



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
“ARAGÓN”**

**DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO E INVESTIGACIÓN
CONSEJO NACIONAL DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA**

**“TRASCENDENCIA DE LA IMPUTABILIDAD EN
LAS DIFERENTES TEORÍAS DEL DELITO, Y
SU RELACIÓN COMO ELEMENTO FUERA E
INDEPENDIENTE DE LA CULPABILIDAD”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
MAESTRO EN DERECHO
P R E S E N T A:
LIC. FELIPE HUGO MUÑOZ GUZMAN**



**TUTOR:
MTRO. RICARDO OJEDA GÁNDARA**

SAN JUAN DE ARAGÓN, ESTADO DE MÉXICO NOVIEMBRE 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A NUESTRA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO, por que me albergó desde que curse la licenciatura y durante mi estancia en la maestría esperando que lo siga haciendo como un futuro doctor ante...

A LA DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO E INVESTIGACIÓN EN LA FES ARAGÓN, Por haberme dado la oportunidad de abrirme un campo de conocimiento dentro del Universo cognoscitivo del Derecho penal....

AL CONSEJO NACIONAL PARA LA CIENCIA Y LA TECNOLOGIA, por haberme becado dentro del padrón de excelencia académica, por que sin su ayuda no se hubiera llegado a este momento...

A TODOS LOS DOCTORES Y MAESTROS QUE FORMAN PARTE DE LOS PROFESORES EN EL H. POSGRADO EN DERECHO, Por que de ellos aprendí a tener una disciplina para el estudio, y de haber nacido una gran admiración por ellos.....

A LOS MIEMBROS DEL COMITÉ TUTORAL, por haberme guiado y haber realizado criticas constructivas durante los dos años en que tuvieron a bien dictaminar nuestro trabajo de investigación de grado....

A LOS MIEMBROS DEL COMITÉ REVISOR, salvo omisión, Juez. Mtro. Ricardo Ojeda Gándara, Dr. Bernabé Luna Ramos, Dr. Pedro Ugalde Segundo, Dr. Fernando López Juárez, Dr. Noé López Mendoza....

A MIS COMPAÑEROS MAESTRANTES, por todos aquellos momentos tan agradables en las aulas de clase.....

A ALCIS por ser intermediaria entre el apañam y el posgrado...

A DIOS por darme la oportunidad de estar vivo.....

DEDICATORIAS

A mis hijos Ilse y Hugo, aunque son muy pequeños espero que algún día se sientan orgullosos de su padre que los ama.....

A mis padres por que a la fecha me siguen brindando apoyo incondicional pese a las adversidades...gracias..

De nueva cuenta a nuestra **Universidad Nacional**, por que es mi segunda casa...

**“El conocimiento es lo que hace verdaderamente libre al hombre”
(Magdo. Dr. Miguel Ángel Aguilar López)**

TRASCENDENCIA DE LA IMPUTABILIDAD EN LAS DIFERENTES TEORÍAS DEL DELITO, Y SU RELACIÓN COMO ELEMENTO FUERA E INDEPENDIENTE DE LA CULPABILIDAD.

INTRODUCCIÓN..... I

CAPÍTULO PRIMERO

LA RELEVANCIA DE LA IMPUTABILIDAD

1.1 Importancia del criterio clásico.....6
1.2 Posición Positivista respecto a la Imputabilidad.....18
1.3 Posiciones eclécticas.....24
1.4 Criterio finalista respecto a la Imputabilidad.....31
1.5 Aspectos relevantes de las escuelas penales más importantes respecto de la Imputabilidad.....35

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO CONCEPTUAL DE LA IMPUTABILIDAD.

2. Razones terminológicas sobre la Imputabilidad.....41
2.1 Imputación e Imputabilidad.....45
2.2 Capacidad de acción.....55
2.3 Capacidad jurídica de Deber.....56
2.4 Capacidad de culpabilidad.....57
2.5 Capacidad de conducirse socialmente.....58
2.6 Capacidad de motivación.....58
2.2.1 Capacidad de pena.....60
2.2.2 La imputabilidad a partir de la necesidad de pena.....64
2.2.3 La Imputabilidad o capacidad de la Culpabilidad.....65
2.2.4 Las acciones libres en su causa.....67
2.2.5 La Inimputabilidad.....72
2.2.6 El Método de la Inimputabilidad.....84

CAPÍTULO TERCERO
LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN LAS TEORIAS DEL DELITO.

| | |
|---|-----|
| 3.1 La construcción de la estructura del delito en el Casualismo Clásico..... | 85 |
| 3.2 Opiniones de Von Liszt y Beling..... | 99 |
| 3.3 La estructura de delito en el Causalismo neoclásico..... | 105 |
| 3.4 Postura de Mezger, Mayer, Freudenthal..... | 115 |
| 3.5 La estructura de delito en la Teoría Final de la acción..... | 119 |
| 3.6 Posturas de Hans Welzel y Graf Zu Donna..... | 132 |
| 3.7 La estructura de delito en el Funcionalismo Alemán..... | 152 |
| 3.8 Posturas de Roxin y Jakobs..... | 158 |

CAPÍTULO CUARTO
TRASCENDENCIA DE LA IMPUTABILIDAD EN LAS DIFERENTES
TEORÍAS DEL DELITO, Y SU RELACIÓN COMO ELEMENTO FUERA E
INDEPENDIENTE DE LA CULPABILIDAD

| | |
|---|-----|
| 4.1 la imputabilidad como presupuesto general del delito..... | 166 |
| 4.2 la imputabilidad como presupuesto de la conducta..... | 170 |
| 4.3 la imputabilidad como elemento de la tipicidad..... | 172 |
| 4.4 la imputabilidad como elemento de la antijuricidad..... | 176 |
| 4.5 la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad..... | 177 |
| 4.6 la imputabilidad como elemento de la culpabilidad..... | 183 |
| 4.7 la imputabilidad como presupuesto de la punibilidad..... | 188 |
| | |
| CONCLUSIONES..... | 192 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA..... | 202 |
| | |
| LEGISLACION..... | 205 |
| | |
| ANEXOS..... | 206 |

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la presente investigación de grado el lector podrá advertir una mínima parte que comprende el estudio de la dogmática jurídico penal y que para estudiarla se partirá de argumentos justificados, estructurados, sistematizados, utilizando una metodología, inductiva, deductiva, ecléctica y analítica, pues se trata de desentrañar la trascendencia de la imputabilidad en las teorías del delito, como son: la clásica, neo clásico, finalismo y funcionalismo alemán, por lo que tendremos en primer lugar, al estudio de la imputabilidad desde el punto de vista criminológico con las escuelas penales, clásica, positiva ecléctica y finalista, que pese a que el tema de investigación es doctrinal, no se debe dejar de soslayar postulados tan importantes que heredaron al mundo del Derecho penal grandes aportaciones a nuestro actual concepto sobre la llamada capacidad de culpabilidad.

Luego entonces para el segundo estudio se analizará el marco conceptual en donde se estudiará a fondo la capacidad de comprender la relevancia jurídica de su acción y de motivarse conforme a esa comprensión.

La capacidad de culpabilidad tiene, por tanto, un momento cognoscitivo (intelectual) y uno de voluntad (volitivo): la capacidad de comprensión de lo injusto y de determinación de voluntad (conforme al sentido). Solo ambos momentos conjuntamente constituyen la capacidad de culpabilidad. Cuando a causa de falta de madurez de un joven o a consecuencia de estados mentales anormales, no se da aunque solo sea uno de estos momentos, el autor no es capaz de culpabilidad.

Para el momento intelectual es decisiva la capacidad de comprensión de lo injusto del hecho, no de lo permitido. No es necesario que el autor pueda reconocer el hecho como contrario a la ley o en general, como punible, ni es suficiente la conciencia de perpetrar una simple inmoralidad, sino que el autor tiene que poder reconocer que su hecho es una trasgresión de aquellas normas

sociales que son indispensables para la vida en común. Si no se da esta capacidad entonces se excluye también la punibilidad concreta de comprensión del injusto. De ahí que la culpabilidad se excluya por desconocimiento inevitable de la antijuridicidad (error de prohibición inevitable).

Para el tercero y cuarto capítulo de la tesis de grado que usted analizara se encontrara con tópicos extraordinariamente interesantes; pues para poder comprender todo el aparato cognoscitivo que se estudia por lo menos se necesitará haber cursado estudios de posgrado en Derecho Penal; por lo que a mayor abundamiento se tomará en cuenta a la imputabilidad como presupuesto existencial de la reprochabilidad siendo la posibilidad de autodeterminación libre del autor, esto es, conforme sentido: su capacidad de culpabilidad o imputabilidad. Esta capacidad o culpabilidad existe generalmente en la situación concreta (o no existe), independientemente de si se comporta conforme a Derecho o antijurídicamente. Pero la reprochabilidad presupone además de que el autor capaz de culpabilidad respecto al hecho concreto habría podido estructurar el lugar de la voluntad antijurídica de una acción conforme al Derecho ese es el caso cuando ha reconocido lo injusto de su hecho.

La sencilla verdad de que el reproche de culpabilidad - el autor habría podido construir su voluntad de acción conforme a Derecho en vez de una antijurídica - solo puede ser planteada al autor cuando éste estaba en situación de reconocer la antijuridicidad de su hacer, tomó gran tiempo y demandó gran esfuerzo para imponerse, y de ningún modo es todavía indiscutible.

La culpabilidad se conforma con una posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad, no requiriendo una efectiva comprensión del injusto, que en la mayoría de los casos no existe o es imperfecta.

El grado de esfuerzo que el sujeto debía haber realizado para interiorizar los valores jurídicos y motivarse en ellos es inverso al grado de exigibilidad y en consecuencia, al de reprochabilidad (culpabilidad).

Debe tenerse en cuenta que la imputabilidad es una característica de la conducta que depende de un estado del sujeto. Por ende, la capacidad psíquica, de culpabilidad hay que medirla respecto de cada delito. Hay estados patológicos, es verdad, en que cabe presumir que esa incapacidad que generan, opera en cualquier delito, pero hay otros padecimientos, como la oligofrenia, por ejemplo que en su grado superficial - debilidad mental pueden generar una incapacidad psíquica para ciertos delitos que exigen una capacidad de pensamiento abstracto más o menos desarrollada para comprender la antijuridicidad (como pueden ser ciertos delitos contra la economía pública), en tanto que el mismo sujeto conserva capacidad psíquica para comprender la antijuridicidad de otras conductas cuya valoración depende de datos mucho más concretos (el parricidio, por ejemplo) por supuesto que en medio de un brote esquizofrénico se habrá perdido la capacidad psíquica para comprender la antijuridicidad de cualquier conducta, al igual que en un delirio bien sistematizado, porque aquí no se trata de una disminución de facultades mentales, sino de una quiebra de la relación con el mundo objetivo que en el delirio, parece seguir pero que en realidad esta totalmente teñida por la interpretación delirante.

Analizando principios metodológicos científicos de las teorías y de cómo colocan la imputabilidad como elemento o presupuesto del delito o como parte de todos y cada uno de sus elementos estructurales para descubrir cual ha sido la trascendencia más relevante para el Derecho Positivo, ya que no es crear la necesidad de adoptar contextos Alemanes a nuestra realidad formal ortodoxa mexicana; sino adecuar principios científicos a la nueva concepción del que suscribe y darle un matiz mas efectivo a la teoría aplicada a mundo fáctico para poder alcanzar y comprobar las hipótesis planteadas en la presente investigación de grado ya que en el último capítulo justificamos el por que surge el tema de la imputabilidad en el marco jurídico, y cual es la problemática de considerarla o no; como elemento en el neoclásico; como una característica del sujeto pasivo junto

con la atribuibilidad y voluntariedad según Olga Islas, y como se determinó si es o no un elemento fuera e independiente de la culpabilidad.

Por lo que se propone que se tome en consideración para efectos de tener mayor certeza de que la expresión “capacidad psíquica de delito”. Que designa no solo a la imputabilidad sino también a la voluntabilidad. Por ser una capacidad del autor material queda incluida en el contenido del sujeto activo. Esta capacidad psíquica se manifiesta en dos aspectos: a) la voluntabilidad, b) la imputabilidad. La primera es una capacidad de voluntad, por tanto, una capacidad de conocer y de querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal (en la comisión dolorosa), o bien una capacidad de conocer y querer la actividad o la inactividad que, por descuido, produce la lesión del bien jurídico (en la comisión culposa). Entonces la capacidad psíquica del delito, referida al sujeto activo (autor material), elemento del tipo penal, la imputabilidad es capacidad de comprender lo ilícito de la conducta y por tanto, fundamento de la culpabilidad.

Sin dejar de soslayar el crédito de los dogmáticos, catedráticos y doctores que nos sirvieron de fuente muy importante para producir la presente tesis de grado siendo a saber en literatura penal extranjera: CARRARA, FREUDENTHAL, BINDING, LIZST, BELING, RADBRUCH, MEZGER, MAYER, ANTOLISEI, BETTIOL, MANZINI, KELSEN, WELZEL, MAURACH, GOLDSCHMIDT, KAUFMAN, JESCHECK, ROXIN, JAKOBS, MIR PUIG, CUELLO CALÒN, GIMBERNART ORDEIG, CEREZO MIR, MUÑOZ CONDE, JIMENEZ DE ASUA, SOLER, ZAFARRONI, BACIGALUPO, REYES ECHANDIA ETC.

Por en cuanto al ámbito Nacional salvo omisión; MARTINEZ DE CASTRO, JOSE ANGEL GARRIDO, PORTE PETIT, TAMAYO Y SALMORAN, QUIROZ CUARÒN, CARRANCA Y TRUJILLO, CARRANCA Y RIVAS, JIMENEZ HUERTA, JIMENEZ MTZ, GONZALES DE LA VEGA, OLGA ISLAS, ELPIDIO RAMIREZ, FERNANDO LÒPEZ JUAREZ, VELA TREVIÑO, ALVARO BUNSTER, MARQUEZ PIÑEIRO, SILVA, ACOSTA ROMERO, ROSAS ROMERO, LÒPEZ BETANCOURT,

ORELLANA WIARCO, PEDRO UGALDE SEGUNDO, BERANBE LUNA RAMOS,
MIGUEL A. AGUILAR LÒPEZ, NOE LÒPEZ MENDOZA, PAVÒN
VASCONCELOS, RICARDO OJEDA GANDARA, MALO CAMACHO, DIAZ
ARANDA, DAZA GOMEZ, ETC.

CAPÍTULO PRIMERO

LA RELEVANCIA DE LA IMPUTABILIDAD

El problema que se planteará a lo largo del presente trabajo de investigación de grado, cuando se trata de indagar acerca de la esencia de la imputabilidad y su relevancia e independencia de la culpabilidad; nos corresponde analizar los diferentes pensamientos, teorías, escuelas que al respecto se han manifestado y discrepado por la posición de la imputabilidad como elemento o presupuesto para la integración de delito. Luego entonces antes de poder empezar es necesario que se comience a partir de que en la antigüedad el comportamiento humano, se explicaba a través de los dioses quienes dirigían así las conductas del hombre, se somete en grado a sus designios, después con el pensamiento de los sofistas se consideró que el hombre es la medida de todas las cosas lo que nos lleva a mencionar a la corriente de la *homo-mesura* pues esté postulado fundamenta, “Es el comportamiento humano como objeto propio del conocimiento jurídico, gracias a la voluntad como ínter potencia normativa”.¹ Así, en este mismo sentido se refiere; a los sofistas en particular Calicles, Trasimaco y Prótagoras de cuyos comentarios se desprenden los diálogos platónicos siendo que el primero de ellos se funda en la capacidad del hombre para intervenir en la vida pública de el Estado, en su condición moral señalando que es común de todos los hombres de elegir entre el bien y el mal; es precisamente esa elección lo que hace del hombre imputable en la inteligencia de que según Sócrates; maneja que la libertad no está en el poder de lo que se quiere, sino en poder hacer triunfar a la razón sobre las pasiones, de los instintos y la ignorancia es lo que hace al hombre un ser animal, o como denomina Günther Jakobs dentro de su teoría de la imputación objetiva; en donde describe al ser capaz de investigar y conocer llamando ser cognoscitivo, entonces a los que no son lo anterior les llama seres naturales.

¹ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Sobre el sistema jurídico y su creación*. Editorial. UNAM. p.15.

Siguiendo con lo manifestado hasta ahora, tenemos que Platón dentro de su idealismo se refiere a lo bueno y lo malo como caminos absolutos e inmutables y que están fuera de nosotros e independiente de nuestra valoración de las conductas toda vez que se afirma que solo se comete lo injusto o se despliega un acto justo cuando se obra voluntariamente, pero cuando se obra sin querer o se es justo o indebido por accidente, lo que hay de voluntario o involuntario en la acción es lo que constituye la inequidad o la justicia.

Es la voluntad de los actos que por ella se realizan lo que se considera como fundamento de la existencia del delito; pero para llegar a comprender esta concepción filosófica es necesario saber que son los actos voluntarios entendiendo por estos a; principios de todas las acciones que su acción encierra; mientras que el acto involuntario se realiza obligando por su vis-mayor o impedido por su ignorancia, por lo que en consecuencia se concluye que el hombre es responsable de las consecuencias de sus actos, por que simplemente puede elegir y por que actúa movido por una necesidad de hacerlo en cierta forma precisa y determinada, entonces se considera al libre albedrío como base de la imputabilidad que funda la responsabilidad moral del que despliega la acción. Y que en este sentido Santo Tomas de Aquino manifiesta que la libre autodeterminación de la cual goza el hombre después del suficiente conocimiento es el fundamento sobre el que se construye la imputabilidad; de esa autodeterminación nacerá las acciones u omisiones y ellas, solo en cuanto proceda la libre voluntad que pueda ser imputada por merito o para culpa, para adulación o reproche, luego entonces se imputará el acto al agente cuando dicho acto esta en su potestad, de tal modo que tenga dominio de el.

1.1 LA IMPORTANCIA DEL CRITERIO CLÁSICO.

En el resurgimiento del desarrollo de Derecho canónico se da apertura a un período de responsabilidad moral, y por obra de los estudiosos de la teología, que el libre albedrío se convierte en el alma del Derecho Penal cuya

formación conocemos a través del criterio Clásico, postulado cuya base filosófica se asienta en la doctrina del derecho natural, al referirse al hombre como responsable penalmente ya que al ser un ser moral, tiene esa libertad de elegir entre el bien y el mal, tiene voluntad, sin perder de vista la gran variedad de tendencias que constituyeron el clasismo, pues se puede extraer de este pensamiento un par de conclusiones para el tema que nos ocupa; la primera, surge de Cuello Calón dice que para que exista responsabilidad es necesario que haya:

- a) Inteligencia y discernimiento del agente y;
- b) “Que goce de esa libertad de la voluntad, de su libre arbitrio, es decir, de la facultad de escoger entre los diversos motivos de conducta que se presentan para su espíritu y que pueden determinarse mediante la potencia de su voluntad.”²

En segundo término se dice que quedan fuera de la pena de Derecho quienes cometan un delito en circunstancias de alteración de sus facultades mentales que los prive de los atributos de la inteligencia y del libre albedrío, pues es tan arraigado este último como postulado y el de la responsabilidad moral del hombre. Entre los penalistas de la época Francisco Carrara, su máximo pensador manifestó que acepta la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre ya que sobre ésta se construye la ciencia criminal, en el mismo sentido afirmo, que al respecto la escuela singular intentan conciliar el albedrío del hombre con la legitimación de la punición que la sociedad inflinge a los transgresores de los derechos de terceros ajenos. En virtud de lo que antecede en los párrafos en que el criterio clásico presupone que se ha resuelto en forma afirmativa el problema filosófico del libre albedrío.

La teoría clásica—escuela llamada así por los positivistas; engloba una serie de métodos que pueden ser teológicos especulativos ya que obtiene sus conceptos sobre el derecho penal a través de sus deducciones lógicas, pues

² CUELLO CALÓN. *Derecho Penal*. Parte General Tomo I, México, Editorial Nacional. p. 361.

concede al delito como un ente jurídico, como una creación de la ley independiente del aspecto interno del hombre, y que todos estamos depositados de una carga positiva y negativamente, pues tenemos capacidad de elegir entre ambos caminos, lo que hemos multicitado como libre albedrío, siendo una decisión propia e independiente de cualquier factor externo, entonces tenemos que, aparece la imputabilidad, si el hombre que es libre y elige el camino del mal, entonces debe responder penalmente por esa conducta, estableciendo que la pena debe ser proporcional al delito cometido.

El positivismo penal Italiano afirma que el hombre se determina por motivos de orden social, físico, psíquico, por lo que niega la existencia del libre albedrío, traslada esta idea al campo penal, buscó fuera de las propias calidades internas del alma del sujeto la base de la imputabilidad; así tenemos que la responsabilidad legal o social para que el primer bien que deba resguardarse sea el de la seguridad social, siendo tan peligroso el ser conciente y libre que infringe la ley como el enajenado, por lo que se centra la carga en el hombre, dirigiéndose las penas y medidas de seguridad a los que han delinquido sean o no moralmente imputables.

Gómez Eusebio en su libro, Aspectos de su personalidad y síntesis y comentarios de la obra de Enrico Ferri pp. 154 y 155 nos dice; que la Escuela tradicionalista esta basada en tres postulados: el delincuente tiene ideas y pensamiento como las de cualquier otro hombre ya que el efecto principal de todas las penas es el de impedir el aumento de los delitos, y el hombre está dotado de libre albedrío y por ello es moralmente culpable y responsable de actos constitutivos de delito, pues al contrario opone la propia teoría criminal, pues demuestra con los hechos que el delincuente, no es un hombre normal y que, por el contrario, ofrece siempre anormalidades orgánicas y psíquicas, hereditarias y adquiridas, más o menos corregibles, la estadística demuestra que la producción de delitos depende de diversas causas, que no son las penas establecidas en los códigos e impuestas por los magistrados; ya que la psicología positiva ha demostrado que el llamado libre albedrío es pura

ilusión y que, no puede ser basada en una práctica de justicia penal. Entonces tenemos que de la negociación del libre albedrío se debe concluir en admitir la voluntad del hombre, fundamentando esta doctrina la responsabilidad penal en la llamada responsabilidad social, cuya dilucida es; “Todo hombre es responsable de cualquier acción antijurídica realizada por él únicamente por que y quien tanto vive en sociedad”.³

En tal caso, el pensamiento central de positivismo penal consistió en la elaboración del concepto de responsabilidad social, en oposición al de responsabilidad moral, y como señala Luís Jiménez de Asúa al decir que el hombre está fatalmente determinado a cometer un delito, la sociedad está igualmente determinada a defender las condiciones de su existencia contra los que significan una amenaza, es decir, que hay un camino que lleva al individuo a ser un ente perjudicial para la sociedad, situación que el propio Ferri planteó de la siguiente manera:

“...todo ser viviente lucha por su propia existencia y por lo tanto, todo acto que ataque, sus condiciones naturales de existencia individual o social, determina de su parte una reacción indirecta o directa, según ésta puede evitar el acto mismo las consecuencias dañosas del ataque o que pueda impedir su repetición para el porvenir castigando a su autor”.⁴

Al respecto se puede señalar que todo se reduce a que se quiso sustituir a la responsabilidad moral por la social, entonces necesariamente se tuvo que reemplazar de igual forma el concepto de imputabilidad por el de peligro, apoyando la cuestión del libre albedrío, por lo que el criterio clásico-positivista le da un valor puramente mecánico, olvidando que todo proceso causal supone

³ FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. versión española de Antonio Soto y Hernández, Tomo II, Madrid: Centro editorial de Góngora, s.f., p. 94.

⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, José. *El criminalista*. Tomo II, Buenos Aires: Víctor Zavala Editor. p.183.

una nueva síntesis de causa-efecto, lo que nos lleva a mencionar el principio de que la causa de la causa es causa de lo causado.

Ahora bien continuando con la teoría clásica veremos algunos de los más importantes formadores de esta corriente como son: Pellegrino Rossi (1787-1848) y Giovanni Carmignani (1768-1847), junto con Carrara, son digamos, los principales exponentes de esta escuela, este último en su famosa obra "Programa del Curso de Derecho Criminal", consideró al delito como un ente anti-jurídico, una violación del derecho, que como tal se debe sancionar, pues el ilícito prevé a la punición que primordialmente es una amenaza y en el caso concreto, es la sanción que se aplica a quienes al violar, lo hagan de una manera libre e inteligente, en tal virtud Carrara sigue un orden lógico, adquirido de su maestro Carmignani, definen; al delito como la "infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañosos",⁵ en la inteligencia de que para Carrara componen al delito dos elementos o fuerzas siendo la primera moral y otra física, la primera la fuerza moral consiste en la voluntad inteligente del hombre, del concurso de voluntad y de la inteligencia surge la intención, entonces a su vez la intención puede ser directa y surge así el dolo, o indirecta y aparece la culpa, según el criterio de previsibilidad que Carrara manejaba. La segunda fuerza pues es la física o elemento externo y nace del movimiento corporal o de su ausencia, que producen un resultado de daño que puede ser efectivo o potencial.

Así mismo se empieza a manejar aspectos positivos del delito como la antijuridicidad, que hace radicar en la violación de la ley, en la infracción a la disposición penal; la imputabilidad que fundamenta a la aceptación del libre albedrío; el aspecto externo positivo o negativo, es decir la acción y la omisión; del elemento moral subjetivo que se proyecta en dolo o en culpa; y de aspectos negativos del delito, como aquellos que impiden el nacimiento de la

⁵ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del Delito*. Editorial Porrúa, S.A. México 1994. p. 3, 4, 5.

imputabilidad o del elemento moral en el que el dolo se derriba, sea por la ausencia del animus nocendi, o en el caso de la culpa, cuando no haya podido ser previsible el resultado dañoso que se produjo. Ya en esta etapa el Maestro Carrara considera que el delito es un ente jurídico que se forma por presupuestos y elementos que son necesarios para la integración de la figura delictiva, y que tales presupuestos y elementos deben encontrarse en la propia ley, situaciones en las cuales, la falta de presupuestos o de elementos, impiden que el acto externo del hombre, que se apuntaba como delito no se constituya como tal, y que en síntesis, el delito suma dos fuerzas física y moral por lo tanto ambas son de naturaleza objetiva y subjetiva. Por lo que hace a la fuerza objetiva la comprendemos como la mutación o alteración del mundo exterior, consecuencia del acto del hombre, en tanto que la subjetiva es la propia conducta desplegada por éste, luego entonces tenemos que según Carrara, concibe a la fuerza moral objetiva como las consecuencias morales que el delito produce en el ámbito donde tiene lugar; y a la fuerza moral subjetiva será la suma de condiciones morales que deben darse en el delincuente; como pueden ser el conocimiento de la ley, la libertad de actuar, la voluntad de realizar el acto, por lo que en consecuencia tenemos “fundamento de la responsabilidad descansa en la imputabilidad moral, resultado de la libertad del hombre para realizar el acto punible”.⁶

Por lo que mucho antes de la aparición del concepto normativo de la culpabilidad, ya se había fomentado el fundamento de responsabilidad penal en la imputabilidad y el libre albedrío, para demostrar que el hombre es moralmente imputable en cuanto a que tiene la capacidad de querer y determinarse con plena libertad en la idea de que Carrara manifestaba que no se ocupaba de las cuestiones filosóficas, no reconocía al pensamiento del libre albedrío y de la imputabilidad moral de todo hombre, en la inteligencia de que este gran representante de la escuela en análisis conceptualizaba a la imputabilidad moral como; *la condición según la cual el hombre que fue causa material de un hecho, haya sido además causa moral del mismo*, es decir, que

⁶ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Imputabilidad e Inimputabilidad*. Editorial Porrúa, S.A. México.1995 p. 12 y 13.

le imputemos moralmente a un hombre un hecho del cual fue causa moral... y por ende a nadie se le puede pedir cuenta de un resultado del cual haya sido causa puramente física, sin haber sido de ningún modo su causa moral, ya que esta causa moral es considerada, según Carrara, como fuerza moral del delito, en virtud de que necesita para ser imputado a su autor, de la concurrencia de cuatro requisitos de carácter sine cuanon, siendo los siguientes;

- 1) Conocimiento de la ley;
- 2) Previsión de los efectos;
- 3) Libertad de elegir; y
- 4) Libertad de obrar.

Los dos primeros se concretan a remitirse a una especie de concurso de inteligencia y los dos restantes se remiten solo a una fórmula del concurso de la voluntad, por lo que nos lleva a plantear un grado de imputación moral de un hecho, que va a depender a su vez del grado en que se haya manifestado la fuerza moral subjetiva del delito; para que exista un delito pues resulta que la plenitud de la fuerza moral, sea menester de que en los dos momentos sucesivos del deseo y de la determinación haya gozado de la plenitud de su libertad ya que si disminuye o falta el auxilio del primero, disminuye. cesa la imputación; así como se aminora el ejercicio de la segunda, de aquí que nace una subdivisión de grado en relación con la fuerza moral subjetiva del delito, dependiendo de la humillación que se derive del estado de la inteligencia o del estado de libertad del agente, por lo que el concurso de la inteligencia disminuye por causas físicas o fisiológicas que emanan de un defecto o alteración en el organismo corporal a través de los factores de la edad, sexo, sueño, sordomudez, trastorno mental o por causas morales se torna ineficacia en sujeto en su poder intelectual del cual por lo demás puede estar completamente dotado, siendo dichas causas el error y la ignorancia.

Siguiendo con lo hasta aquí investigado podemos decir respecto del concurso de voluntad, el autor encuentra que puede aminorarse o ser nulo; cuando se encuentra aminorado el arbitrio en el momento de la determinación, pudiéndose excluir a la libertad o a la propia voluntad mediante tres supuestos; el primero en la coacción o violencia moral, segundo en las pasiones y tercero la embriaguez, entonces la guía de la estructura del delito propuesta por Carrara habita en aquella imputabilidad moral que se funda en la afluencia de la inteligencia y la libertad de elegir por lo que en consecuencia en los casos que estén más allá *de esa facultad de entender y querer con libertad*, ya no encontraría una respuesta del ordenamiento punitivo y el imputado sería declarado como no punible.

De esta forma el concepto propuesto por el multicitado teórico es; *“La infracción de una ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos y que resulta de un acto externo, del hombre, positivista o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”*, por lo que el autor manifiesta que el acto moralmente imputable debía, para atribuirse a su autor como delito, ser además imputado como acto reprochable y que, mas aun, el no deseaba expresar una reprobación por parte del ordenamiento jurídico sino simplemente que el acto sea en si malvado según el precepto moral.

Normativismo causalista.

De los muchos autores afiliados al concepto normativo de la culpabilidad, pero dentro de un esquema causalista, cabe citar los nombres de Edmundo Mezger, en Alemania, y Guiseppe Bettioli y Maggiore, en Italia.

Por su significativa importancia dentro del normativismo causalista, citemos en primer lugar a su máximo exponente, Edmundo Mezger, cuyo pensamiento al respecto fue evolucionando con el transcurso del tiempo, como

lo ha puesto de relieve Navarrete Urieta en un denso trabajo titulado precisamente “La imputabilidad en el pensamiento Mezger”.⁷

En un principio, el que fuera profesor de la Universidad de Munich sostuvo, con base en la afirmación de que la culpabilidad jurídico- penal no lo es en sentido ético, sino jurídico, que

“...la controversia en torno a la libertad de querer era independiente de la propia noción de culpabilidad y no rozaba en lo más mínimo la referencia de la acción a la personalidad del agente que la misma suponía, ni tampoco conmovía la firme existencia del propio concepto jurídico-penal de la culpabilidad”.⁸

Al rechazar tanto un “determinismo dogmático” como un “indeterminismo dogmático”, se declara partidario de lo que llama “indeterminismo del conocimiento crítico”: el que todo efecto tenga su necesaria causa y que todo suceder esté dominado por la ley de la conversión de la energía, de sus ambas formas, no es ninguna conquista, sino una hipótesis de trabajo de la investigación científica. ¡Aún nadie ha sondeado por completo la total conexión del mundo corporal, cuanto menos del mundo anímico! Pero, por otra parte,

“...el que nuestro sentimiento de libertad, el arrepentimiento, la conciencia de la responsabilidad, etc., suministren de modo indudable la prueba de la libertad de querer, constituye una afirmación no

⁷ Este ensayo se publicó en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, correspondiente al Tomo XII, Fasc. I, Madrid, España, pp. 38 y ss.

⁸ Cfr. MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 17 y 18. “Este tan discutido problema de la libertad del querer en el hombre, plantea la cuestión de si el principio causal, en el sentido de una conexión necesaria entre causa y efecto, ha de ser también aplicando a las acciones del hombre (determinismo) o si, frente a ello, la voluntad humana, como liberum arbitrium, representa una causa sui, un principio libre, no sometido a la ley de la causalidad, en el torrente del suceder (indeterminismo). Debería estar fuera de toda duda que aquí se trata de una cuestión de índole filosófica y no de un problema jurídico-penal o incluso de un problema que pueda resolverse por el camino de la legislación”, *Ibíd.*, pp.18-19

probada, una mera, “proposición de fe”, lo mismo que la afirmación de la coacción causal, que todo lo domina”.⁹

No obstante lo señalado, a partir de la aparición de su Graundriss (1938-1934), reconociendo la importancia que en el ámbito penal tiene la admisión o negación del principio de la libertad humana, sostuvo que su negación llevaría a sustituir un derecho penal de culpabilidad por un derecho penal de seguridad. “Si la valoración objetiva de la conducta -dice- es perfectamente posible sin la existencia de la libertad, no lo es la formulación de un reproche personal derivado de tal conducta, porque éste es, en definitiva, la esencia de la culpabilidad”.¹⁰

Con base en el parágrafo 51 del Código Penal Alemán, en sus posteriores trabajos (1944-1955) Mezger vuelve sobre el tema, exponiendo su pensamiento con mayor claridad: “la base del reproche de culpabilidad es que el autor pueda obrar de manera distinta a como obró en realidad. Lo que en último término la ley exige del autor es un “*dominarse a sí mismo*”, un ser “*dueño de sus actos*”, no puede hablarse del delito como de un destino forzoso del hombre”.¹¹ Ya en su obra llamada Studienbuch, cuando el extinto Profesor alemán se ocupa de la legitimidad del reproche de culpabilidad, a diferencia de lo expuesto, respecto del cual queda abierta la cuestión ética. En cuanto al derecho penal, sin embargo, se justifica una posición especial, que se encuentra en la siguiente consideración: no estamos en condiciones de solucionar en forma empírica la cuestión de si el autor hubiera podido actuar verdaderamente de otra manera en el momento del hecho; nos falta por lo menos, un criterio seguro acerca de cuando tal posibilidad existe y cuando no. Pero la vida práctica y también el derecho establecen determinadas exigencias normativas a las personas que pertenecen a la comunidad social; las cuales tienden a establecer qué es lo que se le puede reclamar corrientemente a una

⁹ Ídem, p. 21.

¹⁰ GRAUNDRISS, pp. 81 y 82. citado por DIAZ PALOS, *Teoría General de la Imputabilidad*, Barcelona, España editorial Bosch p. 126.

¹¹ NAVARRETE URIETA, J.M., Op. Cit., p.47, citado por DIAZ PALOS, F. p. 127.

persona en esta situación externa e interna. El derecho, como regla general de la convivencia humana, debe “*generalizar*”, o sea referirse a conceptos y costumbres generalmente válidas. Es preciso atenerse, aun cuando la vida individual experimente con ello ciertas limitaciones, a lo que es posible en determinadas circunstancias típicas. Por lo tanto, es culpable, en el sentido del derecho penal, el que no cumple las exigencias a él dirigidas. De ahí se deduce la siguiente consecuencia: “la culpabilidad en el sentido jurídico-penal existente, y en tanto, con arreglo a las totales circunstancias externas e internas de cada caso, se pueda conectar al juicio acerca del hecho antijurídico, el reproche de hubiera podido actuar de otra manera en tales circunstancias”.¹²

Finalmente, según Navarrete Urieta, también en el Leipziger Comentar (1957), el ilustre penalista alemán concede al problema de la libertad humana bastante más importancia que en el Lehrbuch, al reconocer que sin libertad todas las discusiones y consideraciones en torno a la imputabilidad e inimputabilidad se quedan en la superficie y muchos problemas prácticos concernientes a la delimitación de la imputabilidad se quedan sin resolver.

Al resumir el citado Profesor español el pensamiento de Mezger, puntualiza que,

“...en la esfera jurídica, la libertad es una exigencia general, y su fórmula “al haber podido obrar de otra manera a como el autor obró en realidad”, está en la base del juicio de culpabilidad o reproche, donde la facultad de decidir libremente se funda en la participación del hombre en los valores suprapersonales que pueden llegar a convertirse en motivos eficientes de la conducta”.¹³

¹² Cfr. MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal, Parte General, Libro de Estudio*, trad, de la 6ª ed. Alemana (1955) por Conrado A. Finzi, 1957, pp. 195 a 198.

¹³ OP. cit., p.48, citado por DÍAZ PALOS, Fernando. *Teoría General de la Imputabilidad*. Barcelona. Editorial Bosch. 1965, p.128.

Desde la misma perspectiva normativista causalista, Giussppe Bettioli, en Italia, ha sostenido el postulado de la libertad humana como presupuesto ético-filosófico de la imputabilidad. Este autor entiende que cuando se habla de imputabilidad se hace referencia al hombre en cuanto ser dotado de personalidad moral. Sobre el reconocimiento de que el hombre como persona es un valor por excelencia, depende que subsista o se derrumbe del derecho penal, y sobre el reconocimiento de que puede actuar con libertad, es posible encontrar una justificación a la pena.

Si bien, el profesor de la universidad de Padova, reconoce que el problema de la libertad es de carácter práctico y no debe ser incluido en la esfera de la fórmula filosófica que aunque verdadera, no encuentra su ubicación entre los artículos de un código, ni tampoco debe someterse a discusión en la sala de un tribunal; argumenta posteriormente que todo ello es cierto mientras se permanezca en un terreno legislativo o judicial donde baste hablar de voluntariedad de la acción, de conciencia y de voluntad, de capacidad de comprender y de querer. No puede ya, esperamos, considerarse adecuado cuando se pasa al terreno científico en contacto con la suprema exigencia del derecho penal, en donde si se desea mantener este vinculado con las nociones de culpabilidad y de pena-castigo, no cabe prescindir de la idea de libertad, entendida como libertad psicológica del sujeto para actuar en un sentido antes que otro. Sin esta libertad de elección la noción de culpabilidad como reprochabilidad pierde su único y verdadero significado, por que lógicamente no es posible reprochar a alguien la comisión de un hecho si tenía la necesidad de ejecutarlo. Esto conduce a reconocer en la práctica, lo que se niega en teoría, o sea, la libertad moral (libre albedrío).¹⁴

Sin embargo, aclara después Bettioli, cuando se habla de libertad de la voluntad o del libre albedrío, no se trata de admitir la existencia de un libre albedrío inmotivado, que de ningún modo existe en la realidad sino de conocer que la voluntad es precisamente por que es motivada, por que la lucha entre los motivos antagónicos es capaz de autodeterminarse después de haber

¹⁴ Cfr. BETTIOLI GIUSEPPE. Diritto Penale. Padova. Italia. 1976, pp. 348-352.

elegido lo que se prefiere. La libertad esta por completo en esta capacidad de la voluntad humana de sobreponerse a los motivos para valorarlos y escogerlos. No esta sometida a su actuación. Cuando se admite esta posibilidad -concluye el profesor italiano-

“...que de la voluntad humana de elegir entre los motivos antagónicos y de escoger uno pudiendo optar por otro distinto, es decir, de actuar en forma distinta de cómo actúa en concreto, se reconoce la existencia del libre albedrío. Este consiste en una noción filosófica, pero encuentra su confirmación de las experiencias psicológicas y morales de todos los días”.¹⁵

Semejante postura adopta Giuseppe Maggiore, para quien la imputabilidad, como conjunto de condiciones psíquicas que refiere la ley para poner una acción a cargo del agente, se resume en el concepto de libertad el que no se entiende en derecho penal si no se tiene conciencia del carácter profundamente ético de todo el mundo jurídico. La libertad, dice;

“...como la facultad de ponerse por encima de los motivos, es una síntesis de libertad y de necesidad, de indeterminismo y de determinismo. Por ende, concluye, sin libertad no hay imputabilidad moral; sin imputabilidad moral no hay imputabilidad jurídica y sin esta no hay derecho penal ya que este triple anillo de defensa cierra el campo de este; mas allá ya no hay sitio para esta disciplina”.¹⁶

1.2 POSICIÓN POSITIVISTA RESPECTO A LA IMPUTABILIDAD.

Las notas comunes o principios fundamentales de esta corriente pueden resumirse así.

¹⁵ Cfr. Ibid; pp. 353-355.

¹⁶ Cfr. MAGIORRE GIUSEPPE. Derecho Penal. Parte especial. Traducción de José Ortega Torres. 2da Edición Editorial Temis. Bogota Colombia. 1972, I, pp. 487-493.

1. Resulta más importante la atención del delincuente que al delito mismo, en torno a aquel debe girar la justicia penal.
2. Se basa en un método experimental que aporta resultados objetivos derivados de la observación y la experiencia.
3. Niega el libre albedrío del hombre para delinquir, fundamento de la imputabilidad moral para los “clásicos” y establece que la conducta humana esta determinada por factores de carácter endógeno y exógeno.
4. Concibe al delito como un fenómeno natural y social a diferencia de la concepción eminentemente jurídica de la corriente clásica.
5. Sustituye el concepto de imputabilidad moral de “los clásicos”, por el de responsabilidad social, basado en la consideración de que el hombre se haya determinado fatalmente a delinquir, por lo que la sociedad debe defenderse.
6. Relacionado con el punto anterior, considera que las penas tienen un carácter defensivo y no represivo, por lo que resulta más conveniente prevenir que reprimir los delitos.
7. Establece que la pena debe buscar la readaptación del delincuente y en su caso, la segregación de los inadaptables, además, debe estar graduada de acuerdo a la peligrosidad del delincuente y no en función de la gravedad objetiva del delito.
8. En relación al tema que nos ocupa, la corriente positivista no admite la distinción entre imputables e inimputables, pues considera que ambos son responsables socialmente, por eso se establecen penas y medidas de seguridad para uno y otro caso respectivamente.

Dentro de los exponentes de la escuela positivista del derecho penal destacan principalmente los pensadores italianos, Cesar Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo. Para Cesar Lombroso el criminal es un ser atáxico, con regresión al salvaje; el delincuente es un loco, un epiléptico. Ferri modifica la doctrina de Lombroso al estimar que si bien la conducta humana se encuentra determinada por instintos derivados, también debe tomarse en consideración el empleo de muchos instintos y ese uso esta condicionado por el medio

ambiente; en el delito concurren, sociológicas. De la trilogía de los grandes maestros del positivismo penal, Garófalo es el jurista, pretende dar contextura jurídica a las concepciones positivistas y produce la definición del delito natural; entendido como la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad.

En la escuela positiva del siglo XIX fue la primera en atacar las bases que sustentaban el derecho penal de la época, una de cuyas piedras angulares la constituía el libre albedrío. Ferri atacó lo que el mismo bautizó como “escuela clásica del derecho penal”, el razonamiento según el cual el hombre posee libre albedrío o la libertad moral que se presume que el puede querer el bien o el mal y en consecuencia, si escoge el mal es responsable de su elección y debe ser castigado por ella, no puede ser aceptado por la escuela criminal positiva por tres razones:

Primera; De que la fisiopsicología positiva ha anulado completamente la creencia en el libre albedrío o libertad moral.

Segunda; Es que aun aceptado este criterio de la responsabilidad moral, se encuentran, cuando se quiere aplicar a cada caso particular, dificultades teóricas y prácticas inaccesibles y se deja el campo libre a una multitud de subterfugios, como consecuencia de falsas deducciones sacadas de los nuevos e incontestables datos que suministra el estudio del hombre criminal.

Tercera; “Que la conciencia que tenemos de ser libres, de querer una cosa mejor que otra, es una pura ilusión originada en que nos falta la conciencia de los antecedentes inmediatos fisiológicos o psíquicos de la liberación que

produce a la voluntad como ser sustancial en si mismo, que emita de tiempo en tiempo, ordenes evolutivas".¹⁷

De aquí entonces que el autor sostenga que no existiendo libre arbitrio o voluntad libre, no hay tampoco responsabilidad ni culpabilidad moral. La escuela positiva niega que la sanción social depende de la condición de libertad, como sostiene la ciencia criminal clásica y con ella la legislación penal, se deberá excluir la idea de que la sociedad castiga una falta moral para vengarse así misma, o bien para dar reparación al derecho lesionado o para ejercer un acto de justicia distributiva, únicamente una función de defensa, de preservación.

Por lo tanto, la defensa social no puede aceptar a la pena, sino algo que la sustituye por la medida de seguridad, que esta exclusivamente en función del estado del sujeto, en su forma de ser, de la forma de vida que lleva y no en función de lo que hizo.

Ahora bien, si la función defensiva de la sociedad no puede justificarse por la responsabilidad moral del individuo, no quedan más que dos soluciones posibles: o justificar la función social, o justificarla por el principio de la responsabilidad social.

El positivismo, a cuyo entendimiento se coloca a Lombroso, Ferri, Garófalo y Fioretti, constituyó un movimiento ideológico contrario a los principios, que sin unidad, habían propalado una serie de autores a quienes se dio en llamar clásicos, exposición que su significado parece indicar, sino el despectivo, nacido de la poca estimación que merecen de sus detractores. Las ideas de la filosofía positivista, en boga, representada en ese entonces por Comte y Stuard Mill, inspiraron el positivismo penal, para el cual los conceptos de los clásicos predecesores, como fueron el ente jurídico, el libre albedrío y la retribución, que con el método lógico constituyeron los pilares de la ciencia penal clásicas, debían ser sustituidos por nuevos criterios más acordes con la

¹⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa S.A. México. p. 64.

realidad del mundo y de su estructura social. Al método lógico opíñese ahora el inductivo experimental, propio de las ciencias causales explicativas, el delito deja de ser el ente jurídico para ser considerado un fenómeno natural y social, cuyo origen obedece a múltiples factores tanto internos del hombre como externos de él; la responsabilidad social basada en la temibilidad del trasgresor y, la pena no es mera consecuencia jurídica, ni tampoco su fin el de retribuir el mal causado por el delito, sino una mera medida de defensa social.

