



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA
ENCUBRIMIENTO POR RECEPCIÓN CULPOSO.
(ARTÍCULO 244 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL)**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
CALIXTO EMMANUEL PASTÉN AVILA

ASESOR: DR. EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT



MÉXICO, D.F.

2009.



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

“Nuestro hogar quedó sin tu presencia, pero tu esencia estará con nosotros y en la vida tu ejemplo a seguir.”.

Gracias a Dios Padre por haberme dado la vida, la fortaleza, la valentía y la humildad para ser quien ahora soy, gracias Padre por todo.

Dedico este trabajo a mi señor padre Don Manuel Pastén, por haberme enseñado a trabajar la tierra, tierra que es vida, nuestra vida. Gracias, por haberme forjado y ser un hombre de bien como siempre me enseñaste, por tus consejos para la vida, por este amor que te tengo, por la grande y profunda admiración hacia tu imagen, porque quiero llegar a ser un hombre como tú, nunca descansaré hasta conseguirlo. Gracias, muchas gracias.

A mi señora madre Doña Gregoria Ávila, por haberme dado la vida y haberme tenido en tu cuerpo nueve largos meses, en los que alimentaste a tu pequeño hijo con amor junto con mi padre Manuel Pastén, que arduamente trabajaron para que nada nos faltara, te amo, por tu apoyo, tus consejos, tu sabiduría y tus virtudes. A mis dos padres los amo con todo mi corazón. Gracias.

A mis hermanos Margarito (col), Pedro (pica), Mateo (matello), Guadalupe (cuca), Margarita (magos), Félix (chirga), Laura (lago), Alejandra (cone), Socorro (soco), por su apoyo, sus consejos, su amor y comprensión. Gracias porque de no ser por ustedes, no sería el hombre que ahora soy. Siempre voy a estar ahí cuando me necesiten, los amo. Gracias.

A mis sobrinos Iván, César, Memin, Dani, Nancy, Lucecita, Cuchito y Manuelito, por todos esos momentos tan lindos que hemos pasado en familia. Con la certeza que muy pronto serán grandes profesionistas, con todo mi amor para mis niños, recuerden que siempre estaré con ustedes cuando me necesiten.

A mis amigos y compañeros de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, por los inolvidables momentos.

A la Juez Silvia Carrasco Corona por su confianza, apoyo y amistad. Con el más humilde respeto y admiración. Gracias por sus invaluable consejos y haberme enseñado lo que ahora sé, así como forjar el profesionista y persona que ahora soy. Gracias.

Al Dr. Eduardo López Betancourt, mi más sincero agradecimiento, por el apoyo, observaciones y asesoría invaluable en la realización del presente trabajo, así como el apoyo otorgado a lo largo de mi estancia en la Facultad de Derecho.

A Silvia Ocaña, por ser una admirable profesionista y excelente mujer. Gracias por tu amor y apoyo, sin ti esto no hubiera sido posible, gracias por estar conmigo. Te amo.

Respetuosamente.

Emmanuel Pastén

ÍNDICE

TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA ENCUBRIMIENTO POR RECEPCIÓN CULPOSO. (ARTÍCULO 244 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL).

	Página
Introducción.....	I
CAPÍTULO I FUNDAMENTOS	
I. Comunicación y sociedad.....	2
A. Teoría sociología de Niklas Luhmann.....	9
B. La función del Derecho.....	14
II. El Derecho Penal de la sociedad.....	16
A. Sociedad.....	24
B. Norma.....	26
C. Persona.....	29
CAPÍTULO II SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO	
I. Fundamentos del sistema.....	40
A. Dogmática jurídico-penal.....	57
B. Ciencia jurídico-penal.....	59
C. Política criminal.....	66
II. Sistema clásico (causalista).....	67
III. Sistema neoclásico (causalista valorativo).....	70
IV. Sistema finalista (teoría de la acción finalista de Hans Welzel).....	76
V. Sistemas funcionalistas.....	80
A. Funcionalismo sistémico-normativo de Günther Jakobs... ..	87
B. Funcionalismo teleológico-racional de Claus Roxin.....	106
CAPÍTULO III TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.	
I. Teoría de la imputación objetiva.....	115
A. Acción.....	127

1. La acción-omisión.....	132
2. La omisión: el estado actual.....	133
B. El concepto de tipo.....	136
1. Realización del tipo objetivo mediante acción.....	137
2. Imputación objetiva y teoría de la equivalencia (<i>conditio sine qua non</i>).....	142
3. La causalidad como condición.....	145
4. Teoría de la adecuación e imputación objetiva.....	146
II. Imputación objetiva del comportamiento.....	148
1. Principio de riesgo permitido.....	149
a) Fundamentos.....	149
b) Ubicación sistemática.....	150
2. Principio de confianza permitida.....	151
3. Principio de prohibición de regreso.....	153
a) Posición de garante.....	153
b) Comisión por omisión.....	154
c) Infracción al deber.....	157
d) Posición de Harro Otto: consecuencias para la estructura del delito.....	158
e) Posición de Claus Roxin: la prohibición de regreso como problema de la teoría de la imputación.....	159
4. Concurrencia de riesgos. Competencia de la víctima.....	162
a) Creación de riesgos mediante diversas intervenciones.....	162
III. Imputación objetiva del resultado.....	167
1. Exclusión del tipo y actuación a propio riesgo.....	167
2. El obrar a riesgo propio.....	173
3. Realización del tipo subjetivo mediante acción: el dolo.....	174
a) El dolo como conocimiento.....	174
b) El dolo eventual.....	176
c) Posición de Enrique Díaz-Aranda.....	177
4. Realización del tipo subjetivo mediante acción: la culpa.....	188
a) Culpa y riesgo cognoscible.....	189
b) Riesgo objetivamente imputable.....	190

CAPÍTULO IV
ENCUBRIMIENTO POR RECEPCIÓN CULPOSO
A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

I. Antecedentes.....	193
----------------------	-----

II. Derecho comparado.....	195
a) México.....	196
1. Fuero Federal (artículo 400, fracción II, párrafo segundo, del Código Penal Federal).....	196
b) España.....	205
c) Alemania.....	231
III. Código Penal para el Distrito Federal (artículo 244 del Código Penal para el Distrito Federal).....	236
A. Cuestiones preliminares.....	236
1. Concepto jurídico-penal de acción.....	247
2. Omisión.....	249
B. Imputación objetiva del comportamiento.....	251
1. Riesgo permitido.....	251
2. Principio de confianza.....	252
3. Principio de prohibición de regreso.....	253
4. Concurrencia de riesgos. Competencia de la víctima.....	254
C. Imputación objetiva del resultado.....	255
1. Exclusión del tipo y actuación a propio riesgo.....	256
2. Realización del tipo subjetivo mediante acción: el dolo.....	258
3. Realización del tipo subjetivo mediante acción: la culpa.....	259
Conclusiones.....	261
Propuesta.....	265
Bibliohemerografía.....	267

INTRODUCCIÓN

La base de la teoría de la imputación objetiva ha sido encontrada en la *teoría de la adecuación social* de Hans Welzel, pues con esa teoría se pugnó indirectamente la creación de una categoría normativa dentro de *tipo objetivo*; en este sentido, la teoría de la imputación objetiva, no vino sino a reformular el *tipo objetivo*, ya que con la constatación de la imputación objetiva de un *resultado típico* se comprueba igualmente la conducta típica.

Sin embargo, la teoría de la imputación objetiva dice a quién le *compete* penalmente el *tipo objetivo*, no quién es propiamente *responsable* respecto del mismo.

La teoría de la imputación objetiva fue estructurada por **Claus Roxin** a comienzos de los años setenta, en que expuso los siguientes criterios normativos como *reguladores* del nexo causal: a) incremento o disminución del *riesgo permitido*; b) concreción del riesgo prohibido en un *resultado*, y c) el ámbito de protección de la norma.

Los anteriores presupuestos constituyen un *regulador normativo* para el *nexo causal*, en tal forma que la teoría de la imputación objetiva del resultado determina cuándo se ha colmado el tipo objetivo por alguna causa típica que ha *rebasado* los niveles de riesgo permitido, creando así un riesgo relevante e indispensable para la *producción de un resultado* que a la vez se encuentra bajo el *ámbito protector de la norma penal*.

Por otro lado, la teoría de la imputación objetiva no debe reducirse únicamente al campo de los delitos de resultado; es decir, además de servir la imputación objetiva como *regulador normativo del nexo causal*, puede conformar de modo amplio una teoría general de la imputación penal.

Ahora, **Jakobs** nos ofrece una completa teoría de la imputación objetiva totalmente novedosa, esto a partir de que la divide en dos niveles: **I.** Imputación objetiva del comportamiento y **II.** Imputación objetiva del resultado.

Por lo que corresponde a los fundamentos teóricos de la imputación objetiva —concretamente la imputación objetiva del comportamiento— diré que aquí se imputan los comportamientos defraudadores de expectativas sociales, los cuales se refieren a la persona portadora de un rol, de tal suerte que no son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de quien porta el rol; sin embargo, con ello no se quiere confundir al lector, con lo establecido por la *acción*, respecto de lo cual recordaré que únicamente aquello que es objetivamente imputable puede llegar a denominarse en sentido general: *acción*, pues aquí no se plantea la interrogante de si una acción se ha producido objetivamente imputable, sino, si un acontecimiento por se objetivamente imputable constituye una acción jurídico-penalmente relevante.

Ahora, tenemos tres casos —de manera genérica— de portadores de rol: *el autor, la víctima y terceros*; de quienes puedo señalar que según los roles que les competen o que han de desempeñar, ya sea solos o conjuntamente les compete objetivamente la conducta imputable por haber quebrantado su rol y haber respondido de manera deficiente a la norma, y por esta razón es susceptible de que tal conducta sea jurídico-penalmente imputable, y con ello se habla de competencia de la víctima o actuación a propio riesgo, toda vez que, si fue ésta última quien quebranto su rol; entonces, debe asumir el daño por sí misma; pero puede también darse el caso que todos estos se comporten con fidelidad al derecho y acorde a su rol, pues si se está en ésta hipótesis sólo quedaría como posible explicación que lo sucedido sea una cruel desgracia.

Desde antaño como hasta ahora siempre la preocupación de los pragmáticos jurídicos fue cómo hacer posible que todas las instituciones

dogmáticas, sean trasladadas a un sistema moderno de imputación penal racionalmente manejable en la práctica. A un gran cuestionamiento, una racional respuesta: bien es sabido —siguiendo la vieja metáfora— que el «derecho es vida y la vida cambia», por este simple, pero complejo argumento, es como fundamento mi tesis que ya no es posible seguir tratando de encontrar respuestas sistemáticas del delito en el sistema naturalista o finalista, o sea, encontrando en el delito datos de causalidad entre éste y de lesión de un bien jurídico, antes bien habría que encontrar lo esencial del sistema, que es: el quebrantamiento de un rol, que se traduciría en cuatro principios: **I. Riesgo permitido**, **II. Principio de confianza**, **III. Prohibición de regreso**, y **IV. Competencia de la víctima**.

Emmanuel Pastén Avila
Enero de dos mil nueve.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS

CAPITULO I FUNDAMENTOS

Sumario: I. Comunicación y sociedad. **A.** Teoría sociológica de Niklas Luhmann. **B.** La función del Derecho. II. El Derecho Penal de la sociedad. **A.** Sociedad. **B.** Norma. **C.** Persona.

I. Comunicación y sociedad.

Todo ente destinatario de comunicación que tome seriamente el estudio de su disciplina —concretamente todo jurista— debe tener como mínimo de conocimiento los fundamentos o instituciones dogmáticas, pero no sólo este conocimiento debe quedar en eso, sino, conocer la estructura filosófica de su parcela de estudio; en caso contrario se estaría frente a profanos del Derecho.

En la actualidad, prácticamente nadie quedaría satisfecho, si en el terreno de alguna disciplina o parcela del conocimiento humano fuera ofrecida una argumentación final derivada de principios de una sola relación estructural del estado posicional de las categorías supremas de algún sistema que de manera unilateral considere acabado.

Miles de páginas se han escrito a lo largo de la historia para explicar la realidad desde el enfoque filosófico —como es su tarea fundamental—, pero los esfuerzos realizados por grandes pensadores de la humanidad no han sido en vano. Las construcciones de **Platón** y **Aristóteles**; **Descartes** y **Leibnitz**; **Kant** y **Hegel**, son sistemas filosóficos que desde que aparecieron, la humanidad o un gran sector de ésta los consideran como productos filosóficos del espíritu, por lo que se ha visto en ellos *la esencia de la filosofía*.

Sin duda, la filosofía está íntimamente ligada a la teoría del conocimiento, a tal grado que se estima a la teoría del conocimiento como una disciplina filosófica. La palabra filosofía procede del idioma griego y es entendida como *amor a la sabiduría*, concretamente, como voluntad de saber, deseo de conocimiento. Evidentemente la definición de filosofía que se anotó, no es suficientemente concreta, por lo cual resulta amplia y general. Para encontrar una definición esencial, se debe seguir otro método. Existen varias opciones para llegar a la esencia del tema en estudio, uno sería hacer un análisis comparativo entre las distintas definiciones que han proporcionado los filósofos a lo largo de la historia, pero este método no es válido. A manera de ejemplo: basta analizar la definición que ofrece tanto **Platón** como **Aristóteles**, quienes consideraron a la filosofía como *ciencia*. En la Edad Moderna **Cristian Wolff** indicó que la «filosofía es la ciencia de los posibles, en tanto que pueden existir».

Los sistemas de **Platón y Aristóteles; Descartes y Leibnitz; Kant y Hegel** se presentan —a pesar de sus diferencias— como tendencias a la *universalidad*, es decir, como una orientación a la totalidad de objetos. Un segundo rasgo que se agrega es la actitud del filósofo, además de ser *universal* es *intelectual*, concretamente es una actitud del *pensamiento*; de lo que se advierte se trata de un espíritu *cognoscente*, por ello, las notas características de la filosofía son: 1. La orientación a la totalidad de los objetos y 2. El carácter racional o cognoscitivo de esta orientación.

Platón —quien fuera discípulo de **Sócrates**— desarrolló el pensamiento de su maestro dirigido a la edificación de la vida humana sobre la base de la reflexión, del saber; empero, **Platón** fue más allá, no sólo al dirigir el pensamiento a objetos prácticos, valores o virtudes, sino, al conocimiento científico. Con **Kant**¹ se regresó a la estructura platónica, y se retoma el carácter de autorreflexión, de

¹ Con más detalle véase: WELZEL, Hans. Introducción a la filosofía del derecho. (*Derecho natural y justicia material*). Trad. González Vicen, 2ª ed. Edit. Aguilar/Madrid, 1979. pp. 175, 176 y ss.

autoconcepción del espíritu: se presenta como fundamentación crítica del conocimiento científico.

En el siglo XIX con el idealismo Alemán se recuperó la concepción Aristotélica, con **Hegel** y **Schelling**. **Hegel** —por lo que toca a la Filosofía del Derecho— puso de relieve el problema ético-social al renovar la cuestión primaria del Derecho natural². Casi de manera similar surgió una completa desvaloración de la filosofía, la cual tomó gran auge con el materialismo y el positivismo, por un lado; y por otro, condujo a la renovación kantiana del pensamiento; corriente que se hizo en llamar: «neokantiana».

Ahora bien, trazar líneas temporales entre las distintas fases en que se vio la evolución del pensamiento jurídico-penal, apenas es posible; sin embargo **Bernd Schünemann**, afirma que el neokantismo se ubicó en un periodo, el cual dominó hasta 1930. Después de que dominó el naturalismo en Derecho Penal, con la primera edición del Tratado de **von Liszt** en 1881, poco después de ese año, casi en el siglo entrante, se abrió una nueva vertiente en el pensamiento jurídico-penal. Este periodo de la dogmática penal, se vio fuertemente influido por la *filosofía neokantiana*, con la cual se dio a conocer una nueva perspectiva: «del ser no se deriva ningún deber ser», es decir, por ningún motivo se pueden encontrar lineamientos normativos para que se pueda dar un análisis valorativo de la realidad por medio de un razonamiento empírico.

