tr. Ernesto Garzón Valdés, Ed. Universidad Nacional Autónoma de Córdoba, Córdoba, 1962.
 - "*El problema de la validez del Derecho*", tr. José María Rodríguez Panlagua, Ed. Aguilar, Madrid, 1971.
- Wolter, Jürgen, "*Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del Derecho penal*", tr. Francisco Baldo Lavilla, en: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1995.
- "*Problemas político-criminales y jurídico-constitucionales de un sistema internacional de Derecho penal*", tr. Eduardo Onecha Pérez, en: *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- Zipf Heinz, *Introducción a la Política Criminal*, tr. Miguel Izquierdo Macías-Picavea, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979.