“...no siendo ya la imputabilidad moral si no la peligrosidad, la razón que apoya la aplicabilidad de las sanciones o de las medidas de seguridad en su caso, los positivistas acudieron al criterio de la peligrosidad social razonando que el individuo resulta responsable del delito no en función de la calificación inmoral de su conducta si no por el mero hecho de vivir en sociedad siendo esta la que determina su responsabilidad cuando el sujeto resulte peligroso por sus actos”.¹⁸

Enrique Ferri, comienza por diferenciar el delito de su significado, ético-social y en su sentido jurídico, expresando que desde el primer punto de vista, delito es una acción inmoral por ser contraria a las condiciones de existencia social, a la honestidad y a la dignidad humanas, en tanto el delito en sentido jurídico es no solo acción inmoral sino además una acción prohibida por la ley por ser contraria a las coacciones de existencia social en lo que respecta a la disciplina y seguridad social de manera que deben de entender por delincuente al actor de una acción que se califica de delito por la ley penal, para después concluir desde el punto de vista jurídico y legal, el hombre solo puede ser delincuente, en tanto y cuanto vive en sociedad, esto es, en tanto posea para vivir relaciones materiales, morales y jurídicas con otros hombres.

Siguiendo a Ferri, se desprende que la escuela positiva al sustituir el criterio de responsabilidad moral por el de responsabilidad social se da a la reprochabilidad humana una solución que ciertamente es lógica y consecuente,

¹⁸ FERRI ENRICO. Soto y Hernández Antonio. Tomo II. Editorial Góngora. España 1908. pág. 15.

si todo el delito desde el más leve al más grave, es la expresión sintomática de una personalidad antisocial . . . siempre incumbe al estado la necesidad (y por tanto el derecho de ver) de la defensa represiva subordinada solo a lo que respecta la forma y medida de sus sanciones a la responsabilidad de cada delincuente, más o menos readaptable a la vida social, por ello considera que todo sujeto activo de un delito es siempre penalmente responsable, por que el acto es suyo, expresión de su personalidad sean cuales quiera las condiciones fisio-psíquicas en las que ha deliberado y cometido el hecho.

Pues Ferri señala, a título de condición prima y natural que el delito materialmente cometido es la expresión genuina de la personalidad del actor y si bien la valuación de su peligrosidad precisa el examen del aspecto físico de su acto y su intimidad psíquica para los fines de la justicia penal importa en mayor grado el de la acción psíquica, la cual esta integrada por la voluntad, la intención y el fin, siendo este último elemento del delito o bien circunstancia para valorar la personalidad del sujeto. Señala que el examen precedente de la acción psíquica lleva en su opinión a precisar la existencia de cuatro tipos de delincuentes psicológicos;

- a) Voluntarios o dolosos;
- b) Involuntarios o culposos;
- c) Concientes pero de voluntad aún no en estado de total madurez (minoría de edad) o enferma (por locura o psicopatía lúcida, locura moral, psiconeuropatía, etc.);
- d) Inconscientes (por hallarse en la infancia por idiotismo, automatismo psíquico, delirio con enfermedad mental o común, etc.)

Entonces al positivismo se le criticó negar la distinción entre imputables e inimputables haciendo responsables a quienes carecían de imputabilidad por lo cual, lo apunta Jiménez de Asua, la culpabilidad quedaba desdibujada. La atribución se apoya en la pura imputación física del acto, originando el concepto de atribuidad que si bien es un grado de responsabilidad no solo lo es penalmente: el resultado “es atribuible a una gente, a condición de que le

pertenezca, que venga en su mismidad; dicen ahora los penalistas italianos”.¹⁹ Para la escuela positivista del delito es un fenómeno natural y social del producto de factores antropológicos, sociales y físicos, según lo expone Enrique Ferri, el más connotado positivista.

Para esta corriente, el delincuente al encontrarse determinado por esos factores debe ser sujeto a medidas de seguridad no a penas, por que en el carece de sentido la pena con finalidades represivas, pues si no puede obrar libremente no puede ser motivado a obrar conforme a la ley por la amenaza de la pena y si lo hace, la pena no va en si misma a variar los factores que determinaron esa conducta. El derecho penal en consecuencia debe tener una finalidad eminentemente preventiva, es decir un propósito de defensa social.

1.3 POSICIONES ECLÉCTICAS.

En un intento de salvar la responsabilidad jurídica y con ella al propio derecho penal, surgen las llamadas posiciones intermedias o “eclécticas”, cuyo común denominador reside únicamente en buscar las bases fundamentales de la imputabilidad penal en un soporte distinto al de la libertad humana, o sea, al del libre albedrío, pero sin llegar al determinismo radical y a lo absoluto del positivismo. De esta forma se trata de construir algo que ya no es mas imputabilidad moral, al modo clásico, ni tampoco responsabilidad social, al estilo positivista, sino pura imputabilidad psicológica, y en donde, además, el aspecto retributivo de la pena de los derechos clásicos no aboca el contenido del derecho penal, pero tampoco pueden prescindirse de el, ya que el sistema sancionador de aquel se compone de penas y medidas de seguridad; la aplicación de las primeras supone en el sujeto determinadas condiciones de capacidad; las medidas de seguridad se aplicarán a quienes son imputables.

Destacan, dentro de las doctrinas eclécticas, la teoría de la normalidad, de Von Liszt; de la identidad individual y de la semejanza social de Gabriel Tarde; la de la intimidabilidad de Alemania; y de la voluntariedad, de Manzini.

¹⁹ Ídem.

Franz Von Liszt nos dice que la imputación contenida en el juicio de culpabilidad, supone dos elementos:

- a) La imputabilidad; y
- b) La imputación.

Por lo que para poder llegar a la imputación de una conducta antisocial,

“...resulta necesario que el sujeto se encuentre en un estado psíquico que le garantice la posibilidad de conducirse socialmente; es decir, que el agente posee la facultad de determinarse, de un modo general, por las normas de la conducta social, ya pertenezcan estas a los dominios de la religión, de la moral, de la inteligencia, etc., o a los dominios del derecho”.²⁰

Precisamente el profesor de la Universidad de Marburgo señala que la imputabilidad requiere;

“...que la psiquis del autor disponga de la riqueza necesaria de representaciones para la completa valoración social; que la asociación de representaciones se produzca normalmente y con la velocidad normal; que la base afectiva (gefühlsbetonung) de las representaciones y, por consiguiente, la fuerza motivadora de las normas generales, jurídicas, morales, religiosas, etc., corresponda a la medida media y que la dirección y vigor de los impulsos de la voluntad no ofrezca nada esencialmente anormal... en este sentido la imputabilidad puede definirse como la FACULTAD DE DETERMINACIÓN NORMAL. Por consiguiente, es susceptible la imputabilidad todo hombre con desarrollo mental y mentalmente sano, cuya conciencia no se halle perturbada”.²¹

²⁰ Citado por ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Ob.cit pp 5 y 6.

²¹ Citado por MAGGIORE GIUSEPPE. Op cit, Tomo II, p. 389.

Por lo que en consecuencia la esencia de la imputabilidad, pues, para Von Liszt, se halla en el “contenido normal y la fuerza motivadora normal de las representaciones”.²² Este concepto de normalidad también implicaba la afirmación de que la imputabilidad es la “capacidad de conducirse socialmente; es decir, de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres. Solo en cuanto está capacidad existe o se supone, puede ser imputada, como culpable, la conducta antisocial. Allí en donde la facultad de adaptación social falta, completa y permanentemente, no tiene ningún sentido querer encontrar móviles de conducta social, en las motivaciones contenidas en la amenaza y ejecución de la pena.”²³

A la teoría de la normalidad se le objeta, no solo que la idea del hombre normal es imprecisa y difusa, sino también y sobre todo que no se ven las razones que castigue únicamente a los hombres que se determinan de modo que se considera moral, por que, si el hombre es necesariamente impulsado por los motivos a obrar, ¿qué más da para la imputabilidad que sea determinable normal o anormalmente? En ninguno de los dos casos tiene señorío sobre su propio querer; y entonces, ¿por que debemos imputar al determinable las acciones de un modo esencialmente diferente que al determinable normalmente? Ninguna razón sólida puede aducir el determinista para explicar esta divergencia, por la sencilla razón de que según sus doctrinas, no puede traspasar más, una ley, el normalmente determinable que el que no lo es.²⁴

En la particularidad, la tesis del profesor alemán confirma, aunque el no lo diga expresamente, la libertad como fundamento de la imputabilidad, en efecto, hemos visto que la imputabilidad, según este autor, tiene como esencia

²² Ibid.p 397

²³ Ibid., p 396

²⁴ MIR PUIG, Santiago. Derecho penal, Parte General. 5ª Edición. Promociones y publicaciones universitarias, Barcelona, 1995.p.121.

el contenido normal de las representaciones, que viene a ser la facultad mental que permite la valoración de la conducta previa a su realización, y una fuerza motivadora normal de la propia conducta, reconocimiento que la fuerza motivadora no es por si misma productora de la conducta en forma imprescindible, si no que siempre se da en el individuo una previa valoración de las misma a través de las representaciones de la conciencia, la normal motivación indiscutiblemente viene a ser la libertad de que el individuo goza para poder actuar en determinada forma, de tal suerte surge la imputabilidad de la conducta, previa a la aceptación de ser un hombre libre. Pues al respecto se ha expresado que no puede darse más rodeos para terminar por decir lo mismo que afirman los liberoarbitristas; que la psique del autor posea la riqueza necesaria para la completa valoración social, o sea, que posea inteligencia y discernimiento del acto y de sus consecuencias, y que la dirección de los impulsos de la voluntad no ofrezca nada normal, o sea, libertad del querer, lo que nos lleva a referirnos al autor Antón Fonseca cuando cuestiona que si con la expresión de hombre moral se hace alusión al concepto vulgar del hombre imputable, este concepto popular de la normalidad es algo distinto de la capacidad para elegir entre diversos motivos y, en definitiva, ser libre.

La teoría de la identidad personal o individual y de la semejanza social, ha sido expuesta principalmente por Gabriel Tarde; aún cuando reconoció que la responsabilidad moral es la condición y la medida indispensable de la responsabilidad penal, señaló que el fundamento de la responsabilidad moral no debe buscarse en la libertad, si no en otros criterios y en otros elementos: la identidad personal del delincuente consigo mismo, antes y después de perpetrado el delito, y sus semejanzas con aquellos entre quienes convive y actúa y por los cuales debe ser castigado. Se trata de dos condiciones complementarias: la conciencia de la continuidad o identidad del propio yo (lo que no ocurre con el alienado o enajenado), combinándose con la de la semejanza social con los demás seres integrantes de la sociedad en que se vive. Ambas determinan el surgimiento de la idea de la responsabilidad moral base de la responsabilidad penal.

Como se ve, se trata de hacer coincidir una vez más con el hombre imputable, el hombre normal. No obstante, esta normalidad se nos esfuma con el criterio de la semejanza social, pues si los delincuentes son, en parte por lo menos, seres de semejantes y extrañas a la sociedad en que viven, la consecuencia es que el delincuente se convierte precisamente en anormal y en inimputable, cuando lo que busca era un criterio de imputabilidad, pues tampoco se nos presenta como satisfactorio el criterio de la identidad personal o individual, ya que es sumamente discutible que la acción del enfermo mental no refleje su personalidad y que, por lo tanto, no constituya una expresión de ella y además, no cabe duda de que el enajenado permanece idéntico a sí mismo, antes y después de la acción criminosa.

Otra teoría de la tendencia ecléctica, es la de la intimidabilidad. Enunciada en su tiempo por Feuerbach y Romagnosi, fue acogida por Bernardino Alimena, Impallomeni y Carnevale. Impallomeni dice que *“la imputabilidad es presupuesto de la responsabilidad penal, la que consiste en la posibilidad de ser imputado de un delito, o de ser penalmente responsable de un hecho”* es, por tanto, el antecedente necesario de la responsabilidad. Pero la ley penal es norma coactiva de conducta, y su función específica, la de prevenir delitos, esto es, la intimidación. Más esta función no podría subsistir si en la mayor parte de los hombres no se diese la capacidad, o la posibilidad de sufrir la coacción psicológica de la ley penal, a virtud de su facultad de entender, o como dice Romagnosi; *“por la capacidad de asociar a la idea del delito la del mal amenazado por la facultad física y moral de conformar a tal intimidación de la propia conducta. No son imputables los niños ni los enfermos mentales, precisamente aquellos que por no sentir la intimidación no pueden ser imputables”*.²⁵

No es necesario, porque basta con que el sujeto no sea insensible a la amenaza de la pena, es decir, basta con que no haya sido fatalmente arrastrado al delito; es contradictorio, como pretende el principio del libre arbitrio, el sujeto permaneciese indiferente entre el motivo que lo arrastra al

²⁵ IMPALLOMENI, G.B, *Instituzioni di Diritto Penale*, Torino, pp.231, citado por Luzón Domingo. Teoría del Delito. pp.38 y 39.

delito y el de la pena, ésta última sería completamente ineficaz. Y el positivismo funda la responsabilidad social sobre el simple hecho de la imputación física, por que no considera que la responsabilidad implique la dirigibilidad de las acciones, mediante la coacción psicológica. En consecuencia, la base de la imputabilidad penal descansa no sólo en la responsabilidad social, sino también en la capacidad para sentir la coacción psicológica ejercitada por la pena.

Si la diferencia específica de la penalidad está constituida conjuntamente por su eficacia como determinante social y por el tono propio con el que la conciencia colectiva la siente, se deben excluir necesariamente de su esfera de acción, todos aquellos que no pueden sentir tal coacción indirecta y mediata y que no despiertan en los otros el sentimiento de sanción.²⁶

La crítica a la teoría de la intimidabilidad, se puede reducir a la siguiente objeción: la sola comisión del hecho criminal ¿no basta para demostrar que la coacción psicológica no fue suficiente sentida?, un criterio más, acogido por la legislación italiana en los códigos penales de 1889 y 1930, es pura voluntad o voluntariedad, es decir, de una voluntad sin adjetivos, y especialmente esquivada, o completamente desdeñosa, del adjetivo libre.

En efecto, reseña Maggiore que Zanardelli le respondió así a quien le proponía que fundará en la libertad la imputabilidad: “Admitimos que la libertad de elección, que es, por decirlo así, el sello de la dignidad y de la libertad del hombre, pero creemos al mismo tiempo justa la sentencia de Kant de que no debe construirse un edificio legislativo sobre bases filosóficas controvertidas”.²⁷

²⁶ ALIMENA, Bernardino, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Tomo I, Torino., p. 403.

²⁷ ZAFFARONI; E. R., *La capacidad Psíquica de delinir*, p. 31, p. 49. Antolisei expresa: “La tesis según la cual los inmaduros y los enfermos mentales no son intimidables distinta mucho de estar confirmada por el examen objetivo de la realidad, que nos dice que también los niños y los locos, por lo menos dentro de ciertos límites, son susceptibles de experimentar la eficacia de los demás hombres sean susceptibles de intimidación, ¿La experimentan a caso los individuos que por tendencia congénita o por costumbre adquirida sienten una particular inclinación al delito?”, Op. Cit., p. 435; y Luzón Domingo, afirma que: “A la teoría de la intimidabilidad se le puede objetar que, o el hombre es el libre en sus determinaciones conscientes, o de nada sirve en él la amenaza de la pena, y si lo primero, será innecesario hablar de su capacidad para intimidarse, pues la intimidación no tendrá otro valor que el de una mera consecuencia más de su facultad de entender”, Op. Cit., Tomo I, p. 40.

Por lo que hace a la teoría de la voluntariedad, anodina y tímida componenda entre el positivismo triunfante y el clasicismo decadente, como la califica Maggiore, no impide, según él, la subsistencia del pensamiento libero arbitrista. Su carácter acomodaticio añade refiriéndose al Código Penal italiano de 1930, tampoco sirve para distinguir la imputabilidad moral de la social del positivismo, que tampoco prescinde del elemento voluntario, ya que la voluntad no está ausente del delito ni siquiera en la construcción positivista.

Vicenzo Manzini, cuya participación fue importante en la elaboración de la legislación de 1930, participa de esta teoría, al señalar que es innecesario partir de la admisión del libre albedrío para la teoría de la imputabilidad penal, toda vez que una cosa es el problema de la libertad humana, de índole metafísica, y otra el fenómeno natural e innegable de la voluntad humana. “En materia de imputabilidad, la voluntariedad o libertad del querer no es otra cosa, según penalistas, que la libertad fisiopsicológica de determinarse según los motivos, independientemente de toda metafísica”.²⁸

Al examinar críticamente la tesis de Manzini, el Profesor español Díaz Palos señala que la “Libertad” de que habla el penalismo italiano es simplemente libertad exterior, es decir, la libertad como pura ausencia de coacción exterior (libertad no coartada por circunstancias exteriores). Basta pues, según ello, la mera comprobación de la simple espontaneidad o libertad externa, con prescindencia de la libertad interna. La voluntad libre es, sin más, la voluntad no coaccionada; esto es en definitiva, una pura libertad física.

De lo expuesto hasta aquí se puede afirmar que para los clásicos, y lo mismo cabría decirse de los eclécticos, los autores de un hecho antisocial considerado por las leyes penales como delito se dividen en dos grandes grupos o categorías: imputables e inimputables; división que subsiste hasta nuestros días. En cambio, para los positivistas deterministas, el aspecto de la

²⁸ Cfr. DÍAZ PALOS, Frenando. Teoría General de la Imputabilidad. Barcelona. Editorial Bosch. 1965. pp. 108 a 113.

imputabilidad no es decisivo y por ello, todos los autores responden del delito por el hecho de haberlo cometido, lo que es consecuencia, a su vez, del hecho de vivir en sociedad. ***El Problema de la actualidad.*** Y pese al esfuerzo de los diversos criterios que trataron de fundamentar a la imputabilidad en un soporte distinto al del libre albedrío, con la consolidación de la composición normativa de la culpabilidad, numerosos han sido los penalistas que han considerado a la libertad humana como presupuesto de la imputabilidad, pero no en el sentido absoluto e ilimitado con que se le concibió en la época del clasicismo, sino con base en los conocimientos aportados por las diversas ramas del conocimiento del saber humano, produciéndose con ello una nueva polémica en torno al tema.

Toda vez que la propia dogmática jurídico- penal de finales del concepto normativo de la culpabilidad que la concibió como “reprochabilidad”, la disputa entre el causalismo y el finalismo se centró, entre otros muchos aspectos, no tanto en la esencia de la culpabilidad, sino en cuales eran los elementos que integraban dicho juicio; disputa que, por otra parte, no afectó a la teoría de la imputabilidad, dado que ambas posturas (Normativismo, Causalista y Finalismo) coincidían o estaban de acuerdo en que la imputabilidad como capacidad de comprensión y determinación, se presentaba como un elemento o característica básica de aquella, este tópico se abarca en el segundo capítulo.

1.4 CRITERIO FINALISTA RESPECTO A LA IMPUTABILIDAD.

La culpabilidad según el finalismo, es el juicio de reproche que se formula a un individuo por no haber adaptado su conducta a la norma a pesar de que estaba en situación de hacerlo; es, como dice Welzel, “la reprochabilidad de la solución de la voluntad”.²⁹

²⁹ *El nuevo sistema del derecho penal*, p.85; *derecho penal alemán*, p.198. pues la doctrina de la acción penalista propuesta por Welzel, la concepción normativa de la culpabilidad había experimentado otra profundización, al exigir de esta al dolo y a la culpa, para ubicarlos en el tipo de injusto, supra, pp.40 y ss

El reproche de la culpabilidad presupone, por ello, que el autor hubiera podido adoptar su resolución de voluntad antijurídica de un modo mas correcto, es decir, con una norma, y esto, aduce el que fuera profesor de la universidad de Bonn, no en el sentido abstracto de que algún hombre en lugar del autor, si no en sentido concreto de este hombre, en esta situación, hubiera podido adoptar su resolución de voluntad de acuerdo con la norma.

Este problema –prosigue Welzel- se descompone, tradicionalmente en otros dos:

- a) ¿Es posible teóricamente la adopción de la resolución de voluntad correcta en lugar de la falsa? (el problema de libre albedrío).
- b) En caso de que se admita esta posibilidad, ¿tenía esta capacidad el autor concreto? (el problema de la imputabilidad, o de la capacidad concreta de culpabilidad).

Welzel examina la problemática del libre albedrío desde los aspectos antropológicos, caracterológico y categorial, y con base en estas tres perspectivas afirma la existencia de la libertad de la voluntad como elemento constitutivo del ser humano, pero cuidándose de no caer en los extremos del indeterminismo y determinismo. Concretamente señala que la “libertad de la voluntad es la capacidad de poder regirse conforme a sentido. Es la libertad de la coacción causal, ciega, indiferente a sentido, para la autodeterminación conforme a sentido. No es la libertad de poder actuar de otro modo (por consiguiente también mal, o de un modo absurdo), sino para poder actuar conforme a sentido. La libertad no es por consiguiente la posibilidad de poder elegir arbitrariamente entre sentido y lo absurdo, el valor o desvalor, la admisión de una libertad así, sin fundamento, no conduciría solo, de nuevo, al camino erróneo del indeterminismo y destruiría al sujeto de la responsabilidad. La libertad no es un estado si no un acto: el acto de la liberación de la coacción casual de los impulsos para la autodeterminación conforme al sentido. En la

falta de este acto se basa el fenómeno de la culpabilidad que es la falta de autodeterminación conforme a sentido de un sujeto que era capaz de ella...”.³⁰

Con ello, finaliza el padre del finalismo, se llega al límite máximo en el análisis de los problemas de la libertad. La pregunta de cómo el hombre esta en situación de liberarse de la compulsión casual para la autodeterminación conforme a sentido y asumir esta con una tarea plena de sentido, no puede ser contestada, tal como no puede responderse la pregunta de cómo consigue la causa producir el efecto. El planteamiento mismo carece aquí de sentido, Reinhart Maurach también se ocupa del problema de la libertad, de la voluntad humana con fundamento de la imputabilidad, argumentando, que esta, como la culpabilidad son incompatibles tanto con el estricto indeterminismo como con el extremo determinismo. Con el determinismo, por que al sustituir la voluntad por ciertos factores causales, el hombre no podría actuar de un modo distinto a como lo hubiera hecho, y por consiguiente, no seria posible formularle un reproche por poder actuar de un modo diverso. La pena se dirigirá en tal caso igual que los medios empleados para amaestrar a un animal a instinto. No aplicará ningún valor ético no llevará consigo ningún reconocimiento del autor como personalidad moral. Como la culpabilidad falta, la pena no podrá retribuirla. La pena del determinismo, se transformará en simple reacción final, debiendo abandonar, la idea de justicia.

Con el estricto indeterminismo, por que si, como este sostiene, el hombre tiene una “libre voluntad” en cuanto este en situación de adoptar sus resoluciones en el vacío, sin ser, ni poder ser influido por los factores causales que la empujan al hecho o la apartan de el, no ante esta libertad fundamentando la responsabilidad, si no, ante arbitrio excluyente de esta, dado que las conminaciones penales, tendrá tan poca influencia sobre las resoluciones del autor como los restantes factores causales.³¹

³⁰ WELZEL Hans. *El nuevo sistema del derecho penal* p.93; *Derecho Penal Alemán*, pp.209 y 210.

³¹ Cfr. MAURACH, Reinhart. *Derecho penal*, actualizada por Hein Zipf; traducido por Jorge Bofil Genzsch y Enrique Airone Gibson. Buenos Aires Argentina. 1994-1995. II, pp.94-98.

De esta confrontación entre dos posiciones inadmisibles, prosigue Maurach, se deriva;

“...la existencia y límites de una “libertad” humana volitiva, de una capacidad humana (de actuar conforme a este conocimiento), al determinismo se le debe el conocimiento de que toda conducta del hombre condicionada por estímulos, por factores causales que le inclinan a un cierto actuar, al indeterminismo, por lo contrario, la comprensión de que el hombre es capaz, en cierta medida, no solo de conocer el valor o desvalor de este actuar al que le mueven sus impulsos, sino también de orientar activamente su voluntad conforme a la representación valorativa obtenida, en la dirección de lo sentido como “bueno”, “de actuar conforme a este conocimiento”.³²

Finalmente, después de señalar que la posibilidad de la humana autodeterminación, expresión más acertada que el del libre voluntad, ha sido destacada en el ámbito de la moderna psicología y caracterología, por la investigación de la personalidad negando el paralelo determinista entre el hombre y el animal, Maurach concluye que la capacidad de autodeterminación merece la consideración de presupuesto de la Imputabilidad y por lo tanto, de presupuesto de todo juicio de culpabilidad .

Semejante posición adopta otro notable jurista alemán, como lo es Hans-Heinrich Jescheck, al afirmar que la culpabilidad como la reprochabilidad de la formación de la voluntad, presupone lógicamente la libertad de decisión del hombre, puesto que sólo existe básicamente la capacidad de actuar de otra forma podrá hacerse responsable al autor de haber llegado al hecho antijurídico en lugar de dominar los impulsos criminales. La determinabilidad de la actuación descansa en la capacidad del hombre de controlar los impulsos que sobre él inciden y de dirigir su decisión según sus contenidos de sentido, valores y normas. Sin embargo, a diferencia de Welzel y ante la crítica de la

³² Ibidem, pp. 98 y 99.

doctrina dominante que reputa indemostrable la fundamentación del reproche de culpabilidad a través de la libertad del hombre como persona individual, Jescheck señala que este reproche solamente puede dirigirse el individuo en los términos siguientes: “el autor, en la situación en que se encontraba, hubiera podido actuar de otra forma, en el sentido de que con arreglo a nuestra experiencia sobre la esencia del hombre, otro en su lugar hubiera actuado de otro modo en las concretas circunstancias empleando la fuerza de voluntad que posiblemente faltó al autor”. Pero –culmina- la cuestión de si el acusado hubiese podido contar con la suficiente fuerza de voluntad y de qué modo se hubiera podido imponer ésta relación de fuerzas psicológicas caso de haberse utilizado, debe quedar sin respuesta.

Citemos, por último, a Zaffaroni, quien en Argentina, precisa que la aceptación de la autodeterminación de la voluntad humana es presupuesto necesario del principio de culpabilidad, ya que cuando se desconoce este fundamento, no sólo no se puede construir la culpabilidad, si no que tampoco es posible un orden que regule la conducta de entes responsables, o sea, de personas lo que equivale a decir que es inconcebible el derecho mismo, y, por consiguiente el derecho penal.

Párrafos después el profesor argentino, y antes de entrar al debate de las posiciones que niega la autodeterminación humana como fundamento de la culpabilidad penal y a las que habremos de referirnos en su oportunidad en aclarar que la autodeterminación, la libertad de la voluntad o el arbitrio.

1.5 ASPECTOS RELEVANTES DE LAS ESCUELAS PENALES MÁS IMPORTANTES RESPECTO A LA IMPUTABILIDAD.

En recapitulación, en la llamada escuela clásica se acepta la imputabilidad moral, queriendo significar la capacidad de entender (inteligencia) y de querer (voluntad) estableciendo diversas consecuencias que pueden llegar a afectar la capacidad intelectual, que en su suma constituyen causas de inimputabilidad; en tanto que en la escuela positivista no existe distinción entre imputables e inimputables ya todos se considera responsables socialmente por el hecho de

vivir en sociedad, aplicándoles medidas de seguridad en atención a su peligrosidad.

En las Escuelas Eclécticas es donde se toman en consideración elementos de las escuelas clásicas y positivistas para formular su propia teoría, entre ellas podemos citar las tres siguientes:

a) Tercera escuela; en Italia, vio surgir nuevas corrientes, en la llamada tercera escuela y escuela técnico-jurídica, la primera creada por Carnevale y Alimena, pretendió amalgamar los principios de las corrientes clásicas y positivistas, al proclamar al método experimental, negando el libre y si bien, acepta el determinismo, rechaza en cambio el carácter inevitable del delito.

Por otra parte admite la distinción de imputables e inimputables, pero sostiene el carácter; “defensista de la pena y su fin de prevención general a virtud de su naturaleza intimidatorio”.³³

Ya que los autores Italianos Carnevale y Alimena, niegan el libre albedrío, base de la escuela positiva, aceptan la distinción entre imputable e inimputables de la escuela clásica, agregando que la inimputabilidad es la aptitud para sentir la amenaza de la pena.

La escuela del positivismo crítico o Terza Escuela, constituye,

“...una postura ecléctica entre el positivismo y la dirección clásica; admite de aquel la negociación del libre albedrío y concibe al delito como un fenómeno individual y social, inclinándose también hacia el estudio científico del delincuente, al mismo tiempo que preconiza las conveniencias del método inductivo. Rechaza la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad legal y acepta de la escuela clásica el principio de la responsabilidad moral; distinguen entre

³³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Imputabilidad e Inimputabilidad. México, Porrúa, 1993, p.17.

delincuentes imputables e inimputables, aún cuando niega al delito el carácter de un acto ejecutado por un ser dotado de libertad”.³⁴

Para esta corriente la imputabilidad deriva de la voluntad humana, la cual se halla determinada por una serie de motivos y tiene su fundamento en la libertad que tiene el sujeto de dirigir su conducta al tener la aptitud para percibir la coacción psicológica, es decir, del análisis de esta corriente se desprende que la imputabilidad es concebida como la capacidad del sujeto para sentir la amenaza de la pena.

También recoge de la teoría positivista la aplicación del método experimental, coincide con el determinismo positivista pero no acepta la inevitabilidad del delito, niega la retribución moral de la escuela clásica, considerando que la pena tiene un carácter intimidatorio, busca prevenir el delito y, en relación más directa con el tema que nos ocupa, acepta la distinción entre imputables e inimputables como lo hicieron los clásicos, basados en la libertad que tiene el sujeto para decidir si se guía conforme a la norma o si va en contra de ella, entendiendo esa libertad de elegir como la capacidad de entender y querer el significado de la norma jurídica, haciéndose sabedor de las consecuencias que pueden generar su actuar ilícito.

Los principios fundamentales de esta corriente, se pueden resumir de la siguiente manera:

1. La imputabilidad se fundamenta en la posibilidad que tiene el hombre para diluir su conducta.
2. La pena se establece como forma de coacción psicológica sobre el individuo.
3. El fin de la pena es la defensa social.

b) En la Escuela Técnico Jurídico; se señala que; “Esta doctrina se declara abiertamente enemiga de la filosofía, hace consistir la función del derecho

³⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. Parte general. 30ª. Edición, México, Porrúa, 1991. p.69.

penal en la exégesis del derecho positivo, limitando a este el objeto de su investigación”. Manzini, sostenedor de esta escuela busca limitar las ideas criminológicas del positivismo, del análisis de la teoría de este ilustre autor italiano, se desprende la clara idea de que cualquier estudio, análisis e interpretación de los fundamentos del derecho penal, debe realizarse con apego a la ley vigente, es lo que debe tener validez evitando con ello disquisiciones filosóficas.

Junto a Manzini aparecen autores como Rocco, Massari, Battaglini, Vannini, que participando en estas corrientes establecen; “que solo el derecho positivo constituye el objeto de estudio de la ciencia jurídica y que el derecho penal ha de reducirse al conocimiento científico de los delitos y de las penas, como fenómenos regulados por el ordenamiento positivo”.³⁵

La imputabilidad es considerada para esta corriente como un presupuesto general del delito, requisito previo y necesario para su existencia, apreciación formalista que la concibe como un atributo del sujeto, inherente a su naturaleza y anterior a la realización del hecho delictivo, es decir, solo será delito, aquella conducta que provenga del sujeto imputable, y este lo es cuando tiene la capacidad de comprender lo injusto del hecho y de obrar de acuerdo a esa inteligencia además de reunir las condiciones físicas y psíquicas puestas por la ley.

c) En la Escuela de Política Criminal. Nos muestra que se; Constituye con las escuelas terceras y técnicas jurídicas, las llamadas “posiciones intermedias” o “eclécticas” en virtud de que toman y rechazan conceptos de las escuelas clásicas y positivistas.

Esta escuela nace en Alemania con Von Liszt, su principal expositor, su pensamiento se sitúa “como una vía intermedia entre el determinismo y el indeterminismo, si bien esto no supone la adopción de una postura ecléctica o

³⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de derecho penal mexicano. Parte general. 14ª. Edición, México, Porrúa, 1999 p.17.

consiguiente. Sus implicaciones van más allá de establecer una expresa diferencia metodológica entre derecho penal y criminología y de adoptar algunos planteamientos eclécticos de esa dicotomía, así por ejemplo, la negación del libre albedrío que no impide en cambio la distinción entre imputables e inimputables por el contrario, su preocupación persistente residió en la unión de la dogmática jurídica en un nivel superior con ciertos principios y directrices provenientes del estudio científico del crimen, que él denominaba “política criminal”. La inquietud de Liszt por la política criminal, no tan patente en la también llamada ecléctica italiana, constituyó su sello característico y su diferencia esencial con aquella, reconoce la necesidad del derecho penal, no sólo como ciencia, si no como límite la prevención, lo que no quiere decir que acepte su fundamentación sobre la base del libre albedrío.

Liszt, era un determinista (“la controversia sobre el indeterminismo del lado de allá que postula el libre albedrío para el dominio de la fe, situado más allá de la conciencia humana, no tiene por consiguiente, para el derecho penal más importancia que la que podía tener la creencia en la inmortalidad del alma o en Dios personal”) al que sin embargo no preocupaba tomar partido en la polémica, pues el fundaba la responsabilidad no en la libertad de elección, sino en la facultad de motivación de las representaciones normativas.

Esto lo explica Liszt al desarrollar su concepto de imputabilidad, misma que entiende como aquel estado psíquico del autor que le garantiza la posibilidad de conducirse socialmente; es decir, de determinarse conforme a las normas de la conducta social. En este sentido la imputabilidad puede definirse como la facultad de determinación moral, por consiguiente, es susceptible de imputabilidad todo hombre con desarrollo mental y mentalmente sana, cuya conciencia no se halle perturbada. “El contenido normal y la fuerza motivadora normal de las representaciones constituyen la esencia de la imputabilidad. Con ello concluye Liszt que el concepto de imputabilidad en cuanto se fundamenta en la motivación normal de las representaciones es independiente de la hipótesis del libre albedrío”.³⁶

³⁶ Ibíd. pp.55, 56 y 57.

Liszt considerado el fundador de la escuela moderna del derecho penal, creador de la corriente que se dio en llamar Escuela Jurídico Penal Sociológica o Escuela Sicológica, considera que la ciencia del Derecho Penal no debe ser invadida por otras ciencias de naturaleza casual explicativa como la Criminología y la Penología que deben quedar en el papel de disciplinas auxiliares, esta Escuela señala como método de la ciencia del Derecho Penal el lógico abstracto, establece que la responsabilidad penal se fundamenta en la imputabilidad del sujeto, entendida ésta como la capacidad de comportarse socialmente: “el delito tiene un doble aspecto, como creación de la ley, y como fenómeno social susceptible de ser analizado por otras ciencias, las penas y medidas de seguridad son medios legales de lucha contra el delito”.³⁷

Las llamadas “Escuelas Penales” en su conjunto, aportan las bases indispensables para la comprensión y explicación de la imputabilidad, se observa como este concepto es tratado desde diversos enfoques y con diverso contenido, se le ve como fundamento de la responsabilidad ya moral, ya social, basada en el libre albedrío o un determinismo fisio-sociológico: como capacidad motivadora normal, capacidad de sentir la amenaza de la pena, capacidad de conducirse socialmente, entre otras; también se analiza desde el punto de vista filosófico, sociológico, del derecho positivo y de la utilidad social, en su contenido a la imputabilidad se le asignan la libertad, voluntad, conciencia, representación, normalidad en el desarrollo y otros elementos, situación general que permite apreciar a grosso modo la complejidad del tema a tratar, mismo que desde hace ya bastantes años y en la actualidad sigue provocando enconadas polémicas académicas, doctrinales, jurisprudencia y legales, por lo que hace a su naturaleza jurídica, contenido y ubicación sistemática en el Derecho Penal.

³⁷ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, Ob., Cit., p. 67.

CAPÍTULO SEGUNDO

2. RAZONES TERMINOLÓGICAS DE LA IMPUTABILIDAD.

“El problema de la imputabilidad tiene raíces profundamente impregnadas de conceptos filosóficos, todos ellos tendientes a resolver las causas y formas de comportamiento humano”,¹ y también de un paradigma sociológico. De igual forma, puede ser analizado desde un ángulo estrictamente jurídico - penal, aunque estrechamente ligado a los anteriores, en relación con el conjunto de facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber cometido un hecho típico y antijurídico, haciendo referencia al lugar que dicho concepto ocupa dentro de la teoría del delito y las consecuencias jurídicas que acarrearán.

Si bien nuestra figura, por razones obvias, que no puede ser otra que la jurídica, es importante establecer el significado de la imputabilidad y sus presupuestos, es decir, la capacidad del sujeto para comprender el carácter ilícito del hecho y de conducirse conforme a esa comprensión y para poder entender el aspecto negativo (*la inimputabilidad*), ya que supone la ausencia de dicha capacidad, esto es incapacidad para comprender el carácter ilícito del hecho o bien para conducirse de acuerdo con dicha comprensión (tal como se verá a lo largo del presente capítulo, a la imputabilidad le pertenece un contenido naturalístico, -pudiendo afirmar que se trata de un concepto eminentemente jurídico-, como lo prueba el hecho de que, a fin de cuentas, corresponde únicamente al juez valorar en cada caso concreto la imputabilidad de un determinado sujeto en una determinada situación).

“Del latín *imputare*, significa; poner a cuenta de otro, el atribuir.
Capacidad condicionada por la madurez y salud mental, de

¹ VELA TREVIÑO, Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad*, 4ª reimpresión de la primera edición. Editorial Trillas, México. 1987. p.6.

comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión”.²

La imputabilidad como capacidad de comprensión y determinación, es un concepto esencialmente técnico, no metafísico, cuya elaboración se apoya psicológica y psiquiátricamente en datos verificables, sin anticipar por tanto, posición alguna frente a cuestiones como la existencia del alma o la relación del alma y cuerpo. Estos datos verificables se refieren esencialmente a los factores esenciales internos condicionantes de la capacidad del agente de comprender y determinarse.

Entonces el doble significado que se le ha dado al término imputabilidad, ANTOLISEI sugirió que tal vez sería más apropiado utilizar la expresión capacidad mental para referirse a aquella. Esta reflexión es apoyada en que si bien el adjetivo verbal correspondiente al verbo imputar (imputable) se acomode correctamente a los resultados exteriores de dicha acción, cuando se habla de la no imputabilidad de un sujeto literalmente se menciona que a él no se le puede imputar algún hecho.

“Esto, sin embargo, no responde a la etapa actual de la evolución jurídica, puesto que también a las personas mentalmente incapaces (inmaduros y enfermos mentales) se les atribuyen los hechos cometidos y, en consecuencia se les aplican sanciones jurídicas, al saber las llamadas medidas de seguridad”.³

“La imputabilidad es la capacidad de querer y entender considerada dentro del ámbito del derecho penal. Como se aprecia esta capacidad tiene dos elementos, uno intelectual, referido a la comprensión del alcance de los actos que uno realiza, y otro de índole volitivo, es decir, ejecutar un resultado. Podemos considerar que la imputabilidad es la

² INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, “Diccionario Jurídico Mexicano”, 3ª edición, Editorial Porrúa, México 1989, p.116.

³ ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal*. Editorial Temis. Bogota, Colombia. 1988 p.32.

capacidad en el ámbito penal, condicionada por razones de edad y salud mental”.⁴

Una vez realizada la distinción entre imputabilidad – la cual no ha recibido el trato necesario- y la culpabilidad – que si ha recibido la atención suficiente en el campo de la teoría del delito-. “Lo cierto es que la imputabilidad no es más que un aspecto de ésta, precisamente el que se relaciona con la culpabilidad.”⁵ Por ello la necesidad de ocuparnos de su naturaleza jurídico-penal.

Con las diferentes concepciones, dadas con el estudio de la acción, básicamente dos, las más trascendentes para dicho análisis: la causalista y la finalista. En cada una de estas se ubica y se concibe a la imputabilidad de diferente manera, percibiéndose, de forma esencial, cuatro posiciones al respecto: dos que la relacionan con la culpabilidad, ya como presupuesto, o ya como su elemento y otras dos que la sitúan fuera de la teoría del delito, a modo de presupuesto de este o de la punibilidad, incluso como parte integrante de la teoría del delincuente.

Elementos de la imputabilidad {
a) Intelectual, capacidad para comprender.
b) Volitivo, capacidad para desear un resultado.

“Es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal.
Implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal,

⁴ OSORIO Y NIETO CÉSAR AUGUSTO. *Síntesis de Derecho Penal*, Parte General, Segunda reimpresión, Editorial Trillas, México 1995, p.64.

⁵ Al respecto refiere ROXIN CLAUX. *Iniciación al derecho penal de hoy*. Universidad de Sevilla. Sevilla, España, 1961, p.59. La limitación de la pena por el grado de culpabilidad solo tiene ventajas para el delincuente, se comprenderá fácilmente que la teoría tan difundida que considera que el derecho penal de la Culpabilidad tiene un carácter autoritario, “represivo”, realmente ha tenido al revés el significado del principio de culpabilidad.

precisamente al cometer el delito. Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable”.⁶

De esta manera nos podemos dar cuenta de que a la imputabilidad se le conoce como una capacidad, o una característica de un sujeto determinado al cual no se le puede acusar o procesar por una conducta delictiva, ya que debe reunir ciertas condiciones que la ley señala, recordemos que actualmente existen procesos para menores y para adultos.

Las primeras nociones del delito no prescinden, pues, de su carácter antijurídico, y las definiciones elaboradas se refieren particularmente a su identificación con el acto contrario a la ley, lo cual constituye, como lo ha subrayado el propio Jiménez de Asúa una evidente tautología.

El concepto de delito como **ente jurídico** no era, por consiguiente, algo nuevo cuando los clásicos elaboran su noción, pero les corresponde a ellos preferentemente haberles dado una amplitud mayor y no limitada al estrecho ámbito de la ley.

Las ideas de la filosofía positivista, en boga, representada en ese entonces; quienes inspiraron el positivismo penal para el cual los conceptos clásicos de los predecesores, como fueron el ente jurídico, el libre albedrío y la retribución, que con el método lógico constituyeron los pilares de la ciencia penal clásica debían ser sustituidos por nuevos criterios más acordes con la realidad del mundo y de su estructura social. Al Método Lógico opónesele ahora el inductivo experimental, propio de las ciencias causales explicativas; el delito deja de ser un ente jurídico para ser considerado como un **fenómeno natural y social**, cuyo origen obedece a múltiples factores tanto internos del hombre como externos de él; la responsabilidad nada tiene que ver con el libre albedrío, pues el determinismo es un hecho comprobado, por lo que imputables

⁶ AMUCHATEGUI REQUENA, Griselda. *Derecho Penal*, Segunda Edición, Editorial Oxford University Press, México. 1990, p. 81.

e inimputables caen bajo el régimen de las normas penales, a virtud de la responsabilidad social basada en la temibilidad del trasgresor y, la pena no es mera consecuencia jurídica, ni tampoco su fin el de retribuir el mal causado por el delito, sino una mera medida de defensa social.

2. 1 IMPUTACION E IMPUTABILIDAD.

Así mismo, el maestro “Jiménez de Asúa”,⁷ afirma que en su origen la imputación aparece, en la sistemática jurídico penal condicionada al elemento subjetivo, del delito, y al efecto recuerda los sistemas de Grolmann y Feuerbach, expuestos en Alemania en las postrimerías del siglo XVIII y comienzos del XIX.

En el primero de ellos, no obstante que el acto ya se abordaba en sus aspectos objetivos y subjetivo, (el acto en sí, comprensivo además, de la antijuridicidad, la tentativa), no aparecía la relación existente entre ambos, o sea, entre el aspecto objetivo, acto y su aspecto interno, voluntad que simplemente se nos presentaba como colocados de un lado del otro.

Tal sistema difería del de Feuerbach, en donde si se marcaba dicha relación aunque colocada en un lugar impropio, como lo era en la teoría de la ley penal, que sistemáticamente se localizaba después de las teorías sobre el delito y la pena.

En otro sentido la imputabilidad moral sino la peligrosidad, la razón que apoya la aplicabilidad de las sanciones o de las medidas de seguridad, en su caso, los positivistas acudieron al criterio de la peligrosidad social, razonando que el individuo resulta responsable de la comisión del delito no en función de la calificación inmoral de su conducta, sino por el mero hecho de vivir en sociedad, siendo esta la que determina su responsabilidad cuando el sujeto resulte peligrosos por sus actos.

⁷ JIMÉNEZ DE ASUA, Luís. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. Losada, Argentina, 1976. pp.20-21.

El positivismo penal encontró acogida en el mundo intelectual, pero también se le reprocha haber dificultado el avance de la ciencia penal, al tratar de imponer un método ineficaz e inadecuado, poniendo por otro lado en peligro el derecho liberal al convertirse en regímenes totalitarios.

La nueva doctrina, entonces ya superando a los clásicos, se inclina por estudiarlo a través de sus elementos integrantes (concepción analítica o atomizadora), pero sin negar dicha unidad, al estimar que al cabal conocimiento del todo sólo se llega por el análisis de sus partes integrantes.