La dirección filosófica neokantiana del derecho, se entiende desde dos enfoques: a) La escuela perteneciente al «neokantismo de Marburgo» y b) La escuela del «neokantismo de Baden o sudoccidental».

En principio cabe preciar que toda sociedad moderna, se encuentra conformada por normas que regulan la conducta de personas unidas en ese sistema, por lo cual no se podría imaginar sociedad alguna que no se encuentre

² Más información: Ídem. pp. 182 y ss.

comunicada, por ello, las personas se comunican a través de normas, las cuales ordenan o prohíben acciones. Al respecto, resulta importante centrar el estudio en torno a la **comunicación instrumental y personal**. La comunicación es el último elemento concreto de los sistemas sociales, este elemento u operación se presenta por la síntesis de tres selecciones: 1. Emisión o acción de comunicar, 2. La información que es objeto de aquella comunicación, y 3. El acto de entender la diferencia entre los dos anteriores.

Las comunicaciones que se producen entre las personas, son comunicaciones individuales, y éstas, a su vez, se construyen en una red de comunicaciones, la cual define a la unidad del sistema social; por ello se aduce que la comunicación es también la operación que construye dichas operaciones individuales como elemento de los sistemas sociales. De esta manera, se afirma que la sociedad utiliza la comunicación como un método particular de reproducción autopoietica, esto es, que la comunicación es autopoiesis de un determinado sistema social. Las operaciones de un sistema social son las comunicaciones que se reproducen con base en otras; concretamente se busca la unidad del propio sistema, en tanto no se encuentren comunicaciones fuera de éste sistema. En otras palabras, todos los sistemas autopoieticos se caracterizan porque las operaciones esenciales que llevan a la producción de otros elementos nuevos, dependen de las operaciones anteriores y configuran el presupuesto para las ulteriores, lo que constituye la base de la autonomía del sistema en cuestión, y permite distinguirlo de su entorno.

Por ejemplo: un sistema vivo (ser humano), aunque la reproducción de los elementos utilice materiales externos al sistema, las operaciones que lleva a cabo la producción de una célula nueva —en el caso de una herida— son específicamente internas, jamás esa operación se presenta en forma externa del sistema. Esto también puede ser válido para otros sistemas autopoieticos; (sistema social). Las comunicaciones nuevas son el resultado de comunicaciones anteriores y éstas son el presupuesto de las ulteriores. La unidad de un sistema

social se encuentra constituida por la conexión de comunicaciones y no por el nexo de causalidad de los procesos psíquicos de las conciencias, esto es, la sociedad es la única que se puede comunicar; sin embargo, un sistema social que no fuera capaz de producir nuevas comunicaciones, de manera necesaria, estaría condenado a desaparecer como sistema, a pesar de que las conciencias continuaran construyendo unidades de pensamientos relativos a comunicaciones anteriores, sin que sean expresados y sin que sean comprendidos y entendidos por los demás.

La comunicación es el elemento fundamental de todo sistema social, por ello, no existe sistema social que no tenga como elemento u operación la propia comunicación y contrariamente, no existe comunicación fuera del sistema social, debido a que toda comunicación es una operación interna de la sociedad; por lo expuesto, se comparte la opinión de **Bernd Schünemann** y **Claus Roxin** de crear un sistema abierto de conceptos, pues si se tratara de construir un sistema social cerrado, se encontraría precisamente «cerrado» respecto del entorno, es decir, no se recibiría información externa. Por otro lado, si mediante la operación de la comunicación se encuentra abierto al entorno, en la inteligencia de que se puede observar lo que sucede en su propia periferia, entonces, el propio entorno se construye comunicativamente como información. Así, todo lo que no entra dentro de la categoría «comunicación», es objeto de observación dentro del sistema social y se transforma en tema de comunicación, por lo cual, en la sociedad se presentan comunicaciones y estructuras que permiten ulteriores comunicaciones, no obstante, los sistemas psíquicos no son parte en el sistema, sino parte del entorno del sistema social.

En primer lugar resulta necesario delimitar el problema de la comunicación, concretamente lo que se llega a describir son las comunicaciones individuales, por ello la comunicación es un proceso que se da entre personas que conviven en el sistema social. ***La comunicación que expresa el delincuente, como «sujeto» versus persona, como desigual a los demás, se encuentra contradicho con***

la aplicación de la pena, este tipo de comunicación aparece no como comunicación personal, sino como comunicación instrumental. Frente a este tema **Günther Jakobs**³ intenta definir este último tipo de comunicación: la «comunicación puede servir a alguna finalidad o no, pero, en todo caso, el participante no se encuentra obligado a nada; por tanto, esa comunicación tampoco es personal. Esta comunicación es comparable al trato con una maquina, ésta no tiene derecho a ser utilizada de forma correcta», lo que significa que frente a ésta, la comunicación personal es algo más que un objeto calculable, se habla de una persona ubicada en el plano del Derecho, y es ubicada porque así se ha determinado, ya que en la comunicación que se dé a través de las normas de Derecho se le considera como un ente unido al contrato social, al sistema social; quien se encuentra precisamente unido, ya que así lo ha querido o por alguna otra razón, pero siempre existirá alguna.

Ciertamente **quien de forma abierta hace una evidente negación de su racionalidad o adscripción a la comunicación normativa, o de otra forma que manifieste una identidad exageradamente independiente a las condiciones jurídicas del sistema, ya no podría ser tratado de manera razonable como persona en Derecho**, ello no significa que una vez ocurrido eso, ya no se le seguirá considerando como persona, pues lo que se quiere decir, es que ya no podrá ser tratado razonablemente como tal, al menos en ese momento. Si bien en la **comunicación instrumental** las personas no pueden sacar del sistema a otras; sin embargo, a nadie se podrá asegurar que por siempre todas las personas se entiendan recíprocamente como iguales, como personas.

Ahora, respecto de la **comunicación personal** se dice que desde la perspectiva del sistema social no son las personas quienes la fundamentan, sino por el contrario, es la comunicación personal la que tiene como tarea definir a los individuos como personas. De esta manera se afirma que las personas son estructuras del sistema autopoietico social, no obstante, éstas no son a su vez,

³. JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Traducción Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Editorial Civitas, Madrid, 1996. pp. 70 y ss.

sistemas psíquicos o seres humanos completos. Por otro lado, la anterior tesis no debe entenderse en sentido totalizador, en torno de la separación entre la comunicación personal e instrumental, y por supuesto la relación que guardan entre ellas. Pero lo que en realidad importa para los efectos de este precario esbozo teórico, se encuentra en el campo de las normas jurídicas, debido a que ***el Derecho se establece o configura únicamente para aquellos que se encuentran caracterizados como personas.***

A. Teoría sociológica de Niklas Luhmann.

Niklas Luhmann es considerado el gran teórico sociológico de fines del siglo XX. Estudió Derecho en la Universidad de Freiburg, Alemania. En 1960 y 1961, estudió Administración y Sociología en Harvard, donde recibió la influencia de **Talcott Parsons** y su teoría de los sistemas. De regreso en Alemania (1962-1965), participó en el Instituto de Investigaciones de la Escuela de Altos Estudios de Ciencias de la Administración Speyer. En 1966 recibió su Doctorado y su Habilitación por la Universidad de Münster, Alemania. En 1969 fue el primer profesor llamado a la recientemente fundada Universidad de Bielefeld, en la que permaneció hasta 1993, en que fue nombrado profesor Emérito de esa Universidad.

Luhmann es uno de los autores que más ha contribuido al desarrollo de la teoría sociológica, sus esfuerzos se orientaron a la construcción de una teoría capaz de dar cuenta de la sociedad y de la gran variedad de fenómenos sociales que tiene lugar en su seno. La envergadura de la misión teórica de **Luhmann** lo llevó a escribir casi sesenta libros. En 1997 vio publicada la obra que constituyó su proyecto de trabajo durante casi treinta años: «*Die Gesellschaft der Gesellschaft*» “La sociedad de la sociedad”, precisamente en la introducción, recuerda que en 1969 al incorporarse a la Facultad de Sociología de la Universidad de Bielefeld, se le pidió que indicara el proyecto de investigación que planteaba llevar a cabo, e indicó: «Tema: elaboración de una teoría de la sociedad; Duración: treinta años; costo: ninguno».

En la elaboración de la teoría de la sociedad, se encontró que la teoría de los sistemas en boga era insuficiente para una tarea de tal complejidad. Las construcciones de **Parsons** de intentar comprender a la sociedad como un sistema abierto, y al mismo tiempo como el sistema de los sistemas, resultó insatisfactorio, por ende, la conclusión fue que la teoría de los sistemas no estaba lo suficientemente desarrollada para enfrentar con ella a los sistemas de sentido,

que como los sistemas sociales, ofrecía una complejidad mayor que la que podía absorber el instrumental teórico disponible, con lo cual se hizo necesario construir la teoría de los sistemas sociales, inspirada en los más modernos avances conceptuales en distintas disciplinas, para luego aproximarse con su ayuda a la sociedad moderna y sus subsistemas sociales.

La teoría de los sistemas de **Luhmann** es una construcción de un nivel de complejidad adecuado para la comprensión de sistemas sociales que –como la sociedad moderna- implican grados muy elevados de complejidad. Si se sigue la ley de variedad, tenemos que un sistema es siempre menos complejo que su entorno, pero debe ser capaz de referirse a éste al reducir su complejidad y asumir suficiente variedad de estados y definir los estados del entorno; por tanto, una teoría sociológica deberá ser suficientemente compleja como para dar cuenta de los sistemas complejos. Si la teoría no lo fuera correría el riesgo de sobresimplificar su objeto de estudio.

Luhmann inició su trayectoria académica en un momento en el que la ambición por elaborar una gran teoría era criticada por quienes, como **Robert Merton**, sostenían que antes de pretender contar con una teoría universal de los fenómenos sociales, la sociología debería avanzar en el conocimiento de la realidad social con teorías de alcance medio. Estas teorías, al enfocar la atención sobre ámbitos específicos y delimitados de lo social –tales como la desviación, la estratificación, los grupos, etc.- permitirían acumular conocimiento empíricamente fundado, el que se podría integrar a una teoría de mayor alcance, cuando las condiciones de acumulación y coherencia teórica lo hicieran posible.

Es precisamente en la teoría de **Merton**, -su concepto de *equivalencia funcional*- que **Luhmann** encontró el instrumento conceptual adecuado para flexibilizar el estructural-funcionalismo de **Parsons**. El concepto de función inherente al esquema de los *prerequisitos funcionales* de **Parsons** era una suerte de efecto a ser logrado. Con apoyo en **Merton**, **Luhmann** afirmó que *una función*

no es un efecto a ser logrado, sino un esquema regulador de sentido, que organiza un ámbito de comparación de efectos equivalentes. ⁴

Un concepto central del pensamiento luhmaniano es tomado el biólogo **Humberto Maturana**: se trata de la autopoiesis. Un sistema autopoietico es una red de producción de componentes que produce sus propios componentes. Para que esto pueda ocurrir, el sistema debe ser capaz de operar de manera autorreferente, distinguir lo propio de lo ajeno. Otra condición de la autopoiesis es la clausura operacional: nada proveniente del exterior del sistema pasa a constituirse en elemento del mismo. Los sistemas autopoieticos generan sus elementos por medio de operaciones internas sin importar los del entorno. El rechazo con el que el sistema inmunológico responde a los trasplantes de órganos, demuestra la capacidad del organismo de reconocer los elementos que él ha hecho y de reaccionar ante el intento de incorporarle componentes que han sido elaborados por él. Las células de las que está formado un organismo biológico han sido producidas por él mismo, en total autonomía respecto de su ambiente; ello no significa que el sistema pueda vivir con prescindencia de su entorno, por el contrario, el sistema se mantiene permanentemente adaptado al ambiente, lo que **Maturana** llamó *acoplamiento estructural*.

Luhmann encontró en el trabajo de **Maturana** los conceptos adecuados para expresar de manera precisa, las características de los sistemas sociales. Pues bien, no se trata de la simple importación a la sociología de conceptos elaborado en el seno de la teoría biológica. Para hacer una efectiva apropiación de la conceptualización, es necesario adaptarla a los sistemas sociales y determinar sus condiciones de aplicabilidad.

Un sistema autopoietico es el que produce sus propios componentes, por tanto, es necesario reconocer los elementos que forman los sistemas sociales y que son creados por los mismos. Estos elementos deber ser propiamente

⁴ En este punto, cabe referir que un sistema surge en la reducción de la complejidad, y de este modo, la complejidad no es un peligro ni un dificultad para el sistema, sino su condición de posibilidad.

sociales, pasajeros y permitir que se establezcan conexiones entre ellos, para formar una red que los produzca. **Luhmann** consideró que la comunicación cumple con estos requisitos:

- a) La comunicación es social, dado que necesita de, al menos, dos personas para producirse.
- b) La comunicación es pasajera, apenas comienza, también empieza a desvanecerse, y
- c) La comunicación al dejar puentes, tiene conexiones con otras comunicaciones que permiten continuar con la autopoiesis del sistema social.

La comunicación no es una acción, tampoco una acción comunicativa, sino un evento diferente que requiere de la participación de más de un actor para tener lugar. En el concepto elaborado por **Luhmann**, la comunicación es la síntesis de tres selecciones:

- a) La selección de una información, en que **Alter** decide cuál de las distintas alternativas de información de que dispone va a seleccionar: *qué voy a informar, qué voy a decir*.
- b) La selección de una expresión o acto de comunicar, en que **Alter** opta por una forma de expresar la información: *cómo lo digo*.
- c) La selección de una comprensión/incomprensión, en que **Ego** elige una de las posibilidades de comprensión o incomprensión de lo que **Alter** le ha transmitido. En este acto, **Ego** diferencia entre la información y la expresión: *qué entiendo*.

Una crítica frecuente a la teoría de **Luhmann**, consiste en señalar en que deja fuera al ser humano, dado que considera que los sistemas sociales no están

compuestos de seres humanos, sino de comunicaciones. Al respecto, conviene precisar que en esta teoría se deja al ser humano toda su complejidad, que no queda reducida a la de un componente que debe someterse a la autopoiesis del sistema del que es elemento. Por otra parte, las comunicaciones no pueden tener lugar con prescindencia de los sistemas psíquicos, a los que están estructuralmente acopladas. La comunicación constituye el nivel de emergencia de lo social, así como la célula lo es de lo biológico. No puede haber sistemas biológicos, que no cuenten con moléculas o átomos, pero lo que caracteriza a lo biológico, la vida emerge en el nivel celular.

B. La función del Derecho.

El Derecho forma parte de los sistemas de control social, para obtener determinados comportamientos de los individuos que interactúan en sociedad, de esta forma el Derecho expresado en *normas jurídicas* impone deberes o confiere derechos.

El Derecho Penal, particularmente comporta, una forma mucho más específica dentro del sistema conformado por mecanismos de control social, cuya funcionalidad radica en obtener determinados comportamientos de los individuos que interactúan dentro de ese conglomerado social, así procura que la realización de esa finalidad sea alcanzada mediante la declaración de hipótesis normativas que definen determinados *comportamientos desviados*, que si se actualizan esos supuestos normativos, comportaría pues una consecuencia jurídica.

Explicado lo anterior, entonces estamos autorizados para determinar que las otras sanciones (éticas o morales) no se manifiestan de la misma manera que las sanciones del Derecho Penal, dado que las sanciones de este último instrumento se ajustan a un procedimiento específico.

Enrique Bacigalupo explica que en la terminología moderna, el Derecho Penal, junto con los otros instrumentos de control social mediante sanciones, forma parte del *control social primario*, por oposición al *control social secundario*, que trata de internalizar las normas y modelos de comportamiento social adecuados sin recurrir a la sanción, ni al apremio (por ejemplo, el sistema educativo).