La tipicidad destaca, después de los estudios de Ernesto Von Beling, como un elemento más del delito concepto aquel internamente relacionado con el de tipo, pero que en la doctrina de sus creadores tiene significado bien diverso, y la estructura tritómica alemana representada por Binding para quién el delito es un acto antijurídico y culpable, se cambia en la aceptada fórmula que ve en el la acción típicamente antijurídica y culpable, que no se encuentra amparada por una causa material de la exclusión de la pena.

Al referirse al criterio seguido por una gran parte de penalistas, de aplicar el análisis del delito el sistema consistente en el estudio, por separado, de cada elemento, guardando un orden rígido cuya alteración expone dicho análisis a graves errores, hacen notar que para los partidarios de dicha método “entre los elementos del delito existe un orden preestablecido, encontrándose una circunstancia curiosa, pues mientras la mayoría de tales autores dicen que es prioridad de unos elementos sobre de otros es puramente lógica, en la práctica todos atribuyen a esa prioridad de carácter temporal y al dar el concepto de la prioridad lógica, explica que esta se refiere no a una relación de tiempo sino a una relación unilateral de fundamentación, en el sentido que a este término da Husserl; en su tercer investigación lógica, una parte de un todo tiene prioridad lógica con respecto a otra, cuando ambas se hallan unidas entre sí por una relación irreversible de fundamentación, es decir, cuando una parte es fundamentación con respecto a la otra, pero esta no es fundante con respecto a la primera” y al concluir sobre el planteamiento de la prioridad

lógica y la temporal entre los elementos del delito, razona que no hay prioridades lógicas ni temporales, pues las relaciones de fundamentación de tales elementos no son unilaterales sino bilaterales, por cuanto un elemento es fundante con respecto a otro pero al mismo tiempo este es fundante con respecto a aquel razonamiento que lo lleva a sostener la existencia entre los varios elementos del delito, de la íntima penetración “ que impide conocerlos por separado”, a no ser que se destruya al objeto del delito, para por último, al considerar que si bien el método analítico hace perder de vista la realidad humana, objeto de la ciencia del derecho, sin embargo, el enfoque estructuralista propugnado posibilita la adecuada comprensión de esa realidad, es decir, permite conocer el delito en su unidad como episodio o tramo en la vida del delincuente.

No existe la prioridad lógica temporal de los elementos integrantes del delito ya que se destruye el objeto del delito mismo. Porte Petit dice: “nadie puede negar que para que concorra un elemento, debe antecederle el correspondiente, en atención a la naturaleza propia de delito”.

Al examinar los posibles criterios sistemáticos y después de afirmar la imposibilidad de captar al delito en forma unitaria, destaca la necesidad de considerarse como un concepto complejo, pero como no puede considerarse que el delito es una conducta o acción, perteneciente a un autor, pues ambos conceptos se presuponen mutuamente, al preguntarse por donde es conveniente iniciar la tarea analítica, si por la conducta o el autor de ella, toma partido por la primera y rechaza el camino inverso y el criterio objetivo y subjetivo, por los interrogantes sin solución que nos dejan.

La acción consiste en la conducta positiva o negativa, en el movimiento corporal voluntario que viola una norma prohibitiva. Precisadas las formas en que se puede presentar la conducta, se tratan los coeficientes **físicos y psíquicos** que la integran, a lo que algunos autores dan tratamiento de **elementos de la conducta**, de la acción o del hecho.

En la acción se habla de actividad, cuyo contenido le da un aspecto físico consistente en el movimiento corporal realizado por el sujeto, al cual se suma otro de naturaleza psíquica identificado con la voluntad que el sujeto tiene que realizar dicha actividad, mientras que en la omisión el sujeto permanece inactivo, omitiendo voluntariamente un actuar esperado y exigido por el derecho.

En este pensamiento nos permite distinguir dos tipos de actos involuntarios unos que comprende aquellos que nada revelan sobre la personalidad psíquica del sujeto y el otro que abarca a los involuntarios, si revelan en cambio dicha personalidad, pues no obstante a pesar de desarrollarse fuera de la zona de la conciencia, reflejan o manifiestan la constitución psíquica del sujeto.

Por ello la acción comprende la conexión interna entre el movimiento exterior o la inacción y la personalidad del sujeto... en esa relación, consiste el coeficiente psíquico de la acción que, por ello, no debe encontrarse en la voluntariedad del acto, sino en la atribuibilidad del acto al sujeto.

En México se adhiere al criterio de Antolisei y al referirse a la conducta aduce que para que la acción y la omisión sea producto de ella, se requiere puedan ser atribuidas al sujeto; en otras palabras que los actos sean del propio sujeto en un orden psicológico, de manera que el elemento psíquico de la conducta liga a la persona con su acto.

Mientras que para unos la voluntad resulta concepto de estrecho para llenar el amplio campo psíquico de la acción, la cual abarca campos que en estricto rigor no son voluntarios, para otros el coeficiente psíquico de la acción se agota en la voluntad.

Por otro lado, para el positivismo criminológico, la responsabilidad social no toma en cuenta la causalidad moral, sino la puramente física (material) y la psicológica (voluntad pero no en el sentido de la libertad de elección) y por ello la imputabilidad del sujeto supone, las condiciones mínimas necesarias para

determinar en el hombre la posibilidad abstracta de que le sea atribuido un hecho punible, de manera que la imputación resulta ser la afirmación provisional de la existencia en el individuo de tales condiciones para atribuirle un delito, o sea para declarar que el acto de que se trata es producto de la actividad psicofísica de la personalidad de ese individuo.

Al sustituir la Escuela Positiva, el criterio de la responsabilidad moral, por el de responsabilidad social, se da a la reprochabilidad humana una solución que ciertamente es lógica y consecuente.

Si todo delito desde el más leve al más grave, es la expresión sintomática de una personalidad antisocial...siempre incumbe al Estado la necesidad de la defensa represiva, subordinada sólo en lo que respecta a la forma y medidas de sus sanciones a la personalidad de cada delincuente, más o menos readaptable a la vida social.

Por ello para el ilustre positivista Enrique Ferri, todo sujeto activo de un delito es siempre penalmente responsable, porque el acto es suya expresión de su personalidad, sean cualesquiera las condiciones fisiopsíquicas en las que ha deliberado y cometido el hecho.

El Positivismo sufrió múltiples críticas fundamentalmente al negar la distinción entre imputables e inimputables, haciendo responsables a quienes carecían de imputabilidad, con lo cual, la culpabilidad quedaba desdibujada. La atribución se apoya en la pura imputación física del acto, originándole concepto de atribuibilidad, que si bien es un grado de responsabilidad no lo es penalmente; el resultado es atribuirle a un agente a condición de que pertenezca, que venga de su mismidad.

Maurach da un paso adelante al considerar que la atribuibilidad, si bien constituye un juicio de desvalor, no representa necesariamente un juicio de reproche, dado que el reproche sólo se hace al sujeto de quien cabe esperar una conducta adecuada a la norma. No debe confundirse pues la atribuibilidad o responsabilidad por el hecho con la culpabilidad; la primera únicamente pone

de relieve que el acto debe ser atribuido (al autor) como suyo... y tienen su razón de ser en la convivencia humana. La importancia sobre el concepto anterior sobre la atribuibilidad, radica en la posibilidad de valorar la conducta de cualquier hombre como expresión de su personalidad poniendo el acto concreto a su cargo como propio, por lo que al juicio de desvalor que recae sobre el autor, en manera alguna desaparece la circunstancia de que por inmadurez o deficiencias mentales de éste, se encuentre fuera o sustraído al juicio de reproche.

Entiéndase bien: una cosa es la responsabilidad por el hecho y otra la culpabilidad, pues la primera sirve de sostén o apoyo a la segunda. La responsabilidad por el hecho resulta de la desaprobación del acto propio.

La desaprobación se basa en que el autor en la situación concreta se ha comportado peor a como los demás hubieran actuado. La responsabilidad surge por no haber respondido el autor al poder del término medio presumido por el derecho. La culpabilidad, en cambio, presupone la responsabilidad por el hecho; ésta es desaprobación, y la otra es reproche, y si bien el reproche supone la desaprobación, exige en el sujeto la capacidad de poder actuar conforme a derecho, pues sólo podrá formularse un juicio de culpabilidad frente al autor que podía conocer el injusto y orientar su conducta conforme a ese comportamiento.

La imputabilidad en la construcción de Maurach no puede admitirse como la capacidad jurídico- penal de actuar (capacidad de acción) , sino como un supuesto de la culpabilidad, con lo que la imputabilidad funciona, como causa de exclusión de la culpabilidad.

El jurista Italiano "Carrara en su magna obra",⁸ explica que la imputación y la imputabilidad son dos conceptos íntimamente vinculados. De ellos

⁸ CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal*. Vol.1. Buenos Aires, Argentina 1944. p.29.

partiendo del verbo, imputar como atribución, diferenciándolos formalmente al poner de manifiesto que la imputabilidad era el juicio que se formaba de un hecho futuro previsto como meramente posible, en tanto que la imputación radicaba en el hecho de un juicio ocurrido.

“Esta atribuibilidad del acto a su autor como propio ha sido especialmente elaborado por la doctrina italiana (suitas), siendo considerada para Antolisei como la mera imposible atribución del acto al querer, a un sin la intervención de la conciencia fundado en que existen actos automáticos, conscientes, que pueden ser impedidos por la voluntad. Referente a lo anterior el maestro Álvaro Bunster,”⁹ trata de depurar el concepto italiano de suitas, independizándolo de la voluntad.

Basta para ello con que el acto provenga de la actividad psíquica del hombre sin que sea necesario a que tal causación psíquica tenga como sustrato la voluntad, basta que sea un acto psíquico y no fisiológico. Siendo así que no puede fundamentarse las suitas en los casos de los actos reflejos, puestos que no son psíquicos sino fisiológicos y en la Alemana (...*Zurechebarkeit*). “Respecto a esta última doctrina ha sido especialmente Maurach”¹⁰ quien en vista de la ley alemana de 24 de noviembre de 1993, instaurada, a semejanza de la belga, de 1930 de la peligrosidad y de las medidas de seguridad y corrección quiere proporcionar una plataforma unitaria al dualismo pena medida de seguridad, correspondientes a la culpabilidad y peligrosidad del autor, respectivamente. Ya en este sistema, el profesor Maurach muestra la última diferencia propia de la doctrina finalista en contraste con la anterior dogmática, que distinguía netamente entre el injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva.

Parece que la imputabilidad aparenta ser en un principio a absorber la esencia de la culpabilidad, como aconteció en la semántica de “Carrara y entre

⁹ La voluntad del acto delictivo, en revista de ciencias penales. Segunda época. Tomo XII. Nos 3-4, julio-diciembre. Santiago Chile.1950. p.158.

¹⁰ Citado por DIAZ PALOS, Fernando. *Teoría general de la imputabilidad*. Madrid, España. p.115.

otros a Jiménez de Asua”,¹¹ la evolución semántica del propio concepto de imputabilidad en la esfera de las ciencias penales permitió posteriormente diferenciar ambos conceptos.

El maestro Pavón Vasconcelos define la imputabilidad del sujeto como,

“las condiciones mínimas necesarias para determinar en el hombre la posibilidad abstracta de que le sea atribuido un hecho punible, de manera que la imitación, resulta ser la afirmación provisional de la existencia en el individuo de tales condiciones para *atribuirle* un delito, o sea, para declarar que el acto de que se trata es producto de la actividad psicofísica de la personalidad de ese individuo”.¹²

De lo anterior podemos entender que imputación e imputabilidad son conceptos vinculados pero no son lo mismo, *imputar* significa poner algo a cargo de alguien, en consecuencia denominamos *imputación* al juicio sobre el hecho ya acontecido. En esencia, la imputabilidad refiere a una cualidad del sujeto.

Imputable es la persona a quien se atribuye o se puede imputar algo, e imputar es la acción de atribuir a alguien, como suyo, un determinado comportamiento que puede traerle consecuencias jurídicas.

“El concepto de imputación, según Hans Kelsen, se refiere específicamente entre el acto antijurídico y la sanción, es decir, no es la relación entre un individuo y un acto de este, si no la que existe entre la sanción jurídica y el acto e indirectamente, entre la sanción y el autor del mismo acto, por ello, la capacidad de realizar actos

¹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA Luís. *Tratado de Derecho Penal*; Tomo I; 3ª edición actualizada, Buenos Aires, Argentina. 1964, p.39.

¹² PAVON VASCONCELOS, Francisco. *Derecho Penal*. Editorial porrua. México. 1994. p.440.

antijurídicos es a menudo expresada por el concepto de imputación (en alemán: Zurechnung)".¹³

Por otra parte, la imputabilidad es un concepto que expresa técnicamente la capacidad penal, en este sentido Castellanos Tena dice:

“La imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollos mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan en la salud mental. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer. La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho”.¹⁴

Sin embargo, en la moderna teoría del delito la mayoría de los autores alemanes y españoles han propuesto un nuevo concepto, en virtud de que ahora está médicamente demostrado que los enfermos mentales tienen capacidad de querer, independientemente que no entiendan el significado de su voluntad ni sus consecuencias, por ello, Gómez Benítez define la imputabilidad como “la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y la capacidad de actuar o determinarse conforme a dicha comprensión”.¹⁵

No obstante la armonía doctrinal que existe cuando se afirma que la imputabilidad radica en una capacidad psíquica del sujeto y se habla de autores imputables e inimputables, las discrepancias comienzan solo cuando se intenta saber el para qué, de dicha capacidad, sino también cuando se trata de precisar la ubicación que le corresponde a la imputabilidad en la estructura del delito. Originando, que nos ocupemos de las diferentes posiciones doctrinales que los juristas han desarrollado al respecto.

¹³ HANS Kelsen. *Teoría General del Derecho y del Estado*, Textos Universitarios. UNAM. México. 1988. p.108.

¹⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit., 1996, pp.217-221.

¹⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal*. Parte general. Editorial Civitas. Madrid. España. 1987. p.456.

La Imputación se ligó íntimamente al juicio de culpabilidad, como tiempo atrás lo había destacado el propio Carrara, dado que imputar significa poner algo a cargo de alguien; por ello, afirmase que la imputación es un juicio sobre un hecho ya sucedido, en tanto imputabilidad no es sino un mero concepto, “la contemplación de una idea” y si únicamente el hombre es imputable, la imputabilidad es la “expresión técnica para denotar su personalidad, la subjetividad, la capacidad penal”.

En esencia la imputabilidad refiérase a una cualidad del sujeto. Imputable es la persona a quien se le atribuye o puede imputar algo, e imputar es la acción de atribuir a alguien, como suyo, un determinado comportamiento que puede traerle consecuencias jurídicas.

Como la imputabilidad es algo inherente y propio del sujeto que se pretende individualizar como una cualidad o capacidad, se han señalado diferentes contenidos de su concepto tales como:

- a) Capacidad de acción, ya que ésta es la capacidad de delito.
- b) Capacidad jurídica del deber, equipara ilicitud.
- c) Capacidad de pena, cumple función de prevención general.
- d) Capacidad para cometer delitos.
- e) Capacidad de derecho penal.
- f) Capacidad de culpabilidad, se ocupa de los presupuestos existenciales del reproche de culpabilidad.
- g) Capacidad de conducirse socialmente, supone vinculación psicológica del hecho al autor.
- h) Presupuesto psicológico de la culpabilidad, capacidad de conocer y valorar el deber de respetar la norma.

El conocimiento de la ilicitud del hecho y el deber de acatamiento al mandato de hacer o de no hacer, contenido en la norma, es revelador de que el sujeto reúne, a tal fin, las condiciones sicosomáticas necesarias, es decir las

condiciones mínimas de salud y desarrollo mental para aprehender, respecto del hecho concreto su significación jurídica y su vinculación personal con ésta.

La determinación espontánea o voluntad en la causación del hecho, apoyase en el reconocimiento de la libertad del hombre para elegir el acto ejecutado.

La libertad, a efectos de la imputabilidad se aduce, en que consiste en la facultad del hombre para actuar conforme a su voluntad, entendiendo por ésta la capacidad de autodeterminación conforme con el sentido... la libertad o posibilidad de autodeterminación únicamente significa que el hombre debe poseer un contenido de voluntad suficiente para encausar su conducta.

Las opiniones varían conforme se trata de relacionar dicha capacidad con cada uno de los caracteres del delito, incluyendo a la acción como base del hecho punible, lo que ha traído como consecuencia que la imputabilidad se le haya entendido de diversas formas, tales como:

2.2.-Capacidad de acción.

Diferencia de la imputabilidad por abajo de la siempre atribución, así como la culpabilidad que ocurre a su nivel y paralelamente, debemos ahora penetrar en lo que su entraña jurídica, como capacidad del sujeto. Autores como "Binding, Von Piel y Gerland,"¹⁶ sostienen la postura de que la imputabilidad se traduce en la capacidad del sujeto para actuar, al concebirla como capacidad de acción -lo cual ya nadie admite en esta época- según "Robert Von Hippel,"¹⁷ sistemáticamente la imputabilidad cae bajo el mas amplio concepto de capacidad de obrar, que se nos da en las diferentes ramas del Derecho. Originando como consecuencia de esta postura, que la imputabilidad del sujeto suprime su capacidad de actuar.

¹⁶ Citado por MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*, parte general. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1990, p.202.

¹⁷ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. Op. Cit., p.83.

De ser verdad el anterior criterio caeríamos en el extremo de considerar que los inimputables no realizan acciones y por ello no pueden responder en absoluto de acciones, no pudiendo responder de sus actos, sin embargo, “Alfonso Reyes,”¹⁸ nos demuestra de manera contraria, (lo cual compartiremos su postura), que los más elementales conocimientos psicológicos y psiquiátricos sobre el comportamiento humano, concretamente en la minoría de edad, ni la enfermedad mental suprimen en los sujetos de quienes se predica su capacidad de actuar.

El niño actúa; el enfermo mental desarrolla conductas positivas o negativas; otra cosa es que la acción de aquel sea determinada por un psiquismo inmaduro, y la de este, por un psiquismo anómalo; son acciones en las que, solo en casos excepcionales esta presente la voluntad, así sea impulsiva en el niño por falta de capacidad de autocrítica, enorme en el enfermo mental por alteraciones psicosomáticas.

Una cosa es la ausencia de acción y otra bien distinta es la conducta con caracteres deficitarios o anormales. En el plano del finalismo vemos como Maurach deslinda la mera voluntad del resultado, propio de la acción, de la capacidad de conocer y de dirigir la acción en sentido antijurídico, propio de la imputabilidad.

2.3.- Capacidad jurídica de Deber

Esta postura es sostenida por defensores de la antijuridicidad subjetiva, “Kohlrausch, Hold Von Ferneck y A. Merkel.”¹⁹ Puesto que el Derecho se afirma, esta constituido, de modo primario, cuando no es exclusivo, por un sistema de mandatos y prohibiciones (teoría de los imperativos), únicamente puede, por ello, dirigirse a sujetos sensibles al mandato, esto es a “sujetos inimputables como idóneos destinatarios de la norma: tan solo estos últimos pueden, por desprecio al mandato normativo, actuar de modo antijurídico; el

¹⁸ REYES ECHANDÍA, Alfonso. *La Imputabilidad*. Editorial Temis., Bogotá, Colombia, pp.18-19.

¹⁹ Vuélvase a ver MEZGER, Edmund. Idem.

imputable, como idóneo destinatario de la norma, no puede contrariar el mandato, no puede, pues, actuar antijurídicamente.”²⁰

Al tenor de lo expuesto, podemos advertir que en esta teoría se confunde injusto y culpabilidad, llegando a la inadmisibile consecuencia de que el inimputable, por no entender el deber, no puede actuar antijurídicamente. De este modo se contradice nuestro Derecho Penal, entendiéndose, que el inimputable no puede llegar a cometer delitos, pero es indiscutible que su conducta típica puede ser antijurídica, como se puede apreciar el hecho de que los delitos, de acuerdo a nuestra ley penal de forma incorrecta, que los cometidos por los inimputables, originan la obligación de sus representantes legales de reparar el daño causado, a título de responsabilidad civil, artículo 32, fracción I y II, Código Penal y artículos 1919 y 1922 del Código Civil, así como, el hecho de que la aplicación de las medidas de seguridad previstas por nuestra legislación punitiva, suponen, entre otros requisitos, que “los hechos cometidos por el inimputable, además de típicos, sean antijurídicos, es decir, no justificables.”²¹

2.4.- Capacidad de culpabilidad.

“La imputabilidad, entendida como capacidad de culpabilidad es la postura adoptada por la mayoría de los juristas propiamente de los alemanes y que hoy son la opinión dominante.”²² De acuerdo con las diversas opciones sobre la exigente, se deriva la presencia de dos direcciones al respecto: la primera, representada básicamente por los que sustentan una concepción psicológica

²⁰ Cfr. MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II, Ariel. Barcelona, España, 1962. p.357.

²¹ Cfr. BACUGALUPO Enrique. *La antijuridicidad y la justificación de los hechos cometidos por inimputables permanentes en el Código Penal Mexicano*. En Ensayos de Derecho Penal y Criminología en homenaje a Javier Piña y Palacios. Porrúa, México, 1985. p.23.

²² Cfr. BELING VON Ernest. *Esquema de Derecho Penal*. Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1944. p.31; GUNTHER, Jakobs. *Derecho Penal*, parte general, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, España. 1995. p.588 y ss; MEZGER, Edmund. Op. Cit., p. 223; WELZEL Hans. *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago Chile. 1993, p. 184.

de la culpabilidad, la imputabilidad no es mas que un presupuesto de aquella, aun cuando se inclinan por una concepción normativa de la culpabilidad; la segunda, defendida por aquellos que, aun cuando se inclinan por una concepción normativa de la culpabilidad "(causalistas - normativas),"²³ como por aquellos que participan de un concepto valorativo de la misma "finalistas."²⁴

2.5.- Capacidad de conducirse socialmente.

De acuerdo a esta teoría supone una vinculación psicológica del hecho autor. Este criterio se propalado fundamentalmente por" Franz Von Liszt,"²⁵ para quien el sujeto imputable debe observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres. Reconocimiento, a su vez, que el contenido subjetivo de la acción tiene naturales psicológica y precisamente la relación entre aquel y el autor imputable, determina el acto culpable, ejecutando con dolo, o culpa. Por tanto, si bien el contenido material de la culpabilidad derivase de esa relación, no es menos cierto que su esencia se identifica en el carácter asocial de su autor, conocible por el acto mismo, entendido como conducta antisocial.

2.6 - Capacidad de motivación.

La crisis del concepto tradicional de culpabilidad ha dado lugar, como es bien sabido, a un proceso de revisión crítica de la misma, iniciada por los alemanes, generando una polémica en torno a estas dos maneras de concebir no solo a la culpabilidad y la pena sino el derecho penal en general, tuvo amplias repercusiones en el panorama jurídico penal. En efecto, este renacer del interés doctrinal por las finalidades político-criminales y por, sus repercusiones en el sistema de derecho penal, implicó, que algunos autores fijaran su

²³ A si lo ubican entre otros, MEZGER, Edmund. Op. Cit., p.49 y ss; SAUER Guillermo. *Derecho Penal*, parte general. Bosch, Barcelona, España, 1956. pp. 284 y 285; PARTE PETIT, Candaudap. *Programa de Derecho Penal*, Jurídica Mexicana, México. 1970. p.51.

²⁴ WELZEL, Hans. Op. Cit. p.214.; STRATENWERTH, Gunther. *Derecho Penal*, parte general, Edersa. Madrid, España, 1982, p.165.; DAZA GOMEZ, Carlos. *Teoría General del Delito*, Astrea Buenos Aires, Argentina.1978. p.84.

²⁵ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo 11, Instituto Editorial Reus. S. A. 3a Edición, Madrid. España. p.384.

atención en la revisión, desde un punto de vista político-criminal, de los fundamentos dogmáticos que tradicionalmente han servido para exponer el derecho penal. En este proceso de revisión interna es precisamente el concepto de culpabilidad el que mayor atención ha recibido por parte de la doctrina penal.

Luego entonces del sistema del Derecho Penal ha surgido, en el ámbito español, la denominada teoría de la motivación, la cual, como ha dicho “Gimbernart,”²⁶ se ha convertido en uno de los temas claves para, en especial por las consecuencias que pueden extraerse de su admisión, tanto conceptual como metodológicamente.

La teoría de la motivación, no es, por consiguiente, solamente una teoría de la culpabilidad. Antes por el contrario, ella constituye una posición penal de corte preventivo, al igual que para explicar la función de protección de bienes jurídicos y resolver importantes cuestiones metodológicas, tales como las relaciones entre tipo y antijuridicidad, el fundamento de la culpabilidad, etc. No obstante, lo que nos interesa resaltar en estos momentos son sus repercusiones en el concepto de culpabilidad (y particularmente en el de imputabilidad), ámbito este en el que ha sido presentada como nuevo criterio de determinación del contenido material de la culpabilidad.

Entre los autores partidarios de la teoría de la motivación existe un acuerdo en rechazar, por indemostrable e irracional, el concepto tradicional de culpabilidad; pero no hay, sin embargo, un acuerdo absoluto, no solo en lo tocante al concepto de motivación mismo como fundamento de la culpabilidad, sino, inclusive, en cuanto a las repercusiones del primero sobre la segunda. En este sentido, entre los expositores españoles pueden distinguirse esencialmente, dos posiciones al respecto: una que niega por completo el concepto de culpabilidad y lo sustituye por el criterio de la necesidad de pena; y otra que, si bien sostiene una actitud crítica respecto a la culpabilidad,

²⁶ GIMBERNAT ORDIEG, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?* Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1983. p.142 y ss.

mantienen dicho concepto, pero intenta complementarlo y revisarlo internamente.

2.2.1 Capacidad de pena.

Los Penalistas de la talla de Feuerbach, Von Liszt, Radbruch y otros que sostienen “la tesis de que la imputabilidad es capacidad de pena, opinión también debatida por Mezger,”²⁷ ya que es el mismo momento de la imputabilidad con el acto y no con la pena; en realidad lo que sucede, propiamente, es la desaparición de la distinción entre “imputables” e “inimputables”, al menos en el sentido de que estas categorías son comúnmente entendidas. En efecto, a medida que la aplicación de pena se hace depender de su necesidad y no de la culpabilidad del sujeto, la imputabilidad habrá que entenderla según ya lo hiciera Feuerbach, como capacidad de pena, si es que quiere mantenerse el concepto; este punto de vista no nos parece, ciertamente, nada inconveniente, pues el hecho de que la imputabilidad se refiere a la capacidad o necesidad de pena no implica, en principio ninguna descalificación del inimputable.

El título excepcional la imputabilidad, como veremos, puede retrotraerse a un tiempo anterior a la ejecución del acto (*actió libera in causa*). En este sentido, ya no se habla de capacidad de querer y entender, sino de capacidad de motivación tal como lo señala Malo Camacho, quien la define como:

“La capacidad de comprensión del injusto, y de actuar conforme a esa comprensión a partir de la capacidad de autodeterminación de la persona y para conducirse conforme a esa misma autodeterminación. Implica un concepto que apunta principalmente al contenido psicológico del regular proceso intelectual de la persona, al cual se incorpora el componente valorativo del injusto indispensable para precisar su contenido. Es decir, que no se trata de cualquier

²⁷ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*, parte general. Cárdenas Editor y Distribuidor, México. 1990. p.202.

comprensión, sino precisamente de la comprensión relativa al injusto penal, en cuanto al contenido de conducía típica y antijurídica”.²⁸

Lo anterior es producto de la referida evolución en la que destacan tres criterios principalmente más para conceptualizar a la imputabilidad, y son, según Malo Camacho, los siguientes:

a) Concepción naturalista psiquiátrica.

Sobre la base de la concepción del Estado de Derecho en sentido moderno, las primeras legislaciones penales del siglo XIX, más que a un concepto de la imputabilidad dieron a la enumeración de las situaciones en las cuales se estimó que se presentaban los casos de no imputabilidad de la persona. Esta referencia legislativa aludió a aspectos que implican ámbitos del insuficiente desarrollo biológico o de las características psicológicas de la persona y, en función de esto, correspondió a la jurisprudencia y a la doctrina, conformar los conceptos de la imputabilidad y de la inimputabilidad.

b) Concepto psicológico de la imputabilidad.

Con posterioridad, varias legislaciones en el mundo incorporan una nueva fórmula que superó a la anterior, para hacer referencia a aspectos que tienen un contenido fundamentalmente psicológico. Así, el nuevo concepto de la imputabilidad estuvo conformado a partir del concepto de la capacidad de "entender" y de "querer". En esta orientación, particular influencia tuvo el Código Rocco, italiano, que siendo un ordenamiento de contenido bastante técnico, en la fecha en que apareció promulgado, a la vez contiene algunas instituciones jurídicas que reflejan las características jurídicas políticas del Estado Italiano de aquel momento.

²⁸ MALO CAMACHO, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México. 1997. p.551 y 552.

c) Concepto psicológico-jurídico de la imputabilidad.

En época más reciente surge y desarrolla el concepto psicológico-jurídico de la imputabilidad que hoy por hoy representa la fórmula más técnica y evolucionada acerca de este concepto. En este orden de ideas, la imputabilidad significa un "proceso y no una mera manifestación de causas; implica, así, un contenido psicológico-jurídico valorativo que afirma que la imputabilidad es la capacidad de comprensión del injusto, como también la capacidad de actuar en consecuencia de esa comprensión. Es, naturalmente, un concepto que por el contenido que incorpora, admite la graduación de la imputabilidad."²⁹

De lo anterior podemos advertir que en todos los conceptos se muestra un común denominador que es el juicio de valor que se realiza a una persona, sin embargo, la imputabilidad la definimos nosotros como la capacidad que tiene un sujeto de motivarse por la norma penal, ya que esto implica que el autor de un hecho ilícito comprendía la desaprobación jurídico penal de su acto y toma la capacidad de dirigir su conducta conforme a lo que establecía la norma, es decir, en términos generales, la imputabilidad como capacidad que ocupa al sujeto, encierra un doble contenido: el primero de comprensión (cognoscitivo o intelectual) y el segundo, de determinación (volitivo). El de comprensión se manifiesta como la capacidad de comprender el carácter ilícito o antijurídico del hecho ejecutado, el de determinación como la capacidad de conducirse de acuerdo o conforme a esa comprensión. Sin embargo, tal capacidad de conducirse no debe confundirse, ni mucho menos identificarse, con la llamada capacidad de voluntad o voluntabilidad, puesto que ésta mira hacia la conducta, en tanto que aquélla lo hace hacia la culpabilidad.

De lo anterior se advierte claramente entre los penalistas italianos, quienes, en atención a la definición tan escueta que proporciona su Código Penal, se ven en la necesidad de precisarla y aclararla. "Así lo hacen, entre otros Antolisei,"³⁰ para quien la capacidad de entender, como actividad

²⁹ MALO CAMACHO, Gustavo. Ídem, p.552.

³⁰ ANTOLISEI, Francesco. Op. Cit., pp. 431-432.

intelectiva, no es la mera aptitud del sujeto de conocer lo que ocurre en derredor de él, sino la capacidad de darse cuenta del valor social del acto que realiza. No es necesario que el individuo esté en condiciones de juzgar que su acción es contraria a la ley; basta que pueda comprender en general que está en contra de las exigencias de la vida común, y de que la capacidad de querer significa la aptitud de la persona para determinarse autónomamente, resistiendo a los impulsos y más concretamente, a la facultad de querer lo que se considera que se debe hacer.

Pero no sólo los italianos se han visto en la necesidad de precisar el alcance y significado del contenido de la imputabilidad, sino que incluso también lo han hecho los juristas alemanes, destacando entre otros, Welzel, “quien al referirse al elemento intelectual de la imputabilidad, se cuida de advertir que en todo caso se trata de la capacidad de comprensión del injusto material”,³¹ y de quien no es necesario que el autor pueda reconocer el hecho como contrario a la ley, o en general, como punible, ni es suficiente la conciencia de perpetrar una simple inmoralidad, sino que el autor tiene que poder reconocer que su hecho es una trasgresión de aquellas normas sociales que son indispensables para la vida en común.

En la actualidad, pues, subsiste ese doble contenido que se le ha atribuido a la imputabilidad, cuya presencia es básica para sostener la capacidad de culpabilidad del sujeto, al grado suficiente que esté ausente la capacidad de comprender el ilícito del hecho realizado, o la de conducirse de acuerdo con dicha comprensión, para que aquélla desaparezca; salvo una fórmula mixta en donde se exige, además, la presencia de las llamadas causas biológicas o psiquiátricas -las cuales se desarrollarán más adelante- de la imputabilidad.

³¹ WELZEL Hans. Op. Cit., p.217.

2.2.2 La imputabilidad a partir de la necesidad de pena.

Ya en el terreno de la imputabilidad, la sustitución del "principio de culpabilidad" por el de necesidad de pena en ningún caso puede suponer la aplicación de pena a los sujetos denominados "inimputables", ya que desde el punto de vista del mantenimiento del orden social ello resulta, además de intolerable y abusivo, también innecesario, pues el hecho de que quede "impune" el acto del menor o del "enfermo mental", por ejemplo, no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales. En palabras de Gimbernat, "por la escasa o nula «motivabilidad» del «inimputable», la pena no supone para él, ex ante, un factor inhibitor serio; y ex post, una vez cometido el delito, el método más adecuado para su readaptación social, es, no el de la pena, sino el del tratamiento médico".³²

Por otra parte, y desde el punto de vista de prevención general, la impunidad del loco en nada refleja la eficacia inhibitoria de la pena frente a los «inimputables»; estos no se identifican con aquel, se saben distintos, pues para el suscrito, esta teoría persigue el evitar la comisión de nuevos delitos por parte de todos los ciudadanos, y con independencia de que en algún momento anterior hayan o no delinquido. A raíz de todo esto no resulta nada extraño que sitúe el sentido y fin de la pena en sus efectos intimidatorios sobre la generalidad, y no sobre el concreto sujeto delincuente como ocurre con la prevención especial.

Con respecto a la tesis de Gimbernat, pone en peligro el sistema de garantías establecido en favor del individuo, a la vez que se muestra incapaz de lograr una delimitación conceptual de la imputabilidad; en realidad lo que sucede, propiamente, es la desaparición de la distinción entre "imputables" e "inimputables", al menos en el sentido en que estas categorías son comúnmente entendidas. En efecto a medida que la aplicación de una pena se hace depender de su necesidad y no de la culpabilidad del sujeto, la imputabilidad habrá que entenderla, según ya lo hiciera Feuerbach, como

³² GIMBERNAT ORDIEG, Enrique. Op. Cit., p.

capacidad de pena, si es que quiere mantenerse el concepto; este punto de vista no nos parece nada inconveniente, pues el hecho de que la imputabilidad se refiera a la capacidad o necesidad de pena no implica, en principio ninguna descalificación del inimputable. El problema estriba en que a la hora de fundamentar la "incapacidad de pena" del inimputable, Gimbernat sostiene que la misma se debe a que el inimputable no es motivable, lo que a su vez fundamenta en la supuesta "anormalidad" del sujeto. Nuevamente se cae, pues, en la inferioridad existencial del inimputable.

2.2.3 LA IMPUTABILIDAD O CAPACIDAD DE CULPABILIDAD.

La imputabilidad entendida como capacidad de culpabilidad, es la postura adoptada por la mayoría de los juristas en la doctrina principalmente alemana. Ahora bien, del mismo modo que la definición formal de culpabilidad sufre modificaciones substanciales en esta última, se apreciarán éstas en la determinación de quien es capaz de actuar culpablemente.

En la dirección causal la culpabilidad aparece ya claramente destacada como elemento central del delito junto a la antijuridicidad. Es el receptáculo donde se valoran los momentos subjetivos del delito, con exclusividad en un primer momento, en las formulaciones de "Franz Von Liszt y de Ernest Beling,"³³ y sólo de modo fundamental, en el periodo neokantiano, después de la formulación de la teoría de los elementos subjetivos del injusto y de la admisión excepcional de elementos de naturaleza objetiva en la culpabilidad.

Es precisamente en el período neokantiano, con el nacimiento de la teoría normativa de la culpabilidad, cuando se depuran los elementos del Juicio de culpabilidad. Frente a la concepción psicológica del pensamiento clásico, claramente representada en el Tratado de Derecho Penal de Franz Von Liszt, se impone una concepción normativa, valorativa de la culpabilidad, que es entendida ahora como juicio de reproche dirigido personalmente al autor por el hecho realizado.

³³ Cfr. VON LISZT, Franz. Op. Cit., p.75.

La concepción normativa, formulada por Reinhard Frank,³⁴ James Goldschmit,³⁵ Berthold Freudental³⁶ y Edmundo Mezger³⁷ y en México a través de Fernando Castellanos Tena,³⁸ Raúl Carranca y Rivas,³⁹ Ricardo Franco Guzmán,⁴⁰ Eduardo López Betancourt,⁴¹ y Carlos Daza Gómez.⁴² Es menester dar la definición sobre la culpabilidad de Mezger por su madurez con que la trata entendiéndola como: “el conjunto de presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”.⁴³ Estos presupuestos son la imputabilidad, el dolo o la culpa y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.

En este período, como indicamos, cuando se formula el concepto formal o sistemáticamente vigente también hoy, de imputabilidad como capacidad de culpabilidad y por tanto, como elemento o presupuesto de la misma.

En la teoría del finalismo, el concepto de culpabilidad acentúa su carácter normativo,⁴⁴ pues aparece despojado ya de toda referencia táctica. Los presupuestos del juicio de reproche personal son ahora la imputabilidad, la

³⁴ Véase Estructura del concepto de culpabilidad, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal Universidad de Chile. Chile. 1966. p.15.

³⁵ Cfr. Estructura de la culpabilidad... Op. Cit., p.60.

³⁶ Citado por DAZA GÓMEZ, Carlos. Op. Cit., p.165.

³⁷ Para profundizar más al respecto sobre la postura de estos autores consúltese JAKOBS, Günther. Op. Cit., p.569 y ss.

³⁸ Cfr. Derecho Penal Mexicano... Op Cit., p.268.

³⁹ Cfr. Ibidem.

⁴⁰ Cfr. Derecho Penal Mexicano... Op. Cit., p.265 y ss; el mismo Concepto materia de culpabilidad Criminalia. México. 1999.

⁴¹ Cfr. Culpabilidad e imputabilidad... Op. Cit., p.110.

⁴² Cfr. DAZA GOMEZ Carlos. Teoría general del delito... Op. Cit., p.160 y ss.

⁴³ MEZGER, Edmund. Op. Cit., p.189.

⁴⁴ Véase en el mismo sentido en la doctrina mexicana entre otros DAZA GÓMEZ, Carlos. Op. Cit., p.169 y ss.; LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit., p.85; MÁRQUEZ PINERO, Rafael. Op. Cit., p.138; PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del Delito*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México.1998. p.235.

posibilidad de conocimiento de lo injusto del hecho o de la antijuridicidad y la ausencia de causas de exculpación. El dolo forma parte de la conducta objeto de prohibición y es definido como conocimiento de los hechos y aceptación del resultado. En los delitos imprudentes la infracción del deber objetivo de cuidado es elemento constitutivo del tipo de lo injusto, mientras que en el ámbito de la culpabilidad se examina si el sujeto infringe además, el cuidado personalmente debido.

El concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad es redefinido de modo consecuente como capacidad de comprensión de lo injusto del hecho y de actuación de acuerdo con esta comprensión.

Ahora bien, si concibiésemos a la imputabilidad como presupuesto general del delito en los lineamientos apuntados, tendríamos necesariamente que aceptar que las llamadas medidas de seguridad se encuentran fuera del Derecho Penal, toda vez, a que en esas condiciones los inimputables permanentes, al carecer de capacidad jurídico-penal no pueden actuar con relevancia jurídica, lo que resulta inadmisibile para un sistema que, como el nuestro, prevé como consecuencias penales, tanto a las penas como a las medidas de seguridad.

2.2.4 LAS ACCIONES LIBRES EN SU CAUSA.

El problema es antiguo y se trata desde “Tomás de Aquino y Pufendorf,”⁴⁵ pues la única excepción al principio de que el sujeto debe tener la posibilidad de comprender la desaprobación de un hecho ilícito y dirigirse conforme a esa comprensión al momento de su realización para ser considerado imputable, es

⁴⁵ ROXIN, Claus. Op. Cit., p.850. Por otra parte hay quienes le atribuyen al pensamiento griego, principalmente a Aristóteles que llevo a generalizar primeramente al explicar la libertad por voluntad inicial de ser lo que somos, aunque ya no esté en nuestras manos él dejar de serlo, posteriormente en la antigüedad viene representado por San Agustín, cuya enseñanza sé transfundirá más tarde a lo jurídico por obra de los prácticos, quienes repiten para aceptarla o rechazar la idea agustiniana. Véase: DIAZ PALOS Fernando. Op. Cit., p.186.

lo que se denomina “*actio liberae in causa*,”⁴⁶ es decir, la acción libre en su causa.

La denominación “*alic* en el sentido del uso moderno del lenguaje se remonta al parecer de Kleinschroad (1794),”⁴⁷ que consiste en que un sujeto que tiene la capacidad de motivarse por la norma se pone voluntariamente en un estado de trastorno mental transitorio que excluye dicha capacidad de motivación y realiza bajo esas condiciones una acción típica y antijurídica.

“Pavón Vasconcelos cita la definición de la acción libre en su causa que estableció Mario Dondina, quién la consideró como todo hecho contrario al derecho, producido mediante comisión u omisión en estado de alteración. Fisiopsíquica transitoria deliberada de un anterior comportamiento voluntario (pre-ordenado o no) del agente.”⁴⁸

Por ello, en estos casos, dice Bacigalupo, que es posible retratar el juicio sobre la capacidad de motivación al momento en que libremente el autor pone la causa del estado posterior y cita como ejemplo a la enfermera que ingiere un somnífero que le impide despertarse al ser requerida de urgencia por un paciente que luego muere a causa de no habersele prestado la ayuda necesaria.

Consecuentemente, la problemática de las acciones libres en su causa consiste en determinar cuando estamos en presencia de un sujeto que se puso voluntariamente en un estado de inimputabilidad transitoria y es acreedor a la consecuencia jurídica del delito.

⁴⁶ El concepto de la *actio libera in causa*, es también, denominada por la doctrina en una expresión más corta como *alic*, véanse entre otros, UJALA JOSHI, Jubert. *La doctrina de la actio libera in causa*. J. M Bosch, Barcelona, 1992, p.37; ROXIN Claus. Op. Cit., p.850.

⁴⁷ Cfr. ROXIN, Claus. Ibid. p.850. Pero los esfuerzos para elaborar con mayor precisión dogmática esta figura jurídica proceden sólo de la posguerra. Sobre la fundamentación de la *alic* disputan sobre todo dos opiniones. El “modelo de la excepción” y el “modelo del tipo”.

⁴⁸ PAVON VASCONCELOS, Francisco. *Inimputabilidad e Inimputabilidad*. 2ª edición, Porrúa México. p.75.

Para ello podemos determinar tres formas en las que un sujeto pueda llegar a ponerse en un estado de que excluye la capacidad de motivación, “así como, de la existencia tanto de *acciones liberae in causa*, dolosas como culposas.”⁴⁹

Ejemplo: el sujeto quiere matar a otro, ingiere cierta cantidad de alcohol para darse valor y consumar el hecho.

Por último la acción libre en su causa puede darse con culpa por ejemplo; el sujeto que conduce un vehículo en estado de ebriedad y no prevé que puede provocar un accidente. Por su parte Cerezo Mir dice que “dos eran los conceptos fundamentales que determinaban el ámbito de aplicación:

Embriaguez fortuita; es aquella que se produce sin voluntad ni imprudencia por parte del sujeto; éste ni la quiso, ni la previó, ni la pudo prever. Es infrecuente, la padecen personas que presentan intolerancia al Alcohol o que sufren alguna enfermedad mental como la epilepsia, la esquizofrenia o psicopatías, en estos últimos casos se denomina embriaguez patológica y cuando se da, basta una pequeña cantidad de alcohol para llegar al estado de embriaguez.

Y embriaguez por culpa o imprudencia, es aquella en la que el sujeto se embriagó aunque no quiso, ya que no observó la diligencia debida”.⁵⁰

Ligado al problema del fundamento de la punibilidad de las *acciones liberae in causa* se presenta la cuestión de determinar en que casos se justifica, por razones de política criminal, que el legislador establezca expresamente como excepción a los principios de la imputabilidad, la punición de la materia que la figura pretende captar, es decir, en que supuestos, a pesar de la instrumentación dogmática existente, resulta necesario acudir al

⁴⁹ BACIGALUPO. Enrique. Op. Cit., p.162 y ss; DIAZ PALOS, Fernando. Op. Cit., p.185.

⁵⁰ CEREZO MIR, José. *Derecho Penal parte general*. (Lecciones 26-40). Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 1997. pp.49 y 50.

expediente de la *actio libera in causa* para sancionar los hechos de un imputable, que de otra forma quedarían impunes.

En la discusión se enfrentan dos soluciones opuestas: el modelo de la tipicidad vincula en castigo del autor a su conducta causante de la exclusión de la culpabilidad, que se interpreta como una acusación dolosa o imprudente del resultado. Quien por ejemplo se emborracha hasta el punto de llegar a una situación de exclusión de la culpabilidad para, desinhibido por la embriaguez, darle una paliza a su compañero, será, castigado, si las cosas suceden tal como los planeo como autor de un delito de lesiones dolosas, por el hecho de embriagarse, pero no por la paliza, pues el castigo por la paliza se opondría la capacidad de culpabilidad del autor en el momento de su ejecución. Pero como el embriagarse se presenta ya una causación dolosa de un resultado, esta sería el fundamento del castigo por el delito de lesiones. El ejemplo ya mencionado con anterioridad, del que se embriaga es, en cierto modo, un autor mediato, que utiliza su propia persona, en situación de incapacidad de culpabilidad, como mediador del hecho, no diferenciándose, en principio, del que se sirve de otra persona incapaz de culpabilidad para la ejecución del delito.