De esta manera resta señalar que las normas penales, principalmente, comporta un deber jurídico o dicho mejor aun, un *deber jurídico penal*, entendiendo por éste, a *la prohibición o el mandato categórico contenido en un tipo legal*. Así un deber jurídico penal tiene dos *enunciaciones hipotéticas*

normativas distintas: la primera es una *prohibición*, es decir, es un *deber jurídico de abstención*; en tanto la segunda es un *mandato*, lo que es lo mismo un *deber jurídico de actuar*.

Pues entonces, se trata de un elemento valorativo, del tipo legal, enunciado en forma de prohibición o en forma de mandato. En los tipos de omisión, definidos en los términos de la acción omitida, parece conveniente enunciar el deber como un mandato; en tanto que en los tipos de acción, *stricto sensu*, lo mas adecuado es enunciarlo en los términos de la prohibición.

Se sigue, que el Derecho Penal no contiene imperativos dirigidos al particular, sino establece *deberes impersonales*, pues se reitera su funcionalidad radica en calificar situaciones y acontecimientos como no deseados.

Para **Hans Welzel** la tarea del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos mediante la protección de valores ético-sociales elementales de acción, o lo que es lo mismo, que la protección de bienes jurídicos puede comenzar con la aparición de una conducta con un fondo de *disvalor*, pero sin que se haya concretizado un peligro al bien jurídico. Si la conducta es peligrosa, dependería de la voluntad del autor en relación a la resultancia de esa conducta: lesión: deterioro, disminución o destrucción, o puesta en peligro del bien jurídico y no dependería pues, de la real resultancia próxima al bien jurídico.

En este sentido **Jakobs** argumenta que 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 social...En esta concepción la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye el mantenimiento mismo...Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa una autocomprobación.

II. El Derecho Penal de la sociedad.

De lo que se ha denominado las vías de control administrativo preventivo, surge la actuación preventivo-policial que cumple, en buena medida, funciones de vigilancia e inspección. De esta manera los aparatos estatales, estructuran lo que se conoce como un Estado «de la prevención», un Estado «vigilante», lo cual significa un Estado que asume nuevas funciones de inspección y vigilancia, que hace permanente acopio de información que puede resultar relevante».⁵

Lo anterior, trajo consecuencia a la «sociedad del riesgo» o «sociedad de la inseguridad» lo cual conduce a un «Estado vigilante», donde cumple con una función preventiva, y las esferas jurídicas de los individuos se ven traspasadas, es decir, que la barrera que existe entre el Estado y éstos sufre una intervención sustancial de parte del primero en relación con los segundos. Tales tareas de inspección, pueden ser tomadas como de «rutina», esto es, para que el Estado realice la función preventivo-administrativa, no tiene que justificarse que exista un indicio ya sea concreto o abstracto de peligro en el orden administrativo-policial. Este procedimiento de inspección, es realizado en las sociedades postindustriales, que sirven para fomentar el fenómeno que se vive en la actualidad: la liberación y globalización económica, datos característicos de este tipo de sociedades y que siguen esta tendencia a un «Estado de la prevención».

Por su parte, los procedimientos de inspección que realiza el Estado pueden seguir criterios sobre la gestión de riesgos y también en relación a los bienes jurídicos merecedores de gran protección. Al respecto **Jesús María Silva-Sánchez** comenta: «pueden determinarse cuatro fases en el alejamiento progresivo con respecto de los objetos de protección»:⁶

⁵ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª Edición, Revisada y ampliada, Editorial Civitas, Madrid, España, 2001. página 137.

⁶ *Ibidem*, páginas 139, 140 y ss.

En la *primera*, la pretensión de evitación de la lesión de un interés personal o patrimonial da lugar a la descripción de conductas lesivas, concretamente peligrosas o incluso abstractamente peligrosas para éstos, por lo cual, éste ha sido el ámbito de la progresiva extensión del Derecho Penal.

La *segunda* se caracteriza por el entorno típico de tales conductas peligrosas mediante la descripción de contextos en los que genéricamente se podrían producir los referidos comportamientos. A estos contextos se pueden reconducir buena parte de los denominados bienes colectivos. La lesión o puesta en peligro concreto e incluso abstracto de estos contextos típicos es, en ocasiones, objeto de protección administrativa, y de modo crecientemente importante, también de protección penal.

En la *tercera* fase, se trata de establecer indicadores (indicios) de los que cabría derivar hipotéticamente la posible concurrencia de riesgos para uno de esos contextos típicos, ya sea por una acción aislada, o en todo caso, por la acumulación de las conductas de quienes operan en un determinado sector de actividad. Estos indicadores son los que suelen establecer la normativa administrativa como presupuestos de la aplicación de aquellas de sus sanciones que no se encuentran vinculadas a peligros reales (ni abstractos, ni concretos), sino, a peligros probables o formales. A esta situación de peligro formal o presunto podemos denominarla también vulneración del «orden de policía» y a ella se conectan los procedimientos administrativos sancionadores de infracciones formales. La apreciación de indicios de que concurran algunos de tales indicadores permitiría a la administración iniciar un procedimiento sancionador.

Respecto de la *cuarta* fase, aunque no exista sospecha concreta alguna sobre la concurrencia de los referidos indicadores, se puede iniciar el «procedimiento administrativo de inspección».

Precisado lo anterior, quedaría una cuestión: si el mero funcionamiento de la actividad de inspección del Estado de protección se viera afectado o perturbado, ¿consistiría en sí misma una lesión o puesta en peligro sumamente importante para un bien jurídico-penal, o -en palabras de **Jakobs**- si tal situación comportaría una lesión o puesta en peligro de una norma que pertenece a la identidad normativa de la sociedad?⁷. Al respecto, **Jakobs**, comenta que este tipo de situaciones se prevén en los casos de *responsabilidad por el peligro de un comportamiento futuro*.

En los últimos años en Alemania se ha desarrollado una discusión en torno a los problemas que suscita la anticipación de la tutela penal, esto como un signo de desarrollo del moderno Derecho Penal. Los detractores de esta tendencia han criticado, muy particularmente, el carácter político-criminal, que de igual manera ha tenido eco en Alemania, la importancia que tiene el modelo sociológico de la llamada: «sociedad del riesgo», que pudiera intervenir en las transformaciones o modificaciones del Derecho Penal.

El modelo teórico sociológico de «la sociedad del riesgo», fue desarrollada fundamentalmente por el sociólogo alemán **Ulrich Beck**⁸. Esta concepción sociológica se incorporó poco a poco en el desarrollo del Derecho, no exclusivamente en el campo penal, sino también en otras disciplinas de la ciencia jurídica. La controversia fundamental del tal modelo sociológico y su posible impacto en la disciplina penal, enfoca su atención de los detractores de esta concepción en el aspecto -quizá el más importante, pero no el único- que amplía las fronteras del Derecho Penal en relación a lo punible, tal orientación se agudiza cuando resalta el aspecto de la «prevención frente a situaciones peligrosas» y sobre todo en el giro que ha sufrido el papel del Derecho Penal, en torno al manejo de la «solución de conflictos y control social».

⁷ En este sentido confróntese JAKOBS, Günther. *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*. En **Estudios de derecho penal**. Traducción Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997.

⁸ Excelentes construcciones en BECK, Ulrich. **Políticas ecológicas en la edad del riesgo. antídotos. la responsabilidad organizada**. Traducción Martín Steinmetz. El Roure editorial, Barcelona, España, 1998.

Con ello se amplía la tarea del control penal de conflictos, es decir, tal orientación se caracteriza por un aumento en la intervención penal en las esferas jurídicas de los individuos para la prevención de creación de riesgos. La caracterización o configuración de la «sociedad del riesgo», permite su delimitación, ya que al hablar de ésta se amplían las posibilidades para referirse a muy variados modelos que comparten entre sí, determinadas características.

Este modelo encuentra su ámbito en las sociedades postindustriales, en las que el enorme desarrollo tecnológico no necesariamente preside -pero sí en gran medida- implicaciones negativas en las que se amenaza al conglomerado de los individuos, ya que es un factor determinante para la aparición o creación de «nuevos riesgos». Se han establecidos tres aspectos definitorios de la configuración de la sociedad del riesgo: El *primero*, es el ***cambio de potencial de los peligros actuales***, en relación al de otras épocas, en los que se destaca que la actual sociedad es propensa a crear nuevas y potenciales situaciones creadoras de un riesgo, de tal suerte que se amenaza con desastres naturales, en los que la participación de la actividad del hombre es de suma importancia para la creación de esas situaciones, lo que ha llevado a calificarlas como «Artificiales».

Tales riesgos, no son de pequeña magnitud, sino que son de grandes dimensiones que se manifiestan como una amenaza a un número indeterminado de personas que incluso, se podría decir que amenazan la existencia de la humanidad, ya que éstos al tratarse de «grandes riesgos tecnológicos» (por ejemplo: manejo, explotación y experimentación ligados a la energía nuclear, productos químicos, tecnología genética, entre otros) supone, «probabilidades de autodestrucción colectiva».⁹

⁹ «En lo que aquí concierne, se trata de que las decisiones humanas que desencadenan peligros que tienen consecuencias las cuales, eventualmente pueden potencialmente afectar a todos en casos límite, al tomar en cuenta que la ausencia de fronteras en la amenaza supone la posibilidad de hablar de *peligros globales en la sociedad global*, lo que justificaría, entre otras cosas, hablar de «sociedad de riesgo mundial». MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Editorial, Civitas, Madrid, España, 2001. Páginas 26, 27 y ss.

La creación de estos riesgos como signo de la modernización, son consecuencias secundarias «*Nebenfolgen*» de ese progreso tecnológico o «grandes riesgos tecnológicos» que muy frecuentemente constituyen efectos indeseables o simplemente no previsibles del actuar humano, es decir, dichas consecuencias accesorias no han sido perseguidas con ese fin, sino, comportan consecuencias secundarias de orden social, lo que **Ulrich Beck** denominó: *el potencial político de las catástrofes*.

Seelmann sobre este punto indica que si tales riesgos industriales o peligros artificiales de grandes dimensiones pueden ser calculados; entonces, se encuentra ante la posibilidad de que tales situaciones sean prevenidas, y por tanto, controladas, pero en contraposición se encuentran los detractores de esta postura, quienes consideran que si no son calculados y prevenidos entonces se estaría expuesto a un *cataclismo natural*.¹⁰

Ahora, visto ya desde el plano jurídico **Beck** comenta¹¹ - es que estos nuevos riesgos entendidos al contrario de lo que ocurría con los «riesgos tradicionales» de la sociedad industrial primaria no serían imputables según las reglas de la causalidad, culpabilidad y responsabilidad, ni siquiera serían, susceptibles de ser objeto de seguro.

El *segundo* es **la complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad**. Esto trasladado al ámbito penal encuentra lo que se denomina «Derecho Penal de la Seguridad», el cual se encuentra inmerso en una «sociedad del riesgo» o una «sociedad de la inseguridad». Si se parte de la idea que el riesgo afecta de modo involuntario a las personas, pero tal situación siempre tiene su origen en una decisión humana, esta situación es llamada de

¹⁰ En este sentido «Beck resalta como diferencia esencial entre estos nuevos riesgos y las catástrofes y peligros anteriores a la industrialización, el hecho de que éstos últimos se concebían como algo que sólo podría ser imputado al destino, a la naturaleza o a los dioses. Ahora en cambio, la decisión que parte del ámbito técnico-económico y la ponderación de beneficios hace que surja la cuestión de la *imputación y atribución de responsabilidad por las consecuencias indeseadas*, tanto a las personas singulares como a las empresas o las autoridades administrativas implicadas». Mendoza Buergo Blanca. *Op cit.* (nota 9) páginas 27 y 28.

¹¹ Más consideraciones en este sentido, LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Título en alemán: *Soziologie des Risikos*. Traducción Javier Torres Nafarrete. U. Iberoamericana/U. Guadalajara. México, 1992.

«irresponsabilidad» que se produce en unos casos como resultado de muy variadas acciones individuales: «acciones individuales de carácter colectivo», por ejemplo: la contaminación atmosférica. Esta divergencia entre la producción del riesgo y la afectación (lesión o peligro de lesión) como consecuencia del mismo, se encuentra expresado en las sociedades funcionalmente diferenciadas.

El conocimiento de lo que llama: riesgos, encuentra su ampliación en la conceptualización «la sociedad del riesgo» y ésta a grandes rasgos «supone que en la sociedad moderna, las personas producen para sí mismas su propio peligro, en muchos casos a través de ciencias avanzadas, de manera que los riesgos son desconocidos e incluso no cognoscibles»¹². El importante desarrollo industrial y tecnológico de nuestra sociedad mundial hace que se vuelva casi imposible de comprender por completo mediante el entender humano, lo que lleva a suponer que el futuro de la sociedad se vuelva «imprevisible».

El *tercer* elemento característico de la sociedad del riesgo, supone **una sensación de inseguridad subjetiva**. De acuerdo con la caracterización sociológica de la «sociedad del riesgo» que propone el sociólogo alemán **Felix Kaufmann**¹³, la que parte de una sociedad en la que los individuos que la conforman se encuentran mucho más seguros, pero que paradójicamente tienen una **creciente sensación subjetiva de inseguridad**.

Resulta pertinente destacar, que la demanda de los individuos hacen es específicamente normativa de seguridad, en la que no se busca una protección objetiva en relación con los riesgos, sino de la demanda que abarca la posibilidad de asegurar, además de esa protección, la confianza o seguridad, de tal suerte que se llegue al convencimiento de sentirse libre de toda clase de temores. La complejidad tecnológica en la que se desarrolla la sociedad y también el individuo

¹² MENDOZA BUERGO, Blanca. *Op. Cit.* (nota 9) p. 30.

¹³ KAUFMANN, Felix. **Metodología de las ciencias sociales**. Traducción Eugenio Imaz. Editorial FCE, México, 1946.

se aprecia un acercamiento a una sensación de inseguridad, lo que se traduce en una demanda continua y creciente de seguridad: «seguridad siempre en asenso».

El binomio hasta aquí discutido: «riesgo-inseguridad», hace que las unidades comunicacionalmente construidas (personas) reclamen de manera urgente al Estado una prevención de riesgos y provisión de seguridad. Un rasgo distintivo de la «sociedad del riesgo o de la inseguridad» es tener una necesidad creciente de seguridad. El Derecho Penal, se ve envuelto particularmente ante esas exigencias de seguridad de la opinión pública, por lo cual se ve forzado a un continuo proceso de «*expansión en las sociedades postindustriales*»¹⁴ frente a los nuevos peligros y consecuentemente frente a los nuevos riesgos, lo que supone una intervención Estatal excesiva que terminaría en un «Estado de la prevención» o un «Estado preventivo» «*Präventionsstaat*», en contraposición encontramos al «modelo clásico liberal» en el que si bien hay una tendencia hacia la seguridad de “bienes jurídicos”, se transforma, en un «Estado de la seguridad» «*Sicherheitsstaat*».

El complejo social a medida en que se acerca a una sociedad moderna (sociedad postindustrial) tiene la posibilidad de crear contactos anónimos, en otras palabras, el alcance del deber de los individuos, esta determinada por el desempeño del «rol social».

Ante ello, **Günther Jakobs** ejemplifica: «cualquiera sabe qué rol ha de desempeñar una persona desconocida... que debe comportarse de acuerdo con las reglas jurídicas, pero, no se sabe nada relevante de dicha persona... fundamentalmente se ignora si es propensa a las agresiones o si procura tener un carácter pacífico»¹⁵.

¹⁴ Con mayor detalle, confróntese SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. Op cit. (nota 5).

¹⁵ JAKOBS, Günther. La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente. Traducción Teresa Manso Porto. U. Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Cuadernos de Conferencias y artículos. No 24. Colombia, 2000. página 11.

A estas «situaciones o contactos anónimos» se suma que a los individuos integrantes del complejo social, podrían disponer de «objetos peligrosos», o crear «situaciones de riesgo», como ocurre en los «delitos de peligro», por ello **no es suficiente que las normas penales se prevean o describan por escrito el resultado de una acción, sino que describan conductas que puedan crear «situaciones peligrosas»**. Así, tales situaciones -delitos de peligro- o comportamientos que se definen como no permitidos *per se*, demuestran cierta idoneidad para dañar, lesionar o poner en peligro determinados bienes jurídicos esenciales para el funcionamiento de la vida social-comunitaria. «Este intento de legitimación de los delitos de peligro -abstracto o concreto- se limita a la desobjetivización de la referencia al daño, es decir, a los delitos en los que el comportamiento típico crea un peligro -al menos- abstracto»¹⁶, lo cual, no elimina los problemas más comunes a toda política Estatal de intervención, obviamente, para conseguir un Estado de «seguridad».

En atención a lo anterior, se puede caer en un incremento irreflexivo encaminado a la incriminación, la respuesta Estatal en relación al incremento de la criminalidad, comportaría pues, penas cada vez más graves¹⁷, aquí se destaca el papel que juega el Derecho Penal, como un «Derecho Protector del Ciudadano» «*Bürgerschutzrecht*» como un instrumento de intervención del Estado, resulta desde nuestra concepción moderna del actual Derecho Penal, orientado a garantizar la identidad normativa de la sociedad, una respuesta equivocada, para prevenir las situaciones de peligro.

¹⁶ *Ibidem*, página 13.

¹⁷ Sobre el particular confróntese ROXIN, Claus. *Problemas actuales de la política criminal*. En **Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal**. Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM. 2001. pp. 88, 89 y ss. «Desde mi punto de vista, las penas rigurosas -sobre todo las privativas de libertad- son en verdad imprescindibles para los delitos capitales, pero no son un medio de reacción adecuado en contra de la criminalidad pequeña y mediana, la cual es numéricamente preponderante. En este breve trabajo quiero explicar mis ideas en forma de tesis. PRIMERA TESIS: *Las penas no son de ninguna manera un medio adecuado para luchar contra la criminalidad*. SEGUNDA TESIS: *Las penas privativas de libertad son además un medio particularmente problemático en la lucha contra la criminalidad*. TERCERA TESIS: *La prevención es más efectiva que la pena*. CUARTA TESIS: *El sistema de reacción penal se debe ampliar, y sobre todo, complementarlo con sanciones penales similares de carácter social constructivo*». Para una crítica constructiva véase: AMELUNG, Knut. «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin». Traducción Jesús-María Silva Sánchez, en **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Estudios en honor a Claus Roxin en su 50º aniversario, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1991.

A. Sociedad.

La sociedad es un tipo particular de sistema social¹⁸. El sistema social comprende todas las comunicaciones¹⁹; por ello, no existe ninguna comunicación fuera de aquella, lo que marca los límites de la complejidad social, al limitar las posibilidades que pueden ser acogidas y actualizadas en la comunicación. Toda diferenciación de los sistemas sociales particulares se desarrollan en el interior de la sociedad.

Contrario a lo que se afirma en la sociología tradicional, la sociedad, en cuanto sistema, no tiene como elementos propios a los individuos, las relaciones entre individuos o los roles, sino las comunicaciones. Además, los límites de la sociedad no son territoriales, sino los límites de la comunicación. Los hombres considerados como sistemas psíquicos y sus cuerpos orgánicos se encuentran en el entorno de la sociedad, con ellos, la sociedad se relaciona como sistemas en el entorno.

La sociedad es un tipo específico de sistema social, como la interacción y la organización, su peculiaridad como sistema social puede observarse también como específica prestación reductiva de la complejidad: la sociedad es el sistema social que institucionaliza las últimas reducciones de complejidad, y con eso, crea las premisas para la operación de todos los demás sistemas sociales (interacciones y organizaciones). La selectividad de la sociedad posibilita la de otros sistemas sociales. Está en la base toda diferenciación ulterior de los ámbitos de comunicación. Además, sirve de referencia para captar la evolución social, siempre está diferenciada internamente. Lo que varía evolutivamente y que mide la evolución social es la forma de su diferenciación primaria, tal forma constituye la

¹⁸ Un sistema social es un sistema autorreferencial autopoietico, que constituye como diferencia con respecto a un entorno. Es además constitutivo de sentido. Sus operaciones y últimos elementos son comunicaciones. No existe un sistema social único, sino diversos sistemas sociales. Los sistemas sociales surgen por auto catálisis de los problemas de doble contingencia, que permiten afrontar a través de sus operaciones (comunicaciones). El concepto de sistema social tiene como marco de referencia la teoría general de los sistemas, que echa las bases para describir cualquier tipo de sistemas.

¹⁹ La comunicación es el último elemento u operación específica de los sistemas sociales. Se presenta por la síntesis de tres selecciones: 1) emisión o acto de comunicar, 2) información y 3) acto de entender la diferencia entre emisión e información.

estructura de la sociedad: la evolución social consiste en mutaciones de la estructura social.

La sociedad se diferencia primariamente en sistemas parciales que producen comunicaciones sometidas a condiciones más restrictivas. No se trata de interacciones y organizaciones, que son otros tipos de sistemas que se diferencian en su interior, sino puntos de vista específicos que se reproducen desde un ángulo particular la sociedad global y que varían con la diversidad de la estructura de la sociedad (sistemas de función, estratos sociales, tribus, etc.). Estos sistemas parciales no deben distinguir la comunicación de lo que no es comunicación, ya que para eso es suficiente su colocación al interior de la sociedad. Con base en la primera reducción de complejidad realizada por la sociedad, éstos pueden constituir formas de comunicación específicas.

La teoría de la sociedad es una teoría específica dentro de la sociología (un caso particular de la teoría de los sistemas sociales). Aporta una autodescripción de la sociedad en la perspectiva de la ciencia. Se trata de una perspectiva interna de la sociedad que tematiza la misma sociedad. Es el producto de un sistema parcial autopoiético, la teoría de la sociedad no “refleja” ninguna realidad objetiva, sino produce una perspectiva particular sobre la misma sociedad, entre las otras producidas en otros sistemas sociales. En virtud de su científicidad, la descripción sociológica se distingue de las otras porque puede incluir al observador. La sociología sabe que su descripción de la sociedad es un producto interno de la misma sociedad. Precisamente por esto, la sociología puede reflexionar sobre las condiciones estructurales de tal descripción.

B. Norma.

Antes de definir una norma penal, resulta necesario indicar cuál es la estructura de una proposición jurídico-penal. Al respecto, debe precisarse que una proposición jurídica (cualquiera que esta sea), más o menos tiene la siguiente estructuración: a= determinado supuesto normativo, x= supuesto se debe, y=consecuencia.

Concretamente, la estructura jurídico-penal de una proposición es: a=determinada conducta, x=delito se debe, y=pena.

Se observa que las anteriores proposiciones son comunes en cuanto comunican un determinado *deber jurídico*, pero su diferencia radica en que la proposición jurídico-penal hace referencial al *delito* como *supuesto* y a la *pena* como *consecuencia*, y es esto lo que la distingue de la proposición jurídica en sentido amplio.

Es común que las proposiciones jurídicas relacionen una consecuencia a un determinado supuesto de hecho; sin embargo, es delicado pretender una *relación mecanizada* entre delito y pena, en función de que se llegaría a a la hipótesis de asignarle al supuesto de hecho y a la consecuencia jurídica un carácter de *necesariedad*.

Con todo y eso, **Enrique Gimbernat Ordeig** al respecto comenta que se encuentra frente a una norma jurídico-penal, cuando una norma jurídica define un delito y vincula a éste una pena o, en su caso, una medida de seguridad.²⁰

Por su parte **Armin Kaufmann** al interpretar a **Karl Binding** refiere que respecto de la norma: su forma es la de una orden (prohibición o mandato), y su contenido es el de una acción (en sentido amplio: hacer u omitir).²¹

²⁰ Al respecto confróntese GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Concepto y método de la ciencia del derecho penal**. Editorial Tecnos, Madrid España, 1999. En Derecho Español, excelentes aportaciones en: BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal. Parte general**. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1987, del mismo autor: **Manual de derecho penal. Parte general**. Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989; así como: BAUMANN, Jürgen. **Derecho Penal**. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981.

²¹ Confróntese KAUFAMANN, Armin. **Teoría de las normas**. Traducción Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1977.

Jakobs²² con sentido más amplio considera que la sociedad comienza precisamente con la *vigencia* de sus normas, y que las normas rigen cuando le dan a la sociedad su conformación real, pues la declaración de una sociedad se encuentra en vigencia de las normas. A la vez considera que una norma no puede proteger a un bien frente a todos los peligros, sino contra aquellos que no son consecuencia necesaria del contacto social permitido; en tanto que **Heiko Lesch**, (discípulo de Jakobs), es de la razón siguiente: “lo único relevante desde el punto de vista jurídico-penal es simplemente, el significado comunicador del suceso para la obligatoriedad de la norma”, y al citar a **Luhmann** refiere: “las normas como estructuras simbólicas generalizadas, no pueden ser afectadas mediante hechos, sino sólo mediante comunicación.”.²³

Los imperativos (de prohibición o de mandato) trascienden a los destinatarios de las normas (personas), mediante motivación y valoración, lo cual conforma una tesis de **Hans Paeffen Ullrich**: “a partir de la norma de valoración no sólo se deriva la norma de motivación, sino también una proposición jurídica de permisión.”.²⁴

Además se reconoce que la infracción de la norma no dependerá de qué es lo que pase en el mundo externo, sino, dicha infracción dependerá de cuál sea la decisión de voluntad del actor, pues –y respecto a este punto sigue a **Jakobs**- no es la causación del resultado *per se*, sino la vulneración de la norma la que

²² Véase JAKOBS, Günther. Estudios de derecho penal. Traducción Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, página 37.

²³ LESCH, Heiko. “*intervención delictiva e imputación objetiva*”, traducción Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLVIII, fascículo III, Septiembre-Diciembre, Madrid, España, página 943. Para estudios excelentes sobre la imputación objetiva: DAZA GÓMEZ, Carlos. “*Teoría de la Imputación Objetiva*”, en Revista de la Facultad de Derecho, Tomo XLVIII, mayo-agosto 1998, números 219-220, Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1998; además, del mismo autor: “*El funcionalismo hoy*”, en Revista de la Facultad de Derecho, Tomo XLIX, septiembre-diciembre 1999, números 227-228, Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1999.

²⁴ ULLRICH PAEFFEN, Hans. “*Observaciones acerca del error de tipo permisivo*”. Traducción Fernando J. Córdova, en El error en el derecho penal. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1999, página 204.

constituye la perturbación social, dicho en palabras de **Hans-Joachim Rudolphi**, “las normas penales nunca contienen prohibiciones o mandatos de causación.”.²⁵

Si se sigue la línea teórica de **Joachim Hruschka**, se tiene que las reglas del comportamiento (normas) poseen en *retrospectiva* una función de medición que faculta al legislador a valorar el hecho *ex post facto*; de la valoración resulta la antijuridicidad o juridicidad del comportamiento en cuestión. En cambio en *prospectiva*, las reglas de conducta poseen la función de confirmación dirigida al sujeto de la norma, la cual le prohíbe, ordena o permite, lo que debe hacer o dejar de hacer. De manera que en general, como lo refiere **Hruschka** *a los mandatos corresponden tipos de delitos de omisión; a las prohibiciones, tipos de delitos de comisión; y a las reglas permisivas, tipos de justificación.*²⁶

Las citadas deducciones del autor en comentario conducen a determinar que distingue entre error de tipo y de prohibición, para lo que la estructura de la norma, *como debe ser que debe ser*, es relevante.

En diverso aspecto, **Hans Kelsen** consideró que el hecho que una norma se encuentre *dirigida* a una persona significa solamente que es debido a un *comportamiento* de ésta, es decir, un comportamiento humano, pues con ello no se refiere al hombre como tal en la totalidad de su existencia y de su comportamiento, sino a un determinado *comportamiento humano* que la norma prevé. Al referirse al destinatario de la norma es únicamente una forma de expresión que indica que el comportamiento estipulado por la norma como debido constituye un comportamiento humano, un comportamiento propio del hombre.²⁷

²⁵ RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Causalidad e Imputación Objetiva**. Traducción Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, Colombia, 1998, páginas 30 y 31.

²⁶ HRUSCHKA, Joachim. “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en **Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal**. Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1995, página 173.

²⁷ KELSEN, Hans. **Teoría general de las normas**. Traducción Hugo Carlos Delory Jacobs. Editorial Trillas, México, 1994, página 26.

C. Persona.

Por un lado se encuentra **Kant** con una construcción del concepto de **persona** que logró con el apoyo de una norma: «*Persona es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de una imputación*», por el otro lado se encuentra **Hegel**, quien formuló su concepto mediante «reciprocidad» al afirmar: «*sé una persona y respeta a los otros como personas*».

Como se expresó, la caracterización del concepto de **persona** en Derecho no es menos importante, debido a que en primer lugar hay que determinar que en un sistema normativo social toda actualización de comportamientos (acción positiva y negativa) de una persona —al decir de **Kant**— son susceptibles de imputación. Por ejemplo: todo sistema social tiene como mínima prohibición el no dañar a otra persona, y si el sujeto A daña al sujeto B, entonces A como centro de imputación, puede imputársele la acción (u omisión, en su caso), en el sentido de que actuó al desconocer la vigencia de la norma como máxima de comportamiento social.

Todos estos esfuerzos por construir un concepto jurídico de persona en Derecho Penal sistémico-normativo es porque un moderno sistema de Derecho Penal —o por lo menos en sus cuestiones elementales— no se podría entender que actualmente existe un desarrollo de la ciencia penal, sin hablar de la «**imputación objetiva**», ello significaría que si existe una imputación, no es a un ente no-persona, sino a una **persona**; por esta razón es que se han realizado grandes construcciones para lograr el éxito de este esbozo.

Antes de analizar las cuestiones relativas a la imputación objetiva, es necesario precisar el concepto de persona. Como cuestiones primarias, he de partir del presupuesto que el Derecho Penal reacciona frente a perturbaciones sociales, así no podría entenderse al sujeto de manera aislada del sistema social, por el contrario, hay que partir de que el sujeto se encuentra mediado por lo social.

Ser persona significa tener que representar un papel o desarrollar un determinado rol dentro de la sociedad.

Como primera cuestión fundamental hay que establecer que el concepto de persona, se encuentra determinado por lo social. Las consideraciones a las que llegó **Niklas Luhmann** sobre el particular no son menos importantes, lo cual significa que dentro de la «literatura moderna parece percibirse una inclinación muy débil a conservar un específico concepto de persona, o al menos, ha distinguir, conforme a la tradición antigua, entre persona y ser humano. En ella vale como evidente que los seres humanos son sujetos, que los sujetos son individuo y que los individuos son personas, pero no se especifica qué quiere decir estos «son». Presumiblemente, esta mezcolanza conceptual tiene relación con el hecho que en el mundo moderno, los individuos son definidos por la autoobservación, y que tiene que entenderse, precisamente, como observación del propio observar, es decir, como observación de segundo orden²⁸.

Ahora, una de las posibilidades que se encuentran abiertas para lograr una solución, está en una «reformulación» del concepto de «forma», en el sentido de llevarlo del campo de la unidad al otro de la diferencia. Entre otras cuestiones relativas, ello afectaría la manera de expresarse acerca del Yo y del otro Yo consciente de sí mismo, de la identidad de lo social y personal, o sea, del individuo y de la persona. No obstante, cabría preguntarse *¿Cómo se puede describir la forma «persona» a partir del concepto de «forma»? o ¿Qué tipo de distinción es de la que se trata en este caso?.* En primer lugar, es necesario distinguir entre sistemas sociales y psíquicos, ya que para cada sistema tiene distintos conceptos y maneras de tratar el concepto de forma. Para el segundo caso, el mejor camino es partir de la distinción entre el Yo y el no-Yo, esto es, el mundo interno y externo respectivamente. Al regresar al primer caso (sistemas sociales) presupone un observador externo que realizaba esa acción.

²⁸ LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia**. Traducción Jostexo Berian y José María García Blanco, editorial Trotta, Madrid, 1998, página 231.