Sin embargo, entre ambas figuras la autoría mediata y la *actio libera in causa* existen diferencias notables. Por ejemplo, la autoría mediata presupone la existencia de, al menos, dos personas de las cuales, (el ejecutor) es instrumentos en manos de otras, mientras que en la *actio libera in causa*, equiparada a una autoría casi – mediata, como lo indica Hruschka, una única persona es tomada simultáneamente por dos, lo que en si mismo atenta contra el principio lógico de identidad.

Por otra parte la *actio liberae in causa* no esta sometida a los mismos limites materiales que la autoría mediata. Así dada la identidad personal, no hay obstáculo para admitir la *actio libera in causa*, en los delitos especiales propios y en los de propia mano, a diferencia de lo que sucede con la autoría mediata.

Entre *la actio libera in causa* y la autoría mediata existen, pues, importantes diferencias. Pero es que aun admitiendo el paralelismo entre ambas figuras quedan sin contestar la cuestión de por que debe responder quien es incapaz- de acción, de culpabilidad- al tiempo del hecho, incapacidad presente en *la actio libera in causa* y no, en cambio, en la autoría mediata. El autor mediato tiene el dominio de la situación y es capaz en todo momento. Si se admite que en la *actio libera in causa* la acusación de la propia incapacidad no es aun comienzo de ejecución y que, por tanto, la acción típica es realizada por un sujeto incapaz, entonces, el recurso a la autoría mediata no nos dice nada sobre el por qué de la punición de un sujeto incapaz al tiempo del hecho. No procede la equiparación a la autoría mediata por que el autor mediato es capaz. Por ello el paralelismo con la autoría mediata como fundamento de la punibilidad de la *actio libera in causa* sólo puede ser invocado, con propiedad por quienes ven en la *actio precedens* un comienzo de ejecución, pero entonces, como ya se ha indicado, nos hallamos en un campo distinto al de las *actio libera in causa*.

2.2.5 LA INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad supone en la persona de quien se predica incapacidad para conocer y comprender dicha ilicitud o para determinarse de acuerdo con esa comprensión.

“La razón por la cual el inimputable no es capaz de delinquir o, más exactamente, de actuar culpablemente, es la de que representa fallas de carácter sicosomático o sociocultural que le impiden valorar adecuadamente la juridicidad ó antijuridicidad de sus acciones regular su conducta de conformidad con tal valoración. Esas fallas se evidencian en un desarrollo mental deficitario, inmaduro o senil, en trastornos biopsíquicos permanentes o transitorios, en dificultades de acomodamiento sociocultural o en obnubilación de la conciencia”.⁵¹

Nos parece lógica la razón que se describe, al destacar que existe varios elementos que se ocupan de que una persona sea inimputable o que no mida el alcance de su conducta, o que tal vez, al realizarla no quería el resultado, por la misma inconciencia, sólo quería la conducta pero no el resultado. Es decir, la conducta existe, existe el resultado, pero no existe la culpabilidad.

La calidad de inimputable se deriva del hecho de que el sujeto no puede, en razón de tales deficiencias, comprender la ilicitud de su actuar, o de que pudiendo comprender no es capaz de comportarse diversamente, en efecto, un idiota no está en condiciones de distinguir lo bueno de lo malo, lo lícito de lo ilícito; un psicópata impulsivo, en cambio, sabe que su inminente conducta es delictiva, que no debiera llevarla a delante, pero no puede impedirlo porque una fuerza interior de naturaleza patológica lo constriñe a actuar en esa dirección.

En razón de los factores etiológicos mencionados la doctrina considera como inimputables a los menores de edad, a los ancianos en ciertos casos, a los enfermos de mente, a los sordomudos, a los indígenas, a quienes actúen

⁵¹ Ibíd. CEREZO MIR. Ob. Cit., p.41.

en estado grave de alteración de la conciencia bajo formas agudas o crónicas de ebriedad. A cada uno de estos fenómenos nos referiremos en seguida;

Menores de edad

La personalidad humana no es algo rígido o inmodificable; al contrario, ella es el producto de una lenta y progresiva evolución que comienza desde el momento mismo de la gestación y sólo termina con la muerte; este proceso vital afecta al individuo tanto en el plano morfológico como el psicológico.

Esta transformación no se efectúa sencillamente; es más bien, sembrada de distintas maneras e influida por distintos factores de carácter endógeno y exógeno. Los psicólogos han dividido el ciclo vital del ser humano en cuatro grandes períodos a saber: infancia, juventud, madurez, senilidad; los que nos interesan son los dos primeros.

La personalidad del niño es el resultado del desarrollo lento y gradual, su sistema nervioso madura progresivamente, por secuencias naturales. Antes de estar de pie, permanece sentado, antes de hablar balbucea; antes de decir verdad inventa; es egoísta antes que altruista; depende de los demás antes de depender por sí mismo. Desde el punto de vista psicológico, la característica del niño es curiosa, que se manifiesta en la satisfacción de intereses; por ello esta etapa suele dividirse en cuatro periodos: a) el de los intereses perspectivas; b) el de los intereses glósicos; c) el de los intereses intelectuales generales, y, d) el de los intereses intelectuales especiales. Para los efectos de nuestro estudio nos interesan los dos últimos aspectos que se sitúan entre los siete y doce años de edad.

El período de la juventud, que comprende las fases prepuberal y puberal es realmente una etapa de transición entre la adolescencia y la adultez. Tres hechos fundamentales lo identifican: la aparición del pensamiento abstracto, esto es, la capacidad de establecer relaciones lógicas entre conceptos generales; la adquisición de la responsabilidad social y, por consiguiente, el

comienzo de la acción del individuo como tal frente a la sociedad y, finalmente, la culminación del desarrollo de la sexualidad.

Desde el punto de vista psicológico esta etapa se caracteriza por una organización, evaluación y ponderación de los conocimientos concretos que hasta entonces el joven ha adquirido. Por primera vez está en condiciones de enfrentarse a los problemas vitales, de plantearse interrogantes sobre ellos y de insinuar soluciones. Pero es también un periodo de contrastes en el que son frecuentes las crisis; de la agresividad despreocupada, el joven pasa al temor de enfrentarse a los problemas de la vida.

La evolución del instinto de la sexualidad tiene mucho que ver en esta crisis; el joven se siente ya hombre, y la adolescente mujer mucho antes de serlo en realidad, y ello provoca trastornos psicológicos que explican su inestabilidad emocional.

En esta época pueden darse muestras del mayor egoísmo y del más sublime altruismo, de la más refinada sensibilidad y de la mayor indiferencia; por ello, hemos de establecer un pronóstico de la definitiva evolución moral o caracterológica de un joven, sin conocer sus hechos actuales corresponden a lo observado en su infancia.

Las informaciones precedentes nos permiten concluir que antes de la adultez el ser humano ha logrado cimentar sólida y definitivamente los planos intelectual, volitivo de su personalidad y que, por ello, su capacidad de comprensión el mundo es deficiente.

Para los penalistas clásicos, la edad se subdivide en cuatro períodos:

- a) El de la infancia, (desde el nacimiento hasta los siete años) e impubertad próxima a la infancia (desde los siete a los doce años) en relación a los cual se presume de derecho que el menor carece de discernimiento y, por tanto es absolutamente irresponsable.

- b) El de la impubertad (de los doce a los catorce años) y minoridad(de los catorce a los dieciocho) durante los cuales se presume legalmente que el sujeto tiene capacidad para delinquir, pero corresponde al Juez examinar, si obró o no con suficiente discernimiento: se trata entonces de una responsabilidad condicional;
- c) El de la mayor edad (de los dieciocho en adelante), período en el que se aplica el grado ordinario de imputación, con arreglo a las condiciones espirituales del hecho, lo que significa que a estas personas les cabe una responsabilidad plena,
- d) El de la vejez que daría lugar a una responsabilidad modificable en sus resultados.

Para los positivistas en cambio, el problema de la edad no se vincula al fenómeno de la imputabilidad o la inimputabilidad, sino al mayor ó menor grado de peligrosidad del agente, como quiera que la responsabilidad penal emerge de la mera actividad psicofísica y ella puede provenir indistintamente de un adolescente, de un adulto o de un anciano. Respecto de la delincuencia infantil y juvenil, estudiaron sus causas y le asignaron decisiva influencia al ambiente social. Habida cuenta de los factores personales, familiares y sociales, dividieron los menores delincuentes en los siguientes grupos:

- a) No moralmente abandonados.
- b) Moralmente abandonados.
- c) No moralmente pervertidos.
- d) Moralmente pervertidos.
- e) Con tendencia persistente al delito.
- f) Enfermos de la mente.

Para cada uno de ellos previeron sanciones diversas, tales como la libertad vigilada, la segregación, la condena condicional, la casa de trabajo o colonia agrícola y la casa de custodia, con la finalidad esencialmente tutelar y educativa.

Cuando hablamos de menores de edad como sujetos penalmente inimputables no nos estamos refiriendo a todo ser humano desde que nace hasta que llega a cierta edad, porque es obvio que en los primeros estadios de vida la precaria constitución psicosomática del individuo le impide actuar con un mínimo de conciencia; sólo a partir del periodo de la adolescencia, la conducta del joven comienza a tener importancia jurídico penal, porque es cuando empieza a emitir juicios de valor en el ámbito de lo social.

Trastorno mental o Enfermos mentales

El trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre que impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o de conducirse acorde con esa comprensión. Puede ser transitorio o permanente, por ingestión de alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno. Sólo se excluye el caso en que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad ya sea intencional o imprudencialmente.

Para mejor comprensión del fenómeno de la imputabilidad derivado de la enfermedad mental, nos parece necesario solicitar el concurso de la psiquiatría y realizar un somero análisis de las diversas especies de enfermedad mental, con la previa advertencia de que sobre este punto no hay acuerdo entre los psiquiatras. Sin embargo, se anota la distinción entre psicosis, psicopatías y neurosis.

- a) Psicosis. Con tal nombre se conoce el trastorno general y persistente de las funciones psíquicas, cuyas causas patológicas son ignoradas o mal interpretadas por el enfermo, impidiéndole su adaptación lógica y activa a las norma del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni para los demás. Se trata pues de una perturbación general del psiquismo que afecta, con mayor o menor intensidad, las esferas intelectual, volitiva y afectiva de la personalidad.

Suelen distinguirse las siguientes especies de psicosis: oligofrenia, epilepsia, paranoia, psicosis maniaco depresiva, psicosis tóxica, demencia arteriosclerótica y demencia senil.

Oligofrenia. Retardo o detención del desarrollo mental. Tal deficiencia puede ser ocasionada por procesos psicológicos que afectan al cerebro antes del nacimiento, durante el crecimiento o en época posterior, por traumatismo o por defectos evolutivos congénitos de la inteligencia.

Según el grado de deficiencia intelectual, los oligofrénicos pueden ser idiotas, imbeciles o débiles de mente.

En sus formas más graves la idiocia implica reducciones extremas de la vida psíquica; quienes la padecen son tardos en la percepción, incapaces de atención, con una afectividad limitada a las simples manifestaciones reflejas de la risa y del llanto y con una actividad reducida a las funciones vegetativas. En los casos menos graves, la atención espontánea funciona con cierta rapidez pero es muy voluble, la memoria es precaria como consecuencia de fallas tentativas, el lenguaje es muy pobre, y elemental el juicio por incapacidad y abstracción.

Los idiotas presentan con frecuencia deficiencias orgánicas, tales como malformaciones craneales (microcefalia, macrocefalia, asimetrías), anormalidades en ambas extremidades (polidactilia, sindactilia) señales de infantilismo sexual, movimientos lerdos y marcha irregular. Es notablemente crédulo, desde el punto de vista afectivo es egoísta, vanidoso e impulsivo; sus principios morales cuando los tiene son pobres y superficiales.

Los débiles de mente son individuos cuyas funciones psíquicas elementales están normalmente desarrolladas, pero las superiores presentan deficiencias, más o menos pronunciadas, particularmente en el ámbito del juicio y del raciocinio.

Psicosis epiléptica

La epilepsia es una enfermedad del sistema nervioso central caracterizada por disturbios, a veces de tipo convulsivo, con perturbación más o menos profunda de la conciencia.

Puede ser episódica o permanente; la primera de leve duración se manifiesta por estados confesionales con alteración de la conciencia, notable agresividad, alucinaciones y delirios; la segunda presenta viscosidad mental, disminución de la memoria, litigiosidad y propensión a la protesta.

Esquizofrenia

Es una psicosis disociativa que se evidencia por una ruptura entre la vida interior del paciente y el mundo que lo rodea, por una falta de equilibrio entre su personalidad y el medio ambiente, por una desorganización profunda de las funciones psíquicas. Ataca generalmente a las personas jóvenes -por eso se llama demens precoz- y tiene curso crónico. El proceso psicopatológico que está a la base de esta enfermedad consiste en un defecto de articulación, de asociación entre el pensamiento, la afectividad y la acción, y entre varios elementos de la esfera intelectual de la personalidad.

Los síntomas son: disociación manifiesta del mundo psíquico del enfermo y el medio ambiente; incoherencia mental por tal modo paradójica que parece escapar a las normales leyes de la psicología; descoordinación de las esferas intelectual, afectiva y volitiva; lenguaje normalmente correcto pero sustancialmente ilógico y absurdo; alucinaciones visuales y auditivas (el paciente ve fantasmas o animales terribles escucha voces dentro y fuera de su cuerpo que le ordenan o insultan, siente que su cuerpo está hecho de vidrio o de acero).

Paranoia

Esta anomalía se caracteriza por la presencia de delirios sistematizados; los más frecuentes son los de grandeza, persecución, querella, celos, erótico y religioso o místico. Estos delirios se diferencian de los esquizofrénicos por su mayor coherencia y verosimilitud y porque se presentan de una manera sistemática. Por fuera de su delirio el paranoico actúa y se comporta normalmente.

El enfermo que sufre de delirio de grandeza tiene un elevado y orgulloso concepto de su propia persona; unas veces se cree heredero indirecto de una casa reinante, otras se tiene por genio de la literatura o por un inventor de reputación internacional, capaz de solucionar de manera original los más grandes problemas del hombre y de la humanidad

El sujeto sufre delirio de persecución siente desconfianza hacia los demás, que lo lleva a ver complots, amenazas y persecuciones. Construye una maraña de intrigas de las que se siente víctima. El paranoico puede identificar a cualquier despreocupado ciudadano como su enemigo y agredirlo por esta razón.

El delirio de querella o querulmanía, impulsa al enfermo a reaccionar por vías legales contra sus presuntos enemigos, a inventar situaciones conflictivas para plantearlas ante la justicia y a complicar los procesos judiciales en los que interviene; durante ellos recusa a las autoridades insulta a las partes y recurre todas las decisiones que se tomen.

El delirante celotípico ve por doquier signos inequívocos de la traición del ser querido y no vacila a recurrir a los medios más viles y humillantes para asegurarse de que no volverá a ser engañado; pero al propio tiempo duda ante la evidencia de la traición y trata de buscar explicaciones diversas a los hechos que le muestran la infidelidad.

El delirio erótico está cimentado en un amor paradójico, tenaz, casto y romántico pero unilateral, porque no es correspondido y muchas veces ni siquiera conocido por la persona a quien va dirigido, pero cuando reconoce su fracaso le hecha la culpa a enemigos gratuitos.

El paranoico con delirio místico o religioso está convencido de que debe cumplir una misión divina entre los hombres; siente la necesidad de reformar las corruptas costumbres imperantes y se da a la tarea de encontrar adeptos que lo secunden en su obra salvadora de la humanidad.

Psicosis maniicodepresiva

Esta psicosis distímica de base constitucional y frecuentemente hereditaria, se caracteriza por episodios de excitación maniaca y de depresión melancólica que se suceden con frecuencia más o menos regular y a los que siguen periodos de normalidad.

Psicosis tóxica

Es ocasionada por la ingestión sistemática de sustancias tóxicas y se manifiesta por sensibles alteraciones de la personalidad en sus planos intelectual y volitivo.

Su forma más común es la intoxicación crónica producida por el alcohol cuyos síntomas más visibles son: debilitamiento progresivo de atención, memoria y voluntad; desequilibrio afectivo; ideación lenta y superficial, perversión de los sentimientos morales (el sujeto se vale de familiares y amigos para obtener licor y entonces los adula, pero no vacila en hacer públicos los secretos de sus allegados cuando estos tratan de impedir que siga bebiendo; para lograr su propósito cualquier medio es bueno, incluso el delictivo); trastornos somáticos, tales como temblores finos e irregulares, especialmente en las manos y en la lengua, falta de coordinación en sus movimientos y andar inseguro; defectos circulatorios, neuritis y afecciones hepáticas.

La psicosis tóxica también puede originarse por el consumo o ingestión prolongada de sustancias estupefacientes que producen dependencia física, tales como el opio y sus derivados la morfina y la heroína, la cocaína, etcétera. Son síntomas comunes a estas toxicomanías, la fase eufórica que sigue a su ingestión, con relajamiento de los frenos inhibitorios, resistencia a la fatiga y sensación de poder; y la fase depresiva cada vez más larga, con disturbios somatosíquicos, aniquilamiento de la voluntad, ausencia de sentimientos éticos y estados de angustia cuando tienen dificultad para conseguir la droga; en esos periodos muestran notable agresividad.

Psicosis luética

También llamada parálisis general o progresiva, es una enfermedad de origen sífilítico que interesa anatómicamente al cerebro su cuadro clínico está constituido por dos grupos de síntomas: los psíquicos y los neurológicos.

En cuanto a los primeros, las manifestaciones iniciales consisten en debilitamiento progresivo de la atención, la memoria y la ideación y en cambios de carácter, etcétera.

Los más destacados síntomas de los neurológicos son ausencia de contracción pupilar ante la luz; exaltación inicial de los reflejos, musculatura facial flácida por defecto de inervación, etcétera.

Demencia arterioesclerótica

Tiene origen fisiológico en la arterioesclerosis, cuando falla endurece las venas y vasos sanguíneos que irrigan el cerebro, lo que da lugar a trastornos circulatorios y consecuentemente la pérdida de sustancia noble cerebral.

Demencia senil

Constituye el epílogo de un lento proceso de involución psicósomática que comienza a manifestarse hacia la edad madura entre los setenta y ochenta años, y termina con la muerte.

Psicopatías. Con el nombre de personalidades psicópatas se conocen aquellas que presentan disturbios más o menos leves, localizados preferencialmente en la esfera de los sentimientos y de la voluntad, en general inadaptación social.

Las personalidades psicópatas, caracterizadas por la presencia de estados impulsivos obsesivos, son probablemente las que ofrecen mayor interés criminológico; se trata de individuos en los que una idea fija se impone en la conciencia y los impele con fuerza irresistible a la realización de hechos frecuentemente delictivos; los esfuerzos que hacen para detener el impulso; lejos de contrarrestarlos aumentan su contenido energético y ocasionan disturbios psicomotores de tal magnitud que sólo la ejecución de la conducta hacia la cual se orienta la impulsión les proporciona el equilibrio emocional y les devuelve tranquilidad; el sujeto experimenta, en efecto, después de consumado el hecho, una sensación de alivio y de liberación.

La inimputabilidad de estas personas no depende de incapacidad para comprender la ilicitud de su comportamiento, pues la psicopatía no elimina esa capacidad de comprensión, sino la imposibilidad de autodeterminarse libremente; un individuo normal no sólo está en condiciones de distinguir lo lícito de lo delictivo, sino que ante la disyuntiva de comportarse antijurídica y culpablemente, o de actuar conforme a derecho, está en condiciones de inclinarse por cualquiera de las dos soluciones: el psicópata en cambio, sólo puede actuar en la dirección que le traza su impulso anormal.

Los depresivos por lo contrario, son de apariencia tranquila pero de interior pesimista y atormentado, con una visión desoladora del mundo y de la vida. Son severos consigo mismo y con los demás; encuentran siempre el lado

trágico de todos los problemas; no se tienen confianza y por eso abandonan cualquier iniciativa a la primera dificultad; jamás contentos, siempre insatisfechos, no logran paz ni tranquilidad de ánimo en ninguna situación.

Neurosis

Con este nombre se conocen ciertas formas psicopatológicas de conflictos interiores que se desarrollan en individuos constitucionalmente predispuestos. Dudas, incertidumbres, incapacidad de afrontar y resolver problemas en razón de inhibiciones de carácter moral, crean un estado de angustia, de sufrimiento, de ansiedad.

Desarrollo intelectual retardado

Es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca capacidad para entender y querer. La sordomudez será causa de inimputabilidad sólo si el sujeto carece de la capacidad de entender y querer, cuando no sepa leer ni escribir.

Miedo grave

Antiguamente estaba contemplado antes de las reformas del 10 de enero de 1994 en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, el miedo grave, el cual es un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar entre un mal inminente y grave. Es de naturaleza interna, a diferencia del temor, que tiene su origen en algo externo, por tanto el temor fundado es causa de inculpabilidad.

2.2.6 Metodología de la Inimputabilidad.

Tradicionalmente se han venido contemplando tres métodos distintos en la construcción del concepto de inimputabilidad.

El método biológico, que tan solo atiende al estado anormal del agente para decretar la inimputabilidad, ya sea por causa crónica o patológica, por mera transitoriedad. Su prototipo lo constituye el artículo 64 del Código Penal Francés.

El método psicológico, no alude a los estados anormales del sujeto, sino a las consecuencias psicológicas de tales estados (trastornos de la conciencia, anulación o debilitamiento de la voluntad).

El método biopsicológico o mixto, atiende tanto a las bases biológicas que producen inimputabilidad como a sus consecuencias en la vida anímica del autor. De esta manera se concilian las esferas de actuación del psiquiatra que trabaja sobre aquellas bases biológicas, y del juez que enjuicie jurídicamente aquellas consecuencias, como subraya Mezger.⁵² En estas fórmulas jurista renuncia a una declaración tácita sobre la capacidad de libre determinación, y el médico adelanta un paso al sentar no sólo un diagnóstico clínico, sino la derivación psicológica que dé base para decidir al juez.⁵³

⁵² Ibidem. MEZGER. p 62

⁵³ Cfr. Citado por DÍAZ PALOS, Fernando. *Teoría General de la Imputabilidad*. Bosch Casa editorial, Barcelona España, 1965, pp.169-170.

CAPÍTULO TERCERO

LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN LAS TEORÍAS DEL DELITO.

3.1 LA CONSTRUCCIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN EL CAUSALISMO CLÁSICO.

“La teoría del delito es una parte de la ciencia del Derecho Penal; comprende el estudio de los elementos positivos y negativos del delito, así como sus formas de manifestarse. Los elementos positivos del delito configuran la existencia de éste, mientras que los elementos negativos constituirán su inexistencia; las formas de manifestación, se refieren a la aparición del mismo”.¹

La teoría del delito atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto. Es decir, esta teoría se va a encargar de estudiar las partes comunes de todo hecho delictivo, con el fin de determinar si existe o no un ilícito. Estas partes o elementos son la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, la punibilidad así como sus elementos negativos, ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación inimputabilidad ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias respectivamente, todo esto con el fin de establecer cuándo se le podrá imputar un hecho delictivo a un sujeto.

“Si la teoría del delito dice Maggiore es ciencia, con los mismos títulos que la ciencia general del derecho, debe tener una estructura sistemática y una organización lógica que respondan a criterios de rigurosa necesidad; determinar esa estructura, señalar la organización interna”.²

¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del Delito*, 8º Edición. Editorial porrua.México 2000. p.56.

² MAGGIORE, GIUSEPPE. *Derecho Penal*, 2º Edición, Editorial. TEMIS, 1998. p.45.

La Teoría del Delito, es la parte más delicada de la ciencia del Derecho Penal y también a causa de esa delicadeza, la parte más controvertida.

Maggiore dice; que la teoría del delito es la parte más delicada y polémica de la ciencia del Derecho Penal; por ello, se han formulado diversas teorías.

“La doctrina para conocer la composición del delito, ha recurrido principalmente a dos concepciones:

- a) La totalidad o unitaria, y
- b) La analítica o atomizadora, llamada por Bettiol: método de la consideración analítica o parcial”.³

El pensamiento totalizador o unitario, considera al delito como un todo, como un bloque monolítico indivisible, porque su esencia no está en cada elemento, sino en el todo; los autores que defienden esta concepción, principalmente Antolini y Carnelutti en Italia, y Schaffstein, Dahm y Kemperman en Alemania (Escuela de Kiel), identifican al delito como una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea, es decir, la realidad del delito se encuentra intrínseca en su unidad, y no se puede dividir.

La idea analítica estudia al hecho criminoso desintegrándolo en elementos, pero con una conexión entre sí que en conjunto forman la unidad del mismo.

Estos criterios de carácter normativo y derivados del fin del Derecho penal han sido agrupados y sistematizados por la denominada teoría de la imputación objetiva, como criterios de imputación.

Inicialmente, la teoría de la imputación objetiva surge de la evolución de las teorías causales que intentaban restringir el amplísimo concepto de causa de la teoría de la equivalencia de condiciones, aportando argumentos para explicar por qué determinadas acciones que desde el punto de vista natural

³ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. cit., p.62.

eran causa no podían sin embargo ser consideradas típicas, sin necesidad de acudir al correctivo de la culpabilidad (dolo o culpa) que quedaba demasiado lejos.

En sus orígenes la teoría de la imputación objetiva es defendida por autores que comparten la estructura neoclásica (causal) del delito.

La concepción mayoritaria actual de la teoría de la imputación objetiva ha abandonado las iniciales fundamentaciones ontológicas y se basa en consideraciones teleológico-normativas derivadas del fin que se atribuye al Derecho Penal y a las normas penales llamadas de prevención. El sistema del cual se deriva esta concepción es, pues, un sistema funcional o teleológico-racional.

La teoría de la imputación objetiva se impuso en Alemania a partir de los años 70, que ha permitido la superación del antiguo dogma causal. Para ello ROXIN parte de la justa observación de que la construcción sistemática y conceptual penal, conforme a la tradición continental europea y sobre todo alemana ha sido dependiente siempre de las tendencias filosóficas y no de las tendencias político criminales.

Para superar los inconvenientes de abstracción excesiva y alejamiento de las soluciones ofrecidas de las necesidades reales, ofrece dos vías de solución:

“En primer lugar, los problemas dogmáticos cuya solución no tiene influencia en la punibilidad, pueden y deben ser dejados de lado. Y en segundo, el sistema jurídico penal ha de ser de tal modo concebido que los conocimientos obtenidos a través de él, no requieran de corrección posterior. Para la obtención de estos fines es necesario dos cosas: los conceptos jurídicos de la parte General tienen que ser determinados desde sus consecuencias jurídicas y su conexión

sistemática tiene que originarse en criterios directrices político-criminales”.⁴

Para el causalismo, la diferencia entre el delito doloso y el imprudente había de ser analizada en la culpabilidad de forma que la tipicidad era idéntica en uno y otro caso.

El punto de partida para la construcción de este nuevo sistema dogmático es la “configuración de sus principios superiores en una teoría penal”. A estos efectos el fin de la pena es exclusivamente la prevención, tanto la general como la especial, entendiendo la general como prevención integradora positiva. Pero en aras de la libertad ciudadana, el principio de culpabilidad constituye el límite absoluto de todos los objetivos preventivo generales y especiales.

“No es exagerado afirmar que la teoría de la imputación objetiva se encuentra en una fase de expansión y purificación doctrinal. Se encuentra en fase de expansión, porque de sus presupuestos iniciales, formulados por los clásicos LARENZ o HONIG, se han derivado nuevos principios aplicables a nuevos supuestos (ROXIN)”.⁵

Acudiendo a los criterios del fin de protección de la norma, de la teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta (tradicionalmente denominada como teoría de la imputación objetiva del resultado).

La interpretación de las normas se puede sustentar en medios de interpretación distintos al gramatical, a saber: el sistemático, el teleológico o el histórico.

⁴ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *Las Ciencias Penales en México*, Ediciones Jurídicas de México, 2006. p. 29.

⁵ ROXIN CLAUS. *Derecho penal parte general (fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997. p.38.

Pero lo anterior no es suficiente; se necesita analizar el hecho de manera sistemática, con un método capaz de establecer cuáles son los aspectos que deben ser analizados de cada hecho, y, sobre todo, el orden del análisis para poder determinar si estamos ante la comisión de un delito.

Precisamente la función de la teoría del delito consiste en ofrecernos el sistema para analizar de forma “ordenada” o “sistematizada” el hecho y proporcionarnos los “criterios de interpretación de la norma penal” para determinar si se ha cometido un delito.

Así, la teoría del delito “es un instrumento conceptual mediante el cual es posible lograr la aplicación racional de la ley penal a un caso concreto”.⁶ Por esta razón, la teoría del delito es una creación espiritual cuya fuente de inspiración principal es la filosofía, y en esa medida no puede emitir juicios de necesidad (verdadera o falsa); de ahí que ante un mismo hecho se puedan sustentar diversas soluciones dependiendo de la sistemática de la teoría del delito que se haya empleado para su análisis.

“En Alemania se han desarrollado los cuatro grandes sistemas de análisis de la teoría del delito, los cuales se emplean en todos aquellos países que, como México, tienen un sistema jurídico de tradición romano-canónica-germánica. Estos son:

- 1) Sistema clásico,
- 2) Sistema neoclásico,
- 3) Sistema finalista,
- 4) Sistema funcionalista”.⁷

El punto de coincidencia entre los cuatro sistemas penales radica en considerar al delito como una conducta, típica, antijurídica y culpable.

⁶ Ídem.

⁷ Cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. Op. Cit., p. 30.

El primero de estos enunciados es considerado como el presupuesto de todo delito (conducta), mientras que los restantes son considerados como elementos o categorías o escalones; dichos vocablos son sinónimos y, por tanto, se pueden utilizar de manera indistinta.

Así, tenemos un presupuesto (conducta) y tres categorías (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). Solo cuando hemos constatado la existencia del presupuesto y los tres elementos podemos sostener la existencia de un delito.

A pesar de que los cuatro sistemas tienen el mismo presupuesto y las tres categorías la interpretación que dan a cada uno de ellos es distinta y en ocasiones diametralmente opuesta; ello se debe a sus distintas bases ideológicas y el uso que se le dé.

Así, por ejemplo, “el sistema neoclásico, desarrollado por Edmund Mezger sobre las bases filosóficas del Neokantianismo, sirvió al régimen nacionalsocialista nazi para interpretar al derecho penal y utilizarlo para reprimir a los enemigos del Estado”.⁸

En resumen, la diferencia más importante entre los sistemas se basa en la fundamentación filosófica de cada uno, lo cual da lugar a la distinta interpretación de cada una de sus categorías y la integración de cada una de ellas. Conocer la orientación global del sistema es de suma importancia para entender cómo y por qué se llega a determinadas soluciones, pues en ocasiones los sistemas penales coinciden en la solución del caso, pero pueden llegar a sostener conclusiones distintas e incluso encontradas. Así, teniendo como sustento legal el mismo ordenamiento jurídico, llámese Código Penal federal o Código Penal local y demás leyes penales, los diferentes sistemas pueden llegar ofrecernos criterios para interpretar esa Ley de manera distinta e incluso llegar a sostener soluciones encontradas para un mismo caso; de ahí la importancia de saber exactamente cuál es el sistema que estamos aplicando.

⁸ MEZGER, Edmund. *Derecho penal, parte general*, 2ª edición, traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, 1990. p. 161.

Lo anterior no significa que los diferentes sistemas estén reñidos entre si en realidad cada nuevo sistema ha surgido para superar las criticas realizadas a su antecesor.

Se trata, en consecuencia, de una evolución de la teoría del delito para responder a los requerimientos sociales de justicia.

“El presupuesto y las tres categorías, elementos o escalones, son:

- ☞ Conducta.
- ☞ Tipicidad.
- ☞ Antijuridicidad.
- ☞ Culpabilidad”.⁹

Por supuesto que los lineamientos anteriores constituyen solo una aproximación a la teoría del delito y tanto el presupuesto (conducta) como las categorías (tipicidad, antijuricidad, y culpabilidad) han variado tanto en su concepción como en los elementos que los integran.

MÉTODO DEL CAUSALISMO CLÁSICO

Para la teoría causal, la acción es una invasión muscular, es decir expresa, un movimiento voluntario no reflejo, pero en el que carece de importancia o se prescinde del fin a que esa voluntad se dirige. Dentro de este concepto habla una acción homicida si un sujeto disparaba sobre otro con voluntad de presionar el gatillo, sin que sea necesario tener en cuenta la finalidad que se proponía al hacerlo, porque esa finalidad no pertenecía a la conducta. Dicho en otros términos: acción era un movimiento hecho con voluntad de moverse, que causaba un resultado. Se concibe a la acción como un proceso causal natural y extrajurídico, libre de valor, como simple causación, sin tomar en cuenta la voluntad rectora, contempla la sola producción del acto en el mundo externo y no el actuar lleno de sentido, separan el contenido de la voluntad, es decir, la

⁹ MAGGIORE GUIUSSEP. *Derecho Penal*, parte especial. Traducción de José Gitega Torres. 2^a edición. Editorial Temis..., Bogota Colombia, 1972. p.276.

finalidad, el propósito con qué o porqué se hace algo, limitando a la acción a aparecer únicamente como función causal.

Desde este punto de vista, “la acción es considerada como un proceder con dependencia en la existencia, como reflejo instintivo, en el que no se considera a la acción con la finalidad del movimiento, sino simplemente como voluntad de hacer el movimiento”.¹⁰

Existen varios conceptos para caracterizar a lo que debe entenderse por teoría del delito, desde los causalistas clásicos, hasta los más modernos del funcionalismo radical.

La teoría del delito comprende un sector de la parte general del Derecho penal, se encarga de estudiar las diferentes formas de estructurar el delito en las diferentes construcciones sistemáticas.

Se llama teoría del delito a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito.

El causalismo clásico fundamenta sus postulados en el positivismo científico que fue fundado y alcanzó su máxima expresión con Hans Kelsen y la Escuela de Viena.

En este método, solo los hechos comprobables con el experimento son accesibles al conocimiento científico, el positivismo se caracteriza por la tendencia a desterrar toda metafísica de la ciencia y Limitar ésta a los hechos y a sus leyes empíricamente observables, su punto de partida es el modelo de las ciencia exactas, y el derecho para ser elevada a ciencia, habrá de ser fundamentada, igual que las ciencias naturales, sobre hechos indubitados, su tendencia fue negativa, el decidido rechazo a todo aquello que por asomo

¹⁰ Cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. Op. Cit., p. 30.

podiera sonar a metafísica, y metafísica era para el positivismo todo lo que sobrepasaba el campo de la observación.

Para el positivismo jurídico el objeto de análisis y sistematización característicos de la dogmática es el Derecho positivo.

“La dogmática del causalismo clásico consiste en la exégesis y sistematización del Derecho positivo, en el que se exige con rigor, la derivación de los conceptos jurídicos de las proposiciones del derecho vigente (BINDING) al grado de llegar a comprender delito y pena como generalización conceptual en una consideración técnico-jurídica y desarrollar en un sistema cerrado los preceptos concretos de la Ley (VON LISZT)”.¹¹

Por tanto, el concepto clásico de delito estaba sustancialmente influido por el naturalismo propio de la historia del pensamiento de comienzos del siglo XIX, que quería someterse a las ciencias del espíritu el ideal de exactitud de las ciencias naturales y reconducir consiguientemente el sistema de Derecho penal a componentes de la realidad mensurables y empíricamente verificables.

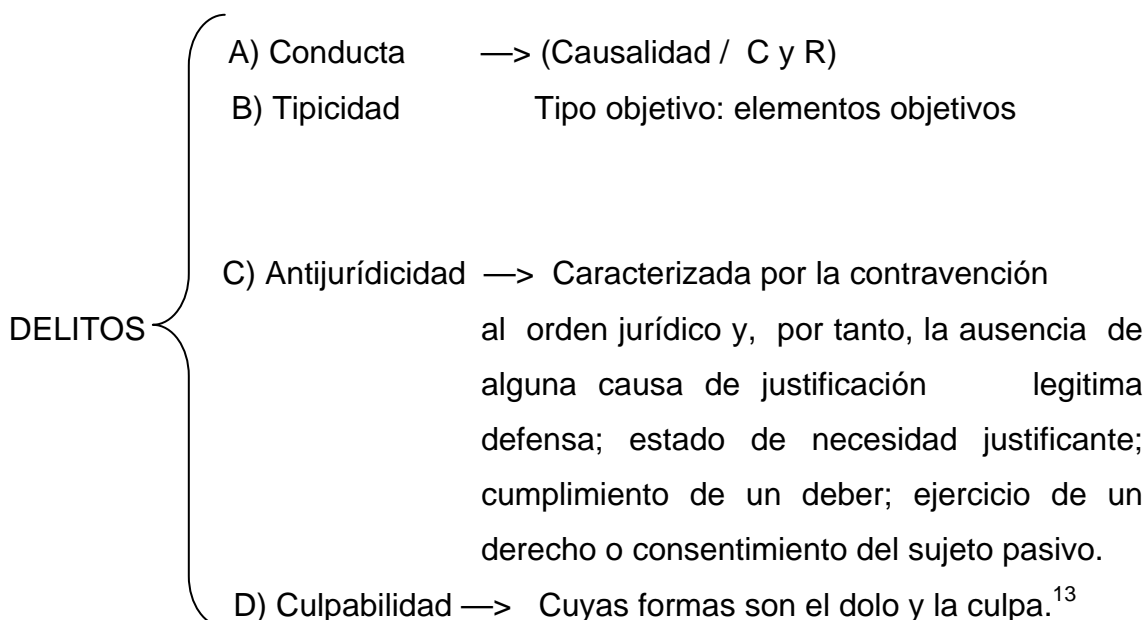
La crítica al positivismo de con la primera piedra con la que tropieza el causalismo clásico, se debe a la aplicación del método positivista en las ciencias jurídicas propias de la tendencia imperialista de las ciencias naturalísticas decididas a reemplazar a la ciencia del derecho; con ello se niega el carácter científico de la dogmática jurídica y se propone que su lugar sea ocupado por la sociología jurídica, y, en el caso del Derecho penal, por la sociología criminal de FERRI.

“El Programa de Carrara o el Tratado de Von Liszt no se convertirán nunca en papel viejo. Hasta tal punto es verdad que los cambios de la legislación no hacen inservibles los trabajos de investigación jurídico

¹¹ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, Reus. 18ª edición. Madrid España. 1999. p.68.

penal y no lo hacen inservibles por la sencilla razón de que un nuevo ordenamiento penal podrá perfeccionar, añadir o suprimir figuras o instituciones jurídico penales, pero nunca crear algo que no se parezca en nada a lo anterior que con indudable fruto la ciencia española aprovecha las literaturas científicas alemana e italiana construidas sobre bases positivas distintas de nuestro Código Penal".¹²

En consecuencia a partir de 1907 se pudo desarrollar la teoría del delito conforme a los postulados del sistema clásico con un presupuesto y tres categorías, cuya estructura es la siguiente:



La conducta, la tipicidad y la antijuridicidad se analizaban exclusivamente la parte objetiva del delito, mientras que se reservaba a la culpabilidad todos los aspectos subjetivos.

¹² MEZGER, Edmund. Op. Cit., p.161.

¹³ DÍAZ ARANDA, Enrique. *Teoría del Delito, (Doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*. Editorial Porrúa. 2006. México. p.21.

I. EN LA CONDUCTA

La conducta, la adopción de la teoría causalista conllevó a la concatenación de todos los procesos causales anteriores y posteriores a la acción desencadenante.

El concepto físico-material (causal) de la conducta, no se podían explicar los delitos de omisión, cuya característica principal es la ausencia de nexo causal entre la conducta realizada por el agente y el resultado.

II. EN EL TIPO

“Existen diversidad de tipos, que requieren de juicios causal objetivos para su análisis, y existen otros cuyo análisis solo se puede realizar acudiendo, además, a juicios de carácter normativo o subjetivo”.¹⁴

Con relación a la tentativa, la cual es considerada como una formula de ampliación del tipo, pero estos suponía un análisis asistemático toda vez que llega a la culpabilidad “3º categoría”, sin haber verificado las categorías anteriores (conducta, tipicidad y antijuridicidad).

III. EN LA CULPABILIDAD

“El sistema clásico enfrente problemas de fundamentación teórica al no poder establecer por qué se debe sancionar la culpa inconsciente. Por otra parte, también su concepción de culpabilidad dolosa, considerada como la forma perfecta de culpabilidad, se desvanecía en supuestos en los que concurren causas de exculpación”.¹⁵

¹⁴ Ídem.

¹⁵ DÍAZ PALOS, Fernando. *Teoría General de la Imputabilidad*. Editorial Bosch. Barcelona. 1965. p.202.

La crisis del sistema se agudizó todavía más con los descubrimientos doctrinales de la época.

PROBLEMAS EN LA CULPA

El sistema clásico del delito sustentaba la culpabilidad en el nexo psicológico entre el autor y su hecho, por lo cual la culpa se sustentaba en el nexo de “previsibilidad” del posible resultado por parte del sujeto activo, quien al iniciar una conducta se representa como posible la provocación de un resultado, pero prosigue con su conducta confiando en que éste no se producirá; pero el resultado previsto si se verifica posteriormente.

En síntesis la llamada culpabilidad culposa enfrentò problemas en la culpa consciente e inconsciente.

CULPA CONSCIENTE

La sanción de la culpa era en el aspecto objetivo la causación de un resultado típico (desvalora del resultado) y en el aspecto subjetivo el nexo psicológico defectuoso entre lo que se había representado el autor y el resultado no querido (culpabilidad culposa), entonces podía sustentarse la culpa de quien viola cualquier deber de cuidado por el hecho de haberse representado y desechado la posible verificación de un resultado típico el cual efectivamente acaece.

CULPA INCONSCIENTE

Fue en la culpa inconsciente donde fracasó rotundamente el concepto psicológico de culpabilidad al no encontrar el nexo psicológico entre el autor y el resultado. En efecto, la culpa inconsciente se caracteriza por la “falta de previsibilidad de un posible resultado típico”, luego, entonces, sin la existencia del nexo psicológico entre el autor y su hecho no había forma de sustentar la culpabilidad. He ahí uno de los principales fracasos del sistema clásico. Esas soluciones son defendibles aplicando los presupuestos del sistema clásico.

CAUSAS DE EXCULPACION

“El sistema clásico tampoco pudo explicar por qué debía quedar excluida la culpabilidad frente a ciertas causas de exculpación. Me refiero tanto a los supuestos de estado de necesidad exculpante como a los de miedo grave”.¹⁶

En el estado de necesidad exculpante existe un nexo psicológico entre el autor y su hecho; es más, ese nexo es perfecto, pues el autor consigue el resultado deseado, con lo cual estaríamos ante una culpabilidad dolosa, y, sin embargo, no encontraron la razón para sustentar por qué dicha culpabilidad perfecta debía quedar impune.

ESTRUCTURA ANTIGUA DEL DELITO

“El profesor alemán Guillermo Saüer,(sic) el delito se estructuraba con los siguientes elementos:

- ☞ Conducta;
- ☞ Tipicidad;
- ☞ Antijuridicidad;
- ☞ Imputabilidad;
- ☞ Culpabilidad;
- ☞ Condiciones objetivas de punibilidad;
- ☞ Punibilidad”.¹⁷

Así nació la estructura sistemática del delito en Alemania que luego fue traído a México, entre otros, por el profesor Celestino Porte Petit.

¹⁶ Ibidem. p.201.

¹⁷ Cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. Op. Cit., p.81.

En 1881, Franz VON LIZST proporciona la primera estructura sistemática del delito al clasificar las acciones en antijurídicas, luego en culpables y finalmente, amenazados con una pena.

El delito decía LIZST es el acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena.

Es importante hacer dos aclaraciones:

- Se dice que respecto de la imputabilidad, no la señalo de manera específica porque lo consideró un presupuesto de la misma, en consecuencia, para que un sujeto sea culpable primero debe ser imputable lo que implica que antes de entrar al estudio de la culpabilidad se debe primero estudiar la imputabilidad.
- Respecto a la tipicidad principio acuñado más tarde por Beling en una obra posterior VON LISZT señaló que en su construcción sistemática era innecesario enunciar la característica de la tipicidad por que cuando él se refiere al requisito de “estar sancionado con una pena” que es el carácter específico del delito, supone previa definición la característica del tipo penal inclusive lo llevó a afirmar que su concepción de delito coincidía en esencia con la concepción que propusiera en su momento BELING.

“En la concepción de Von Liszt, el delito se componía con los siguientes elementos:

- ☞ Conducta
- ☞ Antijuridicidad
- ☞ Culpabilidad psicológica
- ☞ Punibilidad”.¹⁸

¹⁸ Ídem.

En 1906, Ernst Von BELING publica su obra “Teoría del delito”. En esa obra apareció por primera vez la figura de la “tipicidad”, BELING introduce en su estructura, un elemento que lo ha inmortalizado, el tipo penal.

“Por tanto, Beling, proporciona los siguientes:

- ☞ Conducta
- ☞ Tipicidad
- ☞ Antijuridicidad
- ☞ Culpabilidad.”¹⁹

3.2 OPINIONES DE VON LISZT Y VON BELING

De tal manera que a este sistema también se le denominó naturalismo o positivismo científico, fue un intento de reproducir en el sistema del Derecho Penal los elementos naturales del delito, un sistema de conceptos físicos o biológicos. Esta corriente se caracterizó además por no conceder cogniciones extrajurídicas de especie filosófica, económica, sociológica o psicológica, ni asignarles a estas influencias respecto de la doctrina jurídica.

Al plano objetivo pertenecían la (acción lato sensu), la tipicidad y la antijuridicidad en lo subjetivo, la culpabilidad (con su presupuesto indispensable, imputabilidad), siendo sus formas o clases el dolo y la culpa.