Luhmann consideró que lo anterior «podía guardar relación con dependencia de un observador externo, pues en esta teoría hay que observar al observador externo si se quiere saber cómo él resuelve el problema *para otro sistema...*» y agrega que los «filósofos se convierten expertos en filosofía, la filosofía en historia de la filosofía y la teoría en la descripción de teorías —con lo cual el problema planteado se desplaza al plano de la observación de segundo orden, o sea, al de la observación de observadores»²⁹. De esta manera —al seguir a **Luhmann**— se señala que la *forma de los sistemas psíquicos es la distinción entre autorreferencia y heteroreferencia*.

Si se parte de la afirmación que todo sistema social, o bien, sociedad, tiene su inicio en la construcción de un mundo objetivo (material); de ello resulta que los individuos que participan en la sociedad y que de hecho se convierten en los principales actores, se encuentran representados de manera comunicativamente relevante, los cuales se definen por el hecho de que para cada uno de ellos es válido el mundo objetivo, o bien, si no todo el mundo, si al menos una norma.

Por último, una vez que se tiene un esbozo del concepto de persona, ahora es tiempo de pasar al análisis y estudio de la «**imputación objetiva**». Se trata de ofrecer sólo «**elementos para un sistema moderno de Derecho Penal**» en sus cuestiones fundamentales, pues se hace inminente precisar que en el marco de desarrollo de una teoría funcional Derecho Penal, concretamente sistémico-normativa se ha elaborado una teoría de la conducta típica que se integra con cuatro principios fundamentales: *a)* riesgo permitido, *b)* principio de confianza, *c)* actuación a propio riesgo o competencia de la víctima y *d)* prohibición de regreso. Pero, aunque la actual doctrina no está totalmente de acuerdo con estos principios, se considera que conforman una completa teoría de la conducta típica, no obstante, aquellos principios se desenvuelve en una bizantina discusión terminológica que de fondo o material. En la moderna teoría de la imputación objetiva se encuentra inspirada en un principio social-funcional. En la sociedad se

²⁹ *Ídem*, página 233.

posibilitan con más frecuencia contactos anónimos, pero todo este sistema descansa en la base de la confianza en que cada uno de aquellos responderá de su conducta defectuosa o del grado de infidelidad que tenga en relación con la norma; para que quede claro se dio con un ejemplo: En el caso de un vendedor, aquel no respondería del rol defectuoso de quien le vende su producto, de esta manera si el que adquirió el producto lo destina con fines delictuosos o para algún otro fin de carácter lesivo de la vigencia de la norma, el vendedor (el primero) no respondería de la conducta del segundo (principio de prohibición de regreso). La formulación genérica que recibe lo anterior es que si las expectativas de fidelidad a la norma se ven quebrantadas o defraudadas por la conducta de otro, se debe tomar en cuenta únicamente la conducta objetivamente defectuosa y no los aspectos personales. Estas expectativas se dirigen a personas quienes a su vez son portadores de roles, por lo tanto, el requisito mínimo para que se dé una conducta objetivamente defraudadora de aquellas expectativas, precisamente es el quebrantamiento de un rol. Pero con lo anterior no se quiere decir, y de hecho no sucede así, que el Derecho Penal es un instrumento de control que garantiza que una persona cumplirá con su rol. En todo caso y al tratarse de la imputación objetiva reside en un ámbito delimitado, lo que también no significa que únicamente el Derecho Penal reaccione frente al quebrantamiento de roles «especiales».

Bien reconoce **Jakobs** que el primer caso bastante conocido por la gran mayoría de las personas sobre el quebrantamiento de una norma, contiene —en el fondo, pero de manera tenue— un problema de imputación objetiva. Concretamente en la presente situación: Una vez que Dios creó los cielos y la tierra, junto con el hombre: «Adán y Eva»; se había emitido la primera norma: “Pueden comer de los frutos de los árboles del jardín, pero no de ese árbol que está en medio, pues no coman de él ni lo prueben si quiera, porque si lo hacen morirán”³⁰. Como es bien sabido esta norma fue quebrantada. Luego la sentencia de Dios fue en el siguiente sentido: “Por haber escuchado a tu mujer y haber

³⁰ Véase, Génesis 3.

comido del árbol del que Yo te había prohibido, maldita sea la tierra por tu causa”. Adán y Eva fueron expulsados del jardín de Edén, pero un poco antes de ser expulsados cuando le pidieron explicaciones a Adán argumentó: «la mujer que me diste por compañera me dio del árbol, y yo comí». Tal vez le asiste bastante razón a **Jakobs**³¹ al estimar que este argumento sea más que una simple narración, pues todo ello supone que desde la perspectiva de Adán los acontecimientos sucedían de forma aparentemente normal, pues Eva —quien en primer lugar incrementó el riesgo no permitido al recibir el fruto del árbol prohibido por la serpiente— era una persona que fue dada por Dios, de modo que Adán debía haber confiado en Eva en todo o en parte y aceptar la realidad. Sin embargo cabe referir³²: ¿Adán estuvo obligado a ocuparse él mismo de que se respeten las normas divinas cuando sigue a una persona responsable, que además ha sido puesta a su lado por la propia mano de Dios?, o por otro lado, ¿rige en este caso un *principio de confianza*?

De todo ello se deduce que **Jakobs** tiene una visión más general de la imputación objetiva, a tal grado que se puede estimar que gracias a él dicha teoría ha llegado a una etapa de madurez, en la cual calificamos de «*reformulación normativa*», toda vez que si bien las construcciones de **Roxin** fueron de gran importancia para la teoría de la conducta típica sólo llegaron a ser criterios normativos reguladores del nexo causal: **I.** Incremento o disminución del riesgo permitido, **II.** Concreción del riesgo permitido en un resultado y **III.** El ámbito de protección de una norma. Ahora **Jakobs** nos ofrece una completa teoría de la imputación objetiva totalmente novedosa, esto a partir de que la divide en dos niveles: **I.** Imputación objetiva del comportamiento y **II.** Imputación objetiva del resultado.

Por lo que corresponde a los fundamentos teóricos de la imputación objetiva -concretamente la imputación objetiva del comportamiento- se establece

³¹ JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en derecho penal. traducción Manuel Cancio Meliá. editorial Ángel, México, 2002 página 13.

³² *Ídem.*

que se imputan los comportamientos defraudadores de expectativas sociales, los cuales se refieren a la persona portadora de un rol; de tal suerte que no son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de quien porta el rol. Sin embargo, con ello no se quiere confundir a los lectores con lo establecido por la *acción*, respecto de lo cual se recuerda que **sólo aquello que es objetivamente imputable puede llegar a denominarse en sentido general: acción**, pues aquí no se plantea la interrogante de si una acción se ha producido objetivamente imputable, sino, si un acontecimiento por ser objetivamente imputable constituye una acción jurídico-penalmente relevante. Ahora, tenemos tres casos -de manera genérica- de portadores de rol: *el autor, la víctima y terceros*; de quienes se puede comentar que según los roles que les competen o que han de desempeñar, ya sea solos o conjuntamente les compete objetivamente la conducta imputable por haber quebrantado su rol y haber respondido de manera deficiente a la norma, por esta razón es susceptible de que tal conducta sea jurídico-penalmente imputable, y con ello se habla de competencia de la víctima o actuación a propio riesgo, toda vez que si fue esta última quien quebrantó su rol, entonces, debe asumir el daño por sí misma; pero puede también darse el caso que todos estos se comporten con fidelidad al derecho y acorde a su rol, pues si se está en esta hipótesis sólo quedaría como posible explicación que lo sucedido sea una cruel desgracia.

Desde antaño la preocupación de los pragmáticos jurídicos fue cómo hacer posible que todas las instituciones dogmáticas, sean trasladadas a un sistema moderno de imputación penal racionalmente manejable en la práctica. A un gran cuestionamiento, una funcional respuesta: es sabido que el «derecho es vida y la vida cambia», por ello, ya no es posible encontrar respuestas sistemáticas del delito en el sistema naturalista o finalista, esto es, encontrar en el delito datos de causalidad entre éste y de lesión de un bien jurídico, antes bien habría que encontrar lo esencial del sistema, el cual es: *el quebrantamiento de un rol*. Al tratar de trasladar esto al plano práctico se traduciría en cuatro principios: **I. Riesgo permitido, II. Principio de confianza, III. Prohibición de regreso, y IV. Competencia de la víctima.**

I. *RIESGO PERMITIDO*: «no forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar todo riesgo de lesión de otro»³³. **Jakobs** deja ver lo suficientemente claro que el riesgo permitido siempre ha estado presente en todos los ámbitos, por ello se estima que no es algo novedoso, ni es producto de la técnica. Por esta simple razón es que al menos en las relaciones de los grupos sociales primarios, concretamente en la familia (relaciones de los padres a hijos) deja bien establecido que dichas relaciones no podrían ser asumidas sin que existan riesgos permitidos; por ejemplo, sería imposible poner en una posición estimada como segura a los hijos, esto es, ubicarlos siempre fuera de todo riesgo. En este sentido, no es la práctica diaria, sino las normas que determinan la configuración del riesgo permitido. Con un ejemplo: en México en las carreteras –normalmente- esta permitido conducir a una velocidad máxima de 70 kilómetros por hora; lo cual es estimado como un riesgo permitido, toda vez que bien es cierto tan sólo conducir y enfrentarse a los riesgos de la contingencia vehicular ya es *per se* un riesgo. En otras palabras, el transeúnte que sale a la calle a disfrutar un paseo ya es por ese sólo hecho un ente susceptible de estar expuesto a determinados riesgos; pero aquella persona desea y acepta la configuración de aquella circunstancia, es decir, acepta que existe un riesgo permitido, de modo que espera que los demás se comporten conforme a las normas y se rijan con fidelidad al derecho.

En ese orden, es necesario estimar que cualquier contacto con otras personas del sistema social ya de por sí entrañan un riesgo, incluso cuando tal contacto social es de buena fe; sin embargo, tal situación no debe conducir al siguiente cuestionamiento: ¿deben ser evitados aquellos contactos sociales para obtener un *status quo* de máxima seguridad?, la respuesta es clara: por supuesto que no; por las siguientes razones, a pesar de que se renunciaran a tales contactos no se obtendría un *status quo* de seguridad óptimo y además porque para evitar aquellos contactos de riesgo habría que renunciar a estar unido en

³³ En lo subsecuente respecto de los principios de la imputación objetiva Véase **Jakobs**. (nota 31) página 23.

sociedad, esto es, convertirse en un ermitaño, y ... ¿quién se atrevería a renunciar a ese sistema?. Se considera que encontrar una sociedad sin riesgos es imposible, de la misma manera que no se encontraría una sola garantía normativa que garantice aquella configuración, de tal suerte que la sociedad tiene que tolerar de manera obligada un *riesgo permitido*.

II. PRINCIPIO DE CONFIANZA. «Cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo, no sería posible la división del trabajo»³⁴. En toda sociedad existe la división del trabajo y, por lo cual, si se parte de esta premisa surge el principio de confianza en el siguiente orden: una persona (tercero) que actúa con esa calidad, crea una situación inofensiva, pero la siguiente persona que actúa (autor potencial) debe cumplir con sus deberes (y con ello ajustarse al cumplimiento de su rol) resultaría que no ocasionaría ningún daño. Lo anterior se traduce con un ejemplo: los médicos que participan en el sistema del sector salud, confían en que los instrumentos utilizados por ellos, han sido esterilizados con antelación. Gracias a este principio es posible la gran tarea de división del trabajo, dado que ninguna persona estaría en posición de vigilar a los demás para que cumplan con sus tareas, ya que si esto fuera así; entonces, se descuidaría el papel que le es propio. En conclusión, el principio en comento es fundamental para desarrollar el trabajo y lograr un resultado exitoso.

III. PROHIBICIÓN DE REGRESO. «El carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro introduzca dicho vínculo en una organización no permitida»³⁵.

IV. COMPETENCIA DE LA VÍCTIMA. «Puede que la configuración de un contrato social competa no sólo al autor, sino también a la víctima

³⁴ Nota 31, página 25.

³⁵ Nota 31, página 26.

fundamentalmente que se le impute la conducta lesiva, y puede que la víctima se encuentre con la desgraciada situación de hallarse en esa posición por obra del destino, por infortunio»³⁶.

La competencia de la víctima es un principio más o menos conocido, para los estudiosos del Derecho, el cual se ve reflejado en el consentimiento; empero, también el infortunio se reconoce como la única explicación, esto es, respecto de un curso lesivo no cognoscible para ninguno de los intervinientes, queda la desgracia como dilucidación.

Ahora, este principio, probablemente representa mayor importancia en el campo de la medicina, particularmente en el campo de los cuidados intensivos, por ejemplo, es lícito suspender determinadas prestaciones que se realizan por medio de aparatos que conservan con vida al paciente cuando dichas prestaciones ya no estén indicadas medicamente. En estos casos, aunque la desconexión de los aparatos, es decir, un actuar positivo, tenga efectos causales respecto de la muerte del paciente, el médico se mantiene dentro de su rol y no se ubica en una organización ajena a éste; por el contrario, constituye una desgracia del paciente, el hecho de estar propenso a sufrir el daño, o en su caso, la muerte como pudo haber acontecido.

Seguramente reviste mayor importancia práctica los supuestos en los que la víctima con su propio comportamiento dé la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada; en los casos en los que la modalidad de explicación no es la “desgracia”, sino la “lesión de un deber de autoprotección” o incluso la propia voluntad, las infracciones a los deberes de autoprotección y la voluntad se agrupan bajo el rubro “acción a propio riesgo”. Un ejemplo que en la actualidad representa diversos problemas pragmáticos, es el siguiente: quien tiene relaciones sexuales con un sujeto farmacodependiente, o bien, que se prostituye, actúa a propio riesgo en lo que se refiere a un contagio con el virus VIH. En torno a este

³⁶ Nota 31, página 26 y ss.

punto, surgen cuestiones poco claras, es decir, no es claro si la víctima actúa a propio riesgo cuando no sólo conoce el modo de vida arriesgado, sino también la infección con el virus del sida, o si por el contrario, existe una actuación a propio riesgo cuando se conocen determinadas condiciones bajo las cuales una persona “normalmente cuidadosa” contaría con que existe una probabilidad superior a la media de que esté presente dicha enfermedad. Además, no está claro bajo que condiciones exactas la competencia de la víctima excluye de manera radical la competencia del autor (como si ocurre en el caso del consentimiento), y cuándo existe lo relativo a la concurrencia de culpas jurídico-penalmente relevantes que disminuyen las responsabilidades del autor sin eliminarlo por completo. Lo que sí queda claro es que en el ámbito de la responsabilidad del autor ha de partirse desde el punto de vista normativo, esto es, del quebrantamiento del rol, también en el lado de la víctima lo decisivo se encuentra en determinar si ha desempeñado el rol de víctima o, precisamente, el rol de alguien que configura la situación, es decir, de quien actúa a propio riesgo. En ese orden, la perspectiva normativa de la víctima constituye una noción tan asentada como lo es el punto de vista normativo en el lado del autor.

De este modo, queda estructurado el traslado de la idea del comportamiento social, como comportamiento vinculado a roles sociales, a cuatro instituciones jurídico-penales: I. Riesgo permitido, II. Principio de confianza, III. Prohibición de regreso y IV. Competencia de la víctima.

CAPÍTULO II

SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO

CAPÍTULO II

SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO

Sumario: I. Fundamentos del sistema. **A.** Dogmática jurídico-penal. **B.** Ciencia jurídico-penal. **C.** Política criminal. II. Sistema clásico (causalista). III. Sistema neoclásico (causalista valorativo). IV. Sistema finalista (teoría de la acción finalista de Hans Welzel). V. Sistemas funcionalistas. **A.** Funcionalismo sistémico-normativo de Günther Jakobs. **B.** Funcionalismo teleológico-racional de Claus Roxin.

I. Fundamentos del sistema.

Gustav Radbruch³⁷ estableció que la ciencia jurídica en sentido estricto, o bien, la dogmática del Derecho, puede ser entendida como **la ciencia que versa sobre el sentido objetivo del Derecho Positivo**. De esta manera, el *Derecho Positivo*, es lo que marca la diferencia de la ciencia jurídica en sentido estricto, de la filosofía del Derecho, así como de la **política jurídica**; la primera se refiere al valor del Derecho y la segunda a los medios de los que se sirve para la realización de este valor. Por otro lado, si se estudia el *sentido objetivo* del Derecho Positivo, ya que es lo que marca la diferencia de la ciencia del Derecho en sentido estricto, de la historia del Derecho, y también, de la ciencia jurídica comparada (Derecho comparado), así también de la sociología y la psicología jurídica.

Para la construcción del Derecho Positivo, expresado en forma de ciencia del Derecho, puede desarrollarse en tres etapas:

³⁷. Sobre las ciencias del Derecho, véase: RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho** «*Vorschule Rechtsphilosophie*». Traducción Wenceslao Roces. Editorial FCE, México, 2000, páginas 9, 10 y ss.; del mismo autor, sobre la interpretación jurídica: RADBRUCH, G. «*Arten der interpretation*» (clases de interpretación), 1938.; también él mismo: «*klassen-und ordnungsbegriffe*» (conceptos de clase y de orden). en ZEITSCHRIFT FÜR DIE THEORIE DES RECHTS, año 12, 1938. Cabe señalar que la obra de Emil LASK fue continuada por Radbruch, donde las doctrinas filosóficas de Wildelband, Rickert, y el propio Lask constituyen el trasfondo de la filosofía del Derecho de Radbruch.

I. *Interpretación jurídica*. En esta etapa, se encuentra el sentido objetivo del Derecho Positivo, esto es, cuál es el sentido incorporado en la norma de Derecho, más no, el sentido subjetivo de aquella, concretamente el pensamiento de las personas que intervinieron en la creación de esa norma. Esto se distingue de la interpretación filológica, la cual, es siempre un repensar de algo anteriormente ya analizado o «el conocimiento de lo ya conocido», de esta manera -comenta **Radbruch**- la interpretación jurídica consiste en llevar hasta el final del proceso del pensamiento.

II. *La construcción jurídica*. Aquí se presenta el mismo carácter metodológico que la construcción matemática o técnica, pues su finalidad es la reestructuración de una institución jurídica en forma general, y se parte de sus componentes previamente aislados por el pensamiento; en otras palabras, es la **síntesis realizada sobre los resultados del análisis previo**. Para decirlo con un ejemplo, las hipótesis que prevé el Código Penal Federal o local, y que de hecho sanciona, se construyen en razón del bien jurídico a proteger (según el sistema que actualmente rige las normas positivas), entonces en el caso del delito de homicidio, se construye a partir de la protección que la ley brinda al bien jurídico: vida; en otra hipótesis, en los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, se construyen a partir del interés individual o colectivo, mediante un sentir social, de brindar una especial protección a los bienes jurídicos: **a)** seguridad sexual (para los menores), **b)** libertad sexual (para los mayores), y **c)** la libertad de procreación (de forma genérica); por tanto, la construcción jurídica opera, la mayor parte de las ocasiones, en función de determinados fines jurídicos (lo que se llama: «construcción teleología»).

III. *Sistemática jurídica*. Son los elementos más extensos del orden jurídico concretamente en el moderno sistema de Derecho Penal, existen categorías propias de ese sistema, las cuales se encuentran en un orden jerárquico, debido a que en el análisis dogmático de un determinado tipo penal, se debe cuidar el mismo orden señalado en el sistema, de otro modo, si no se observa esa jerarquía

todo el análisis realizado carecería de sentido, ya sea por iniciar el análisis con la culpabilidad, sin antes haber tenido en cuenta si la conducta -acción u omisión- sea o no típica.

Por otra parte, **Radbruch** se refiere, a dos clases de conceptos jurídicos:

I. *Conceptos de importancia jurídica*. Son conceptos de los que se parte para producir determinadas circunstancias (hipótesis normativas) previstas en la norma jurídica, para expresarlo con un ejemplo: el tipo penal de robo determina el apoderamiento de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que dispone de ella con arreglo a la ley. Ahora, estos conceptos no los elabora la ciencia penal, por el contrario, los toma de otras áreas de la vida social de la persona; sin embargo, estos conceptos no se dejan estáticos, si no, son objeto de la dinámica; es decir, para que estos conceptos puedan ser transformados a distintos puntos de vista, no sólo de la ciencia penal, sino de toda la ciencia jurídica.

II. *Conceptos jurídicos genuinos o en sentido estricto*. Su funcionalidad radica en que en torno a estos, puede ser manejado desde el plano conceptual el contenido de las normas jurídicas. Estos conceptos son tomados, en algunas ocasiones del Derecho Positivo (como ocurre, por ejemplo, en la conceptualización del tipo penal del robo); no obstante, otras veces preceden lógicamente a todo conocimiento científico jurídico-positivo, lo cual, se trata de verdaderos medios necesarios para entender al Derecho Positivo desde el punto de vista científico, lo que equivale a decir, que no forman parte de un determinado «Derecho Positivo», por el contrario, son validos para todo posible «**derecho x**», dentro el «**conjunto jurídico universal y**». Con ello se pretende, aún de forma embrionaria, construir una **teoría general jurídica de la imputación**, que contenga dentro de categorías supremas -lógicamente construidas- conceptos válidos para todo posible derecho.

El estudio de la jurisprudencia.

El objeto de la jurisprudencia, ya sea en cualquiera de sus disciplinas, es el Derecho Positivo, o sea, el Derecho establecido o *positum* en una sociedad, ya por voluntad expresa o tácita de su gobierno, de esta manera las normas positivas de una sociedad constituyen un sistema de Derecho; sin embargo, a pesar de que cada sistema conserve sus diferencias específicas, existen principios comunes a varios sistemas, los cuales forman semejanzas que los hacen afines.³⁸

Esos principios abstraídos mediante una operación lógica: expansión lógica, de los sistemas positivos, constituyen el objeto de la Jurisprudencia así como su cometido. La Jurisprudencia general no tiene su objeto directo de la convivencia o inconvivencia de las leyes, sino la afirmación de que con algunos de sus principios constituyen su objeto. Se hace referencia a su utilidad, con el objeto de definir tales principios, mas no con la finalidad de determinar su valor, esto es, lo que distingue a la ciencia de la Jurisprudencia, de la ciencia de la legislación -según **John Austin**-, es que la última trata de establecer la medida de acuerdo con la cual se produce el Derecho Positivo o a qué criterio debe ajustarse.

Si se entiende por Jurisprudencia general a la ciencia que expone ya sea los principios comunes a los sistemas jurídicos, incluso a aquellos modernos sistemas de Derecho más amplios que por su perfección y amplitud, poseen un mayor modelo dogmático³⁹.

³⁸ AUSTIN, John. **Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia**. Versión del inglés y estudio preliminar por Felipe González Vicen. Centro de Estudios Constitucionales/Madrid, 1981, pp. 23, 24 y ss. John Austin entiende que «muchos de estos principios comunes lo son a todos los sistemas, lo mismo a los sistemas toscos y rudimentarios de las sociedades primitivas, que a los sistemas mas amplios y perfectos de las comunidades civilizadas... los sistemas más amplios y perfectos de las comunidades civilizadas son afines, tanto por las numerosos analogías que se dan entre todos los sistemas, cuanto por numerosas analogías que se dan exclusivamente entre ellos mismos. En consecuencia los mismos principios comunes a sistemas mas perfectos —o bien las numerosas analogías que se dan entre ellos— constituyen el objeto de una amplia ciencia, la cual, en contraposición, de un lado, a la Jurisprudencia nacional o particular, y de otro, a la ciencia de la legislación, ha sido llamada Jurisprudencia general o comparada, o bien filosofía —o principios generales— del Derecho positivo».

³⁹ En nuestra opinión, un moderno sistema de derecho, sin duda, es el Derecho Alemán, pero no sólo en el campo del derecho, sino en otras áreas del conocimiento, sólo por citar algunos ejemplos: han contribuido en la ciencia jurídica en sus distintas disciplinas, por ejemplo en el Derecho penal: *Franz Von Liszt, Hans Welzel, Armin Kaufmann, Arthur Kaufmann, Claus Roxin, Günther Jakobs*, etc., por mencionar solo algunos, ya también el campo de la sociología: *Max Weber, Émile Durkheim, Niklas Luhmann, Ulrich Beck, A. F. Kaufmann*, etc., en la filosofía: *Immanuel Kant, Friedrich Hegel*,

Los principios que constituyen el objeto de la jurisprudencia, algunos de ellos pueden ser considerados como «necesarios de manera lógica», debido a que no se podría elogiar un sistema jurídico moderno (-dentro de una sociedad moderna-), sin pensarlos como parte constitutiva de éste⁴⁰. Se ha referido que existen principios necesarios que son el objeto de la jurisprudencia; no obstante, existen principios que no son necesarios, o sea, se puede imaginar un sistema jurídico moderno, sin concebirlos como parte constitutiva de éste.

Por otro lado, es necesario dejar claro que la definición de Jurisprudencia, no es del todo clara en todos los sistemas de Derecho, es decir, que ésta también ofrece algunas ambigüedades; empero, la poca claridad de esta, ha sido utilizada para designar, por ejemplo: el conocimiento del Derecho como una ciencia, a la par del arte, la destreza para aplicarlo, o la ciencia de la legislación, en otras palabras, la ciencia de lo que **se debe hacer** para producir *buenas leyes*, junto con el arte de constituir las. Ante esta situación, **John Austin** entendió por jurisprudencia “*la ciencia de lo que es esencial al Derecho, a la vez de lo que la ciencia debe ser*”.⁴¹ A su vez, explicó que existe la jurisprudencia «particular» y la «universal»; la primera es la ciencia de un sistema vigente de normas, o bien, de una fracción de éste, es decir, la jurisprudencia que es exclusivamente práctica es «particular», respecto de la segunda, es la descripción de aquellos objetos y de la

Fichte, Friedrich Nietzsche, F. Engels, Karl Marx, Ludwin Feuerbach, Jürgen Habermas, etc., y no se olvide de la literatura: Johann W. Goethe, Friedrich Schiller, Franz Kafka, Heinrich Böll, entre otros tantos.

⁴⁰. John Austin, identifica ejemplos de estos principios, considerados como necesarios de manera lógica (nota 2, pp. 27 y 27): «**1º** Las nociones de deber, derecho, libertad, delito, pena, resarcimiento, así como sus diversas relaciones entre sí con las nociones de Derecho, soberanía y sociedad política independiente. **2º** La distinción entre Derecho escrito o promulgado y Derecho no escrito promulgado, con cuya última expresión se denominan en sentido judicial o impropio; en otras palabras, entre el Derecho que procede directamente de un soberano o legislador superior, y el Derecho que procede directamente de un súbdito o de un creador de derecho subordinado, al que presta autoridad un legislador soberano o supremo. **3º** La distinción entre derechos que pueden hacerse valer contra todos, por ejemplo, la propiedad o dominio y derechos que pueden hacerse valer sólo contra personas específicamente determinadas, por ejemplo, los derechos derivados de un contrato. **4º** La distinción, dentro de los derechos que pueden hacerse valer contra todos entre propiedad o dominio y los diversos derechos restringidos, desmembrados de la propiedad o dominio. **5º** la distinción de las obligaciones, es decir, de deberes correspondientes a derechos contra personas específicamente determinadas, en obligaciones que nacen de contratos, obligaciones que nacen de delitos, y obligaciones que nacen de hechos que no son ni contratos ni delitos, pero a las cuales se les denomina por analogía obligaciones *quasi ex contractu*. **6º** la distinción de los delitos en delitos civiles o privados y los delitos de Derecho penal o público; con la distinción de los delitos civiles o privados en transgresiones o delitos en la estricta acepción del término, e incumplimiento de obligaciones nacidas de contrato o de obligaciones *quasi ex contractu*».

⁴¹. SOBRE LA UTILIDAD... *Op. Cit.* (nota 38) p. 36.

parte «teleológica» del Derecho, que son comunes a todos los sistemas de igual manera como las semejanzas.⁴²

El autor en comento, respecto de la utilidad del estudio de la jurisprudencia, consideró, que su estudio es relevante para aquel estudioso de la ciencia del Derecho, que su particular objetivo es el Derecho Inglés, debido a que a primera vista parece un gran conglomerado de normas arbitrarias e inconexas, así un conocimiento fundamental de los principios y nociones de la jurisprudencia, ayuda a una mayor comprensión de los principios de la jurisprudencia inglesa, en particular.

En 1847 **Julius Hermann Von Kirchmann**, ofreció una conferencia para una Sociedad Jurídica de Berlín, Alemania, en la que negó el carácter científico de la jurisprudencia. En atención a esta negación, afirmó que no debe comprenderse que los juristas no son menos capaces que otros científicos, sino, lo que ocurre es que el Derecho no puede ser aprehendido científicamente, según **Kirchmann**. A partir de esta afirmación, es que se llegó a la conclusión negativa, en la que esas diferencias no tienen remedio. En torno a la fundamentación de esa tesis, **Kirchmann**, se vio obligado a analizar los problemas capitales de la «ciencia jurídica». Por otro lado, ofrece menos interés, a este trabajo la crítica que **Kirchmann** formuló en relación a la ley, debido a que es el canal o instrumento necesario de toda reformulación jurídica, ya por su motivación racionalista y consciente que rompe el irracionalismo y la misma espontaneidad de la costumbre, modelo que bien observó **Savigny**.

Como toda ciencia, la jurisprudencia se observa con un objeto autónomo, independientemente de que la ciencia exista o no, de lo que se entienda o no. Sin duda, este objeto es el Derecho, que **Kirchmann** llama «Derecho Natural», ocurre

⁴². Sobre esta cuestión, J. H. Von Kirchmann, consideró, a diferencia de Austin, que la jurisprudencia no es ciencia; sin embargo, se tratará este punto mas adelante. La respuesta al problema planteado en: KIRCHMANN Von, J. H. **La jurisprudencia no es ciencia**. Traducción y escrito preliminar de Antonio Truyol Serra. 3ª ed., ed. Civitas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983.

con las otras ciencias⁴³. La filosofía moderna ha tratado de manera sostenible, de superar la antítesis: entre «objeto y ciencia», pero, en la actualidad la realidad es que no se puede prescindir de esto. Si se reflexiona que los grandes pensadores intentaron sólo estabilizar la pretendida «identidad del ser» y el «saber», pero en el desarrollo de los mismos, volvió a aparecer la antítesis.

Así, el objeto de la jurisprudencia, es el Derecho, que ya observado de cerca, son las múltiples relaciones y formas, por ejemplo: la familia; el matrimonio, los delitos, las penas, o en su caso, las medidas de seguridad, que representan formas de las consecuencias jurídicas de aquellas rupturas de comunicación entre las personas y en la sociedad.

La autonomía del Derecho con respecto de la ciencia -según **Kirchmann**- es un principio bien diferenciado e importante, en el que en variadas ocasiones se ha discutido o por lo menos en su caso disminuir su alcance, no obstante una simple reflexión, por insignificante que parezca, pone de manifiesto su exactitud. Por ejemplo, una sociedad podría vivir sin «ciencia jurídica», pero esa misma sociedad no podría vivir sin Derecho, más aún, el sistema de Derecho deberá haber alcanzado, al menos, un grado de desarrollo suficiente, antes bien, que pueda pensarse siquiera en la ciencia jurídica y posteriormente iniciar la producción de ésta.

Entre los objetos de las demás ciencias y en particular el Derecho, existe una diferencia, en la que puede suscitar una duda: **¿es el momento intelectual del saber, inherente al Derecho como objeto de ciencia?**. Esta diferencia, indudablemente, tiene un fondo de verdad, si se piensa que una sociedad, aunque no tenga jurisprudencia, tendrá necesariamente un saber de su sistema de Derecho, pero es un saber del Derecho en cada caso particular; ciertamente en él

⁴³. El autor en comento cita varios ejemplos (nota 42) p. 8: «La naturaleza es el objeto de las ciencias naturales... de la misma manera, el alma es el objeto de la psicología; el espíritu, en su mera actividad pensante, es el objeto de la lógica».

no faltan preceptos abstractos, pero entre unos y otros alcanzan una significación científica.