La tipicidad era eminentemente neutral (no referida a valores) pues no exigía juicios de valor por parte del analista. Era una mera descripción de un suceso por parte del legislador; por ende, Beling lo describió como imagen rectora o cuadro de un suceso de la vida real, carente de valoración, empero indicio simple de la antijuridicidad.

¹⁹ BELING VON, Ernesto. *El rector de los tipos de delito*, traducción L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas, Madrid, Reus, 1936. pp.32-33.

Es en esta última en donde se entra al campo de la valoración, de lo normativo, habida cuenta que se le definía como la oposición formal de la acusación del resultado con la ley.

De esta forma la antijuridicidad, como indica Schunemann, constituya un cuerpo extraño de naturaleza normativa en el seno del sistema naturalista, quien advierte que si bien ello establecía una quiebra en el sistema tradicional, internamente ligado al positivismo científico, esto no se manifestó de modo demasiado perturbador debido al positivismo jurídico, que identificaba el Derecho con el conjunto de leyes promulgadas por el legislador y (como jurisprudencia de conceptos) creía en la posibilidad de obtener el sentido de la ley mediante una interpretación que tuviera lugar sin necesidad de valoraciones propias por parte del juez.

La culpabilidad era el aspecto subjetivo del delito como ya se indicó, y era considerada como la relación psíquica existente entre el sujeto y el hecho realizado, esto es, cuando el sujeto imputable ha cometido el hecho dolosa o culposamente.

Y el concepto de culpabilidad desde el punto de vista psicológico, así como la separación rigurosa entre elementos objetivos y subjetivos, con arreglo a la cual debía determinarse la diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad. En la segunda esfera del delito se estudiaban el iter criminis (haciendo especial referencia a las tentativas, al desistimiento y al arrepentimiento), el concurso de delitos (con especial mención del delito continuado) y la autoría y participación.

En 1881, Franz Von Liszt expuso en su libro de Derecho penal las bases del sistema clásico del delito (formal-material); para ello utilizó el método de interpretación lógico-jurídico (formal) y lo apoyó en conocimientos de las ciencias naturales (material).

“El primer paso consistió en desarrollar el método de análisis de la ley penal sustentado en la lógica formal, cuyo objetivo era llegar al

conocimiento sistemático de las proposiciones jurídicas; el camino seguido por Von Liszt se divide en tres etapas, a saber:

- 1) La reunión del material, que debe buscarse exclusivamente en el derecho positivo;
- 2) El análisis y síntesis de las proposiciones jurídicas;
- 3) La construcción del sistema, cuya significación reside en que constituye el único modo de dominar los conceptos particulares esto es, una función de ordenación y simplificación”.²⁰

La inclusión del aspecto material obedeció a la gran influencia del naturalismo positivista en el siglo XIX, con lo cual se quería someter a las ciencias del espíritu al ideal de exactitud de las ciencias naturales y reconducir consiguientemente el sistema del derecho penal a componentes de la realidad mensurables y empíricamente verificables.

Dichos criterios solo pueden ser, o bien factores objetivos del mundo externo o procesos subjetivos psíquicos-internos por lo que desde ese punto de partida lo que se ofrecía era precisamente una división del sistema del derecho Penal entre elementos objetivos y subjetivos.

“A partir de lo anterior, Von Liszt analizo de manera sistemática al delito, cuyos caracteres esenciales eran los siguientes:

- a) El delito es siempre un acto humano; por tanto, actuación (verhalten) voluntaria trascendente al mundo exterior; es decir, la causa o no impedimento de un cambio en el mundo exterior. Nunca llegarán a constituir un delito los acontecimientos fortuitos, independientes de la voluntad humana.

²⁰ Cfr. MEZGER, Edmund. Op. Cit., pp.11, 12 y 14.

b) El delito es, además, un acto contrario al derecho; es decir, un acto que contraviniendo, formalmente, a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica, materialmente, la lesión o peligro de un bien jurídico.

c) El delito es, por último, un acto culpable; es decir un acto doloso o culposo de un individuo responsable”.²¹

En este sentido, la sistemática de Von Liszt partía de dos grandes perspectivas de análisis, una objetiva o material en el cual se analizaba el hecho (conducta antijurídica) y otra subjetiva para analizar a autor (culpabilidad).

Así, Von Liszt partió de un sistema conformado por un presupuesto y dos categorías, a saber: conducta, antijuridicidad y culpabilidad. Sería hasta mil novecientos seis, cuando Ernest Beling pondría de manifiesto la función del tipo y dio lugar a la creación de la tipicidad.

De tal manera que se analizara desde un punto de vista objetivo material a la conducta, la tipicidad y la antijuridicidad y desde un punto subjetivo a la culpabilidad.

CONDUCTA

El sistema clásico se apoyó en conocimientos materiales y por tanto para explicar los caracteres objetivos del injusto acudió a criterios naturalistas con lo cual se pudo concebir la conducta como un movimiento corporal que es la causa de una modificación en el mundo exterior, cuya percepción se constata a través de los sentidos.

²¹ Cfr. VON LISZT, Franz. pp.70-72.

“De tal manera en estricto sentido el causalismo es una teoría para analizar a la conducta como categoría del delito en el sistema clásico de Franz Von Liszt”.²²

TIPICIDAD

Ernst Beling puso de manifiesto la existencia de una categoría intermedia entre la conducta y la antijuricidad: “Tatbestand”, término que significa “supuesto de hecho”, pero que se ha traducido como tipo penal, el cual conforma la categoría denominada tipicidad.

El tipo se caracterizó por ser objetivo y libre de valor (no valorativo), de ahí que los elementos que conformaron a la tipicidad fueron elementos puramente objetivos o descriptivos, que son aquellos que se percibe a través de los sentidos y se verifican mediante pruebas científicas.

Se puso de relieve la función del tipo como una garantía para el ciudadano, pues solo aquellas conductas descritas en la ley penal (tipo) pueden ser sancionadas dentro del mínimo y máximo de la pena señalada en la misma ley. También se consideran atípicas las conductas que no reúnen todos los elementos descritos en el tipo.

ANTI JURIDICIDAD

“El tipo es un puro objeto de la valoración, mientras que la valoración de ese objeto se produce en el marco de la categoría de la antijuricidad”.²³

La valoración de la conducta-típica en la antijuricidad servirá para determinar si también es injusta (antijurídica) o si, por el contrario, se trata de

²² Ibidem. MEZGER, Edmund. Op. Cit., p.80.

²³ Ibidem. p.80.

una conducta ilícita, pero que se justifica por las circunstancias materiales que concurrieron en el momento de su realización.

Por ello se dice que el juicio de tipicidad no contiene ninguna valoración legal que aluda a la antijuridicidad de la actuación típica.

CULPABILIDAD

“Franz Von Liszt esbozó el sustento puramente psicológico de la culpabilidad al manifestar: la relación subjetiva entre el hecho y el autor solo puede ser psicológica”.²⁴

En 1907, Frank desarrolló la concepción de la culpabilidad puramente psicológica, la cual se establecía con la relación psíquica entre el autor y el resultado.

De esta manera, si había identidad entre lo querido por el autor y el resultado provocado; es decir, si el autor había conseguido provocar el resultado deseado, entonces existía un “nexo psicológico” entre el autor y el resultado, y su culpabilidad era dolosa, la cual se consideraba a la especie más perfecta de culpabilidad, porque supone la relación psíquica completa entre el hecho y su autor”.

En el sistema clásico el dolo y la culpa eran las “formas” de la culpabilidad.

Así, la culpabilidad dolosa se sustentaba en el *dolus malus*, cuyos elementos, en resumen, eran:

- a) El conocimiento y la intención de realizar el hecho,
- b) La conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del derecho).

²⁴ Ibidem. VON LISZT, Franz. p.73.

De ahí que para Beling “el dolus significa reprochar al autor el hecho de no haberse detenido ante el pensamiento de estar obrando antijurídicamente”.²⁵

La teoría clásica rechaza vigorosamente todo intento de confundir o entremezclar reglas morales con reglas jurídicas dentro del Derecho Penal.

Y lo hace con la convicción profunda de que con ello resguarda la libertad de la persona humana ante los excesos del Estado y de quienes ejercen su autoridad, y coloca un límite indispensable ante muy temibles excesos de ese origen.

Para ello pone de relieve y alzaprima dentro de la conducta la exterioridad de ella y los efectos sociales del delito.

3.3 LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN EL CAUSALISMO NEOCLÁSICO

“Este sistema del Derecho Penal bajo el influjo del neokantismo desarrollado sobre la base esencial de los fines y valores esenciales para el Derecho Penal (criterio teleológico), es decir, la simple lógica legal abstracta comprendida dentro de los límites estrechos del positivismo científico, fue sustraída por el sistema de referir el derecho a fines político-criminales, el cual constituyó la línea directriz metodológica”.²⁶

La estructura comienza a identificarse por el concepto de acción. En efecto, la acción en sentido amplio abarcaba tanto a la acción en sentido estricto como a la omisión. Por otra parte ésta era concebida como un proceso exterior natural: como causación voluntaria u omisión voluntaria de impedir una modificación en el mundo exterior.

²⁵ Idem. BELING VON, Ernesto. Op. Cit., p.36.

²⁶ Cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. Op. Cit., p.77.

Como acción y omisión se contraponen como, pues en la omisión falta precisamente un movimiento corporal y respecto a la omisión culposa además de ese movimiento la voluntariedad para el no movimiento; y físicamente un no suceso.

La crítica principal se centraba en la imposibilidad de que dadas sus “características naturalísticas, era el que menos podía ajustarse a un sistema penal referido a valor y que la insuficiencia de este concepto de la acción se manifestaba particularmente en la injuria, ya que en este injusto se trata del sentido de una expresión como manifestación de desprecio y del quebranto de la pretensión de estima por parte del ofendido, pero no de los concurrentes fenómenos fisiológicos y físicos, como aclara Jescheck”.²⁷

“Luego entonces, la acción (lato sensu) fue concebida como comportamiento humano, de acuerdo con Mezger, o como realización de la voluntad de un ser humano, según M. E. Mayer”.²⁸

“Concepto de acción que pretendió abarcar tanto los actos positivos (acción en sentido estricto), como los negativos (omisión); a su vez pretendió ser un concepto unitario de acción, pero siguió siendo causal ya que respecto la separación, voluntad (para el movimiento corporal) de su contenido (dolo). Seguidores del neokantismo, restaron relevancia al concepto de acción otorgándosela en mayor medida a las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad ya que son en éstas en donde se expresan juicios de valoración”.²⁹

Puede señalarse que la línea divisoria más relevante para el concepto clásico del delito se daba entre la parte objetiva (acción, tipicidad y antijuridicidad) y la parte subjetiva (la culpabilidad). Pero ello no satisfacía

²⁷ Cfr. Citado por MEZGER, Edmund. Op. Cit., p.80.

²⁸ Ídem.

²⁹ Cfr. MEZGER, Edmund. Op. Cit., p.78.

completamente a quienes se ubicaron bajo el dominio, en el campo jurídico, de la filosofía neokantiana, de modo más particular en el área del Derecho Penal influenciada por la filosofía de los valores de la llamada escuela sudoccidental alemana, que había abandonado el enfoque naturalista del positivismo científico.

Con esta nueva corriente se da énfasis a lo normativo y axiológico, diferenciándose entre otros aspectos las llamadas ciencias del espíritu (a las que pertenece el Derecho) en el objeto y método empleado por las ciencias naturales (ya no va a ser, por ejemplo, el método empírico y de observación de estas últimas el que se utilice, sino que lo esencial es aprehender, entender y valorar significados y sentidos, aplicando las valoraciones a las obras y situaciones humanas).

La anterior característica se transmite a la concepción neoclásica del delito, dando lugar a que sus elementos se configuren en mayor o menor medida con enfoque normativo valorativo, no siendo tan trascendente que se separen de modo tajante los elementos objetivos y subjetivos, pues se admite que puedan entrelazarse.

Así pues, en el elemento acción se mantiene el concepto tradicional, aunque despojado de su carácter naturalista y entendido de modo más amplio: se define ahora como conducta humana (o comportamiento), externa y dependiente de la voluntad, o como manifestación de voluntad hacia el exterior.

La acción ya no es el simple movimiento corporal, limitada a la conducta activa con olvido de la pasiva, pues se piensa entonces en los delitos de omisión). Sigue manteniéndose, sin embargo, un concepto causal, donde todavía no interesa el contenido propiamente dicho de la voluntad, sino que lo fundamental es el aspecto externo (de carácter material o ideal) del comportamiento del sujeto y aunque se acepta que la conducta pueda ser activa o pasiva; lo habitual será la primera, con la causación de un resultado, en tanto que para la pasiva se señala la provocación de un "resultado" con su inactividad, que consiste precisamente en la no modificación del mundo exterior cuando así se requería.

Poco después surge un nuevo “concepto de acción, que es el social, con un enfoque valorativo más destacado (concibe a aquella como un comportamiento humano socialmente relevante, lo que en varios autores apareció unido a la exigencia de imputación objetiva del resultado”,³⁰ de modo que negaban ya la cualidad de acción a la causación de un resultado que no sea jurídicamente imputable al acto.

El tipo ya no es, para la concepción neoclásica, un elemento puramente descriptivo y valorativamente neutro, sino que tiene como mínimo un carácter mixto, pues se reconoce en primer término que comprende en muchos casos elementos normativos, y aunque su función es meramente indiciaria de la antijuridicidad, es admisible que un indicio de desvalor no sea algo puramente neutro. Junto a esta posición se desarrolla otra que concibe al tipo con carácter esencialmente valorativo (es la llamada concepción del tipo como *ratio essendi* de la antijuridicidad, según la cual la tipicidad no es un mero indicio, sino que implica ya la antijuridicidad).

Este enfoque mantiene a su vez dos vertientes distintas: la concepción del tipo escrito como tipo desvalorado y la teoría de los elementos negativos del tipo. Para tales posiciones, el tipo es un *tipo de injusto*, sin que deba hablarse de acción típica y antijurídica, sino de acción típicamente antijurídica.

Por otro lado en la concepción neoclásica que estamos examinando, el tipo se sigue concibiendo como categoría predominantemente objetiva, pero no de modo exclusivo, puesto que se descubre que en algunos delitos pueden existir elementos subjetivos del tipo que son ánimos o fines específicos, distintos del dolo (por ejemplo el ánimo de lucro en ciertos ilícitos).

“La antijuridicidad se observa con mayor o total vinculación a la tipicidad según se dijo (se habla no solo de un concepto formal de antijuridicidad como mera comprobación lógica de la contrariedad con

³⁰ FERREIRA DELGADO, Francisco. *Teoría general del delito*. Temis. Bogotá, Colombia. 1988. p.88.

las normas jurídicas, sino que se comienza a utilizar un concepto material de ella, como dañosidad o nocividad social de la conducta)".³¹

En la culpabilidad se produce un cambio significativo, pues se abandona la concepción psicológica y se sustituye por el llamado concepto normativo, según el cual aquella se entiende como reprochabilidad o conjunto de condiciones que permiten formular un juicio de reproche al sujeto por su conducta, corriente que vale la pena advertir se sigue manteniendo mayoritariamente en nuestros días, aunque con diversas modificaciones sobre el número y clase de los elementos que hacen posible esa censura individual.

MÉTODO DEL CAUSALISMO NEOCLÁSICO

La lucha de escuelas desde el punto de vista del método, hizo que en Alemania aparecieran a principios de los años veinte del siglo pasado, dos direcciones metodológicas: La escuela de Marburgo representado por COHEN, NOTARP y STAMMLER por un lado, y, la escuela Sudoccidental Alemana o escuela de los valores representada por WINDELBAND, RICKER y LASK, cuya filosofía sería llevada a la metodología jurídica por LASK, RADBRUCH y SAÜER.

“El causalismo neoclásico se sustenta en la filosofía de los valores que permitió una reestructuración general de la teoría del delito al sustituir el método puramente jurídico formal del positivismo jurídico del causalismo clásico y en su lugar se aplica el método referido al valor”.³²

Es así como el causalismo neoclásico se vale metodológicamente de la filosofía de los valores neokantianos o relativismo axiológico.

³¹ Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique. *¿Se puede aplicar la Dogmática Penal alemana para resolver casos reales en México?* Criminalia. Año LXX, N° 3, Sept.- Dic. 2004.

³² Ídem.

El carácter científico de la dogmática penal y en general de toda la dogmática jurídica solo podía fundamentarse dentro de una dirección distinta del naturalismo.

Esto es lo que intentó el neokantismo, efectuando una tajante distinción entre hoy sin embargo, se dice que Dentro de las ciencias distinguimos entre ciencias naturales y todas las demás ciencias del espíritu incluyendo dentro de estas últimas al del derecho.

En este contexto, la fundamental distinción neokantiana entre una esfera del ser natural al valor (el objeto de la valoración) radicalmente separada de la esfera axiológica de la valoración humana nos aclara que es lo que se quiere decir con el método referido al valor de las ciencias del espíritu, las proposiciones de deber ser, los juicios de valor y los enjuiciamientos no pueden ser fundamentados inductivamente en constataciones ontológicas, sino solo deductivamente en otras proposiciones de la misma índole. La contemplación valorativa y la contemplación ontológica se hallan, la una junto a la otra, como círculos independientes, cerrados entre si. Esta es la esencia del dualismo metódico.

Para el estudio del Derecho, y, particularmente del Derecho penal debe partirse de consideraciones axiológicas y materiales; es decir, ya no se trata de cuestiones puramente formalistas, sino que el derecho como ciencia del espíritu tiene como objetivo esencial la comprensión del contenido de los fenómenos y categorías jurídicas, más allá de su mera definición formal o explicación causal, por eso toma en cuenta la dimensión valorativa de lo jurídico sin embargo no hace de esa dimensión valorativa un objeto de estudio por si mismo sino que estos valores son objeto de reflexión en la medida en que constituyen el parámetro a través de lo que el sujeto contempla en una realidad desordenada, caótica y sin sentido.

LA CRÍTICA AL RELATIVISMO AXIOLÓGICO

Principal crítico es ni más ni menos que el propio WELZEL, el maestro de Bonn, quien, siguiendo al psicólogo ERICH JAENSCH había señalado que la filosofía del derecho del neokantismo era una teoría complementaria del positivismo jurídico.

Sin embargo, que el neokantismo no se quiso derrumbar el edificio del delito construido por el positivismo naturalista de Von Liszt y Beling, sino solo introducir correcciones en el mismo.

Es por ello que el concepto neoclásico de delito aparece como una mezcla de dos componentes difícilmente conciliables: orígenes positivistas y revisión neokantiana, naturalismo y referencia a valores.

La estructura del delito en el causalismo neoclásico se edificó por la pluma de diversos autores. Tales son los más característicos como: Max Ernst Mayer y Edmundo Mezger.

Según Max Ernest MAYER: Define al delito como: acontecimiento antijurídico e imputable.

“Para Edmundo MEZGER, el delito es, la acción típicamente antijurídica y culpable.

Aunque los contenidos difieren del causalismo clásico, siguen apareciendo los siguientes elementos:

- ☞ Acción;
- ☞ Tipicidad;
- ☞ Antijuridicidad;
- ☞ Culpabilidad”.³³

³³ Cfr. MEZGER, Edmundo. Op. Cit., p.81.

De tal forma la estructura sistemática del concepto de delito correspondiente a la etapa clásica se mantuvo, afectando las transformaciones al contenido de las categorías dogmáticas (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).

El sistema neoclásico fue seguido por la doctrina mayoritaria alemana hasta 1930, pero su influencia en México se puede apreciar en las obras de varios autores, entre otros: Raúl Carrancá y Trujillo, Fernando Castellanos Tena, Marco Antonio Díaz de León, Ricardo Franco Guzmán, Sergio García Ramírez, Francisco González de la Vega, Eduardo López Betancourt, Cesar Augusto Osorio y Nieto, e Ignacio Villalobos.

CRITICAS AL SISTEMA NEOCLÁSICO

Las críticas realizadas al sistema clásico trataron de ser superadas por los partidarios del sistema neoclásico. Sin embargo, no siempre tuvieron éxito, y enfrentaron algunas de las mismas objeciones y otras nuevas derivadas de sus innovaciones.

A continuación se analiza a:

LA CONDUCTA

Aunque el criterio de la causalidad adecuada sirvió para delimitar los resultados que se pueden imputar a la conducta del autor en los delitos de acción; sin embargo, en los delitos de omisión no se puede acudir a dicho criterio, debido a que la conducta del omítete no se puede considerar como la adecuada para provocar el resultado.

EL TIPO

Los juicios objetivo valorativos tampoco fueron suficientes para identificar los supuestos de tentativa punible, en los cuales, por ejemplo, la conducta de

disparar sin dar en el blanco es adecuada tanto para lesionar como para matar, problema que solo se puede solucionar atendiendo a la finalidad del autor o dolo, lo cual se analizaba hasta la culpabilidad y ello volvía a suponer problemas sistemáticos de análisis porque tendríamos que llegar hasta la culpabilidad (tercera categoría) para determinar la finalidad del autor y saber exactamente si la conducta y el juicio de tipicidad hablan sido correctos.

En aquella época, “Alexander Graf Zu Dohna manifestó que la culpabilidad como categoría de valor no podía incluir elementos psicológicos, como el dolo pues dichos elementos se pueden dar o no dar y por tanto su análisis se debe realizar en un momento anterior e independiente de la culpabilidad, en la cual solo se determinará si esos nexos son o no reprochables”.³⁴

Ello dio origen a la necesidad de reubicar al dolo, lo cual consiguió sustentar el sistema final de acción del cual nos ocuparemos más adelante.

LA CULPABILIDAD

Las aportaciones de Alexander Graf Zu Dohna al estudio de la culpabilidad, constituyeron a su vez críticas metodológicas al sistema neoclásico y sirvieron de sustento a la posterior teoría final de la acción, pues, en palabras del mismo Welzel, dio el paso decisivo hacia la “comprensión de que en el juicio de la culpabilidad, lo mismo que en la constatación de la antijuridicidad, nos encontramos ante el resultado de una valoración”.³⁵ Separó tajantemente la valoración (reprochabilidad) y el objeto de la misma (dolo) y redujo el concepto de la culpabilidad a la valoración del objeto.

Siguiendo el camino iniciado por Graf Zu Dohna, la doctrina de la acción finalista asigna al dolo, que había quedado en aquel autor sin patria, su lugar

³⁴ GRAF ZU DOHNA, Alexander. *La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ricardo de Palma, 1994. p.253.

³⁵ Ídem.

apropiado, como una especie de voluntad final de acción en el tipo (subjetivo) de los delitos dolosos.

En efecto, de acuerdo con Graf Zu Dohna, la culpabilidad como categoría de valor no podía incluir elementos psicológicos, como el dolo, pues dichos elementos se pueden dar o no dar y por tanto su análisis se debe realizar en un momento anterior e independiente de la culpabilidad, en la cual solo se determinará si esos nexos son o no reprochables ello consiste la diferencia entre el objeto de la valoración de la valoración del objeto.

“Por lo tanto el tipo pasaba a integrarse con elementos objetivos (acción, relación causal, resultado) y una relación psicológica del autor sobre su conducta y el resultado perseguido (dolo o culpa y elemento subjetivo del tipo)”.³⁶

Esto último se convertía en objeto de valoración la cual era doble pues debía pasar por dos juicios a saber el de antijuridicidad y el de culpabilidad.

“La esencia de la culpabilidad se encuentra en la valoración del tipo subjetivo así como la esencia de la antijuridicidad radica en la valoración del tipo objetivo Pero lo mismo este que aquel pueden tener carácter positivo o negativo, el objeto de esta valoración (de la culpabilidad) es por un lado el conocimiento del tipo y por el otro el conocimiento o no conocimiento de la ilicitud siendo de advertir que este conocimiento o no conocimiento de la ilicitud a su vez solo representa un objeto ulterior de la relación psíquica”.³⁷

³⁶ Ídem.

³⁷ Ídem.

3.4. POSTURAS DE MEZGER, MAYER GOLDSCHMIDT Y FREUDENTHAL.

Edmund Mezger modificó los postulados del sistema clásico debido a las múltiples críticas a que fue sometido y, sobre todo, por la gran influencia de la filosofía neokantiana que rechazaba someter a las ciencias del espíritu a los principios de las ciencias naturales, por lo cual reorientó a la dogmática penal a través del empleo de un método propio de las ciencias del espíritu o ciencias culturales, al cual se le denominó método comprensivo.

Para Mezger: como ninguna otra rama del derecho, ha sido precisamente el derecho penal tocado hasta lo más profundo por el pensamiento naturalista del siglo XIX con el despertar de las corrientes filosóficas jurídicas surge el problema relativo a purificar sobre una base crítica aquello que ha de considerarse valioso en esta evolución incorporándolo como parte integrante como patrimonio inalienable a nuestra disciplina. La acción, la culpabilidad, la personalidad, etcétera tienen sus raíces en el firme terreno de lo empírico y de las leyes naturales; pero como acción querida, culpabilidad punible, personalidad motivada, etcétera caen en realidades empíricas bajo la selección del mundo de los valores.

Así habrá de resolverse la especial “secular” misión de nuestra época: incorporando de modo orgánico los resultados de la ciencia empírica de la época naturalista a una nueva ciencia jurídico-penal valorativa, por ello he intentado continuar esta tarea de establecer posteriores líneas de enlace entre las direcciones empírico-psicológicas de los últimos tiempos y el mundo de los valores jurídico-penales.

La nueva orientación de la dogmática no solo buscó describir las características externas u objetivas de la conducta-típica y antijurídica, sino que además trató de explicar su significado valorativo, motivo por el cual Mezger también se apartó de la concepción positivista afirmando que la ley no es lo único en el derecho, pues la dogmática jurídico-penal debe atender al ser espiritual del derecho en su búsqueda por la justicia, con el cual dio lugar al nacimiento del sistema neoclásico.

La adopción del método comprensivo dio lugar a cambios conceptuales en la conducta, la tipicidad y la culpabilidad que a continuación se analizan:

CONDUCTA

Ya no se podía considerar que la conducta provocó un resultado por la simple existencia de una relación causal ente ambos; se necesitaba, además, sustentar un juicio valorativo sobre la idoneidad o adecuación de la conducta para provocar ese resultado. Es así como surge la teoría de la causalidad adecuada de Von Kriegl.

Para determinar si la conducta que provocó materialmente el resultado es la adecuada desde el punto de vista valorativo se partió de la diferencia entre juicios de necesidad y juicios de probabilidad, lo anterior será ampliamente desarrollado al analizar la evolución histórica de la conducta conforme al sistema neoclásico.

TIPICIDAD

Mientras que en el sistema clásico bastaba con la constatación de los elementos objetivos del tipo para sustentar la tipicidad, en el sistema neoclásico se requería verificar tanto los elementos objetivos del tipo como los elementos normativos y subjetivos específicos cuando el tipo así los requiere.

“Sobre la historia de los elementos normativos del tipo, Máx Ernest Mayer puso en evidencia que ciertos tipos penales no solo describen realidades (cosa, muerte o lesión, que están en una relación causal con la conducta y son perceptibles a través de los sentidos) sino que también se refieren a conceptos que requieren de una valoración jurídica o cultural previa a la antijuridicidad”.³⁸

³⁸ MEZGER, Edmund. Op. Cit., p.161.

Siguiendo en la tipicidad, los trabajos de Fischer, Hegler, Mayer y Mezger, pusieron de manifiesto que ciertos tipos penales requieren de elementos anímicos o subjetivos específicos para su conformación, por ejemplo, los piropos pronunciados todas las mañanas por el jefe a su secretaria solo pueden ser considerados como conducta-típica de acoso sexual si y solo si el sujeto activo tiene el fin lascivo (fin de tener relaciones sexuales), de igual forma, en el robo es indispensable el ánimo la apoderamiento y en el fraude el de lucro. Esto dio lugar a la inclusión de los elementos subjetivos distintos del dolo en el tipo.

Así la tipicidad de conformaba por el tipo objetivo, dentro del cual encontramos los elementos objetivos y los elementos normativos (jurídicos o culturales) y, por otra parte, se sumaban los elementos subjetivos específicos (ánimos, fines o intenciones) requeridos por ciertos tipos penales.

ANTI JURIDICIDAD

En Mezger, la antijuridicidad significa, el juicio impersonal-objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico, en tanto que en la culpabilidad destaca la imputación personal de un hecho al autor. Por ello, siguiendo la tendencia de la época, Mezger calificó al hecho típico y antijurídico como injusto (Unrecht).

Por otra parte, consideró que el injusto (conducta-típica y antijurídica) es un hecho que contraviene a todo el sistema jurídico y no solo al derecho penal por lo cual rechaza la existencia de una antijuridicidad general y una antijuridicidad especial del derecho penal, ya que “el derecho forma una unidad cerrada y el derecho y el injusto son los mismos en todos los distintos campos”. En otras palabras, el injusto es un hecho que no solo contraviene al derecho penal, sino también al derecho civil a todo el sistema jurídico.

Mientras que en el sistema clásico el análisis de la antijuridicidad se realizaba con criterios objetivos, pero también se debía atender a los llamados elementos subjetivos del injusto, pues,

“el derecho puede referirse también a la conducta interna (subjetiva y psíquica). En efecto, la convivencia externa de las personas es siempre, al fin y al cabo solamente la expresión de la actitud interna psíquica de ellas. Tampoco el derecho puede pasar por alto este aspecto; si el derecho no quiere ser o no debe ser, fundamentalmente, una ordenación de los sentimientos, puede y debe incluir en sus apreciaciones también lo psíquico como origen de la conducta externa”.³⁹

De ahí que aun en el injusto y muy especialmente en el injusto jurídico penal contenga elementos subjetivos del injusto.

Lo anterior constituye una consecuencia de la fundamentación objetivo-valorativa del sistema neoclásico.

CULPABILIDAD

Mientras que el sustento de la culpabilidad en el sistema clásico era puramente subjetivo (dolo o culpa), en el sistema neoclásico se requería tanto de la valoración subjetiva como de las circunstancias materiales que rodearon al hecho (aspecto objetivo) y establecer si se puede “reprochar” a la persona el haberse comportado contrariamente a Derecho.

“Siendo así, la culpabilidad es una situación de hecho psicológica (situación de hecho de la culpabilidad) que la valoración decisiva jurídico-penal determina como contraria al deber y reprochable (juicio Valorativo de la culpabilidad)”.⁴⁰

Así, el dolo y la culpa dejaron de considerarse como el único sustento de la culpabilidad, ya que también se necesitaba atender “a la valoración de la

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Ídem.

total situación psíquica del autor en la teoría de la imputabilidad y la exclusión de la culpabilidad por causas especiales de exclusión de la culpabilidad”. Solo constatando esos tres elementos (imputabilidad; dolo o culpa y, ausencia de causas excluyentes de la culpabilidad) se podía sustentar la culpabilidad psicológico-normativa del sistema neoclásico.

3.5. LA ESTRUCTURA DEL DELITO DE LA TEORIA FINAL DE LA ACCIÓN.

Con los precedentes reseñados: subjetividad del injusto y culpabilidad normativa, se sentaron las bases para una nueva concepción del delito.

Es Hans Welzel, principalmente, quien estructuró la nueva teoría del delito, denominada finalista. Tomando como punto de partida la función ético-social, como la misión más importante del derecho penal y a elaboración de sus consecuencias dogmáticas, superando las tendencias naturalistas unitarias en la ciencia del derecho penal, Welzel hace un estudio crítico al positivismo valorativo y al normativismo del pensamiento penal neokantiano.

La acción es un aspecto del delito y para la teoría causalista es un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario), que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior. Dicha consecuencia puede consistir tanto en el puro movimiento corporal (delitos de mera actividad), como en este movimiento corporal seguido del resultado ocasionado por él en el mundo exterior (delitos de resultado).

Esta teoría trata a la acción como factor causal del resultado, sin tomar en cuenta la intención que llevó al sujeto a cometerlo. De la acción solo importa si el comportamiento movido por la voluntad, causó el resultado y no así, Si la voluntad iba dirigida a éste, esto último es reservado por la teoría causalista. “Los causalistas explican la existencia de la acción delictiva, cuando un sujeto tiene la voluntad de realizarla, sin tomar en cuenta necesariamente la finalidad que se proponía al hacerlo, porque ésta no pertenece a la conducta o hecho”.⁴¹

⁴¹ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. 2ª edición, traducción José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, revista de derecho privado 1946. p.112.

En este orden de ideas, a la acción se le considera como un hacer voluntario, pero en esa voluntad no hay contenido. No contempla el actuar lleno de sentido, sino la simple producción de dicha actuación referida al mundo exterior, a la que le llama resultado. El contenido de la voluntad dice Maurach separado, declarado irrelevante para la acción, debe aparecer en otro lugar de la construcción del delito, en la configuración del dolo, en el sentido propio de un *dolus malus*, será albergado como característica de la culpabilidad, en el último piso del edificio del delito.

La culpabilidad, como analizaremos más adelante, es el nexo causal que une al sujeto con su acto, el sujeto tiene la plena intención de realizar el hecho delictivo.

Para la teoría finalista, “La acción no es solo un proceso causalmente dependiente de la voluntad, sino por su propia esencia, ejercicio de la actividad final. La finalidad obedece a la capacidad del hombre de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso según un plan a la meta perseguida mediante la utilización de recursos”.⁴²

Los finalistas consideran a la voluntad como un factor de conducción que supradetermina el acto causal externo.

“Para los finalistas, la acción es conducida, desde que el sujeto anticipadamente piensa su objetivo, dirigiendo los medios para lograrlo, finalmente concluye su objetivo con la realización de la acción manifestada al mundo externo”.⁴³

Para esta corriente la acción es un comportamiento anticipado mentalmente, de carácter consciente.

⁴² GRAF ZU DOHNA, Alexander. Op. Cit., p. 152

⁴³ Ídem.

Los finalistas consideran que si la conducta si tiene una finalidad, al no tomarla en consideración se está tomando en cuenta a la conducta, sino a un nexo causal. Por ende, dentro de este sistema, del injusto no será una conducta, sino un proceso la esta afirmación es sumamente grave, porque contra la esencia del derecho; lo típico y antijurídico no conductas, sino procesos causales. El derecho no esta concepción un orden regulador de conocimientos sino de procesos causales, lo que es absurdo: el no regula hechos, sino solo hechos humanos voluntarios, es decir, conductas.

Reinhart Maurach, al hablarnos de la acción, comenta como teorías causales el concepto naturalista de acción y el concepto social de acción. Este autor explica este último derivando su existencia del criterio natural, el cual cataloga a la acción como causación de un resultado, sin tomar en cuenta el elemento subjetivo del comportamiento, sino considerándola como puro factor causal, es decir, como causación de un resultado.

“El concepto naturalista de acción en la formulación clásica dada por Liszt, constituyo un concepto destacado y querido como jurídico; y desde el punto de vista ontológico, como bajo el aspecto de su practicabilidad, pues se supuso que un tal concepto en acción podía servir, por obra gracia de su total neutralidad valorativa, de base comisión a los delitos doloso y culposo. Se le designo como natural por querer trasladar las leyes de la ciencia de la naturaleza al Derecho Penal, y considerar el cumplimiento del tipo como una simple consecuencia (naturalmente condicionada) del proceso causal precedente”.⁴⁴

Es el producto del pensamiento naturalista dominante en el último tercio del siglo XIX, infiltrado en las ciencias del espíritu. Al igual que todo suceso de la naturaleza, el delito es el resultado de una cadena causal.

⁴⁴ VON LISZT, Franz. Op.cit., p.

El Derecho Penal, sin embargo, en la averiguación de la causación del delito, debe moverse en límites más estrechos que la criminología, situada en el umbral de las ciencias de la naturaleza. Esta pretende remontarse hasta los orígenes de la cadena causal productora del delito; aquel se debe limitar a averiguar la causa inmediata, relevante jurídica penalmente, del resultado incriminado. Esta causa no está integrada por todo acto humano, sino tan solo por el hecho relevante para el tipo, vinculado directamente con el resultado; se prescindirá de los primeros eslabones de la cadena; la causalidad comienza con una acción adecuada a tipo.

Según los causalistas de la teoría naturalista de la acción, ésta produce un resultado y es la causación según las leyes de la naturaleza de causa efecto. Para el Derecho Penal solo tiene relevancia un resultado típico, idea inaceptable para los naturalistas, en virtud de sostener como imposible que un proceso natural produzca un resultado jurídico, ya que el resultado típico no se da en la naturaleza. Por lo tanto, el concepto natural de acción se mantiene dentro de los efectos naturales de la causalidad. La acción se agota en proceso y consecuencias mensurables por la ciencia de la naturaleza, y es completamente libre valorativamente hablando.

Ven a la acción como un movimiento muscular o descanso físico, según se trate de acción u omisión respectivamente, desprovisto de contenido positivo respecto del resultado; así, se considera a la acción como un proceso causal extrajurídico, sin tomarse en cuenta en este concepto natural de acción, si el resultado es típico o no. Como no podría ser considerada la acción de modo mecánico como simple causación, sin tomar en cuenta su voluntad intrínseca, con la evolución de las ideas, se desnaturalizó el concepto de acción, adoptando un concepto social de esta.

Fundamento de esta teoría.

“Para esta teoría, la voluntad, como manifestación psíquica capaz de dirigir el actuar del hombre hacia el logro de determinados fines, tiene un papel decisivo dentro de la conformación del concepto de acción.

Esa voluntad, con tal función rectora, integra, junto con el movimiento muscular humano, aquello que constituye una acción humana; ambos aspectos son inseparables dentro de la acción".⁴⁵

En eso radica la diferencia entre una acción humana un simple suceso natural, pues éste no es dirigido conscientemente desde el fin a alcanzar, sino que se desarrolla causalmente ciego o, cuando más (como sucede en el mundo animal), adecuado a fin pero sin consciencia de él.

No es el Derecho el que produce las acciones ni el encargado de darles estructura ni el que les da dimensión de sentido. El único papel del Derecho es seleccionar aquellas acciones, prohibiendo las incompatibles con un orden social dado o prescribiendo las que fomentan este orden; únicamente en este aspecto aquél es libre y creador. Por consiguiente, a la ciencia jurídica le toca comprender objetivamente la estructura de la acción y aplicarla tal como es en los conceptos que con ésta se relacionan, pues tal estructura queda fuera de su poder y de su capricho, el Derecho norma y regula las acciones, pero no las crea ni las inventa.

Aún más, toda la vida comunitaria del hombre y hasta "la plenitud y vastedad de su existencia histórica, de su cultura y su civilización" se estructuran sobre la actividad final del hombre, pues la dimensión de sentido que aunada en el espíritu humano, reconoce su enlace con ella. La acción final es declarada, pues, un fenómeno pleno de sentido, relevante ético socialmente.

La acción humana es ejercicio de actividad final, la acción es por eso, acontecer final y no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines.

⁴⁵ GRAF ZU DOHNA, Alexander. Op. Cit., p.15.

“En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente al acontecer causal exterior a un fin y así lo determine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso, la finalidad es dicha en forma gráfica vidente, la causalidad, ciega”.⁴⁶

“Pueden distinguirse dos fases de la dirección final de la acción. Una primera, transcurre en la esfera anímica y se subdivide en:

a) Anticipación del fin que el autor quiere realizar;

b) Selección, por el autor de los medios necesarios para la realización de un propósito, a partir de él mismo (lo que significa que es el fin lo que va a determinar el acontecer causal), y

c) Consideración de los efectos concomitantes que van unidos al proceso causal. La segunda fase consiste en llevar adelante la acción en el mundo real, con miras al fin y poniendo en movimiento el plan establecido”.⁴⁷

Todo esto nos muestra una acción de estructura indestructiblemente unitaria, apta para expulsar de su concepto a toda actividad o movimiento humano en cuanto corporalmente causal y, en general, a todo aquello que excluya la posibilidad de dominio finalista de la actividad o pasividad corporal a través de la voluntad (capacidad para un querer final).

Si el Derecho Penal puede dirigirse al hombre mandando y prohibiendo, es en razón de esta capacidad humana de someter su actividad o pasividad a la dirección final de la voluntad. Las normas jurídicas no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino a acciones capaces de configurar finalmente el

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Ídem.

futuro. Quien quiera normar acciones tiene que observar la estructura ontológica de la acción.

Así, pues, del conjunto inagotable de acciones posibles en una época, el ordenamiento jurídico penal escoge y prohíbe, en primer lugar, aquellas en las cuales la voluntad de realización (dolo) está dirigida a la producción de una situación o un proceso (resultado) socialmente no deseado; con ellas forma el cuerpo principal de los tipos penales, que son los delitos dolosos de comisión.

En cierta medida, el ordenamiento jurídico se ocupa también de acciones finales, no por su fin sino en cuanto el sujeto no emplee en la elección y aplicación de sus medios de acción el cuidado requerido, como mínimo de dirección final, para evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados; éstos son los delitos culposos de comisión. En una proporción mucho menor, el ordenamiento jurídico pena la omisión de acciones necesarias para la conservación de un estado deseado socialmente, es decir, los delitos de omisión.

De lo expuesto resulta que el dolo pasa a formar parte de la acción, concebida como estructura unitaria indivisible, en la mayor parte de los tipos penales, pues él no es otra cosa que esa finalidad que se encuentra en las conductas humanas dirigidas a un fin, vale decir, finalidad tipificada.

La teoría de la acción final se niega a separar dentro de un hecho típico doloso los aspectos material y subjetivo, en la forma en que lo hace la teoría clásica, pues esta última fracciona una acción de esa clase en un proceso causal externo (objetivo), por un lado, y el contenido de la voluntad (simplemente subjetivo) por el otro, llevando este aspecto subjetivo a la fase ulterior de la culpabilidad.

“La teoría finalista se inicia con una crítica al concepto clásico de acción formulada por Welzel en 1931 y adquiere consistencia filosófica en otro estudio suyo de 1935. Ella se reafirma en un artículo publicado en 1938 y se integra en toda una visión del Derecho Penal en su obra de 1940. Desde entonces ha sido desarrollada en las sucesivas

ediciones (hasta la 11^o) del Tratado de su autor, si bien con rectificaciones sucesivas tendientes a resolver las críticas que le formularon”.⁴⁸

Es honroso para los estudios jurídicos penales hispanoamericanos dejar constancia que antes que la doctrina de Welzel fuera conocida en nuestros países, el penalista Sebastián Soler, bebiendo en la misma fuente filosófica, el pensamiento de Nicolai Hartmann, había desarrollado ideas similares al tratar de la causalidad, por considerar que el dominio de un sujeto sobre su acto, derivado de su anticipación del fin y el empleo de los medios adecuados para alcanzarlo, es determinante para la consideración de una causalidad determinada por el hombre.

EL MÉTODO DEL FINALISMO

Si bien la teoría final de acción se materializa hasta el año de 1945, las bases metodológicas las fijó Welzel en 1928 y 1930, como una reacción frente al relativismo gnoseológico del neokantismo y al subjetivismo que imperaba en aquella época, su objetivo era la de sustituir el “relativismo valorativo” por la afirmación de “verdades eternas” y de “estructuras lógico objetivas”.

A primera vista parece sencillo afirmar como ha venido haciendo la doctrina en general que el método seguido por Welzel en la construcción de su edificio dogmático es el “método ontológico”, sin embargo, en una revisión de fondo se pregunta si el método del finalismo es un método puramente ontológico o más bien responde a ciertas premisas previas de índole normativa o funcional que actúa a modo de rector de la elaboración conceptúa.

⁴⁸ WELZEL HANS. *Derecho Penal Alemán*. 4^a edición. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, editorial jurídica de Chile. 1993. p.57.

“Las orientaciones metodológicas, son las siguientes:

- ☞ Ontológico
- ☞ Fenomenológico
- ☞ Deductivo axiomático
- ☞ Analítico
- ☞ La naturalista”.⁴⁹

Por lo tanto el finalismo tiene como su principal método el ontológico.

Siendo el método ontológico es uno de los aspectos esenciales de la teoría finalista de la acción.

Dicho método se basa filosóficamente en teorías ontológicas fenomenológicas, que intentaban poner de relieve determinadas leyes estructurales del ser humano y convertirlas en el fundamento de las ciencias que se ocupan del hombre.

LAS CRÍTICAS AL ONTOLOGISMO

El método que sigue WELZEL es expresándolo de una manera exagerada y polémica como lo siguiente.

“previamente y antes de tomar contacto con la realidad jurídico penal, examina la estructura ontológica de la acción, afirma que el dolo pertenece al tipo y, en una asombrosa supervaloración del pensamiento sistemático decide que ya está todo solucionado”.⁵⁰

⁴⁹ Ibid. p.58.

⁵⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal*. Tecnos. Madrid, España.1999. pp.101-102.

No va de los problemas al sistema, sino de este a aquellos. Lo que hay que salvar ante cualquier cuestión jurídico penal es que el dolo pertenece al tipo.

En sus orígenes el finalismo y por obra de WEBER, el delito se estructuró con los siguientes elementos.

- Acción
- Tipicidad
- Antijuridicidad
- Culpabilidad

Por tal motivo, consideramos que resumió al delito en los términos que el delito es la trasgresión culpable de las normas todo delito es acción, pues únicamente una acción humana puede hoy tener por consecuencia una pena.

No se puede llegar a determinar el concepto de delito, sin referirse a la característica acción. Hasta que punto la afirmación de que el delito es acción necesita ser rectificadada resultará de posteriores consideraciones.

Desde el punto de vista de la valoración del objeto se presentará como segunda característica general del delito, la antijuridicidad como tercera la culpabilidad. Con ello llegamos al siguiente resultado sintético: Delito es acción antijurídica y culpable y por tanto, delito es acción adecuada a un tipo, antijurídica y culpable.

Es así como se presenta una estructura del delito cuya novedad consistió en rechazar por primera vez el viejo esquema divisorio objetivo subjetivo (aunque todavía sufrió su influencia), sustituyéndolo por objeto de valoración y valoración del objeto. Esta posición lo acerca al pensamiento de Welzel.

De tal manera que el delito se compondrá con dos superestructuras:

- Objeto de la valoración
- Valoración del objeto.

Durante la fase glorias del finalismo y por obra de WELZEL, la estructura del delito alcanzó su máxima expresión.

Decía el padre del finalismo:

“La tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito. La culpabilidad la responsabilidad personal por el hecho antijurídico presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad a su vez ha de estar concretada en tipos legales La tipicidad la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionados lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior”.⁵¹

Esto quiere decir que los elementos estructurales en la construcción sistemática del delito provienen del mismo esquema general del delito que prevaleció en el causalismo clásico y neoclásico.

De tal forma que, los elementos del delito, son:

- Acción
- Tipicidad
- Antijuridicidad
- Culpabilidad

Desde luego, algunos de esos elementos con diferente significado y contenido, el cuerpo es el mismo, otra la sangre, en parte, el finalismo es heredera estructural del causalismo clásico y neoclásico.

⁵¹ WELZEL HANS. Op.cit., p.57.

EN LA CONDUCTA

Con la concepción final de la conducta solo se pueden explicar aquellas conductas dirigidas hacia un objetivo específico como sucede con las conductas dolosas, pero, como veremos más adelante, en las culposas es irrelevante el fin perseguido por el autor.

Por otra parte, en los delitos de omisión la finalidad no regula al proceso causal, y por ello, también, no se puede sostener de manera convincente por qué dichos sucesos si son relevantes para el derecho penal.

EN EL TIPO

En 1953, se criticó el concepto de acción dolosa y culposa expuesto por Welzel por considerar que con ello adelanta la valoración de características subjetivas, específicamente psicológicas, las cuales son más propias de un análisis a nivel de culpabilidad y no en el análisis del tipo, pues ello supone resquebrajar la sistemática que deben tener los elementos del delito y rompe con la neutralidad del concepto de acción, el cual, como presupuesto, debe estar libre de características pertenecientes a otros elementos del delito.

Para tratar de resolver los problemas de la omisión y de la culpa, Welzel cambio su planteamiento inicial por la llamada acción potencial y posteriormente se refirió a la acción cibernética pero tanto sus intentos como los de sus seguidores fracasaron, debido a que con dichas concepciones tenían que renunciar a la finalidad de la conducta como eje de apoyo de sus construcciones y con ello perdía unidad conceptual la conducta como categoría del delito y, a su vez provocaba problemas en los demás escalones de la teoría del delito.

En efecto, la concepción final de acción tuvo repercusiones en el tipo y en la culpabilidad, debido a que la conducta final obligaba a incluir al dolo y la culpa en el tipo, y por ello, el fundamento de la culpabilidad quedó como

puramente normativo. Por ende, el cambio de la concepción final de acción por un concepto de acción potencial o cibernética ya no justificaba la necesaria inclusión del dolo en el tipo ni la fundamentación puramente normativa de la culpabilidad, en efecto, la acción es configuración consciente de la realidad, resulta que el dolo de un delito exige el conocimiento del acto en todas las características que le pertenecen al tipo objetivo del injusto. Si el dolo pertenece a la acción, entonces pertenece también a ella aquel conocimiento del acto cuya falta como error excluye el dolo.

EN LA CULPABILIDAD

La crítica más frecuente del sistema final de acción es que deja casi vacía de contenido a la culpabilidad. Más ello sería así si pensáramos exclusivamente en los postulados del sistema clásico, en los cuales el dolo y la culpa son la culpabilidad misma, y con ella no quedaría casi vacía, sino quedaría completamente vacía, y por tanto desaparecería como elemento del delito. De lo anterior, podemos encontrar críticas concretas a la concepción normativa de la culpabilidad en el sistema finalista.

EN TORNO A LA CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD

Desde el punto de vista sistemático, “al ubicarse el dolo a nivel de tipo, éste no podía incluir entre sus elementos a la conciencia de la antijuridicidad, cuyo análisis sistemático es necesariamente posterior al del tipo, porque presupone el análisis de la antijuridicidad, de ahí que el contenido del dolo pasa a ser el de un dolo neutro o, también denominado natural, por bastar para su constatación con el conocimiento y la voluntad de los hechos descritos en el tipo”.⁵²

En cambio, la concurrencia de la causa de justificación de legítima defensa de sus bienes se analiza a nivel de antijuridicidad, pero al ser improcedente ésta, por no existir objetivamente una agresión, se deja hasta la

⁵² DÍAZ ARANDA, Enrique. Op.cit., p.86.

culpabilidad el análisis del error sobre su existencia; es decir, se analiza en la conciencia de la antijuridicidad. En este sentido, el comerciante habría actuado típica y antijurídicamente y se dejará para el análisis de la culpabilidad si su error sobre la concurrencia de la legítima defensa era vencible o invencible, y conforme a ello atenuar la pena o excluir el reproche y, por tanto, el delito.

3.6 POSTURAS DE HANS WELZEL Y GRAF ZU DOHNA

“La teoría de la acción final no ha querido quedarse en la formulación de un concepto de conducta y en las consecuencias que éste trae para la estructura jurídica del delito”.⁵³

Ella explicita orígenes filosóficos que, por la forma de su aplicación, traen otra importante perturbación en principios jurídicos fundamentales, la que se transmite también a ciertos aspectos básicos del Derecho Penal.

Se había afirmado, antes de nuestra era, no deliberamos acerca de los fines a alcanzar, sino sobre los medios de alcanzar estos fines una vez que ha sido determinado el fin, uno examina cómo y por qué medios se alcanzará; si este fin parece debe ser conseguido por medio de varios recursos, se busca el medio más fácil y mejor; si no hay más que uno, se busca cómo alcanzar este medio y aún otro por medio de éste, hasta llegar a la causa primera, que es lo que se halla en último lugar el resultado último del análisis es el primero en el orden de los hechos. Welzel admite que las raíces de su teoría se remontan a tan insigne filósofo, y agrega también a Samuel Von Pufendorf y a R. Höningwald.

Basta comparar, sin embargo, su teoría con otras formulaciones filosóficas, para advertir que ella se enlaza fuertemente con concepciones escolásticas relativas al acto humano que están, empapadas de consideraciones morales. Welzel mismo y también sus seguidores, empero, no

⁵³ WELZEL HANS. Op.cit., p.57.

gustan ser relacionados con los escolásticos, así como tampoco con los iusnaturalistas.

Si pensamos en un iusnaturalismo clásico, es indudable que la posición de Welzel está distante de él; aún más, habremos de señalarlo como un crítico suyo; pero no puede negarse que sus tesis, especialmente aquella de las estructuras lógicas - objetivas, que coloca en la base misma de su teoría de la acción final, tiene toda la apariencia de un iusnaturalismo de tono menor.

Desde luego, propugna que la vida está dirigida por un contenido de sentido, que aunque no demostrable racionalmente, es un presupuesto indispensable para que pueda hablarse de Derecho, de Justicia, de Libertad y de Culpabilidad. En él existe un principio material inmanente que impide a cualquier mandato de la autoridad violar la autonomía ética del ser humano y, por ende, desconocer la dignidad humana; en caso de hacerlo, tal mandato se convierte en un mero acto de terror o de fuerza, que carece de valor obligatorio y aún de existencia jurídica.

Enseguida, utiliza el concepto de "la naturaleza de las cosas, cuya introducción en el lenguaje jurídico se atribuye a Runde y que fue empleada también por Radbruch; al cual W. Maihofer liga con el Derecho Natural y que sirve a H. Coing para asentar buena parte de su iusnaturalismo. Para Welzel existen en el mundo seis objetividades lógicas o estructuras lógicas objetivas, representadas por ciertos datos ontológicos fundamentales a los que se halla vinculada toda posible valoración y que señalan, por ello, límites muy precisos a ésta".⁵⁴

Si el legislador no las tiene en cuenta, dictar un Derecho ineficaz, falso, contradictorio y falto de objetivo, pues nadie, ningún poder en el mundo, puede modificar la naturaleza de las cosas. Todo el que quiere normar acciones, por consiguiente, debe respetar la estructura ontológica de la acción, que es la de ser acción final.

⁵⁴ Ídem.

Y es el propio "Welzel quien relaciona esta tesis de las estructuras lógicas objetivas con el Derecho Natural, señalando que si bien fue modesto el fruto de los esfuerzos ius naturalistas por descubrir principios axiológicos materiales incommovibles del obrar social, en un terreno secundario, en la problemática de la imputación y de la teoría (de la acción, el Derecho Natural ha conseguido resultados más significativos y permanente pues existen ciertos datos ontológicos fundamentales a los que se halla vinculada toda posible valoración".⁵⁵

Aquí hay, en su concepto "verdades eternas" ajenas a cualquier legislador del mundo. ¿Cómo olvidar, a este propósito, los aforismos básicos del ius naturalismo tradicional: omne ens est bonum y agere sequitur esse?

Ante lo explicado, es inevitable concluir, cuando menos, que para Welzel y sus epígonos el legislador tiene pautas eternas, no dependientes de voluntad ni inteligencia humanas, que lo ligan para la elaboración de sus leyes positivas. En forma más reciente, la teoría de la acción final queda emparentada con la tesis del filósofo Nicolai Hartmann sobre las distintas capas del ser, la causalidad de lo muerto y la finalidad de lo vivo. Según esta, la acción humana sólo puede concebirse como algo finalista; su verdadera esencia está en el "dirigir" el suceder real hacia lo deseados.

"Los teóricos de la acción final quieren ver el fundamento de la antagónica teoría clásica sobre la acción en una influencia de la mentalidad mecanicista de las ciencias naturales del siglo XIX; conforme a ésta la acción quedaría convertida en una pura causalidad, en la que lo característico es un "movimiento corporal causado por un acto de voluntariedad; por eso se lo llama concepto causal de acción".⁵⁶

Algunos de ellos la ven derechamente apoyada, al menos en un principio, sobre la base filosófica del positivismo mecanicista, heredado de las concepciones de la Ilustración y, por ende, tributario de las concepciones

⁵⁵ Citado por GRAF ZU DOHNA, Alexander. Op. Cit., p.98.

⁵⁶ Ibidem. p.97.

físicas de Newton. Tampoco faltan las acusaciones de materialismo. Como se ha expresado, no dudemos que en varios de los clásicos pudiera anidar un pensamiento filosófico fascista, pero se cree haber demostrado que la teoría clásica de la acción, como tal, no puede ser ligada a él; que tampoco puede ser declarado mecanicista y, ni siquiera, causal. De tal forma la discusión entre las dos tendencias contrapuestas ha de llevarnos a concluir que las discrepancias filosóficas de alto vuelo no adquieren en ella el relieve que se pretende darles, quien sabe si para alzar su nivel, sino que están situadas en un plano más modesto, relativo a los alcances y fines del Derecho Derecho Penal.

“La ley penal, al igual que toda otra ley positiva, tiene por función regular la convivencia externa de los hombres; por eso es que hace muy bien cuando centra sus sanciones en determinadas conductas humanas perceptibles por los sentidos, a las cuales describe minuciosamente. Pues aquí radica, precisamente, la diferencia entre moral y Derecho”.⁵⁷

“La moral realiza la valoración del comportamiento humano sobre la base de la rectitud, del bien y de la virtud. Ella abarca todos los actos humanos, de cualquier naturaleza que sean y en todos sus aspectos, pues su fin es la perfección del hombre. Por eso se ocupa del hombre en sí mismo, aisladamente considerado, del hombre en sus relaciones con los demás y, en sus formas religiosas, del hombre en sus relaciones con Dios”.

Cubre toda clase de actos del hombre, sean ellos puramente anímicos o internos, como ideas, pensamientos y propósitos no exteriorizados, sea de los que se traducen en manifestaciones corporales externas y, en este último caso, se relacionen ellos o no con los demás hombres, su campo es, en consecuencia, muy vasto.

El Derecho, en cambio, sólo tiene por objeto aquellos actos del hombre que importan una manifestación exterior suya, con el significado de que pueden ser percibidos por los sentidos de los demás hombres (característica de la

⁵⁷ Cfr. CEREZO MIR, José. *El Finalismo*. Editoriales Tecnos. Madrid. 1993. p.79.

exterioridad), y que afectan o lo relacionan con éstos (característica de la alteridad).

Es ésta una distinción a la que ha costado mucho llegar al pensamiento humano. Ella no aparecía en las elaboraciones de los clásicos griegos ni en las de los antiguos romanos. La Escolástica no la advirtió claramente tampoco.

Correspondió a la corriente profana del Derecho Natural de los siglos XVII y XVIII, separar a las reglas jurídicas de las reglas morales.

Se atribuye a las posturas de los siglos que anteceden; haber formulado el distingo por primera vez, al clasificar las normas de conductas en morales (honestum), jurídicas (iustum) y de convencionalismos sociales (decorum). En su opinión, el Derecho es una regla que impone una obligación externa y que descansa en el temor a la coacción por parte de otro hombre, en tanto que la moralidad y los usos sociales solamente imponen una obligación interna de conciencia.

Pufendorf sostiene que las normas jurídicas rigen las acciones externas de los hombres entre sí, mientras que las reglas morales se ocupan precisamente de las acciones internas; por esta razón a un juez debe serle indiferente el motivo por el cual un hombre cumple con sus deberes jurídicos, a no ser que se trate de sancionar alguna transgresión; en cambio, la moral condena también un comportamiento externo adecuado si él proviene de ánimo perverso.

Kant dividió la Metafísica de las Costumbres en dos campos separados: la teoría del derecho y la teoría de la virtud; en su criterio, la moral hace de la obligación, el motivo del obrar, mientras que el derecho "permite también otro motivo que la idea misma de obligación", lo que significa que el derecho se satisface solamente con la legalidad, mientras que la moral tiene que exigir un obrar por razón de la obligación.

Con estos elementos se consolidó la diferenciación entre moral y Derecho.

“De tal manera que el Derecho, a diferencia de la moral, no tiene por fin hacer bueno al hombre; por esto atiende únicamente al comportamiento exterior suyo y se satisface si en ese plano no se altera el orden de convivencia social que tiene por misión imponer. Si el ciudadano cumple la ley, aunque lo haga por temor a la sanción o por razones de propia conveniencia, sin respeto íntimo por ella, el Derecho se declara conforme”.⁵⁸

Ni aún la comprobación de que quien cumple externamente la ley la desprecia profundamente, podría autorizar una injerencia jurídica en su conducta.

Y esto, porque su función no llega más allá que la de asegurar un orden formal y de relaciones externas en la vida social. De allí que el Derecho tome en cuenta exclusivamente lo que el hombre puede exteriorizar a través de su conducta externa.

“Al Derecho le interesa una vida de relación sin obstáculos que puedan originarse de la conducta externa de los hombres. En cambio, la moral busca la perfección del hombre en sí y está atenta a su reacción, humana total y, especialmente, a lo más característico en él, que es su reacción anímica; por ello la motivación interna del obrar adquiere en ella primero relevancia. Es, en el fondo, la distinción entre delito y pecado”.⁵⁹

La fórmula *cogitationis poenam nemo patitur* expresa esa idea y ella es sostenida por los juristas como una garantía de contención ante posibles desbordes de legisladores que quieran indagar en la intimidad más recóndita del espíritu humano con el fin de atentar contra la libertad de conciencia y de sancionar los pensamientos y las ideas.

Es en contra de ella que se vuelven, en definitiva, las consecuencias de la teoría de la acción final que nos proponemos examinar en este capítulo, en

⁵⁸ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. cit., p.132.

⁵⁹ WELZEL HANS. Op.cit., pp.77-78.

cuanto ésta se empeña por disminuir la importancia de lo exterior al hombre en el delito y realzar, al mismo tiempo, el peso de los factores anímicos.

Una lectura atenta de las explicaciones de Welzel nos muestra un afán visible de su parte para relacionar la legislación penal con amplias funciones de ética social. Para evitar desviaciones de su pensamiento, acudamos a la reproducción de sus propias palabras, contenidas en su Derecho Penal: La misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético social Welzel el Derecho Penal asegura la vigencia de los valores de acto ético sociales de carácter positivo al prescribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica el Derecho Penal revela, en la forma más concluyente a disposición del Estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica detrás de las prohibiciones o mandatos del Derecho Penal se hallan los elementales deberes éticos sociales valores de acto, cuya vigencia asegura conminando con pena su lesión, el Derecho Penal cumple una significativa función de formación ética; el Derecho Penal es una fuerza decisiva que imprime la concepción ética de una época" modela y refuerza eficazmente el juicio ético y la conciencia jurídica de los ciudadanos una justicia penal insegura conmociona no sólo los elementales deberes ético sociales sino que sacude todo el mundo del valor ético; la retribución penal justa refuerza el juicio ético social .

Esto no significa que Welzel ignore o desconozca los planos de acción que caen bajo las reglas jurídicas, porque ocasionalmente los recuerda con expresiones bien claras: con esto la diferencia entre ética y derecho permanece intangible; el Derecho Penal no puede alcanzar al puro ánimo;

“...el Estado no castiga a fin de que exista justicia en el mundo, sino para que haya juridicidad en la vida de la comunidad”.⁶⁰

⁶⁰ DÍAZ ARANDA, Enrique. Op.cit., p.50.

Pero nadie podría dudar que si ocasional reconocimiento teórico a la diferenciación entre moral y Derecho se esfuma ante la infinidad de menciones en las que asigna al Derecho función ética. Y esa diferenciación desaparece en forma casi total con su noción del "valor de acto", que ya hemos visto mencionado y que más adelante explicaremos.

Algunos sostenedores hispanoamericanos de la teoría de la acción final acogen este enfoque y van aún más allá que el adalid. Tal es el caso de Cury, a quien poco le falta para eliminar aquella importante diferenciación.

En el fondo parece divisarse un propósito de reducir, hasta donde sea posible, la magnitud de los aspectos exteriores del delito, en beneficio de sus aspectos internos y personales.

Sobre la base de este manifiesto debilitamiento de la separación entre moral y Derecho van a ser levantadas otras premisas básicas de la tesis de Welzel sobre el delito. Es importante anotar que en este momento nos encontramos ya fuera de la teoría de la acción final. Esto demuestra que las ideas de Welzel no pueden ser reducidas a un puro "finalismo", como concepto limitado a la estructura de la acción, sino que penetran también en otras áreas de Derecho Penal muy íntimamente vinculadas a la concepción general del Derecho y, en particular, a la de su rama sancionatoria.

En efecto, nada impediría que alguno pudiera admitir la teoría de la acción final y manifestara, en cambio, su repudio a la tesis del doble valor, que incluye la noción del "valor de acto"; pues la primera determina a la segunda sólo de manera indirecta.

“La teoría clásica rechaza vigorosamente todo intento de confundir o entremezclar reglas morales con reglas jurídicas dentro del Derecho Penal. Y lo hace con la convicción profunda de que con ello resguarda la libertad de la persona humana ante los excesos del Estado y de quienes ejercen su autoridad, y coloca un límite indispensable ante muy temibles excesos de ese origen. Para ello pone de relieve y

alzaprima dentro de la conducta la exterioridad de ella y los efectos sociales del delito".⁶¹

Un empeño de esta clase no tiene nada que ver con concepciones mecanicistas del hombre, o con un repudio del espiritualismo, o con filosofías materialistas, como pudiera deducirse de las explicaciones de los partidarios de la acción final.

Y para demostrarlo acudiremos a dos fuentes inatacables, por hallarse a resguardo de toda sospecha de materialismo o de antiespiritualismo.

Para los Penalistas Italianos de gran religiosidad, puntualiza con rigor lo indispensable que es, para la noción de delito, la manifestación externa de él. Coloca lo que él llama "la imputación física" como la primera de las proposiciones que se dirigen a un delincuente, sobre la cual habrán de apoyarse subsiguientemente las imputaciones moral y legal.

Refiriéndose a la necesidad de un acto externo para que haya delito, Carrara expone que el hombre no tiene derecho de pedir cuentas a un semejante por un acto que no le puede acarrear perjuicio (por lo que) la autoridad social no tiene derecho de perseguir los actos internos (ni) la autoridad social puede mandar sobre las opiniones y los deseos, y los pensamientos no se pueden, sin cometer abuso, tener como delitos. Es la defensa del orden externo sobre la tierra la que le corresponde a la autoridad; la tutela del orden interno no le corresponde más que a Dios se sustraen al dominio de la ley toda la serie de momentos que integran el acto interno: pensamiento, deseo, proyecto y determinación, mientras no hayan sido llevados a su ejecución.

Explica, además, que el derecho de declarar delito a ciertas acciones "se atribuye a la autoridad social como medio de mera defensa del orden externo y no para conseguir el perfeccionamiento interno", lo que conduce a que la represión penal exige "un *acto exterior*".

⁶¹ Ibidem. p.49.

Agrega: castigar los pensamientos es la fórmula común para designar el apogeo de la tiranía.

También afirma que para aplicar la ley penal, “es preciso que los actos tengan capacidad para turbar el orden externo, o sea de violar los derechos de los demás hombres”,⁶² y esto solo ocurre cuando al designio malvado le haya seguido un movimiento corporal, es decir, un hecho *externo*, pues con los solos actos *internos* no se puede turbar el orden externo.

De allí la importancia que adquiere en el delito el elemento fuerza *física*, la cual hace del *movimiento* que el ánimo les imprime a los miembros, para hacerlos servir según su perverso designio, a la ejecución del hecho culpable Y concluye: así, pues, no todos los actos internos procedentes de una intención perversa (son delitos) sino sólo aquellos que *causen daño* a los derechos ajenos o que tengan *aptitud para causarlo* y aquellos que los pongan en *peligro actual*; sin estas condiciones, el acto externo es legalmente inocente, aunque pueda ser reprochado por la moral o la religión (Carrara subraya).

“Lo expuesto demuestra que para el más grande de los penalistas clásicos del mundo latino:

- a. El legislador establece el delito para asegurar la defensa de un orden social externo y no para alcanzar un perfeccionamiento interior, sea en su perpetrador sea en el cuerpo social;
- b. El delito adquiere su verdadero carácter en su manifestación exterior y material, al punto que sin ella no puede decirse que exista delito;
- c. Esa exterioridad debe traducirse, además, en una efectiva violación de los derechos de otro, pues sin este requisito el acto externo es penalmente inocente”.⁶³

Más de alguien que no conozca bien la teoría de Welzel podrá pensar que lo dicho es una repetición excesiva de algo que no ofrece dificultad y que pareciera obvio.

⁶² Ibidem. p.47.

⁶³ Ibidem. p.45.

Vamos a ver que esta teoría establece conclusiones que en mayor o menor grado desconocen los principios que hemos insistido en reafirmar, lo que puede traer peligro para la integridad de los derechos humanos en la aplicación del Derecho Penal. Y la defensa de estos últimos es una tarea que un jurista no debe eludir.

“Los partidarios de Welzel podrán sostener que ellos no sustentan la idea de castigar los puros pensamientos, ni de que la ley penal pueda entrar en la interioridad del hombre no manifestada al exterior o de que pueda prescindirse en la acción de la exteriorización de ésta en el mundo real”.⁶⁴

Pero ello no impide que sus elaboraciones acentúan la función ética del Derecho Penal, disminuyen el alcance de la exterioridad del delito (en algunos casos hasta hacerla desaparecer, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la tentativa inidónea) y subestiman el papel que dentro del concepto de delito tiene el ataque o peligro de los bienes jurídicos objeto de la tutela penal. Y esto, aunque no se lleve a extremos absolutos, tiene el efecto de conmover los cimientos mismos de un Derecho Penal correctamente concebido, con consecuencias lamentables, la principal de las cuales es el riesgo de llegar a un Derecho Penal de autor.

En la portada misma de su Derecho Penal, “Welzel propone una nueva formulación en lo tocante a la misión que corresponde al Derecho Penal en la protección de los valores elementales de la vida en comunidad. Se trata, como se ve, de algo primordial: responder a la pregunta de *cómo y para qué* existe el Derecho Penal”.⁶⁵

Su respuesta difiere de la sustentada por otros penalistas, pues para él "toda la acción humana... está sujeta a dos aspectos valorativos deferentes", ya que puede ser valorada por el resultado que origina (valor de resultado) o por el sentido de la actividad como tal, independientemente del logro del resultado (valor de acto).

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Cfr. MONTT DÍAZ, Bernardo. *Compendio de la Voluntad*. pp.5-8.

Enseguida aclara que ambas formas de valor son importantes para el Derecho Penal.

“Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica. La misión central de Derecho Penal reside, pues, en asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores de acto, mediante la conminación penal y el castigo de la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico manifestada efectivamente”.⁶⁶

“Al Derecho Penal ha de importarle menos el efecto positivo actual de la acción que la permanente tendencia positiva de la acción de los ciudadanos. Asegurar la vigencia de los valores de acto es más importante que lograr un efecto positivo en el caso particular actual. La lesión del bien jurídico (disvalor de resultado) tiene relevancia en el Derecho Penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del disvalor de acción). Una sobre acentuación del resultado va junto a un inevitable utilitarismo del Derecho Penal”.⁶⁷

En consecuencia: la misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético social, y *sólo por inclusión* (nosotros subrayamos) la protección de los bienes jurídicos particulares. Sólo asegurando los elementales valores sociales de acción se puede lograr una protección de los bienes jurídicos realmente duradera y eficaz los valores de acto son de más largo aliento y de visión más amplia que la mera protección de bienes por ello el daño actual pasa a segundo término en relación con los valores de acto.

De este modo la tesis del predominio del valor de acto, queda engarzada íntimamente con la función ética social que Welzel atribuye al Derecho Penal, de la que tratamos antes. Así se sientan también las indispensables premisas welzelianas de que la acción está en relación inseparable con su autor", y que

⁶⁶ Cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. Op. Cit., p.78.

⁶⁷ Ibidem. p, 5-8

si bien el Derecho Penal protege los bienes jurídicos mandando o prohibiendo acciones, detrás de ello asegura los elementales deberes éticos sociales (valores de acto).

Es cierto que podría argumentarse por algún partidario de Welzel que éste manifiesta una intensa preocupación por la protección de los bienes jurídicos y, justamente, como manera de reforzarla con miras a una seguridad de más largo aliento, desarrolla su elaboración sobre el valor de acto, con el fin de evitar la ineficacia de la que se obtiene por la vía directa del valor de resultado, la cual llegaría en cada caso concreto demasiado tarde. Nos asiste la sospecha, no obstante, y así esperamos que quede evidenciado, de que todas estas lubricaciones y, especialmente las tesis de la doble valoración y de la preeminencia del valor de acto, están destinadas a poder explicar los delitos culposos en relación con el pie forzado de la acción final.

“La crítica más importante que se le puede hacer, es que desplaza la función básica del Derecho Penal, constituida por la protección de bienes jurídicos de mucha importancia social, sobre la cual ha de asentarse una noción correcta de la antijuricidad como una valoración objetiva de la conducta externa, hacia una misión de formación ética de los ciudadanos, destinada a obtener que éstos ajusten su actuar a los valores fundamentales de la conciencia jurídica”.⁶⁸

Con ello la función del Derecho Penal queda situada, sino plenamente dentro de la moral, al menos en un lugar muy próximo a ella. Con ello el Derecho Penal se desdibuja y pierde sus características propias de Derecho Penal de hecho.

Basta examinar las legislaciones penales más conocidas para advertir que ellas establecen un Derecho Penal de hecho; sus tipos son tipos de hecho y no tipos de autor.

“Esta lesión o peligro (llamada por Welzel valor de resultado) debe considerarse prevaleciente y prioritaria a cualquier pretendido valor de

⁶⁸ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luís. La doctrina. pp.36-37.

acción, que mira más bien al sentido de un acto personal, desprendido de su resultado. Solamente un injusto objetivamente referido al hecho externo, y no un injusto personal, garantiza que la ley penal no invadirá el campo de la interioridad humana, de la conciencia del hombre y de la moral”.⁶⁹

Es importante exponer que en los últimos años se observa un movimiento para acentuar la objetivación del Derecho Penal, en el sentido de poner al injusto como el fundamento preponderante y decisivo para cimentar y determinar la pena aplicable al delito, destacando para tal fin la importancia del bien jurídico. Hacia esta dirección se orientan los estudios de Enrique Gimbernat y Claus Roxin.

“Hans Welzel tomó en consideración la filosofía neokantiana de la escuela sudoccidental alemana (filosofía de los valores) y la psicología del pensamiento de Richard Honigswald desarrollando durante los años treinta el concepto final de acción, cuyo punto medular radica en poner de manifiesto que la conducta no es relevante para el derecho penal solo por su causalidad, sino porque esta es dirigida por una finalidad que guía al proceso causal”.⁷⁰

Así, Welzel partió de una estructura lógico-real de la acción y sostuvo que de todos los procesos causantes de resultados de lesión o puesta en peligro de bienes fundamentales elemento objetivo o real solo interesan al derecho penal elemento lógico las conductas humanas porque están dirigidas por el intelecto hacia la consecución de dicho resultado lógico real, mientras que los demás procesos causales.

La diferencia y, a su vez, relación entre las realidades onticas del mundo físico y las normas penales las explica Welzel como sigue:

⁶⁹ WELZEL HANS. Op.cit., pp.77-78.

⁷⁰ Ibidem. p 36-37

“Del mismo modo que el derecho no puede ordenar a las mujeres que aceleren el embarazo y que a los seis meses traigan al mundo niños viables, no puede prohibirles tampoco que tengan abortos. Puede exigirles, en cambio, que se comporten de modo que no se produzca ningún aborto y puede prohibirles que provoquen abortos. Las normas del derecho no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino solo actos dirigidos finalmente (por consiguiente acciones o la omisión de tales actos. Por ello El substrato de la regulación del derecho es desconocido completamente, si el considera primero a la acción como un proceso causal ciego y se añade solo después en la culpabilidad la voluntad, donde ésta puede ser solo un fenómeno subjetivo acompañante, un reflejo, pero no puede ser ya un factor configurante de la acción”.⁷¹

A. CONDUCTA

Mientras que el sistema clásico analizó a la conducta desde el punto de vista puramente material, y el sistema neoclásico desde uno causal-valorativo; con la teoría finalista se agregó a la causalidad el aspecto subjetivo (final). En otras palabras, en la conducta ya no solo se analizaba la relación de causalidad entre el resultado y la conducta, sino también la intención del agente al realizar dicha conducta.

“Para Welzel, el creador del sistema final de acción, la piedra angular de la conducta radica en la “finalidad” que la guía, y no en el proceso causal que desencadena, pues existen otros factores que también generan el proceso causal que lesiona al bien jurídico tutelado, y, sin embargo, no son relevantes para el derecho penal”.⁷²

B. TIPICIDAD En el sistema finalista la tipicidad se integraba con un tipo objetivo un tipo subjetivo.

⁷¹ Ídem. p.75.

⁷² Ídem. pp.75-77.

“El tipo objetivo es el núcleo real-material de todo delito. Delito no es únicamente voluntad mala, sino que voluntad mala que se realiza en un hecho. El fundamento real de todo delito es la objetivación de la conducta en un hecho externo. El hecho externo es, por ello, la base de la estructuración dogmática del delito”.⁷³

Por supuesto que para complementar el tipo objetivo no solo se atendía a la conducta materializada, sino también al resultado, sea de lesión o de peligro del bien jurídico tutelado. A esto último Welzel lo denominó circunstancias del hecho del tipo objetivo.

Conforme a lo anterior:

Los elementos objetivos del acto, integrados ante todo por la acción de ejecución con la lesión del correspondiente bien jurídico (en tanto en cuanto pertenezca esta última al tipo).

Como se puede deducir, el sistema finalista no aportó nada al tipo objetivo debido a que su mayor aportación fue la inclusión del tipo subjetivo compuesto por el dolo o la culpa y los elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo (ánimos, fines o intenciones).

De acuerdo con Welzel:

El dolo como una mera resolución es penalmente irrelevante, ya que el derecho penal no puede alcanzar al puro ánimo. Solo en los casos en que conduzca a un hecho real o lo gobierne, pasa a ser penalmente relevante. El dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es solo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo.

⁷³ GRAF ZU DOHNA, Alexander. Op. Cit., p.15.

“Esta función final-objetiva del dolo para la acción se presupone siempre en el derecho penal, cuando se define el dolo como consecuencia del hecho y resolución al hecho. Dolo, en sentido técnico penal, es solo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito”.⁷⁴

De esto se desprende que también hay acciones, no dolosas, a saber, las acciones en las cuales la voluntad de acción no está orientada a la realización del tipo de un delito, como sucede en la mayoría de las acciones de es vida cotidiana. También pertenecen a ellas las acciones culposas, en la cuales la voluntad de acción no se dirige al resultado típico realizado.

“De lo antes expuesto es fácil advertir que el sistema final de acción siguió los lineamientos del tipo objetivo (conformado por elementos objetivos y normativos culturales y jurídicos) establecidos en el sistema neoclásico y su aportación radicó en la inclusión del tipo subjetivo dentro del cual incluyo al dolo, la culpa y los elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo”.⁷⁵

Con lo cual, podemos corroborar una vez más que no existe pugna entre los sistemas clásico, neoclásico y finalita, porque sus postulados son producto de una evolución paulatina para crear un mejor sistema de análisis para determinar si un hecho o no constitutivo de delito.

C. ANTIJURIDICIDAD

“La antijuridicidad es un juicio de valor objetivo, en tanto se pronuncia sobre la conducta-típica, a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico. El objeto que es estimado como antijurídico, es decir, la conducta-típica de un hombre, constituye una unidad de

⁷⁴ WELZEL HANS. Op.cit., p.57.

⁷⁵ MAURACH REINHART, Heinz Zipf. *Derecho Penal (parte general, teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible)*, traducción de la 7^a edición alemana por Jorge bofia Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Argentina. 1994, p.523.

momentos del mundo externo (objetivos) y anímicos (subjetivos). La antijuridicidad es objetiva solo en el sentido de un juicio de valor general; su objeto, la acción, en cambio, es una unidad de elementos objetivos (del mundo externo) y subjetivos”.⁷⁶

D. CULPABILIDAD

“La culpabilidad perdió su componente subjetivo más importante con la reubicación del dolo y la culpa en el tipo, quedando exclusivamente conformado por un contenido puramente normativo entendido como reprochabilidad”.⁷⁷

El reproche se puede realizar a la persona que pudiéndose comportar conforme a derecho prefirió ir en su contra y para ello se debe verificar tres elementos: la imputabilidad, la consciencia de la antijuricidad y la exigibilidad de otra conducta. De estos nos ocuparemos mas adelante, basta con anunciarlos por ahora. Como se puede apreciar, la importancia del nuevo concepto final de acción llevo a tal grado que modificó los contenidos de las demás categorías del delito y dio origen al llamado sistema finalista, el cual fue expuesto en toda su extinción hacia 1940, para quedar como sigue:

En Latinoamérica son partidarios de esta teoría Montt Díaz.

En México, Olga Islas de González Mariscal, después de analizar el dolo dentro de los sistemas clásico, neoclásico y final de acción, expone su interesante modelo lógico matemático, construido en coautoría con Elpidio Ramírez Hernández, en el cual sitúan:

Al dolo en la conducta descrita en el tipo legal; pero a nivel de concretización, lo situamos en la conducta-típica, integrante del delito.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ Ídem.

En otras palabras, hacemos una distinción tajante entre el mundo normativo y el mundo fáctico, entre el tipo como elemento de la norma y el delito como aspecto de hecho que se adecua al tipo y al cual se asocia, el reproche que constituye la culpabilidad. “El delito deberá contener a un nivel de concretización todos los elementos que el tipo describe, motivo por el cual, para poder hablar de “dolo” en la conducta delictiva, tendremos que encontrar la correspondiente descripción en la figura legal”.⁷⁸

De otra manera estaríamos violando el artículo 14 constitucional. Resumiendo: el dolo en esta teoría está en el tipo y en el delito: específicamente en la conducta general y abstracta descrita normativamente y en particular y concreta realizada en el mundo fenoménico.

Por su parte Márquez Piñero también se pronuncia en favor de esta sistemática.

LOS APORTES DEL FINALISMO.

Uno de los cambios más profundos para la Teoría del Delito lo produjo la denominada corriente finalista de la acción, especialmente al término de los años cuarenta y hasta la década de los sesenta, pese a que sus inicios pueden remontarse con Welzel a los años treinta, coincidiendo con los orígenes de la teoría social de acción, y con el auge del Derecho Penal de autor que luego señalaremos como un obstáculo para la evolución del Derecho Penal democrático.

“El finalismo supera los conceptos causalistas anteriores y concibe la acción atendiendo su principal aspecto subjetivo: el contenido de la voluntad, que radica precisamente en su propósito o fin, ya que esto es lo que distingue la conducta humana de los fenómenos naturales. Tal punto de vista implica que como los posteriores elementos del delito (tipicidad y antijuridicidad) van referidos a la acción, tengan que ser

⁷⁸ JESCHEK HANS, Helhrich. Tratado de derecho penal general. Tomo I, traducción de Santo Mir. Purg. Y Francisco Muñoz Conde. Barcelona España. 1998. p.589.

calificativos o predicados que afectan no sólo a la parte externa de la conducta, sino también al elemento que fundamenta aquella, es decir, su finalidad. Al principio en los delitos culposos Welzel seguía entendiendo que tanto la tipicidad como la antijuridicidad recaían de modo exclusivo sobre la parte externa de la acción (sobre la causación de los resultados desvalorados, ya que la finalidad resultaba jurídicamente irrelevante)".⁷⁹

Sin embargo, luego modificó su posición, para sostener que en tales hechos también es esencial para el injusto típico otro elemento subjetivo de la acción, diferente de la finalidad, que es la falta al deber de cuidado (o el carácter descuidado en la realización del hecho).

Es así como tanto el tipo como la antijuridicidad se subjetivizan, dejando de ser elementos predominante o exclusivamente objetivos, para pasar a tener carácter mixto: el tipo se concibe con un aspecto objetivo (que es la manifestación de voluntad en el mundo físico requerida por el tipo) y un aspecto subjetivo (que es el aspecto interno, la voluntad propiamente dicha, manifestada en el dolo);

Así pues, se estructura la concepción compleja del tipo penal, dejando atrás el tipo simple o unitario que sólo contemplaba el aspecto externo u objetivo. La antijuridicidad igualmente implica un juicio valorativo, aunque se trata de un juicio de contrariedad con la norma objetiva de valoración, sin que suponga todavía un quebranto a la norma subjetiva de determinación, lo cual se examina en la culpabilidad.

Como consecuencia del traslado del dolo y la culpa al tipo, que llevó a algunos autores a acusar al finalismo de vaciar la culpabilidad, se produce un replanteamiento de este último elemento, aunque manteniendo la concepción normativa que la señala como reprochabilidad. Dicha corriente la despoja, eso sí, de elementos valorativos neutros (el dolo neutro) y le deja sólo aquellos como la conciencia del injusto auténticamente relevantes para el juicio de reproche individual.

⁷⁹ Ídem.

Tal posición, avalada por un sector mayoritario de la doctrina por ser la más coherente y admisible, supera la idea tradicional del llamado "dolus malus" (el denominado dolo culpable, compuesto del conocimiento y voluntad de realizar la parte objetiva del tipo, además de la conciencia de la antijuridicidad, ya que se concebía como requisito de la culpabilidad plena) y lo sustituye por el concepto de dolo natural ubicado en el tipo de injusto que podría tener perfectamente un demente, un niño o un indígena que esté en error de prohibición, independientemente de que luego su conducta sea inculpable.

“El finalismo se inclina por mayoría, entonces, hacia una teoría estricta de la culpabilidad, frente a la cual surge la llamada teoría limitada de la culpabilidad, que viene a ser la necesaria complementación de la teoría de los elementos negativos del tipo, ya referida anteriormente, presentando ambas, enfoques distintos en áreas sensibles del último nivel de análisis del delito, en particular en lo que se refiere al error en las causas de justificación”.⁸⁰

3.7 LA POSTURA DE DELITO EN EL FUNCIONALISMO ALEMÁN

Para superar los desaciertos de las diversas corrientes, se crearon las tesis funcionalistas.

“Debemos recordar que son dos las principales corrientes del finalismo:

- a) El finalismo naturalista de Welzel y Hans Joachim Hirsch, al que también se le nombro ortodoxo.
- b) El finalismo radical, cuyos principales autores son Armin Kaufmann, Richard Horn y Zielinski”.⁸¹

Los funcionalistas consideraron como fallas: el que se llegara al absurdo de idealizar su concepto de acción perfecta; la extensión en demasía del

⁸⁰ GRAF ZU DOHNA, Alexander. Op. Cit., p.18.

⁸¹ Cfr. ROXIN CLAUS. Op. Cit., p.54.

alcance normativo de las estructuras lógico objetivas como el concepto de acción final; la absolutización del desvalor de la acción frente al del resultado, al cual (el resultado) eliminaban del tipo de injusto; y, la demolición de la distinción fundamental entre injusto y culpabilidad.

Desde los años setenta se han ofrecido nuevas soluciones sistemáticas para superar las críticas realizadas, al sistema finalista, entre las que podemos citar: la síntesis neoclásico-finalista por Gallas, Jescheck y Wessels; el sistema racional-final, también llamado teleológico o funcionalismo político-criminal, de Claus Roxin y el sistema funcionalista normativista de Günther Jakobs.

“Los nuevos proyectos sistemáticos mantienen la estructura del delito con la conducta como presupuesto del delito y tres categorías: tipicidad; antijuridicidad, y culpabilidad. Sin embargo, cada categoría experimenta un notorio cambio tanto en su concepción como en su conformación”.⁸²

Por ejemplo, se sustituye la concepción final de acción y se fundamenta la conducta, bien en criterios valorativo-sociales (Roxin) o normativos (Jakobs); de igual forma.

“La concepción de la tipicidad ha experimentado un gran cambio a partir de los criterios de la imputación al tipo objetivo, denominados en su conjunto como “teoría de la imputación objetiva del resultado”, y que para otros debe denominarse “teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta”; el dolo pierde contenido psicológico y se acerca más a una concepción sociológica- normativa; el contenido normativo de la culpabilidad pasa a sustentarse en criterios político-preventivos (Roxin), o bien normativo-preventivos (Jakobs)”.⁸³

⁸² Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique y Manuel MEJÍA. *La importancia normativa del resultado a la conducta*. Colección de Derecho Penal. Rubizal Colzoni editores. Argentina. p.180.

⁸³ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política y Dogmática*. pp.37-39.

Las dos exposiciones sistemáticas del funcionalismo más importantes en Alemania son las de Roxin y Jakobs.

Se dice que los orígenes metodológicos del funcionalismo moderado se encuentran en el pensamiento sociólogo norteamericano de Robert Merton y Talcot Parsons.

Contrario a lo que pudiera pensarse, el funcionalismo de ROXIN no es un fenómeno nuevo, ya que, por un lado, representa solamente la ruptura de aquella “barrera infranqueable” entre política criminal y derecho penal construido por Von Liszt y, por otro, enlaza con los fundamentos metodológicos del neokantismo y del finalismo.

ROXIN:

“En este libro se intenta elaborar, desarrollar y hacer avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida (neokantianos y neohegelianos) de la época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos solo habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la época nazi.

El avance consiste sobre todo en que sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico penal: las bases político criminales de la moderna teoría de los fines de la pena”.⁸⁴

EL MÉTODO DE SÍNTESIS

Positivismos jurídico, relativismo axiológico, y ontologismo se caracterizaron desde el punto de vista del método los sistemas que antecedieron al pensamiento del profesor Claus Roxin. Este, por el contrario, procede a una amplia normalización de todas las categorías del sistema, convencido de que

⁸⁴ ROXIN CLAUS. Op.cit. p. 55

solo esta vía y no la vinculación ontológica del finalismo permiten coordinar la dogmática y la política criminal, salvando con ello al sistema.

Para cumplir con el cometido de normativizar todas las categorías sistemáticas del delito, ROXIN parte del “método de síntesis.

“Las corrientes funcionalistas no pretenden en principio una modificación del sistema de la teoría del delito. Más bien se hayan empeñadas en la atribución de nuevos contenidos a las categorías con el fin de ampliar su capacidad explicativa de soluciones y su aplicabilidad a La realidad. Se trata de orientar dichas categorías a la función del Derecho Penal en la sociedad moderna”.⁸⁵

EL MÉTODO DEL FUNCIONFLALISMO RADICAL

La especial y originalidad metodológica de la concepción sistemática de JAKOBS estriba en el hecho de que formula la dogmática jurídico penal en los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales sobre todo de LUHMANN.

1. El método instrumental conceptual de la teoría de los sistemas sociales. La construcción sistemática del profesor JAKOBS, nace por la aplicación del Derecho penal vigente mediante la aplicación del procedimiento metodológico denominado instrumental conceptual de la teoría social sistemática de LUHMANN.
2. Las críticas al método instrumental conceptual de la teoría de los sistemas sociales.

“Las principales críticas al método instrumental conceptual de la teoría social sistemática de LUHMANN del que parte el profesor JAKOBS, son los siguientes:

⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, María. *Consideraciones sobre teoría del delito*. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1992. p.25.

- ☞ En la elaboración de JAKOBS se encuentran ausentes la tendencia político criminal y en su lugar aparece la descripción sistemática de las respectivas relaciones.
- ☞ Al tener a la teoría sistemática (de LUHMANN) como fundamento para el sistema jurídico penal es estéril en cuanto al contenido (ROXIN).
- ☞ El error metodológico fundamentalmente de JAKOBS radica, en su normativismo, el cual como polo opuesto al naturalismo jurídico-penal, también inaceptable ignora las decisiones adoptadas por el legislador, que sirve de conceptos descriptivos e interpretables mediante un análisis valorativo del estado de hecho descriptivo (sustrato)".⁸⁶

LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN EL FUNCIONALISMO MODERADO

Las categorías del delito en el pensamiento de Claus Roxin, son: tipicidad antijuridicidad y culpabilidad.