También ese objeto contiene, como uno de sus componentes constitutivos el «saber»; por ejemplo, cuando una persona habla y se comunica, sabe aplicar muy bien las palabras en un caso y tiempos, no obstante, suele conocer de nombre a la gramática que como ciencia del lenguaje. Sucede lo mismo con la jurisprudencia, esta tiene que aprehender su objeto, descubrir sus leyes, construir sus propios conceptos y mediante la conexión de las distintas formas y estructuras, constituir su «saber» en un sistema sencillo y claro, de tal suerte que sea asequible a aquellos que no sean estudiosos del Derecho.

Desde otro enfoque, resultan interesantes las construcciones de **Gustav Radbruch**, de manera que la jurisprudencia es una ciencia práctica, la cual está llamada a dar una respuesta de manera general a todo cuestionamiento jurídico, de manera que no pueda negarse a dar esa respuesta en razón de las lagunas, contradicciones, o bien, ambigüedades que la ley pueda tener. Ello obliga a **conocer y entender** las leyes, de tal suerte que se **conozcan y entiendan** mejor que las mismas personas que intervinieron en su redacción o producción, en otras palabras, se trata de obtener de la ley, más de lo que las personas que intervinieron en su creación pusieron conscientemente en ella al aprobarla.

La «tópica y axiomática».

Cuando un observador se encuentra frente a un determinado pensamiento, puede que, sucedan dos cuestiones (desde el punto de vista de la teoría científica): 1) se puede intentar que ese pensamiento sea convertido en un método deductivo, si se obtiene éxito; entonces, se ha producido una disciplina que cumple con las expectativas lógicas de una ciencia; o bien, 2) puede ser que no se intente el punto uno, y que se conserve el estilo del pensamiento, y hacerlo el objeto de una ciencia. Lo anterior aplicado a las disciplinas jurídicas, se intenta de que al menos

en el primer caso teñir a la técnica jurídica de carácter científico, pero ya en el segundo, hacer de la técnica jurídica objeto de una ciencia. En ambos casos, se puede hablar de una auténtica «*ciencia jurídica*». Al concebir a la jurisprudencia como ciencia, se tiene que dirigir tal argumentación contra la «*tópica*». Ahora, si se utiliza el trabajo realizado por la tónica, se puede poner en orden lógico los conceptos y proposiciones elaborados por ella y asegurar un método deductivo.

Por otra parte, si se lleva a cabo una sistematización de un catálogo de tópicos jurídicos, aunque no es el único camino, pero sí el mas cercano, la expresión de la sistematización se obtiene mediante el método «*axiomático*», el cual consiste en ordenar de acuerdo con cierta independencia lógica, los conceptos y afirmaciones.

Si se toma un catalogo de **tópicos** x_1 que contenga un orden de conceptos fundamentales de un determinado **Derecho X** y se trata de desarrollar un **sistema lógico Y**, se encontrara que para que los principios o axiomas del **sistema Y** puedan constituirse, es necesario que todas las reglas puedan reconducirse, y al contrario, que desde éstas puedan deducirse todas las demás, así cuando se cumple con este requisito, existe la integridad del «axioma».⁴⁴

Una ciencia del Derecho que tenga como pretensión desarrollar una cientifización de la técnica jurídica, sin duda, tiene que pasar por todo el camino lógico descrito. Frente a la clase de ciencia que se examinó en líneas precedentes, existe una segunda cuestión: que se conserve el estilo del pensamiento, y hacerlo así el objeto de una ciencia, esto es, que no se trate de modificar la esencia de la técnica jurídica, sino se conciba como una forma de aparición del derecho positivo. Por ello, no puede ser absorbida por la

⁴⁴ En este sentido VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. «*Topik und Jurisprudenz*». Trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León. ed. Taurus. reimpresión 1984, Madrid, España, 1964, p. 123. Considera que «debe darse también su compatibilidad: los axiomas no pueden excluirse recíprocamente. Por otra parte, es claro que estos axiomas pertenecen al **sistema Y** (las negritas no son de origen), pero no pueden tener su fundamento en él. Tiene que ser imposible... que un axioma se deduzca de otro, pues en este caso sería superfluo; debe existir, por el contrario, independencia entre los axiomas. Cuando se ha logrado asegurar, del modo indicado, la integridad, compatibilidad e independencia de los axiomas, todas las demás proposiciones pueden ser derivadas por medio de un simple procedimiento lógico, es decir, obtener conclusiones correctas a través de una cadena de deducciones.».

jurisprudencia, ya que, caso contrario, es el primero de los recursos purificadores que muestra una ayuda pragmática, en cambio de tras de esta existe -como en todas las disciplinas del saber humano-, una teoría general del Derecho; por ello, hasta nuestros días una teoría de tal semejanza sólo puede encontrarse de modo aislado.

Viehweg, argumentó en contra de lo que él mismo llamó el *pensar sistemático en la ciencia del derecho*, y a su vez propuso, hacer una sustitución, por un *pensar problemático* (tópico), así para **Viehweg**, la **tópica es una técnica del pensamiento problemático**, concretamente, una **técnica del pensamiento que se orienta al problema**. El procedimiento de la tónica, se encuentra orientado a enfrentarse con los problemas que ofrecen distintos puntos de vista, donde en una fase más desarrollada, pasa a integrarse en catálogos, esto es, en un repertorio de puntos de vista diversos.

El autor en comento, por las consideraciones anteriores, estableció tres supuestos como consecuencia de su estudio: **1.** La estructuración total de la jurisprudencia únicamente puede llegar a determinarse desde el pensamiento tónico, es decir, desde el problema; **2.** Los elementos que integran la jurisprudencia, así como, sus conceptos y proposiciones, tienen que encontrarse vinculados de manera específica con el problema y solamente pueden ser comprendidas desde éste; **3.** Los conceptos y las proposiciones que integran la jurisprudencia únicamente pueden ser utilizados en una determinada implicación, que conserve su propia vinculación con el pensamiento tónico.

Por otra parte, en una perspectiva distinta a la **Viehweg**, un catedrático de la Universidad de Múnich, Alemania, (**Karl Engisch**⁴⁵), consideró que la reflexión

⁴⁵ Sobre esto, véase la referencia del libro de Viehweg, en: ENGISCH, Karl. *Topik und Jurisprudenz*. en ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT, T. 69, 1957, p. 601.; así como en ENGISCH, Karl. **Introducción al pensamiento jurídico**. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Guadarrama ediciones/Madrid, 1967.; y es fundamental: ENGISCH, K. **La idea de la concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Trad. Juan José Gil Cremades. Universidad de Navarra/Pamplona, 1968. Otras consideraciones del mismo autor: VON WELTBILD DES JURISTEN. Heidelberg, Alemania, 1965; LOGISCHE STUDIEN ZUR GESETZESONWENDUNG. Heidelberg, Deutschland, 1960; AUF DER SUCHE NACH DER GERECHTIGKEIT. HAUPTTHEMEN DER RECHTSPHILOSOPHIE. München, Deutschland, 1914; DIE LEHRE VON DER WILLENSFREIHEIT IN DER STRAFRECHTSPHILOSOPHISCHEN DOKTRINA

sobre la tradicional tópica, puede llegar a prevenir, el establecimiento de sistemas «axiomático-deductivos» precipitados; sin embargo, debe incitar a construir, en la manera de lo posible, una lógica y metódica que confiera al conocimiento científico-jurídico una base teórica firme, que a su vez, se encuentre dentro de los límites de las aptitudes humanas, por lo que la tópica puede ser la penúltima, sin embargo, no podría ser tomada como la última palabra.

En diverso aspecto, **Enrique Gimbernat**, considera que la **solución correcta es que la dogmática jurídico-penal debe pensar sistemáticamente y también problemáticamente**. Por ello, la dirección finalista, *no empieza por el problema (pensamiento tópico), sino, por el sistema*; lo que significa que antes de tomar cualquier contacto con la realidad jurídico-penal, resolvió que el dolo se ubica en el tipo, así estableció un sistema «axiomático-deductivo», concretamente es una serie de reglas o lineamientos fundamentales -axiomas- de los cuales y mediante el método deductivo se establece todo lo demás.

No obstante, un pensar problemático (pensamiento tópico), no es suficiente, por lo que no existe razón, para renunciar de manera definitiva a llevar al sistema, las consecuencias que resulten de la resolución de un problema, entonces, el sistema debe permanecer de manera constante como un sistema abierto e integrarse según sean las soluciones que se obtienen de los distintos problemas⁴⁶.

Lo establecido -comenta **Gimbernat**- no deben entenderse que las consideraciones sistemáticas tenga carencia de valor; sin embargo, necesitan ser constantemente confirmadas en el problema, pero cuando no lo sean, entonces habrá que preguntarse si la solución no reside en el sistema que le impide llegar a una solución más o menos adecuada al problema jurídico-penal.

DER GEGENWART. Berlín, Deutschland, 1963; UNT ERSUCHUNGEN UBER VORSATZ FAHRLA SSSIGLEIT IM STRAFRECHT. Aalen, Scientia Verlag, 1964; EINFUHRUNG IN DAS JURISTICHE DENKEN. Stuttgart, Alemania, W. Kohlhammer, 1966; y **El ámbito de lo no jurídico**. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1960.

⁴⁶. En relación a esto, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Concepto y método de la ciencia del derecho penal**. Tecnos/ Madrid, 1999. pp. 106 y 107. «La tarea del penalista consiste en ir superando las aparentes contradicciones que surgen de los distintos problemas y en armonizar esas soluciones en un sistema. En un sistema que nunca habrá de considerarse como algo definitivo y acabado, sino siempre susceptible de modificación y de nueva armonización cuando sea preciso incorporar a él nuevos principios obtenidos del enfrentamiento con nuevos problemas».

Desde otra perspectiva, **Rubén Quintino**, comenta que se mantiene la idea conforme a la cual se considera a la sistemática en general, como una especie de “red” de conceptos cuyo dinamismo resulta de las reglas inductivo-deductivas que conforman a su dogmática, aunque por otro lado, la dogmática penal funcionalizada por decisiones político-criminales necesita abrirse a argumentos racionales que por lo menos, se dirijan a los puntos en que se *inflexiona la dogmática penal*, al entender que si se llega a soportar tal *inflexión*, al sistema penal, no le restaría más que, reaccionar de manera evidente e irracional impunidad.⁴⁷

La sistemática jurídico-penal.

Las formulaciones sistemáticas de la moderna ciencia penal alemana, le resultan a aquellos que no entienden el marco de desarrollo de ésta, simplemente consideraciones superfluas. Por otro lado, estas construcciones sistemáticas constituyen actualmente una de las principales aportaciones de la ciencia jurídica alemana, al ser ciencia del Derecho, la que a nivel internacional le ha dado nombre y caracterizado frente a otros modelos de construcción.

Bernd Schünemann entiende por *sistema científico una ordenación lógica de los conocimientos particulares*⁴⁸, de esto se debe entender necesariamente que en la fundamentación lógica de la ciencia de que se trate, sería correcto pensar que la renuncia a toda esta construcción sistemática, equivaldría a que la referida ciencia, se encuentra aún en un estado embrionario, es decir, que todavía no alcanza un grado de modernización y desarrollo.

⁴⁷ Con mayor detalle QUINTINO ZEPEDA, Rubén. **Dogmática penal actual**. México, 2001, pp. 119 y ss.; el mismo, en: **Diccionario básico de la ciencia penal moderna**. México, 2000; incluso más recientemente del mismo autor, **Sistema e identidad penal** (Tesis profesional) Facultad de Derecho, UNAM, 2003.

⁴⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. “*Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal*”, Traducción Jesús-María Silva Sánchez, en **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Estudios en honor a Claus Roxin en su 50º aniversario, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1991. p. 31.

En efecto, si se estructuraran en una relación lógica tales conocimientos, mediante el orden sistemático, se puede saber si tales elementos son lógicamente compatibles, o bien, si se contradicen entre ellos; por ejemplo: las categorías: acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad, quedan en el desconocimiento y comprensión al profano sólo por su carácter inexpresivamente abstracto de estos elementos.

Incluso, cabe anotar que no se podría imaginar un razonamiento totalmente «asistemático», ni siquiera en la ciencia jurídica, debido a que su objeto son las relaciones entre las personas en sociedad; por ello, se sabe que la renuncia a una construcción sistemática de la ciencia jurídica, ofrecería la solución a los conflictos sociales, únicamente en el simple obrar cotidiano, y no en el plano jurídico.

Ahora, en tanto no puede dudarse del valor de la construcción de una sistemática jurídica, debe advertirse que tal formulación debiera orientarse a un determinado modelo, por ejemplo, como ocurre en un «sistema axiomático», en el cual, todo el conocimiento científico únicamente puede reducirse a un número limitado de axiomas (formulaciones fundamentales), de los que pueden derivarse todos los demás enunciados por medio de la «lógica deductiva» y que deben cumplir con tres exigencias básicas para la existencia de éste: **I.** ausencia de contradicción. Ningún axioma puede contradecir a otro axioma; **II.** Independencia. Ningún axioma debe de depender o derivarse de otro; y, **III.** Plenitud. Todo el conocimiento necesario para la construcción de los enunciados particulares debe estar contenido en los axiomas.

Ante esta situación **Schünemann**⁴⁹ comenta que actualmente dichas condiciones no han sido cumplidas por la ciencia jurídica, incluso que tal axiomatización de la ciencia del derecho sería indeseable, pero esto tiene un fundamento, ello es porque la complejidad y variación de la vida social, además de los puntos de vista de valoración que sirven para su ordenación y regulación, no

⁴⁹ Ídem. p. 35.

son del todo estáticos, es decir, que esa complejidad de la sociedad actual aún no ha sido explicada empíricamente por las ciencias sociales, lo cual, debe estimarse como imposible una «axiomatización» del Derecho.

Ante la imposibilidad de formular una construcción axiomática del Derecho, **Schünemann** propone la creación de un «**sistema abierto**», de tal modo que el sistema no se vea obstaculizado por el desarrollo social y por supuesto jurídico, sino, se vea favorecido, o al menos, pueda adaptarse a éste, sin que se prejuzguen cuestiones jurídicas aún no resueltas, pues bien, se canalicen en los términos correctos, para que dada la formulación del «sistema abierto» se garantice orden y ausencia de contradicciones en el determinado «**sistema jurídico abierto X**».

Por otro lado, para construir un «**sistema elástico**» debe precisarse que pueda adaptarse a la evolución social y jurídica, pero que no se convierta en irreversible, ni que sea susceptible de vaciarse de su contenido. Ciertamente es, que la ciencia jurídico-penal ha sido capaz de realizar esta tarea y sin que se haya desarrollado una «teoría científica del sistema abierto».

A manera de resumen, **Schünemann** comenta⁵⁰: **I.** El razonamiento sistemático y la elaboración de un sistema con tales dimensiones es irrenunciable para una ciencia jurídica desarrollada y racional. **II.** Las soluciones contrarias al sistema⁵¹ no pueden integrarse mediante una reforma, lo que pone de manifiesto deficiencias materiales del ordenamiento jurídico. **III.** No debe sobrevalorarse el alcance del sistema, de modo que si aparecen nuevos problemas, se debe provocar el sometimiento a prueba de la sistematización. En conclusión, el esbozo sistemático del Derecho Penal, así como en la ciencia jurídica en general se representa por un «sistema abierto» que ordena y conserva los conocimientos en el escenario del debate científico de la construcción de un determinado sistema, aunque, por otra parte, no se encuentre «inmunizado» a una posible modificación

⁵⁰ Ídem. p. 42 y 43.