Las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal solo pueden ser de tipo político Criminal ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal.

Desde ese punto de vista las categorías básicas del sistema tradicional tipicidad antijuridicidad y culpabilidad se presentan como instrumentos de valoración político criminal por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema teleológico. Sino solo una estructuración distinta de las mismas.

⁸⁶ SHÜNEMANN, Bernd. *La fusión del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo*. Traducción de Jesús María Silva Sanchez. Shünemann Bernd compilador. Sistema moderno. 1990, p.170.

“De este modo, que el profesor ROXIN propone la siguiente estructura bipartita del delito:

Tipicidad +Antijuridicidad = Injusto + responsabilidad = Delito

Así, pues, la postura de ROXIN es bipartita porque el delito se compone de los elementos: injustos y responsabilidad”.⁸⁷

LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN EL FUNCIONALISMO RADICAL

El máximo exponente JAKOBS, el delito es la expresión simbólica de una falta de fidelidad hacia el Derecho, una amenaza para la integridad y estabilidad social.

“El profesor JAKOBS parte de la necesidad de una renormatización como base de la fundamentación normativa de las categorías y los conceptos.

De tal forma que los elementos del delito son los siguientes

- Acción
- Tipicidad
- Antijuridicidad
- Culpabilidad”.⁸⁸

⁸⁷ ROXIN CLAUS. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito. Tomo I. Segunda Edición. Traducción Miguel Luzón Peña. Civitas. Madrid España. 1997 p.284.

⁸⁸ GÜNTHER, Jakobs. *Derecho penal parte general*. Traducción Joaquín Cuello de Murillo. 2ª edición. Marcial Pons ediciones jurídicas. Madrid. España. 1997. pp.187-188.

3.8 POSTURAS DE ROXIN Y JAKOBS

SISTEMA FUNCIONALISTA NORMATIVISTA DE JAKOBS

El método de Gunther Jakobs parte de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann y somete toda la teoría del delito a sus postulados. Así, mientras que su maestro, Hans Welzel, considero indispensable construir el sistema del delito sobre una base lógico-real Jakobs lo sustenta normativamente, de ahí que conceptos como el de conducta, causalidad o bien jurídico quedan circunscritos a las necesidades de la regulación jurídica. Por esta “razón podemos calificarlo como funcionalismo normativista, el cual, en palabras de Jakobs: se concibe como aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”.⁸⁹

La base sociológica de la sociedad, como entidad conformada por individuos que pactan ceder su soberanía en favor del Estado para el ejercicio del poder en beneficio del pueblo, es sustituida por una concepción de la sociedad como un sistema de comunicación de reglas que garantizan su desarrollo armónico (normativa), que se afecta cuando alguien no cumple con su rol y realiza una conducta delictiva contradiciendo las expectativas sociales; por ello, la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El derecho penal confirma, por tanto, la identidad de la sociedad.

“A pena constituye una reacción frente a un hecho que supone el quebrantamiento de una norma; es decir, se abandona la tradicional concepción que sustenta a La pena como una reacción frente a un hecho que lesiona un bien jurídico tutelado y se erige como el medio a través del cual se confirma la vigencia de la norma violada y, de esa forma, restituir la identidad social”.⁹⁰

⁸⁹ Ibidem. p.15.

⁹⁰ Ibidem. pp.11 y 18.

Por tanto, el delito es una afirmación que contradice a La norma, y la pena es la respuesta que confirma la norma; en consecuencia, la función de la pena es restituir, “La vigencia de la norma violada con la conducta delictiva.”

CRITICAS AL FUNCIONALISMO NORMATIVISTA

Muchas son las críticas que enfrenta el funcionalismo normativista, pero la de mayor peso se refiere a la fundamentación puramente formal del derecho penal, conforme a la cual la ley penal debe tener validez por haberse emitido por el órgano del Estado facultado para ello (Poder Legislativo).

Una concepción como la anterior no tiene problemas para su aceptación en las condiciones actuales sociales, económicas, políticas y culturales de Alemania, que hacen prevalecer el Estado social y democrático de derecho. Pero no siempre ha sido así, la experiencia del nacionalsocialismo de Hitler puede ser una buena muestra de los excesos a que se puede llegar con esta concepción, con la cual se podría llegar a retomar la política de exterminio racial de los pueblos no arios y utilizar al derecho penal con ese fin.

En el presente, no se debe olvidar la existencia y creciente influencia de los partidos neonazi, sobre todo en los territorios de la antigua Alemania democrática, cuyas posibilidades de llegar al poder no están anuladas.

Desde un punto de vista, sería más peligroso adoptar la teoría funcionalista normativista en México, pues nuestras bases democráticas son todavía endebles y el Poder Legislativo todavía no cumple cabalmente con su función de emitir leyes única y exclusivamente para beneficio del pueblo. De tal suerte que si aceptáramos la aplicación incuestionable de la ley por el hecho de haber seguido el proceso legislativo ordenado en la Constitución, estaríamos admitiendo que el Estado a sancionar lo que sea.

Por ello, aunque la teoría de Jakobs es muy atractiva por su construcción lógica, sus postulados deben tomarse con mucha cautela si se quieren aplicar en nuestro país.

“Desde el punto de vista dogmático, es muy discutible la propuesta de Jakobs de hacer depender a la culpabilidad de la prevención general, de acuerdo con lo cual la pena se sustentaría en la necesidad de garantizar la fe de la sociedad en el derecho”.⁹¹

EL SISTEMA RACIONAL FINAL, TELEOLÓGICO O FUNCIONAL DE ROXIN

“Claus Roxin retoma los principios del pensamiento neohegeliano y neokantiano, los cuales hablan quedado interrumpidos en el periodo de entreguerras, especialmente por el nazismo, y los desarrolla sistemáticamente bajo las bases de la política criminal y de la moderna teoría de los fines de la pena, la cual se enmarca a su vez dentro de los principios rectores de un Estado social y democrático de derecho”.⁹²

Para Roxin, la dogmática no debe sustentarse exclusivamente en desarrollos lógicos y normativos sino que tiene que atender a la realidad social y ofrecer soluciones conforme a los conocimientos ofrecidos por la política criminal y al respecto señala:

La idea de estructurar las categorías sustentadoras del derecho penal bajo aspectos políticos criminales permite hacer fructíferos para el dogmático penal postulado socio político así como también hallazgo empírico y datos criminológicos especiales.

Si se procede de esta manera, el sistema jurídico penal deja de ser solo un todo ordenado conceptualmente de conocimientos con validez general, y se

⁹¹ Cfr. ROXIN CLAUS. Op.cit. pp.204-205.

⁹² Ibidem. pp.203-204.

abre al desarrollo social, desarrollo con el cual también tiene que ver la criminología al aplicar y controlar la delincuencia.

Dos son las innovaciones centrales del funcionalismo para dar un cambio casi copernicano a la teoría del delito: la teoría de la imputación al tipo objetivo (la cual denominaremos como teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta) y la tercera categoría de la teoría del delito, denominada responsabilidad, la cual se compone de la culpabilidad y la necesidad de imponer la pena.

CONDUCTA

“El sistema funcionalista rechaza las concepciones de la conducta ofrecidas por los anteriores sistemas, debido a que la formación del sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etcétera, sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho Penal”.⁹³

A esto se debe sumar que un concepto de conducta como control de cursos causales dirigido a un determinado objetivo (final) no sustenta satisfactoriamente ni la culpa ni a la omisión.

De aquí, la unidad de la acción es definida por:

La identidad del aspecto voluntario: Un hombre obrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, o sea como centro espiritual de acción, por lo que se puede hablar de un “hacer” o “dejar de hacer” y con ello de “una manifestación de la personalidad”.

TIPICIDAD

⁹³ ROXIN CLAUS. *Acercas de la consolidación de la pena.* p.203.

“La teoría funcionalista interpreta las conductas descritas en los tipos penales en función de la necesidad abstracta de la pena para un supuesto regular, y no basado en la personalidad del sujeto en concreto o de la concreta situación de la actuación”.⁹⁴

Al tipo se le confiere la función de llamada; no solo capta o describe simples procesos causales naturales, pues tiene como función enviar un mensaje al raciocinio del individuo para que sepa cuáles son las conductas prohibidas con el fin político-criminal de que las evite (delitos de acción), o bien, realice la conducta ordenada para la salvaguarda de un bien jurídico en peligro (delitos de omisión). Para persuadir al individuo, el tipo establece una pena a imponer quien contravenga el mensaje, y de esa forma se busca disuadirlo o causarle temor para que se abstenga de realizar la conducta que lesiona al bien jurídico tutelado (delitos de acción) o actúe para evitar la lesión de ese bien (delitos de omisión); el efecto disuasorio se conoce como prevención general negativa, y obedece a los lineamientos generales de un derecho penal preventivo general.

“En el funcionalismo, el tipo objetivo se debe interpretar teleológicamente, estableciendo si la conducta en particular está dentro del radio de prohibición que el legislador quiso plasmar al emitir el tipo”.⁹⁵

Al efecto, se han desarrollado una serie de criterios normativos que estaban esparcidos por la teoría del delito sin conexión alguna para reunir los en lo que se ha denominado como teoría de la imputación objetiva del resultado, cuya función es determinar el sentido y alcances teleológicos de la descripción contenida en el tipo, y de esa forma establecer si el hecho de la realidad puede considerarse como típico (prohibido).

⁹⁴ Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique. Op. Cit., p.203.

⁹⁵ Ibidem. p.58.

En otras palabras el tipo penal describe una conducta, pero la realidad ofrece multiplicidad de conductas que podrían adecuarse a. dicha descripción; luego entonces, se debe determinar cuáles de esas conductas se han pretendido prevenir a través del tipo. Solo aquellas conductas así identificadas pueden ser consideradas como desaprobadas legalmente y, en consecuencia, son típicas.

El tipo subjetivo siguió conformándose con el dolo o la culpa y los elementos subjetivos distintos del dolo.

ANTI JURICIDAD

“Para Roxin una acción es formalmente antijurídica en la medida que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extra penales”.⁹⁶

La conducta-típica será antijurídica si no está amparada por alguna causa de justificación, como ,a legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio del cargo y de derechos de coacción, la autorización de autoridad o las causas de justificación por riesgo permitido (consentimiento presunto y salvaguarda de intereses legítimos).

RESPONSABILIDAD

“La culpabilidad, como cuarta categoría de la teoría del delito, es sustituida por Roxin por la “responsabilidad”, la cual se conforma por la culpabilidad y la necesidad de la pena”.⁹⁷

⁹⁶ Cfr. ROXIN CLAUS. *Acerca de la consolidación político- criminal.* p.27.

⁹⁷ DÍAZ ARANDA, Enrique. *Op. Cit.*, p.59.

Mientras que mediante la teoría del injusto se responde a la cuestión de cuáles hechos son objeto de las prohibiciones penales, la categoría de la responsabilidad tiene que resolver el problema de bajo qué presupuestos el autor puede ser hecho penalmente responsable por un injusto realizado por él.

El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a derecho. No obstante, para considerar responsable al sujeto, además de la culpabilidad, se debe constatar la necesidad de imponerle la pena y no una sanción menos nociva, para lo cual es necesario acudir a los fines de la pena.

“Resumiendo: las principales aportaciones de Roxin son las siguientes:

- a) Se reorienta la teoría del delito bajo criterios de política criminal, principalmente basados en los fines de la pena;
- b) La conducta se fundamenta en su significado social;
- c) El tipo objetivo se delimita a través de criterios de imputación normativa y,
- d) Se engloba a la culpabilidad y a la necesidad de la pena en una sola categoría denominada responsabilidad personal”.⁹⁸

CRITICAS AL SISTEMA FUNCIONALISTA

Hirsch critica la indeterminación de los criterios o reglas de la imputación al tipo objetivo y considera que a la reestructuración sistemática ocasionada por Welzel no han seguido nuevas concepciones dogmáticas que sean convincentes.

⁹⁸ Cfr. ROXIN CLAUS. Op. Cit., pp.203, 204, 216-231.

Sin embargo, la productividad de los criterios o reglas ya existentes para imputar el resultado a la conducta para encuadrarla debidamente al tipo objetivo van permitido solucionar satisfactoriamente los viejos problemas que los anteriores sistemas fueron incapaces de resolver. Ello pone de relieve lo desafortunado de la afirmación del profesor de Frankfurt.

CAPÍTULO CUARTO

4. TRASCENDENCIA DE LA IMPUTABILIDAD EN LAS DIFERENTES TEORÍAS DEL DELITO, Y SU RELACIÓN COMO ELEMENTO FUERA E INDEPENDIENTE DE LA CULPABILIDAD.

Existen diversas posturas que han tratado de establecer la naturaleza jurídica de la imputabilidad sin lograr unificación, por ello que le denominan el elemento errante demostrando con ello la dificultad que entraña determinar su trascendencia en la teoría del delito, pues a través de su estudio se le ha llegado a considerar de las siguientes maneras:

4.1 LA IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO GENERAL DEL DELITO.

Para quienes aceptan la existencia de los presupuestos, consideran que son aquellos antecedentes o requisitos previos positivos o negativos de carácter jurídico, anteriores al delito, que determinan la existencia de la conducta de que se trate. Significado que los presupuestos son requisitos previos que condicionan el título delictivo y no el delito.

Al hablar de presupuestos, se hace referencia a las notas características del delito. Por ejemplo: encubrimiento por receptación, el presupuesto será la receptación, lo que determinara la pena a imponer según se trate la voluntariedad previa a ser imputable.

De lo anterior se desprende que los presupuestos son las notas características que permite distinguir dentro de un título a que delito se esta haciendo referencia.

También cabe hacer la distinción entre presupuestos y elementos, estos condicionan la existencia del delito, los presupuestos únicamente determinan o especifican el tipo de que se trate.

La doctrina que habla de los presupuestos del delito los divide en generales y especiales. Son presupuestos del delito generales, aquellos comunes al delito en general, y los presupuestos del delito especial, aquellos propios de cada delito en particular.

Se consideran presupuestos generales del delito:

- a) La norma penal, incluida el precepto y la sanción.
- b) El sujeto activo y pasivo;
- c) La imputabilidad;
- d) El bien tutelado;
- e) El instrumento del delito.

Por su parte Gerardo A. Carmona Castillo en su obra “La imputabilidad Penal”, señala que “la opinión que considera a la imputabilidad como presupuesto del delito, se basa en la circunstancia en destinatario de la norma penal es decir, como un atributo al sujeto. Quien preexiste en el orden natural al hecho perpetrado y, por lo tanto el delito mismo. Es así como se afirma que la imputabilidad es una capacidad genética de delito que se refiere al sujeto, independientemente de este, ya que aquella es una situación preliminar a cualquier relación jurídica”.¹

Por su parte Pavón Vasconcelos en su libro “Imputabilidad e Inimputabilidad”, establece “que la idea de considerar a la imputabilidad como un presupuesto del delito, descansa fundamentalmente en la circunstancia de estimarla como un atributo del sujeto, quien preexiste en el orden natural a su hecho y por ende al delito mismo. Desde tal punto de vista, la posición que sostiene la identidad de la imputabilidad como un presupuesto general del delito, solo es sostenible formalmente, de aceptarse la categoría de los presupuestos, lo cual ha sido puesto en duda con mucha frecuencia. En efecto, se ha dicho que ex – ante todo puede ser considerado como presupuesto del delito norma penal, sujetos, medios comisivos, etc., en tanto es – post “todo se

¹ CARMONA CASTILLO, Gerardo A. Op. Cit., pp.24 y 25.

compenetra en el delito y por ello resulta difícil separar el presupuesto del elemento constitutivo”. Crítica la estructura de Marsich, al reprocharle el confundir delito con hecho, pues si bien en este se presuponen los sujetos, activo y pasivo, la norma el bien tutelado, etc., no es adecuado identificar ambas nociones, dado que el hecho es uno de los elementos constitutivos del delito, y si bien como fenómeno fáctico presupone la existencia del sujeto que lo produce, este resulta ser ajeno al concepto del hecho como parte esencial del delito. Pues de aceptarse la autonomía del concepto de presupuesto tendría que aceptarse, igualmente que la imputabilidad es presupuesto del hecho, presupuesto de la tipicidad, presupuesto de la antijuridicidad, y así sucesivamente. Si se considerara la imputabilidad como presupuesto del delito, como lo razona Bettiol, puede seguir haciéndose, siempre que se advierta que tal sistematización tiene un carácter meramente lógico formalista, pues en terreno más sustancial el de la noción normativo-teológica de la culpabilidad, el problema cambia de aspecto siendo la imputabilidad un dato psicológico sustancial que el juez debe determinar para formular su juicio de reproche al autor del hecho lesivo; aun tratándose de casos de responsabilidad objetiva, existe juicio de culpabilidad aunque este es de carácter anormal, en cuanto no se toma en cuenta la prueba de demostración del nexo psicológico entre el hecho y su autor, dado que para tal fin basta el sujeto imputable y la acción voluntaria Bettiol concluye con absoluta lógica y razón que se puede considerar la imputabilidad desde un punto de vista formal, antes de la perpetración del delito, como presupuesto de esta, pero desde el punto de vista del diagnóstico, ya no sucede lo mismo, pues se trata de un elemento del juicio de culpabilidad.

“Para quienes aceptan el criterio de la imputabilidad, fundada en la capacidad de comprensión respecto al carácter injusto del hecho y de obrar de acuerdo a esa inteligencia, resulta imposible la aceptación de tal tesis, pues si presupuesto es lo que tiene realidad antes de la existencia misma del delito, lógicamente se encuentra fuera de este. Y tal forma de plantear el problema resulta alejada de toda realidad, pues

la imputabilidad solo es posible cuando se refiere a un sujeto en particular y con relación a un hecho determinado”.²

Al respecto cabe citar el pensamiento de Sergio Vela Treviño, quien señala que “considerar que la imputabilidad es presupuesto del delito y por lo mismo anterior y fuera de el, es en nuestra opinión variar en su esencial la concepción jurídica del delito; ya que en aquella posición doctrinaria se enfoca al delito como simple fenómeno en el mundo exterior bajo el análisis del resultado material que produce, olvidado para que un delito exista es necesario que respecto que un acontecimiento en el mundo exterior se satisfaga la conjunción de todos los elementos que integran conceptualmente al delito; esto es que cuando ocurre una lesión a un bien jurídicamente protegido sea por daño o por ponerlo en peligro, se requiere un estudio que determine si hubo una conducta que siendo típica y antijurídica pudiera motivar la formulación del juicio de reproche al autor de la conducta para poder imponer la pena que corresponda al caso particular. Esto significa que entendiendo que el delito es un fenómeno jurídico y no naturalístico, nada hay fuera de el que tenga relevancia para su integración. La imputabilidad es un atributo innecesario del sujeto autor de la conducta productora del resultado y referida al momento en que se manifiesta esta conducta en el mundo exterior; por lo mismo, no es anterior y ajena al delito, forma como tendría que entenderse si se le considerara en general como un presupuesto del delito”.³

Para los autores que se adhiere a esta postura, la imputabilidad es un presupuesto general de delito, referida al sujeto activo y anterior y a la realización del ilícito penal, entendida como una capacidad general para poder delinquir y desprovista de contenido psíquico en relación con el hecho delictivo concreto.

² Ibidem.

³ VELA TREVIÑO, Sergio. Op. Cit., p.28.

4.2. LA IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA CONDUCTA.

Solo la conducta humana tiene relevancia para el hecho penal, el acto y la omisión deben de corresponder al hombre, únicamente este tiene la posibilidad de ser sujeto activo del delito por que es capaz de actuar con voluntariedad.

Según Maggiore “la imputabilidad es el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo de la gente. Estas condiciones se resumen en el concepto de libertad. Imputabilidad equivale a libertad”.⁴

De lo anterior, se desprende que la conducta presupone en el sujeto un limite físico y un limite psíquico que se traducen en una determinada edad en la capacidad de entender y de querer, a la capacidad de “entender” se le considera que es un plano “intelectivo”, o de “comprensión” y a la capacidad de querer en un plano de “voluntad”, la conducta relevante para el derecho penal es la que proviene de un sujeto imputable.

En esta posición la imputabilidad es un atributo necesario del sujeto autor de la conducta productora del resultado, es criticable esta postura porque la imputabilidad no es anterior o ajena al delito sino contemporánea a el, además la conducta por si sola puede provenir de cualquier sujeto (imputables y no imputables) y tener relevancia jurídica, la conducta como base natural del delito precisa al momento de exteriorizarse, además de la imputabilidad de todos sus elementos constitutivos.

Por su parte, Eugenio Raúl Zaffaroni, en su obra “Manual de Derecho penal”, al respecto señala: “Del autor de la conducta. Si recordamos brevemente a Hengel, veremos que para este filósofo el espíritu es un principio activo que pasa por tres estadios: el subjetivo, el objetivo y el absoluto. El derecho pertenece para el al espíritu objetivo, por que la relación de persona a persona, es decir, de libertad a libertad, solo puede plantearse una vez lograda

⁴ MAGGIORE Guiseppe. Derecho Penal. Vol. I editorial Temis, Bogota, Colombia. 1954, p. 487

la libertad -el ser persona-. Si es así nadie puede actuar con relevancia jurídica mientras no sea libre. En consecuencia, para averiguar si hay delito, lo primero que hay que hacer será averiguar si se cubrió la etapa del espíritu subjetivo, es decir si el autor era libre. Luego, la teoría del delito de los hegelianos, comenzaba con una investigación acerca del autor y recién luego -en caso que el autor fuese libre- iba al hecho, porque si el autor no era libre, no se podía hablar de conducta con relevancia penal.

Para este criterio solo pueden actuar con relevancia jurídica quienes son libres y, si se define al hombre libre como el que pertenece a la comunidad jurídica, es decir, a quienes comparten o se aproximan a los criterios valorativos del grupo dominante, el resto dentro del que se incluye no solo a los locos, sino también a quienes comparten el ideal político del grupo dominante, quedan todos fuera del hecho, no pudiendo ser penados – por que no son libre ni tampoco ejercer derecho alguno, se le somete a medidas de seguridad – medidas de policía porque son considerados inferiores a los libres, puesto que no han superado la etapa del espíritu subjetivo.

Para los autores que se adhieren a esta postura, la imputabilidad es la libertad de que debe gozar un sujeto, para poder actuar con relevancia jurídica. Será libre quien tenga la capacidad de querer y entender dentro de un determinado marco de valores socialmente preestablecidos.

Nuevamente se desprende que no tendría razón de ser el estudio de la imputabilidad fuera del delito, pues es en este donde cobra relevancia, además, la conducta humana motivo de regulación jurídica, importa tanto si proviene del imputable como del inimputable, ambos son sujetos de derecho, no se puede aceptar que un alineado es un no-humano, una cosa o un animal, incapaz de actuar con relevancia jurídica. Podemos adelantar que los inimputables no realizan delitos pero si conductas relevantes jurídicamente, sino ¿en que se fundamentaría la aplicación de medidas de seguridad y sus tratamientos particulares?

4.3. LA IMPUTABILIDAD COMO UN ELEMENTO DE LA TIPICIDAD.

Al tratar esta postura se parte de la idea de considerar que el sujeto activo forma parte del tipo penal y en consecuencia la imputabilidad (capacidad psíquica del delito) queda incluida en el mismo, en donde es una exigencia para la existencia del delito, recordando la premisa de que “no hay delito sin tipo”.

El Tipo legal. “Funcionalmente es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o mas bienes jurídicos. Ese contenido es reductible por medio del análisis, a unidades lógico – jurídicas denominadas elementos. Estos elementos cuya propiedad genérica – ya señalada – consiste en la función de garantía de uno o más bienes jurídicos, poseen, además, propiedades muy particulares que permiten organizarlos en grupos a los que se les puede llamar subconjuntos del tipo legal. Tales subconjuntos hacen factible una definición a través de los siguientes subconjuntos (incluida su experiencia simbólica):

Deber jurídico penal

Elemento:

N = deber jurídico penal.

Bien jurídico

Elemento:

B = bien jurídico.

Sujeto activo

Elementos:

A1= Voluntabilidad;

A2= Imputabilidad;

A3= Calidad de garante;

A4= Calidad específica.

Sujeto pasivo

P1= Calidad específica;

P2=pluralidad específica.

Objeto material

Elemento;

M= objeto material.

Kernel

Elementos

J1= voluntad dolosa;

J2= voluntad culposa;

I1= actividad;

I2= inactividad;

Conducta

R = Resultado material;

E= Medios;

G= referencias temporales;

S= Referencias espaciales;

F= referencias de ocasión;

Modalidades

Lesión o puesta en peligro del bien jurídico

Elementos:

W1= lesión del bien jurídico (tipo de consumación);

W2= puesta en peligro del bien jurídico (tipo de tentativa).

Violación del deber jurídico penal

Elemento:

V= violación del deber jurídico penal.⁵

⁵ ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. *Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida*. Editorial Trillas. S.A. primera edición, México, 1982. p. 15.

Siguiendo este planteamiento, como elementos del tipo penal además del deber jurídico penal se señala al sujeto activo, entendiéndose por este toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo legal.

No pertenece a este concepto quien no satisface la propiedad señalada. En consecuencia, los animales y las cosas no son sujetos activos. Tampoco es sujeto activo la persona moral, pues carece de la posibilidad de concretizar los elementos del tipo. Ni el dolo o la culpa, ni el hacer algo o el dejar de hacer algo son concretizables por la persona moral, todavía más: únicamente el autor material, unitario o múltiple, puede ser sujeto activo. El autor mediato. El autor intelectual, el cómplice y el autor detrás del autor, no son sujetos activos por que no concretizan el contenido semántico de los elementos del tipo legal.⁶

La capacidad psíquica de delito tradicionalmente se usa el término imputabilidad para designar la capacidad psíquica. Del sujeto activo. Esta denominación es inadecuada ya que el contenido de la materia excede, en una medida considerable, al contenido de la imputabilidad. Por ello en el modelo lógico se emplea la expresión “capacidad psíquica de delito”. Que designa no solo a la imputabilidad sino también a la voluntabilidad. Por ser una capacidad del autor material queda incluida en el contenido del sujeto activo. Esta capacidad psíquica se manifiesta en dos aspectos: a) la voluntabilidad, b) la imputabilidad. La primera es una capacidad de voluntad, por tanto, una capacidad de conocer y de querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal (en la comisión dolorosa), o bien una capacidad de conocer y querer la actividad o la inactividad que, por descuido, produce la lesión del bien jurídico (en la comisión culposa).

⁶ Ídem. pp. 19 y 20

La segunda es una capacidad de culpabilidad, por lo mismo, una capacidad de comprender la concreción de la parte objetiva valorativa del particular tipo legal, esto es, capacidad de comprender la específica ilicitud.

Debe señalarse que la capacidad psíquica reside en la conciencia, entendida en un sentido neurofisiológico y de ninguna manera en sentido religioso, filosófico o moral. Conciencia en sentido neurofisiológico, es un estado de vigilia (función mental), regido por el juicio crítico que posibilita al individuo el darse cuenta de si mismo y del mundo circundante.

“De lo anterior conceptualizamos de la conciencia se infiere: a la disminución o la falta de juicio crítico o moral (conciencia perturbada), determina la ausencia de la imputabilidad y, por ende la ausencia de capacidad psíquica; b) la falta de conciencia determina tanto la ausencia de la voluntabilidad como de la imputabilidad; consecuentemente, la capacidad psíquica”.⁷

Sin duda esta posición deriva de la llamada “teoría compleja de tipo” de Beling, observándose que a la imputabilidad se le da un contenido diverso propio de los elementos subjetivos del “tipo penal”, y después de lo que se ha analizado con toda seguridad podemos afirmar que la imputabilidad es un fenómeno mas complejo que no esta comprendido en la norma penal, sino que se presenta con el delito mismo. El análisis de la capacidad psíquica del sujeto activo a que se refiere el tipo penal, solo tiene significación en función del delito, importa para precisar la culpabilidad, esta y aquella están relacionadas pero en el mundo fáctico y no en el normativo. Entrar al estudio del delito solo si el sujeto activo es imputable porque el tipo penal así lo exige, no explicaría satisfactoriamente los casos de las “acciones libres en su causa” (en donde el sujeto es inimputable al momento de cometer el delito) o la llamada “imputabilidad disminuida” (cuando el sujeto activo ve afectada su capacidad de comprensión de lo injusto de su conducta), en estos supuestos se requiere algo mas que la simple determinación del tipo penal, pues hay que valorar el

⁷ Ídem. pp.23, 24 y 25.

momento y el grado de intencionalidad o de culpa en la realización de la conducta, valoración que no esta en la norma, sino fuera de ella.

Para esta postura la imputabilidad junto con la voluntariedad constituye la capacidad psíquica del delito, referida al sujeto activo (autor material), elemento del tipo penal, la imputabilidad es capacidad de comprender lo ilícito de la conducta y por tanto, fundamento de la culpabilidad.

4.4 LA IMPUTABILIDAD COMO ELEMENTO DE LA ANTIJURICIDAD.

Para desarrollar este punto, se parte de la consideración de que solo existe antijuricidad, cuando se afecta el bien jurídico tutelado por la norma penal, y solo es susceptible de lesionarlo quien comprende el carácter ilícito de su conducta, este seria un criterio estimativo de la imputabilidad como un atributo de la personalidad.

Los autores alemanes, A. Merkel Ferneck y Kohlrausch sustentan la antijuricidad subjetiva señalando que la imputabilidad significa capacidad jurídica de deber.

A este respecto, Gerardo Carmona castillo, en su obra “imputabilidad penal”, refiere que el derecho “esta constituido, de modo primario, cuando no exclusivo, por un sistema de mandatos y prohibiciones (teoría de los imperativos), únicamente puede por ello, dirigirse a sujetos sensibles al mandato, esto es, a sujetos imputables como idóneos destinatarios de la norma: tan solo estos últimos pueden, por desprecio al mandato normativo, actuar de modo antijurídico; el imputable, como inidóneo destinatario de la norma, no puede contrariar el mandato, no puede, pues tampoco actuar antijurídicamente.

“Como se advierte, al margen de que en esta teoría se confunde injusto y culpabilidad, se llega a la inadmisibles consecuencia de que el inimputable, por no infringir el deber, no puede actuar antijurídicamente. De este modo se contradice nuestro derecho

positivo, en donde como es sabio, el inimputable no puede llegar a cometer delitos, pero es indiscutible que su conducta típica puede también ser antijurídica, como lo demuestra el hecho de que los delitos, incorrectamente nuestra ley penal, cometidos por los inimputables, generan la responsabilidad de sus representantes legales de reparar el daño causado, a título de responsabilidad; así como el hecho de que la aplicación de las medidas de seguridad previstas por nuestra legislación punitiva, suponen entre otros requisitos, que los hechos cometidos por el inimputable, además de sostenerse tal afirmación – esto es, de que el inimputable no actúa antijurídicamente – no cabría la legítima defensa ante el ataque de un enajenado, dado que su agresión no sería antijurídica”.⁸

La imputabilidad como capacidad de deber, analizada dentro de las teorías objetivas, nos lleva a establecer que los inimputables no son capaces de actuar contra el derecho, y en consecuencia, su comportamiento siempre es jurídico, lo que resulta inadmisibile.

Para esta postura la imputabilidad es la capacidad de deber, entendiendo que solo el sujeto imputable tiene la capacidad de actuar conforme al mandato o imperativo de la norma jurídica, por lo contrario, los inimputables carecen de esa capacidad de deber y por tanto no pueden actuar antijurídicamente.

4.5 LA IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA CULPABILIDAD.

Esta postura corresponde fundamentalmente a la corriente alemana que considera que la culpabilidad es un juicio de reproche que se formula al autor de una determinada conducta quien debe reunir ciertas condiciones para que pueda ser calificado como culpable. Esas condiciones son el poder exigir al sujeto un comportamiento distinto al hecho realizado y, además, una capacidad general para comprender lo antijurídico de su acto, esto supone un cierto desarrollo intelectual (generalmente se determina por la edad) y un sano

⁸ Ídem. pp. 19 y 20

estado de salud mental, así como la capacidad concreta de autodeterminarse en función del hecho realizado.

La capacidad genérica de entendimiento de lo antijurídico y la capacidad de autodeterminación en un caso concreto, constituyen para esta corriente la imputabilidad.

Cortes Ibarra señala, que” la imputabilidad hace referencia a propiedades de tipo psicológico, que en el sujeto deben concurrir al momento de cometerse la infracción para tenerlo como sujeto apto o capaz de responder ante el estado de su ilícito obrar.”⁹

Para este autor, la imputabilidad de un sujeto puede ser imputable y jamás cometer delito alguno, en tanto que la culpabilidad requiere necesariamente de una conducta típica y antijurídica. De ese modo serán imputables aquellos sujetos que por reunir las condiciones psíquicas de madurez y salud mental que la ley reclama, los que estén capacitados para entender, querer y responder así ante el estado y la sociedad de sus acciones contrarias al ordenamiento jurídico penal.

Pavón Vasconcelos, afirma al respecto, “que solo el hombre como entidad individual, puede ser sujeto activo de los delitos, pero a fin de que la ley pueda poner a su cargo determinada pena, como consecuencia de su conducta típica y antijurídica, es necesario constatar su imputabilidad, como previa condición del reproche en que se hará consistir su culpabilidad”¹⁰. Por ello, imputabilidad e imputación, son conceptos esenciales para fundamentar el reproche al autor del hecho típico y antijurídico. El juicio de culpabilidad, previo al reproche mismo, presupone entonces una condición de imputabilidad en el sujeto: aquel juicio recae sobre el hecho, para declarar que su autor es

⁹ CORTEZ IBARRA, Miguel Ángel. Derecho Penal. Parte general. Editorial Cárdena, cuarta edición. México. 1992. p. 251.

¹⁰ IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD, Ob cit, p 70

culpable, en tanto la imputabilidad precisa constatar que se den en el las condiciones necesarias para ser declarado culpable.

Ahora bien, en primer termino la imputabilidad del sujeto precisa en este, la posibilidad del conocimiento del carácter ilícito del hecho y por ello del deber de acatar el mandato contenido en la norma y, en segundo lugar, la posibilidad de realizarlo voluntariamente.

Vela Treviño, es otro autor que siguiendo esta postura establece que la imputabilidad no puede considerarse como anterior o ajena al delito sino formando parte del propio concepto del delito y contemporánea con él siendo, por tanto, fundamento para la realización del juicio de reproche relativo a la culpabilidad de que el sujeto sea imputable... la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, pero dentro de un concepto totalitario del delito.¹¹

Esta tesis se defendida en los siguientes términos: “en verdad y como ha de quedar perfectamente demostrado, la imputabilidad es una aptitud, por lo mismo que debe entenderse como capacidad, y la culpabilidad tiene como arranque una actitud (la referencia psicológica del autor a su acto, a la concreta acción u omisión)”. Lo ha dicho muy exactamente Cortes Ibarra. “En suma si la imputabilidad es capacidad... resulta evidente que debe ser presupuesto de la culpabilidad; es decir, materia que no se expresa en la proposición pero que le sirve de fundamento y que le antecede como base a la verdad de lo presupuestado”.¹²

“Por lo que se refiere a la imputabilidad respecto al hecho concreto, la interpretación en contrario censo de las fracciones II y IV del artículo 29 permite concluir que en aquellos casos en los que el sujeto, en el momento de producción del resultado típico, carece de la plena posibilidad de conocer el contenido antijurídico de su conducta, falta el

¹¹ *Ibíd.* pp.29 y 30

¹² CORTES IBARRA Miguel Ángel. Derecho Penal. Parte General. Editoriales Cárdenas. Cuarta Edición. México. 1992, p. 251

presupuesto para fincar el juicio de reproche y por tanto, se esta ante un inimputable".¹³

Los artículos en que se funda el comentario anterior, señalaban: artículos del 62 al 66 (reglas para el tratamiento de inimputables). En el caso de los incapaces el juez dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente.

Si se trata de internamiento el sujeto inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento.

En caso de que el sentenciado tenga el habito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez ordenara también el tratamiento que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio medico bajo la supervisión de aquella, independientemente de la ejecución de las penas impuestas por el delito cometido.

Las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quien legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, (ellas), siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia garantizando por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades, el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o cancelación de la medida, en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditaran mediante revisiones periódicas con la frecuencia y características del caso.

Por lo que hace al Internamiento de los menores de dieciocho años de conducta antisocial, Los menores que cometan infracciones a las leyes penales, serán internados por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa.

¹³ Vela Treviño, Sergio, Ob. cit, P. 30

Artículo 29. Excluyentes de responsabilidad). Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

No se considerara que obre en estado de necesidad aquel que por su ejemplo o cargo, tenga el deber legal de sufrir el peligro;

V. A este respecto cabe aclarar que a partir del año 1994, se reformo el artículo 15 del código penal federal y es ahora en su fracción.

VII. En donde se regula el aspecto negativo de la imputabilidad, que señala lo siguiente:

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 aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

Resulta evidente que el imputable será aquel que tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de su acto y de conducirse de acuerdo a esa comprensión.

Por lo que se refiere a los actuales artículos 67, 68 y 119, los dos primeros se complementan por el 69 y 69 bis que señalan lo siguiente:

Artículo 69. En ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continuo necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables.

Artículo 69 Bis. Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, solo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15

de este código, a juicio del juzgador, según proceda se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor.

Resulta claro de la interpretación de los artículos citados, que la imputabilidad es una condición necesaria para que le pueda ser formulado el juicio de reproche al autor de la conducta típica y antijurídica y en consecuencia establecer su responsabilidad penal, por el contrario, si no reúne la capacidad de comprender el carácter ilícito de su proceder o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, se le impondrá un tratamiento específico como medida de seguridad: en este sentido cuando se trate de un inimputables habrá una conducta típica, antijurídica pero no culpable porque no es posible reprocharle su proceder a quien no tiene la calidad de imputable, es decir, a quien no comprende lo ilícito de su conducta y no tiene el poder de autodeterminar su voluntad considerando esa comprensión.

Por lo que se refiere al Artículo 119, actualmente se encuentra derogado junto con las demás disposiciones del título sexto del libro primero y que se refería a la corrección educativa de los menores.

Para esta postura, la imputabilidad se concibe como una condición indispensable para que pueda existir la culpabilidad, es su presupuesto necesario y se compone de la conciencia psíquica de ilicitud y la capacidad para poder determinar la voluntad, que deben preexistir en un sujeto al momento de realizar la conducta típica y antijurídica. Para que se le pueda formular el juicio de reproche.

La crítica al planteamiento de considerar la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad se hace consistir en que no es aceptable la distinción de dos momentos, uno en el que se formula el juicio de imputabilidad y otro en el que se hace el juicio de culpabilidad, sino que se trata de un mismo juicio, en donde, por una parte se analiza la relación psicológica del hecho con

el sujeto y por otra, la violación de la ley, pero ambas situaciones en un solo momento, la imputabilidad no es antes de formular el juicio de reproche, sino que aparece con el mismo.

4.6 LA IMPUTABILIDAD COMO ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD.

Fue Reinhard Von Frank quien en 1907, por primera vez observó las deficiencias en la teoría psicologista (culpa inconsciente, vis compulsiva) y planteó que culpabilidad es reprochabilidad.

El análisis de Frank parte de la consideración de que el concepto de culpabilidad dominante limita su noción a una faz interna (como la referencia psíquica a algo determinado), lo que parece como demasiado estrecho para explicar ciertas situaciones que influyen en la medición de la culpabilidad y que son independientes del dolo o de la culpa.

Pasa en seguida el autor a precisar el lugar que le corresponde al “fantasma errante” de la imputabilidad a la cual entiende como elemento esencial de la culpabilidad y no como un simple presupuesto. No se comprende como así pueda la imputabilidad ser presupuesto del dolo. Pues también el enfermo mental puede querer la acción y así representarse los caracteres que la hacen delictuosa y hasta puede saber que es un delito

“Con los anteriores argumentos, los requisitos (o elementos) de la culpabilidad habrían de consistir en la imputabilidad, el dolo o la imprudencia y las circunstancias concomitantes, y de cuya existencia dependería la conducta culpable. Esta conducta culpable sería entonces reprochable”.¹⁴

¹⁴ VILLAREAL PALOS, Arturo. Ob. Cit., pp.4, 5, 6.

En cuanto a la imputabilidad (o capacidad de culpabilidad), existe una tendencia uniforme en concebirla como capacidad de comprender lo injusto del hecho y de determinarse conforme a esa comprensión. Esta noción suele ser independiente de la ubicación sistemática de la imputabilidad en la estructura del delito, pues es aceptada tanto por quienes ven en ella un presupuesto, como por aquellos que la conceptúan como elemento de la culpabilidad.

La doctrina y también la legislación, es coincidente en admitir que aquella capacidad genética desaparece cuando el sujeto se encuentra afectado en su inteligencia o en su función mental (casos del oligofrénico o del enfermo mental). Y, en menor grado, cuando el individuo es menor de edad, aunque este último supuesto es harto discutible.

Por otra parte, la teoría normativa (compleja o no), entiende que en los casos de inimputabilidad, queda suprimida la posibilidad de obrar conforme a derecho el sujeto no puede optar y por ello es excluido de reproche.

Siguiendo las mismas ideas, se llega a establecer que la imputabilidad es elemento esencial de la culpabilidad, atribuyéndole como contenido la capacidad de comprender lo injusto del hecho y de determinarse conforme a esa comprensión.

Orellana Wiarco hace una exposición de la teoría finalista de la acción, señalando a la imputabilidad como elemento de la culpabilidad, expresando lo siguiente:

“La imputabilidad se ubica en este sistema como un elemento de la culpabilidad, a diferencia de la mayoría de los penalistas del sistema causalista que lo colocan como un presupuesto de la culpabilidad, ya que consideran que la imputabilidad se funda en el libre albedrío”¹⁵.

¹⁵ ORELLANA WIARCO Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte general. Teoría del delito. Editorial Porrúa. 1999. p118

La imputabilidad para el finalismo debe ser entendida como capacidad del sujeto, atendiendo a sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma.

La imputabilidad en el sistema finalista es sinónimo de capacidad de culpabilidad, capacidad de su autor, y se integra a su vez de dos sub-elementos.

1. La capacidad de comprender lo injusto del hecho, (momento cognoscitivo o intelectual).
2. La capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión, (momento volitivo).

La capacidad de culpabilidad se forma, cuando el autor tiene comprensión de lo injusto (momento cognoscitivo) y determina su voluntad en ese sentido (momento volitivo).

Cuando se trata de un menor de edad, o estados anormales, como pueden ser el atraso mental, se puede anular la capacidad cognoscitiva o volitiva del individuo.

La capacidad de comprensión de lo injusto, se refiere a que al autor se le exige pueda reconocer que su conducta transgrede normas sociales indispensables para la vida en común, no es necesario que conozca el hecho como tipificado por la ley por ello, si no se da esa comprensión puede presentarse una causa de inculpabilidad.

“En el sistema causalista, la corriente dominante en la teoría normativista de la culpabilidad, al referirse a la imputabilidad, señala que la misma se integra por la capacidad de querer y la capacidad de entender. Aun cuando estos conceptos son semejantes a la capacidad de comprender lo injusto del hecho y a la capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión, estos conceptos, los del finalismo, son mas profundos, se afina su riqueza conceptual, así

cuando se exige la comprensión y determinación del carácter ilícito, se exige mas que un simple querer y entender”.¹⁶

En este contexto, la imputabilidad no se maneja como un concepto autónomo, sino como parte de un todo que es la culpabilidad, en consecuencia, al faltar esa capacidad de comprensión de la ilicitud de un hecho y la determinación de la voluntad conforme a esa comprensión, mas que una causa de inimputabilidad, habría una causa de inculpabilidad y se observa también que el contenido de la imputabilidad es mucho mas especifico a la norma penal y al hecho ilícito, existiendo mas que una capacidad general de querer y entender, una capacidad motivadora en función de un determinado fin.

“Eugenio Raúl Zaffaroni al respecto menciona que: “La capacidad psíquica que se requiere para poder imputarle a un sujeto un reproche de injusto es la necesaria para que le haya sido posible comprender la naturaleza del injusto de lo que hacia y que le haya podido permitir adecuar su conducta conforme a esa comprensión de la antijuridicidad. Quien tiene muy limitada o anulada la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta no puede ser reprochado por la misma. De allí que la imputabilidad –entendida como capacidad de culpabilidad- tenga dos niveles uno que debe ser considerado como la capacidad de comprender la antijuridicidad, y otro que consiste en la capacidad de adecuar la conducta a la capacidad de comprensión de la misma. Cuando falte la primera capacidad faltara la culpabilidad por ausencia de la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad; cuando falte la segunda capacidad, nos hallaremos con un supuesto de estrechamiento del ámbito de autodeterminación del sujeto, en este caso, por una circunstancia que proviene de su propia incapacidad psíquica”¹⁷

Por su parte, Edmund mezger al explicar las características legales de la culpabilidad se refiere a la imputabilidad de la siguiente manera “El autor debe poseer una constitución mental “normal”. Rige, por lo menos en lo que al

¹⁶ Ídem. pp.119-120

¹⁷ Zaffaroni. Ob. Cit. P 566

ámbito de la culpabilidad se refiere. Esta imputabilidad del autor es una característica auténtica de la culpabilidad (elemento de la culpabilidad) y no simple presupuesto de esta, como admiten entre otros Kohlrausch, Gerland y Gleispach.¹⁸

Imputabilidad significa la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles. La ley presupone la existencia de estas capacidades en los adultos, pero determina ciertas circunstancias en virtud de las cuales no existe esa capacidad “normal” de ahí se deducen situaciones exactamente delimitadas de la inimputabilidad. Dado que estas se relacionan con la total estructura de la personalidad del autor, la teoría de la imputabilidad jurídica – penal se ha convertido, desde hace tiempo, en la puerta de entrada de la investigación moderna de la personalidad en el derecho penal.

La persona adulta normal es capaz de cometer culpablemente hechos punibles. Se es responsable fundamental y generalmente de hechos que están conminados con pena. Para que tal punibilidad quede excluida en vista de la particular situación personal del autor, se requiere una circunstancia especial prevista en general por la ley. La ley admite en general como dada la libertad de hacer y no hacer.

En este sentido... imputabilidad significa capacidad de culpabilidad y, por consiguiente, debe ser incluida dentro del sistema jurídico – penal.

Los autores citados coinciden en señalar que la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad, necesario para la formulación del reproche penal, entendida como la capacidad psíquica del sujeto para motivarse de acuerdo a la norma y dicha capacidad esta integrada de la capacidad de comprensión de lo injusto del hecho y de la capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión.

¹⁸ MEZGER. Ob. Cit. P 201

Para concluir, resulta importante destacar el sentido que se le da a la libertad de poder actuar que es diferente a la connotación de las posturas causalistas – psicologista y causalista – normativista, en efecto, y siguiendo las ideas de Hans Welzel el problema del libre albedrío no es un problema de existencia, entendido como la capacidad de poder obrar de una determinada manera, sino de libertad para poder actuar pero conforme a la ley. En esencia lo que observamos es una profundización en el significado del llamado “fantasma errante del derecho penal” como lo bautizo Reinhard.

4.7 LA IMPUTABILIDAD COMO UN PRESUPUESTO DE LA PUNIBILIDAD:

Habrà de advertir que parece pertinente citar las ideas de Raúl Carranca y Trujillo, quien señala lo siguiente:

Para la defensa social son imputables todos los que cometen hechos punibles prescindiendo del problema de si obraron libre y espontáneamente. “La imputabilidad deriva de la existencia misma de la sociedad porque el sujeto es causa física de la infracción; el hombre es penalmente imputable porque lo es socialmente y por que vive en sociedad. Ni absolución ni penitencia para los clásicamente inimputables: medidas de seguridad como tutela del delincuente mismo tanto como de la sociedad. La imputabilidad es consecuencia de la personalidad del infractor frente a la cual reacciona la sociedad con medidas adecuadas”.¹⁹

“Ninguna teoría –subraya Florian – admitió nunca una investigación del elemento subjetivo del delincuente tan amplia como la de la defensa social, que incluye también fines de redención individual y de mejoramiento social; a las cualidades morales, a las condiciones psíquicas del imputado, al elemento subjetivo del delito, por el

¹⁹ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho penal mexicano. 13ª. Edición, México, Porrúa, 1980. 959 p. 416

contrario, ir a buscar principalmente los criterios para decidir cual medida conviene a la defensa social”.

20

Relacionado con esta postura, Pavón Vasconcelos señala “que se atribuye a Feurbach la paternidad de la idea de que la imputabilidad es capacidad de pena, apoyada en la función de prevención general que cumple dicha sanción por lo que sistemáticamente la imputabilidad debe ubicarse en la teoría de la pena”.²¹

Por su parte, Gerardo Carmona castillo, señala que la “consecuencia lógica de considerar a la imputabilidad como capacidad de pena ha sido la de situarla como presupuesto de la punibilidad, por lo que las objeciones hechas en contra, de aquella concepción son validas para esta. Son dos las razones que nos permitieron afirmar que las doctrinas expuestas al respecto no son convincentes. La primera, porque en su pretensión de remitir la imputabilidad a la teoría de la pena, se invierte el tiempo en que la misma debe gravitar: en vez de existir cuando el acto se lleva a cabo, debería existir en el momento de la punición o de la pena. Con ello se pasa por alto que el problema de la imputabilidad es coetáneo por regla general, con la perpetración del hecho, mas no con la imposición o ejecución de la pena; y la segunda porque, como claramente lo subrayo Mezger, la imputabilidad es incompatible tanto con la prevención general como con la prevención especial.”²²

Para quienes comparten este criterio la imputabilidad es conceptualizada como una capacidad psíquica para sentir la pena, condición necesaria que debe tener el sujeto para poder ser sancionado penalmente.

²⁰ Cit. Pos. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Ob. Cit., p.416.

²¹ Ídem.

²² Ibíd. p. 415

ELEMENTO AUTÓNOMO DEL DELITO.

Esta posición parte del sistema analítico de la noción jurídico – sustancial del delito, encontrando concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas y heptatómicas, generalmente es en la concepción de siete elementos en donde se considera que la imputabilidad es un elemento esencial y autónomo del delito, ubicándose en un orden de prelación lógica después de la antijuridicidad y antes de la culpabilidad.

Desarrollando este criterio. Carranca y Trujillo establece que “será imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana”.²³

En relación Binding establece “que a imputabilidad y la culpabilidad deben ser colocadas después de la antijuridicidad y de la tipicidad entre los elementos del delito: la culpa criminal sin un obrar antijurídico y típico es una quimera”.²⁴

En esta posición, la imputabilidad tiene un carácter subjetivo y se conceptúa como una capacidad psíquica del sujeto que lo posibilita a actuar conforme a lo establecido jurídica y socialmente.

Castellanos Tena, al citar la definición de Jiménez de Asúa “Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal destacan como elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad, pero niega el carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivos de punibilidad agregando que la

²³ CARRANCA Y TRUJILLO Ob cit. p 415

²⁴ citado por Carranca p. 415

imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad o del delito, pero no un elemento del mismo”.²⁵

Respecto de la postura de aceptar o no los presupuestos del delito, nos adherimos a su existencia, partiendo de la base del que el delito desde el punto eminentemente jurídico, requiere previo a su nacimiento de un sujeto activo que realiza la conducta: de un sujeto pasivo que recienta ese proceder de un bien jurídico susceptible de ser afectado y que la conducta considerada como delito este prevista en una ley penal. En cuanto a la imputabilidad penal, no puede aceptarse que sea un requisito previo del delito su relevancia y trascendencia jurídica se dan en cuanto este aparece, antes ninguna importancia tiene analizada la fracción VII del artículo 15 del código penal federal, se desprende que la falta de imputabilidad excluye el delito.

Para concluir con la presente investigación de grado podemos precisar que aceptar o negar los presupuestos del delito, nos adherimos a su existencia, partiendo de la base de que el delito desde el punto de vista jurídico, requiere previo a su nacimiento; de un sujeto activo que realice la conducta; de un sujeto pasivo que recienta ese proceder; de un bien jurídico y que la conducta considerada como un delito este prevista en una ley penal. En cuanto a la imputabilidad penal, de aceptarse que se a un requisito previo o no, su relevancia y naturaleza jurídica (trascendencia), se da en cuanto aparece, antes ninguna importancia tiene, entonces a falta de imputabilidad se excluye el delito, entonces ésta se analiza una vez que existió un sujeto activo que efecto el bien jurídico de un sujeto pasivo y que tal conducta ya se encontraba prevista en una ley penal, hasta entonces se determina si junto con la imputabilidad concurren otros elementos que permitan la integración del delito. Así que considerar la imputabilidad penal como atributo del sujeto y concebirla como un presupuesto general del delito, es viable toda vez alcanza su máxima expresión sea para fundamentar la culpabilidad o la punibilidad, ya sea que se trate de integra la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad o el delito mismo.

²⁵ Cfr. Ob. Cit. P 130

CONCLUSIONES

PRIMERA: A medida que la aplicación de pena se hace depender de su necesidad y no de la culpabilidad del sujeto, la imputabilidad habrá que entenderla según ya lo hiciera Feuerbach, como capacidad de pena, si es que quiere mantenerse el concepto; este punto de vista no me parece, ciertamente, nada inconveniente, pues el hecho de que la imputabilidad se refiere a la capacidad o necesidad de pena no implica, en principio ninguna descalificación del inimputable.

El título excepcional la imputabilidad, como veremos, puede retrotraerse a un tiempo anterior a la ejecución del acto (*actió libera in causa*). En este sentido, ya no se habla de capacidad de querer y entender, sino de capacidad de motivación tal como lo señala Malo Camacho, quien la define como la capacidad de comprensión del injusto, y de actuar conforme a esa comprensión a partir de la capacidad de autodeterminación de la persona y para conducirse conforme a esa misma autodeterminación. Así, el nuevo concepto de la imputabilidad estuvo conformado a partir del concepto de la capacidad de “entender” y de “querer”. En este orden de ideas, la imputabilidad significa un “proceso” y no una mera manifestación de causas; implica, así, un contenido psicológico-jurídico valorativo que afirma que la imputabilidad es la capacidad de comprensión del injusto, como también la capacidad de actuar en consecuencia de esa comprensión.

SEGUNDA: Que si bien el adjetivo verbal correspondiente al verbo imputar (imputable) se acomode correctamente a los resultados exteriores de dicha acción, cuando se habla de la “no imputabilidad” de un sujeto literalmente se menciona que a él no se le puede imputar algún hecho.

La nueva doctrina, entonces ya superando a los clásicos, se inclina por estudiarlo a través de sus elementos integrantes (concepción analítica o atomizadora), pero sin negar dicha unidad, al estimar que al cabal conocimiento del todo sólo se llega por el análisis de sus partes integrantes.

La tipicidad destaca, después de los estudios de Ernesto Von Beling, como un elemento más del delito concepto aquel internamente relacionado con el de tipo, pero que en la doctrina de sus creados tiene significado bien diverso.

TERCERA: De lo anterior podemos advertir que en todos los conceptos se muestra un común denominador que es el juicio de valor que se realiza a una persona, sin embargo, la imputabilidad la definimos nosotros como la capacidad que tiene un sujeto de motivarse por la norma penal, ya que esto implica que el autor de un hecho ilícito comprendía la desaprobación jurídico penal de su acto y tema la capacidad de dirigir su conducta conforme a lo que establecía la norma, es decir, en términos generales, la imputabilidad como capacidad que ocupa el sujeto, encierra un doble contenido: el primero de comprensión (cognoscitivo o intelectual) y el segundo, de determinación (volitivo).

En efecto a medida que la aplicación de una pena se hace depender de su necesidad y no de la culpabilidad del sujeto, la imputabilidad habrá que entenderla, según ya lo hiciera Feuerbach, como capacidad de pena, si es que quiere mantenerse el concepto; este punto de vista no nos parece nada inconveniente, pues el hecho de que la imputabilidad se refiera a la capacidad o necesidad de pena no implica, en principio ninguna descalificación del inimputable.

CUARTA: De acuerdo con las diversas opciones sobre la eximente, se deriva la presencia de dos direcciones al respecto: la primera, representada básicamente por los que sustentan una concepción psicológica de la culpabilidad, la imputabilidad no es mas que un presupuesto de aquella, aun cuando se inclinan por una concepción normativa de la culpabilidad; la segunda, defendida por aquellos que, aun cuando se inclinan por una concepción normativa de la culpabilidad causalistas-normativas, como por aquellos que participan de un concepto valorativo de la misma /finalistas.

En este sentido, entre los expositores españoles pueden distinguirse esencialmente, dos posiciones al respecto: una que niega por completo el concepto de culpabilidad y lo sustituye por el criterio de la necesidad de pena.

QUINTA: El Positivismo sufrió múltiples críticas fundamentalmente al negar la distinción entre imputables e inimputables, haciendo responsables a quienes carecían de imputabilidad, con lo cual, la culpabilidad quedaba desdibujada.

Entiéndase bien: una cosa es la responsabilidad por el hecho y otra la culpabilidad, pues la primera sirve de sostén o apoyo a la segunda. La responsabilidad por el hecho resulta de la desaprobación del acto propio.

De ellos partiendo del verbo, imputar como atribución, diferenciándolos formalmente al poner de manifiesto que la imputabilidad era el juicio que se formaba de un hecho futuro previsto como meramente posible, en tanto que la imputación radicaba en el hecho de un juicio ocurrido.

El maestro Pavón Vasconcelos define la imputabilidad del sujeto como “las con adiciones mínimas necesarias para determinar en el hombre la posibilidad abstracta de que le sea atribuido un hecho punible”, Por otra parte, la imputabilidad es un concepto que expresa técnicamente la capacidad penal, en este sentido Castellanos Tena dice la imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollos mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan en la salud mental. Al tenor de lo antes expuesto, podemos advertir que en esta teoría se confunde injusto y culpabilidad, llegando a la inadmisibles consecuencia de que el inimputable, por no infringir el deber, no puede actuar antijurídicamente.

SEXTA: Es precisamente en el periodo neokantiano, con el nacimiento de la teoría normativa de la culpabilidad, cuando se depuran los elementos del Juicio de culpabilidad. Frente a la concepción psicológica del pensamiento clásico, claramente representada en el Tratado de Derecho Penal de Franz Von Liszt, se impone una concepción normativa, valorativa de la culpabilidad, que es

entendida ahora como juicio de reproche dirigido personalmente al autor por el hecho realizado.

Las concepciones formuladas por Reinhard Frank, James Goldschmit, Berthold Freudental y Edmundo Mezger y en México a través de Fernando Castellanos Tena, Raúl Carranca y Rivas, Ricardo Franco Guzmán, Eduardo López Betancourt, y Carlos Daza Gómez, Enrique Díaz Aranda, Olga Islas, Rosas Romero, Bernabé Luna Ramos, Pedro Ugalde Segundo, Ricardo Ojeda Gandara, etc. Han aportado estadios importantes al tema que nos ocupa.

En donde presupuestos del juicio de reproche personal son ahora la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de lo injusto del hecho o de la antijuridicidad y la ausencia de causas de exculpación.

El concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad es redefinido de modo consecuente como capacidad de comprensión de lo injusto del hecho y de actuación de acuerdo con esta comprensión.

SEPTIMA: Por nuestra parte entendemos a la expresión *actio libera in causa* como aquellas situaciones en las que el sujeto lesiona u bien jurídico siendo penalmente irresponsable “generalmente inimputable o incapaz de acción”, sucede no obstante, que con anterioridad a la lesión del bien jurídico él mismo ha provocado la situación de exención que le beneficia.

Con ello podemos determinar tres formas en las que un sujeto pueda llegar a ponerse en un estado de que excluye la capacidad de motivación, así Como, de la existencia tanto de *acciones liberae in causa*, dolosas como culposas.

OCTAVA: La inimputabilidad supone en la persona de quien se predica incapacidad para conocer y comprender dicha ilicitud o para determinarse de acuerdo con esa comprensión.

La calidad de inimputable se deriva del hecho de que el sujeto no puede, en razón de tales deficiencias, comprender la ilicitud de su actuar, o de que pudiendo comprender no es capaz de comportarse diversamente; en efecto, un idiota no está en condiciones de distinguir lo bueno de lo malo, lo lícito de lo ilícito; un psicópata impulsivo, en cambio, sabe que su inminente conducta es delictiva, que no debiera llevarla a delante, pero no puede impedirlo porque una fuerza interior de naturaleza patológica lo constriñe a actuar en esa dirección.

NOVENA: Las personalidades psicópatas, caracterizadas por la presencia de estados impulsos- obsesivos, son probablemente las que ofrecen mayor interés criminológico; se trata de individuos en los que una idea fija se impone en la conciencia y los impele con fuerza irresistible a la realización de hechos frecuentemente delictivos; los esfuerzos que hacen para detener el impulso; lejos de contrarrestarlos aumentan su contenido energético y ocasionan disturbios psicomotores de tal magnitud que sólo la ejecución de la conducta hacia la cual se orienta la impulsión les proporciona el equilibrio emoción y les devuelve tranquilidad; el sujeto experimenta, en efecto, después de consumado el hecho, una sensación de alivio y de liberación.

DECIMA: De aceptarse la autonomía del concepto de presupuesto tendría que aceptarse, igualmente que la imputabilidad es presupuesto del hecho, presupuesto de la tipicidad, presupuesto de la antijuridicidad, y así sucesivamente. Si se considerara la imputabilidad como presupuesto del delito, como lo razona Bettiol, puede seguir haciéndose, siempre que se advierta que tal sistematización tiene un carácter meramente lógico formalista, pues en terreno más sustancial el de la noción normativo-teológica de la culpabilidad, el problema cambia de aspecto siendo la imputabilidad un dato psicológico sustancial que el juez debe determinar para formular su juicio de reproche al autor del hecho lesivo; aun tratándose de casos de responsabilidad objetiva, existe juicio de culpabilidad aunque este es de carácter anormal, en cuanto no se toma en cuenta la prueba de demostración del nexo psicológico entre el hecho y su autor, dado que para tal fin basta el sujeto imputable y la acción voluntaria Bettiol concluye con absoluta lógica y razón que se puede considerar la imputabilidad desde un punto de vista formal, antes de la perpetración del

delito, como presupuesto de esta, pero desde el punto de vista del diagnóstico, ya no sucede lo mismo, pues se trata de un elemento del juicio de culpabilidad.

DECIMA PRIMERA: Por lo que respecta al carácter injusto del hecho y de obrar de acuerdo a esa inteligencia, resulta imposible la aceptación de tal tesis, pues si presupuesto es lo que tiene realidad antes de la existencia misma del delito, lógicamente se encuentra fuera de este. Y tal forma de plantear el problema resulta alejada de toda realidad, pues la imputabilidad solo es posible cuando se refiere a un sujeto en particular y con relación a un hecho determinado.

Se debe considerar que la imputabilidad es presupuesto del delito y por lo mismo anterior y fuera de él, es en nuestra opinión variar en su esencial la concepción jurídica del delito; ya que en aquella posición doctrinaria se enfoca al delito como simple fenómeno en el mundo exterior bajo el análisis del resultado material que produce, olvidado para que un delito exista es necesario que respecto que un acontecimiento en el mundo exterior se satisfaga la conjunción de todos los elementos que integran conceptualmente al delito, entendiendo que el hecho es un fenómeno jurídico y no naturalístico, nada hay fuera de él que tenga relevancia para su integración. La imputabilidad es un atributo innecesario del sujeto autor de la conducta productora del resultado y referida al momento en que se manifiesta esta conducta en el mundo exterior.

DECIMA SEGUNDA: La conducta presupone en el sujeto un límite físico y un límite psíquico que se traducen en una determinada edad en la capacidad de entender y de querer, a la capacidad de “entender” se le considera que es un plano “intelectivo”, o de “comprensión” y a la capacidad de querer en un plano de “voluntad”, la conducta relevante para el derecho penal es la que proviene de un sujeto imputable.

Para los autores que se adhieren a esta postura, la imputabilidad es la libertad de que debe gozar un sujeto, para poder actuar con relevancia jurídica. Será libre quien tenga la capacidad de querer y entender dentro de un determinado marco de valores socialmente preestablecidos.

DECIMA TERCERA: La capacidad psíquica de delito tradicionalmente se usa el término imputabilidad para designar la capacidad psíquica. Del sujeto activo. Esta denominación es inadecuada ya que el contenido de la materia excede, en una medida considerable, al contenido de la imputabilidad. Por ello en el modelo lógico se emplea la expresión “capacidad psíquica de delito”. Que designa no solo a la imputabilidad sino también a la voluntabilidad. Por ser una capacidad del autor material queda incluida en el contenido del sujeto activo. Esta capacidad psíquica se manifiesta en dos aspectos a) la voluntabilidad, b) la imputabilidad. La primera es una capacidad de voluntad, por tanto, una capacidad de conocer y de querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal (en la comisión dolorosa), o bien una capacidad de conocer y querer la actividad o la inactividad que, por descuido, produce la lesión del bien jurídico (en la comisión culposa). Que se ha analizado con toda seguridad podemos afirmar que la imputabilidad es un fenómeno mas complejo que no esta comprendido en la norma penal, sino que se presenta con el delito mismo.

DECIMA CUARTA: La imputabilidad junto con la voluntabilidad constituyen la capacidad psíquica del delito, referida al sujeto activo (autor material), elemento del tipo penal, la imputabilidad es capacidad de comprender lo ilícito de la conducta y por tanto, fundamento de la culpabilidad.

Para esta postura la imputabilidad es la capacidad de deber, entendiendo que solo el sujeto imputable tiene la capacidad de actuar conforme al mandato o imperativo de la norma jurídica, a contrario sensu, los inimputables carecen de esa capacidad de deber y por tanto no pueden actuar antijurídicamente.

Entendiendo que solo el sujeto imputable tiene la capacidad de actuar conforme al mandato o imperativo de la norma jurídica, a contrario sensu, los inimputables carecen de esa capacidad de deber y por tanto no pueden actuar antijurídicamente... la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, pero dentro de un concepto totalitario del delito.

DECIMA QUINTA: Resulta claro que la imputabilidad es una condición necesaria para que le pueda ser formulado el juicio de reproche al autor de la conducta típica y antijurídica y en consecuencia establecer su responsabilidad penal, por el contrario, si no reúne la capacidad de comprender el carácter ilícito de su proceder o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, se le impondrá un tratamiento específico como medida de seguridad: en este sentido cuando se trate de un inimputables habrá una conducta típica, antijurídica pero no culpable porque no es posible reprocharle su proceder a quien no tiene la calidad de imputable, es decir, a quien no comprende lo ilícito de su conducta y no tiene el poder de autodeterminar su voluntad considerando esa comprensión.

DECIMA SEXTA: La imputabilidad se ubica en este sistema como un elemento de la culpabilidad, a diferencia de la mayoría de los penalistas del sistema causalista que lo colocan como un presupuesto de la culpabilidad, ya que consideran que la imputabilidad se funda en el libre albedrío.

La imputabilidad para el finalismo debe ser entendida como capacidad del sujeto, atendiendo a sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma.

La imputabilidad en el sistema finalista es sinónimo de capacidad de culpabilidad, capacidad de su autor, y se integra a su vez de dos sub-elementos.

1. La capacidad de comprender lo injusto del hecho, (momento cognoscitivo o intelectual).
2. La capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión, (momento volitivo).

Quien tiene muy limitada o anulada la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta no puede ser reprochado por la misma.

Cuando falte la primera capacidad faltara la culpabilidad por ausencia de la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad; cuando falte la segunda capacidad, nos hallaremos con un supuesto de estrechamiento del ámbito de autodeterminación del sujeto, en este caso, por una circunstancia que proviene de su propia incapacidad psíquica.

DECIMA SEPTIMA: Por lo que se propone que se tome en consideración para efectos de tener mayor certeza de que la expresión “capacidad psíquica de delito”. Que designa no solo a la imputabilidad sino también a la voluntabilidad. Por ser una capacidad del autor material queda incluida en el contenido del sujeto activo. Esta capacidad psíquica se manifiesta en dos aspectos: a) la voluntabilidad, b) la imputabilidad. La primera es una capacidad de voluntad, por tanto, una capacidad de conocer y de querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal (en la comisión dolorosa), o bien una capacidad de conocer y querer la actividad o la inactividad que, por descuido, produce la lesión del bien jurídico (en la comisión culposa). Entonces la capacidad psíquica del delito, referida al sujeto activo (autor material), elemento del tipo penal, la imputabilidad es capacidad de comprender lo ilícito de la conducta y por tanto, fundamento de la culpabilidad.

Por otro lado considerar un presupuesto de la punibilidad, es llevar a la imputabilidad a un plano muy general, cuando es una capacidad muy particular de cada individuo respecto a un hecho concreto, decir que sólo el imputable es capaz de sentir la amenaza de pena, excluirá a aquellos delincuentes para quienes la intimidación de la pena no surte efecto alguno y se convierten en reincidentes.

Cuando se pretende ubicarla dentro de los elementos del tipo penal y por ende en la norma penal, nuevamente se trata de extraerla del delito que es precisamente donde la imputabilidad adquiere relevancia, además que en ese contexto no se explicarían las acciones libres en su causa o el de la imputabilidad disminuida.

Así que considerar la imputabilidad penal como atributo del sujeto y concebirla como un presupuesto general del delito, es viable toda vez alcanza su máxima expresión sea para fundamentar la culpabilidad o la punibilidad, ya sea que se trate de integrar la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad o el delito mismo.

Por lo que considero que la imputabilidad es capacidad de culpabilidad, como presupuesto de ésta y no como uno de sus elementos como se señala en el finalismo, si es posible distinguir dos momentos entre la imputabilidad y la culpabilidad, de hecho es cuando el juzgador previo a emitir el juicio de culpabilidad, debe tenerse la certeza de la imputabilidad.

BIBLIOGRAFIA.

- ALTAVILLA, Enrico. **La culpa. El delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis psicológico.** 4ª. Edición, Bogotá, Colombia, Temis, 1987.
- ALIMENA, Francesco. Rma Societa. Editrice. Del Foro. 1931.
- ARILLA BAS, Fernando. **Derecho Penal. Parte general.** México, Porrúa, 2001.
- AMUCHATEGUI REQUENA, Griselda. **Derecho Penal,** Segunda Edición, Editorial Oxford University Press, México. 1990
- BACIGALUPO, Enrique. **Delitos impropios de omisión.** 2ª. Edición, Bogotá, Colombia, Temis, 1983.
- BETTIOL GIUSEPPE. Diritto Penale. Padova. Italia. 1976.
- BARRITA LÓPEZ, Fernando. **Prisión preventiva y ciencias penales.** México, Porrúa, 1999.
- C. NÚÑEZ, Ricardo. **Derecho penal argentino.** Tomos I y II. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Omeba, 1960.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl/ CARRANCA Y RIVAS, Raúl. **Código penal anotado.** México, Porrúa, 1997.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal. Parte general.** 30ª. Edición, México, Porrúa, 1991.
- CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel. **El monopolio del ejercicio de la acción penal del ministerio público en México.** 2ª. Edición, México, 1993.
- CORDOBA RODA, Juan. **Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista.** Barcelona, España, Ariel, 1963.
- DÍAZ ARANDA, Enrique. **Dolo, causalismo, finalismo, funcionalismo y la reforma penal en México.** 2ª Edición, México, Porrúa, 2000.
- DÍAZ PALOS, Frenando. **Teoría General de la Imputabilidad.** Barcelona. Editorial Bosch. 1965.
- FERNÁNDEZ MADRAZO, Alberto. **Derecho penal. Parte general (Teoría del delito).** México, UNAM, 1997.
- FERREIRA DELGADO, Francisco. **Teoría general del delito.** Editorial Temis, Bogotá, Colombia. 1998.
- GUNTER, JACOBS. **Imputación objetiva del derecho penal.** Editorial Civitas, Madrid, España, 1996.

GARRIDO MONT, Mario. **Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación.** Santiago de Chile, Editorial Jurídica Chile, 1984.

HERNÁNDEZ PLASCENCIA, José Ulises. **La autoría mediata en derecho penal.** Granada, Comares. 1996.

HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. **Programa de derecho procesal penal.** 6ª Edición. México, Porrúa. 2000.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. **Derecho penal, criminología y otros temas penales.** Volumen 2. Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. **Derecho penal mexicano.** México, Porrúa, 1985.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. **Las Ciencias Penales en México,** Ediciones Jurídicas de México, 2006

FERRI ENRICO. Soto y Hernández Antonio. Tomo II. Editorial Góngora. España 1908.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Imputabilidad y culpabilidad.** México, Porrúa, 1999.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Teoría del delito.** México, Porrúa, 1998.

LUZON DOMINGO Manuel. **Teoría del delito.** Barcelona. Editorial Hispana.1964.

LISZT FRANZ, VON. Traducción Quintiliano Saldaña. España 1999 reus.

LUNA CASTRO, José Nieves. **El concepto de tipo penal en México. Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional.** 2ª Edición, México, Porrúa, 2000.

MALO CAMACHO, Gustavo. **Derecho penal mexicano.** México, Porrúa, 1997.

MARQUES DE BECCARIA, César Bonesano. **Tratado de delitos y de las penas.** 10ª Edición Facsimilar, México, Porrúa, 2000.

MAURACH REINHART. **Derecho penal Parte General.** Buenos Aires Argentina Editorial Desalma. 1994.

MARQUEZ PINERO, Rafael. **El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo.** México, UNAM, 1992.

MEZGER, Edmun. **Tratado de Derecho Penal.** José Rodríguez Muñoz traductor. 2ª Edición Revista Privada de Derecho. 1946.

MAGIORRE GIUSEPPE. **Derecho Penal.** Parte especial. Traducción de José Ortega Torres. 2ª Edición Editorial Temis. Bogota Colombia. 1972.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal, Parte General**. 5ª Edición. Promociones y publicaciones universitarias, Barcelona, 1995.

OJEDA VELÁSQUEZ, Jorge. **Derecho punitivo, teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito**. México, Trillas, 1993.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. **Curso de Derecho Penal**. Parte general. Teoría del delito. Editorial Porrúa.1999.

OSORIO Y NIETO CÉSAR AUGUSTO. **Síntesis de Derecho Penal, Parte General**, Segunda reimpresión, Editorial Trillas, México 1995.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Imputabilidad e Inimputabilidad**. México, Porrúa, 1983.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de derecho penal mexicano. Parte general**. 14ª. Edición, México, Porrúa, 1999.

PLACENCIA VILLANUEVA, Raúl. **Teoría del delito**. México, UNAM, 1998.

RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. **Penología. Estudio sobre las diversas penas y medidas de seguridad**. 3ª Edición, México, Porrúa, 2000.

ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Madrid, España, Depalma, 1979.

ROXIN CLAUS. **Derecho penal parte general** (fundamentos. La estructura de la teoría del delito), traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997

SHÜNEMANN, Bernd. **La fusión del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo**. Traducción de Jesús María Silva Sánchez. Shünemann Bernd compilador. Sistema moderno.1990

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. **Sobre le sistema Jurídico y su creación**. UNAM. México.1976.

VELA TREVIÑO, Sergio. **Antijuricidad y justificación**. México, Trillas, 1997.

ZAFFARONI EUGENIO, Raúl. **Manual de derecho penal. Parte general**. 4ª Reimpresión. México, Cárdenas editor y distribuidor, 1998.

WELZEL HANS, COAUTORES. Bustos Juan. **Derecho Penal Alemán**. 11ª Edición. Editorial jurídica. Chile. 1976.

LEGISLACIÓN

Código Penal Alemán. Parte general. Johannes Alberth Kirchmayer (Juez) María José Blanco Ledesma (Jurista y Traductora), Casa Editorial Gabriel Rivas, 25 de enero del 2000.

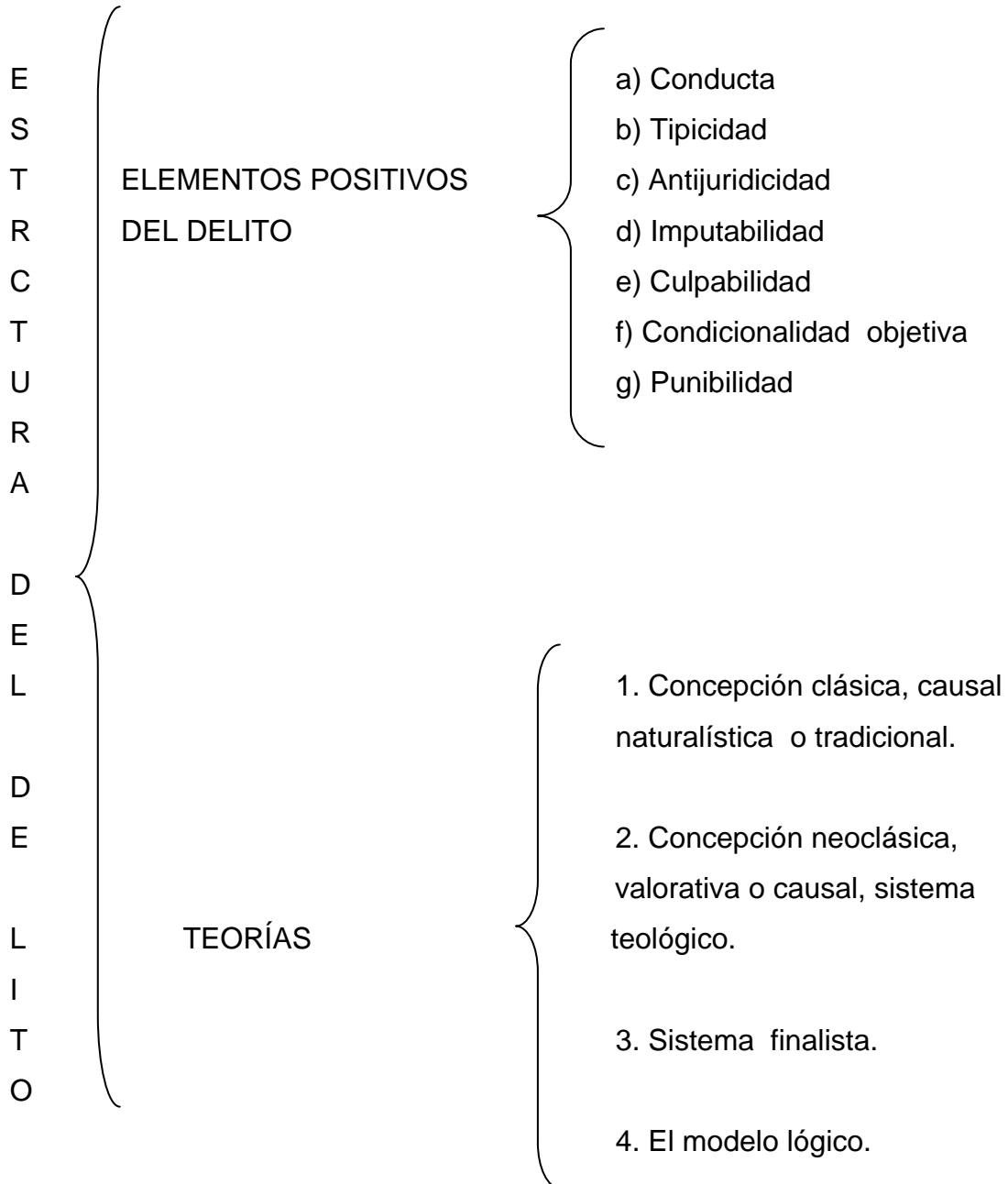
Código Penal Español. LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE. Edición preparada por ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. Quinta Edición. Editorial Tecnos. 1999.

Código Penal de Buenos Aires Argentina, de 21 de Diciembre de 1984, del Boletín Judicial del 16 de enero de 1985.

Código Penal Federal de México. 12ª Edición, México, D.F. ISEF, 2007.

Código Penal para el Distrito Federal. 12ª Edición, México, D.F. ISEF, 2007.

ANEXOS



I
M
P
U
T
A
B
I
L
I
D
A
D

Concepto { Capacidad de querer y entender en el campo del Derecho Penal

Escuela clásica {Libertad e inteligencia.

Escuela positivista {Principio determinista.

CAPACIDAD

{ De acción
De culpabilidad
De deber
De pena
Jurídico penal
De delito
para conocer y valorar el deber de respetar
La norma y determinarse espontáneamente
De querer
De entender

CARACTERISTICAS DEL INDIVIDUO

{ MORFOLÓGICA
INTELLECTUAL

{ Inmadurez mental.

Trastorno mental transitorio.

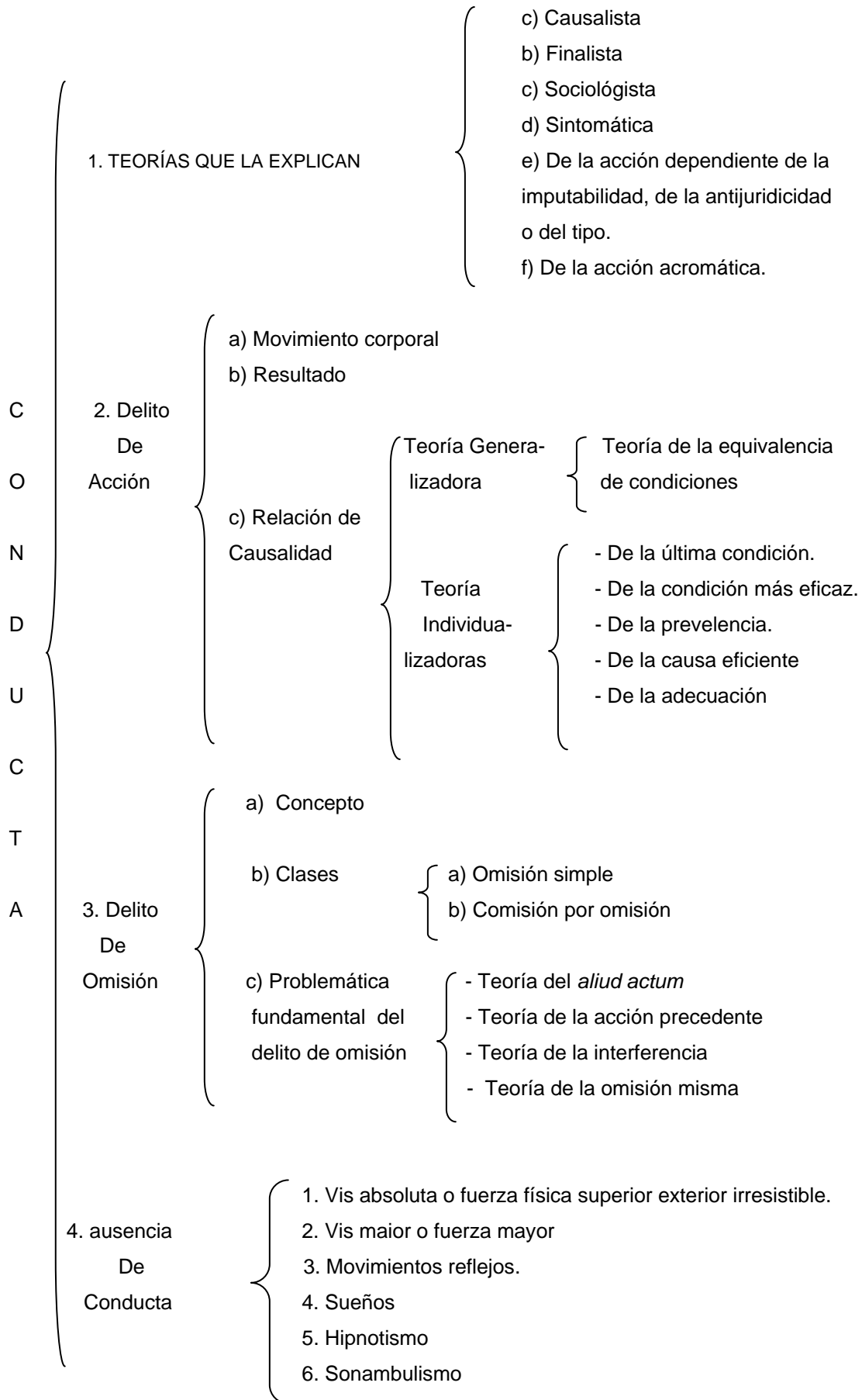
Falta de salud mental.

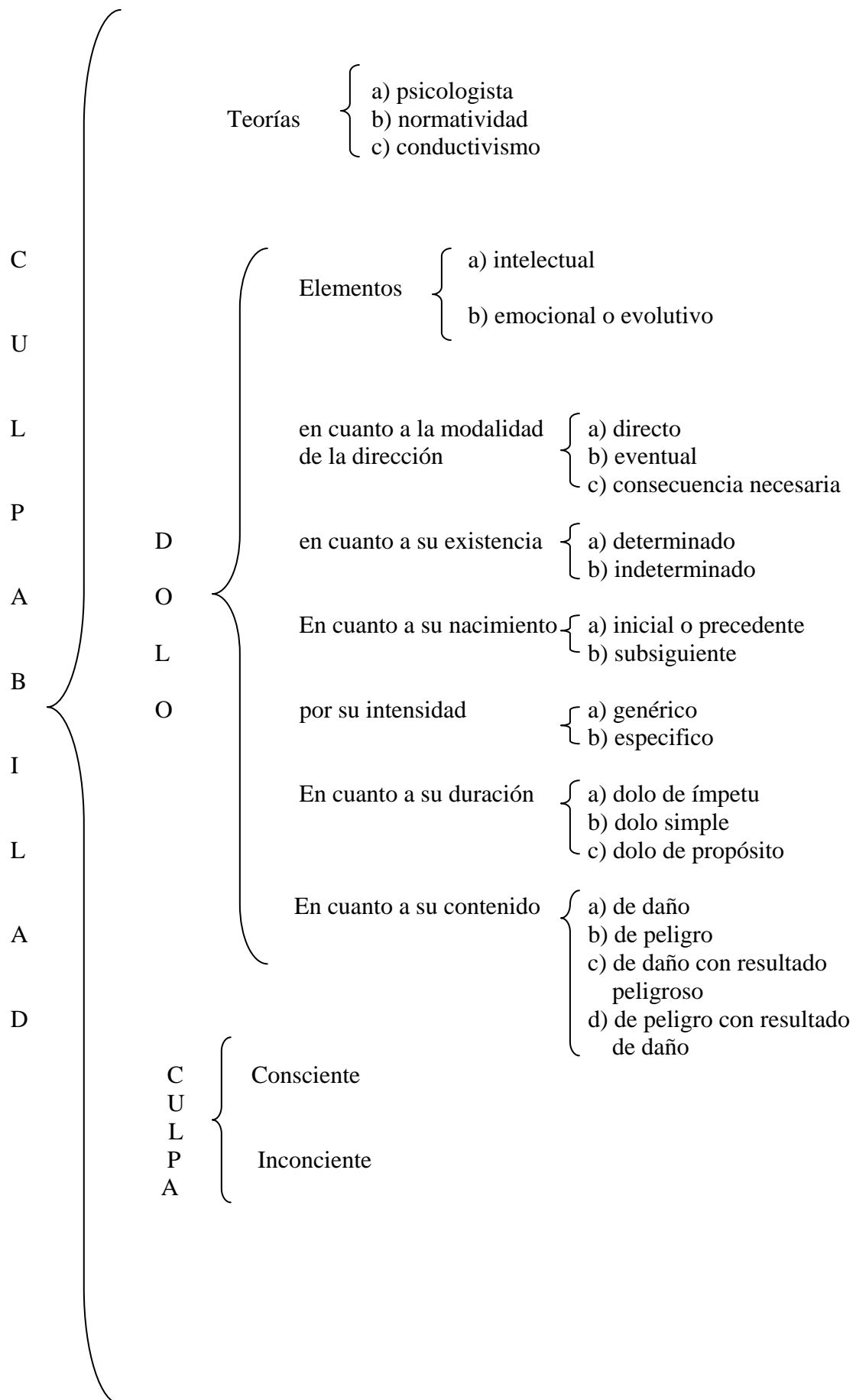
Miedo grave.

Temor fundado.

Clasificación de Jiménez mental. { Falta de desarrollo

{ Falta de salud mental.
Trastorno transitorio.





I
N
C
U
L
P
A
B
I
L
I
D
A
D

ignorancia o error {
a) error de derecho
b) error de hecho
c) error accidental

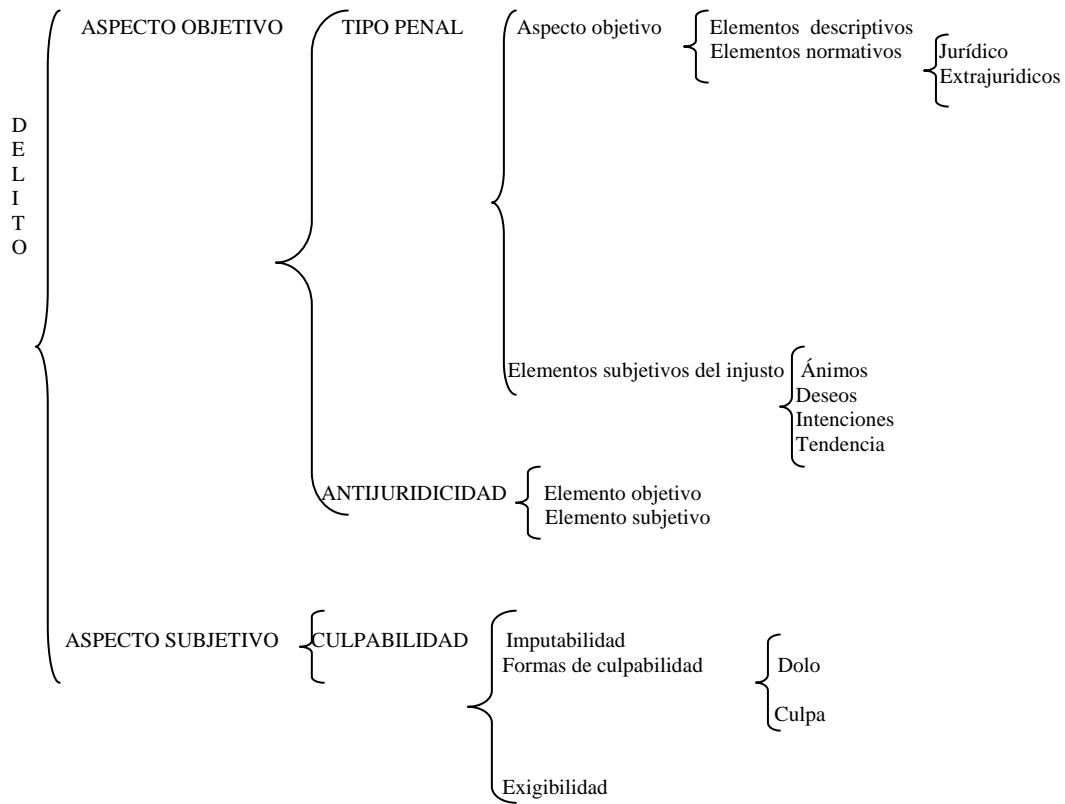
no exigibilidad de otro conducto

P
U
N
I
B
I
L
D
A
D

INCORPORACION
EN LA NORMA PENAL {
a) elementos subjetivos
b) elementos objetivos

EXCUSAS
ABSOLUTORIAS {
a) en razón de los móviles afectivos
relevados
b) en razón a la maternidad
Consciente
c) en razón de la temibilidad especí-
ficamente mínima relevada

LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN EL IRRACIONALISMO



GRAFICA DEL DELITO EN EL CAUSALISMO CLÁSICO Y NEOCLASICO