⁵¹ Por ejemplo, Schünemann se refiere al error sobre la cualidad de pariente en el § 258 párrafo 6 del StGB y al error sobre la legitimidad del desempeño de las funciones en el § 113, párrafo 4 del StGB. Con mayor amplitud (nota 48) p. 38, 39 y ss.

provocada por la aparición de novedosas soluciones a los problemas planteados o a los conocimientos materiales.

Hans Joachim Hirsch se plantea: *¿existe una ciencia del Derecho penal nacionalmente independiente?*⁵², al respecto explica que la interpretación de las normas penales vigentes en un momento determinado -aunque esta interpretación se encuentra con una limitación, el principio *nullum crimen sine lege*- se considera a veces como el único objeto de investigación.

Por otro lado, **Schünemann**, considera que en el territorio alemán el moderno sistema de la dogmática penal, se deriva de manera necesaria, de las valoraciones formuladas, las cuales sirven como base al Derecho Penal vigente en Alemania. En algunos Estados -por ejemplo Japón- han hecho suya la postura de la dogmática jurídico-penal desarrollada en la República Federal Alemana, que ha despertado la sensación que esa dogmática es “algo ajeno” debido a que procede de un orden jurídico extranjero, lo cual, ha llevado a un famoso penalista japonés, **Hirano**, ha exponer que el Derecho Penal y la dogmática jurídico-penal se encuentra orientada de modo subjetivo en Alemania, y que frente a esto, se encuentra Japón, el cual lo entiende más bien de modo objetivo.⁵³

Hirsch se pregunta: **¿No podría suceder que, aparte de un ámbito aplicado en los contenidos específicos del Derecho nacional vigente, igualmente existiera una ciencia del Derecho Penal independiente de aquel?**⁵⁴. Es cierto que la dogmática jurídico-penal moderna tiene en *gran medida* su origen en Alemania, que además se cuida celosamente; sin embargo, cabe preguntarse: ¿no podría tratarse de que tanto en Alemania, como en el de otros Estados, en los que actualmente se dedican a la investigación del Derecho Penal,

⁵² Título original: «Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?», publicado en *FESTSCHRIFT FÜR GÜNTHER SPENDEL ZUM 70 GEBURTSTAG*. Berlín 1992. Pero este mismo artículo apareció en una compilación realizada por Cerezo Mir, cuya traducción fue realizada por Boldova Pasamar Miguel Ángel en: **Derecho penal**. (obras completas) tomo II. editorial Rubinzal-Culzoni. 1999, pp. 41, 42 y ss.

⁵³ Esta opinión fue presentada en el *Coloquio de Derecho Penal germano-japones* de Colonia en 1988, la cual fue presentada en una conferencia titulada: «La dogmática jurídico-penal alemana desde el punto de vista japonés».

⁵⁴ HIRSCH, H. Joachim. *Op. Cit.* (nota 52), p. 44.

se busquen conocimientos universales?. Para sostener lo dicho, se observa que la actividad científica del teórico del Derecho Penal se desarrolla en gran parte con una considerable independencia de las codificaciones, lo cual se hace patente donde los movimientos codificadores han abierto las puertas a las doctrinas penales para que tengan un amplio margen de actuación.

Por ello, no se podría realizar una objeción al legislador sobre si quiere seguir un «Derecho Penal del hecho» o un «Derecho Penal de autor»⁵⁵, lo que prejuzgaría la orientación de las teorías generales formuladas por los científicos jurídico-penales. No obstante -afirma Hirsch- **“si se obtiene como resultado un Derecho Penal de autor configura desde un principio un planteamiento contrario, entonces un modelo semejante es en todo caso científicamente incorrecto”**. Ahora, el modelo que se ha impuesto es un Derecho Penal del hecho, por lo que, la ciencia penal se ocupa de obtener «juicios universales» en relación al hecho punible.⁵⁶

La línea de partida para el éxito de esta empresa, es que el Derecho Penal se ocupe fundamentalmente del incumplimiento de prohibiciones y mandatos, es decir, debe cometerse una acción prohibida u omitido una acción ordenada; por tanto, el Derecho Penal tiene que ocuparse en qué consisten los elementos fundamentales que estructural las acciones humanas. Como las acciones son formas de manifestación de la actividad humana, un sistema jurídico no puede ofrecer una estructura de la acción, por el contrario, es la ciencia del Derecho Penal la que debe analizar este fenómeno *prejurídico*. Esta es la línea de partida en la que se apoyó **Welzel**.⁵⁷

⁵⁵ En torno al modelo de «Derecho Penal de autor» véase: HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal y autor por convicción*. Trad. Patricia Laurenzo Copello. En **Derecho penal**... (nota 52), pp. 171, 172 y ss.

⁵⁶ La denominación «hecho punible» ha sido utilizada por Maurach R/Gössel K. H./Heinz Z. **Derecho penal**. parte general. Trad. Jorge Bofill Genzsch, 7ª ed. alemana, ed. Astrea, Buenos Aires, 1995.

⁵⁷ Por ejemplo: **Das deutsche strafrecht**. 11ª ed., 1969; de la misma manera: *causalidad y acción «kausalität und handlung»*. En **Estudios de derecho penal**. trad. Gustavo Eduardo Abuso y Tea Löw, ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002.

Lo mismo sucede con la estructura de la omisión, lo cual se ha confirmado con la contribución de **Karl Engisch** sobre la diferenciación entre acción y omisión. Para decirlo con un ejemplo: si un delito de comisión, consiste en la realización de una determinada acción prohibida y la estructura de ésta requiere una «voluntad» -elemento volitivo-; entonces, se afirma que esa voluntad es un elemento constitutivo de la conducta, y que pertenece al injusto.

Por último, se podría afirmar que quien predique una ciencia del Derecho Penal nacionalmente independiente, se enfrentaría al problema de qué consecuencias tendría para un Derecho Penal nacional, si científicamente se comprobara que una regulación jurídico-penal es dogmáticamente incorrecta. Por ello, **Hirsch** afirma que «no hay una ciencia del Derecho Penal exclusivamente alemana, únicamente japonesa, italiana u otra puramente nacional, sino que con respecto al ámbito central de la investigación, según las reglas científicas generales, hay singularmente una total o parcialmente correcta o incorrecta».⁵⁸

⁵⁸ Hirsch, H. J. *Op. Cit.* (nota 52), p. 60.

A. Dogmática jurídico-penal.

Una de las manifestaciones, que en principio tuvo la dogmática fue previa al pensamiento jurídico; incluso, primera a la codificación, esto es, a las concepciones racionalistas del Derecho Natural de los siglos XVII y XVIII. Una de estas manifestaciones ideológicas del racionalismo es llegar a construir «sistemas jurídicos ideales», en los que existan principios universalmente aplicables, los cuales, puedan deducir sólo de pocos axiomas necesariamente evidentes, así esta manifestación aparece plasmada en el formalismo de la llamada «jurisprudencia de conceptos».

Hans Welzel⁵⁹ le asistió razón cuando consideró que la función principal de la «dogmática jurídica», es la de aislar principios jurídicos que se encuentran implícitos en un determinado sistema de Derecho; de esta manera la dogmática jurídica permite comprender al sistema, incluso a sus mismos elementos, como partes integrantes de una estructura. Entonces, el método de la dogmática no es la explicación causal, sino, la comprensión del sentido, debido a que sólo de esta manera puede ser entendida una estructura de sentido, como efectivamente lo es un sistema de derecho.

Silva Sánchez⁶⁰ por su parte, comprende que la dogmática jurídica es una disciplina pluridimensional, por lo que estima posible sentar las bases para afirmar que la dogmática tiene la tarea fundamental de elaboración de conceptos y por otro lado, la de integrar esos mismos conceptos en un sistema, así la labor del jurista dogmático consistiría en integrar esos conceptos en un sistema, pero excluyendo toda influencia valorativa y sociológica.

⁵⁹ Welzel, Hans. Introducción a la filosofía del derecho. (*Derecho natural y justicia material*). Trad. González Vicen, 2ª ed. Madrid, 1979, p. 193.

⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al derecho penal contemporáneo. ed. Bosch, España, 1992, pp. 49 y 50.

Desde un primer momento hay que ser conscientes en que la dogmática es una necesidad lógico-normativa de la sistemática, de tal suerte que donde hay sistemática siempre habrá dogmática⁶¹.

En el sistema jurídico la dogmática coincide con el respeto incondicionado a las reglas del propio sistema; así que cuando el sistema jurídico toma alguna decisión, ésta ha de ser dogmático-sistemática. En resumen, *la dogmática es necesidad del sistema*.

Con ello se ve a la dogmática como la mecánica del sistema, por lo cual se precisa que está “ciega”, en función de que no puede servir por sí sola, para justificar –en sentido material- la decisión del sistema; pues en todo caso las decisiones se justifican conforme a sus consecuencias prácticas.

⁶¹ Para mayor información Véase LUHMANN, Niklas. Sistema jurídico y dogmática jurídica. Traducción Ignacio de Otto Pardo, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1983.

B. Ciencia jurídico-penal.

En la universidad de Bolonia, después del resurgimiento del estudio del Derecho Romano, surgió un grupo de jurisconsultos, donde desde un punto de vista analizaban lo que era el Derecho, cómo debía estudiarse y cómo debía enseñarse; toda esta corriente fue desarrollada por este grupo denominados: «Glosadores», cuando se hace referencia a la magna obra de los «glosadores», se hace alusión a sus objetivos, métodos y opiniones en torno de conflictos legales particulares.

En la medida en que disminuía la influencia de los «glosadores», aumentaba la influencia de la corriente dominante de la época: Los «Comentaristas», su concepción en relación al Derecho, su método y enseñanza de éste se le denominó: «*mos italicus*» o estilo italiano, frente a esta corriente, surgió la de los «humanistas», y con ellos el estilo francés o también «*mos gallicus*», después de evolucionar el pensamiento, surgieron otras escuelas.

Respecto de la línea de investigación del «*mos italicus*», se decidió que esta corriente jurídica se caracteriza por un esquema de pensamiento «tópico», que conservó, en un gran periodo de tiempo el modo jurídico denominado: «*magistraliter*», que constituye, de cierta manera el punto final de toda ésta evolución. Los representantes del «*mos italicus*», los posglosadores o comentaristas, así como sus predecesores los glosadores de Bolonia, estuvieron ligados con la «tópica», lo cual, demuestra que tenían una profunda formación cultural.⁶²

⁶² VIEHWEG, Theodor. (nota 44) pp. 95, 96, y ss. «La falta de sistemática del procedimiento, que es una de las características más importantes de la estructura tópica, fue también uno de los principales reproches que se hicieron al *mos italicus* desde el siglo XVI en adelante. Las pruebas son muy abundantes. Por parte de los humanistas se hacían reproches a Cicerón, quien, según se dice, en un escrito perdido, *De iure civili in artem redigendo*, había no sólo exigido, sino proyectado incluso, un sistema jurídico. Semejante finalidad, sin embargo, no alcanzo con Justiniano. El llamado *ars iuris* — información que según nos informa el *Thesaurus linguae latinae* (München) era desconocida en la antigüedad— se convirtió en una palabra para designar la sistematización frente al insistemático *mos italicus*.»

De esta manera, la «ciencia jurídica», es creación fundamental de los jurisconsultos alemanes de mediados y fines del siglo XIX, que evolucionó, evidentemente con las ideas de **Savigny**, quien consideró que el movimiento de codificación alemana, no debió seguir el pensamiento de Derecho Natural que caracterizaba -por otro lado- al movimiento codificador francés. Pero **Savigny**, fue mucho más adelante, al entender que un sistema jurídico del todo satisfactorio, tuvo que fundamentarse en los principios generales del Derecho que habían imperado históricamente en Alemania.

Los jurisconsultos alemanes -en la parte relativa a la recepción del Derecho Civil en Alemania-, en un paso preliminar tuvieron que concentrar grandes esfuerzos en el estudio, y por supuesto, renovación de los principios generales del derecho alemán, para identificar y enunciar correctamente estos principios en un sistema jurídico lógico-sistemático. Estos académicos, concentraron su atención y estudio en el *Digesto* («*Pandekten*» en alemán, en latín «*Pandectae*»), por esta razón se les llamó: «pandectistas». En su profundo estudio escribieron tratados de Derecho, muy sistemáticos; por ende, se afirma que el *Digesto* durante siglos fue estudiado de manera sistemática, pero los juristas alemanes llevaron ese estudio con un contenido científico.

Después de la unificación de Alemania impulsada por **Otto Von Bismarck** en 1871, se culminó esta gran obra con la publicación de verdaderos escritos jurídicos, como el Código Civil Alemán de 1896 y que junto con los tratados, lograron influir de manera profunda en gran parte del mundo. Así, esta metodología de análisis fue aplicada por juristas alemanes en otras disciplinas del derecho, de modo que se llegó a denominar: «jurisprudencia»⁶³.

⁶³ MERRYMAN, John Henry. La tradición jurídica romano-canónica. Trad. Eduardo L. Suárez. ed. Fondo de Cultura Económica. 5ª reimpresión 2000, México. pp. 122, 123 y ss. Bajo este mismo renglón, resultan interesantes las aproximaciones de Merryman al considerar que «el concepto de la ciencia jurídica se basa en el supuesto de que los materiales del derecho (estatutos, regulaciones, reglas consuetudinarias, etc.) pueden contemplarse como fenómenos que ocurren naturalmente, o como datos a partir de cuyo estudio podrá descubrir el jurisconsulto los principios y las relaciones inherentes, así como el científico descubre leyes naturales a partir del estudio de los datos físicos. Como dijera un prominente académico alemán de la época, Rudolph Sohm: “El proceso científico, a través del cual se descubren los principios que no están inmediatamente contenidos en las fuentes del derecho, pueden compararse con los métodos analíticos de la química». Así también para más detalles del Derecho Alemán Cfr. E. J. Cohn. MANUAL OF GERMAN LAW. vol. I Dobbs Ferry, N. Y.: Oceana Publications, 1968. En especial los capítulos I y II ofrecen breves introducciones al

Bajo la influencia de este pensamiento los juristas trataron de usar el método científico, al igual que buscaron que fuera aceptado en la comunidad científica. Entendieron que al igual que en las ciencias naturales, la ciencia jurídica era sistemática.⁶⁴

En virtud de esa renovación sistemática jurídica, hubo necesidad de formular conceptos nuevos para expresar los componentes y principios de ese sistema. Así, en torno a la novedad que representaban esos conceptos, hizo que los críticos llamaran a esa clase dogmática: «jurisprudencia conceptual». Un punto peculiar que representaba la ciencia jurídica, era el hecho de que como sus componentes fueron de reciente creación, se encargara de su «validez» antes de su «utilidad funcional», en el que los académicos consideraran que tuvieran que ser de una amplia abstracción.

Los cimientos de la obra de la ciencia jurídica se realizaron con la metodología de la lógica formal clásica, en la cual el **académico toma la materia prima del derecho, y mediante un proceso inductivo llamado a veces “expansión lógica”, razonara para llegar a niveles más altos y principios más amplios.**

En suma: las posturas tomadas y los supuestos especiales creados en torno al derecho caracterizaron la obra cumbre de los «Pandectistas» y que constituyen, la llamada «Ciencia Jurídica», que puede resumirse en los términos siguientes: 1. Cientificismo, 2. Construcción de sistemas, 3. Conceptualismo, 4. Abstracción, 5. Formalismo, y 6. Purismo.

sistema legal alemán. Igualmente los primeros capítulos de esta obra, proveen un panorama histórico y sistemático del Derecho Alemán Cfr. Norbert Horn, Hein Kotz y Hans G. Leser. GERMAN PRIVATE AND COMMERCIAL LAW: AN INTRODUCTION. Trad. inglesa Tony Wier. Oxford: Clarendon Press, 1982.

⁶⁴. Ídem. pp. 123. «A medida que se descubren principios nuevos, deberán integrarse plenamente al sistema. Si los datos nuevos no encajan, el sistema deberá modificarse para absorberlos, o los datos deberán modificarse para que encajen en el sistema. En esta forma, la preservación de valores sistemáticos se convierte en una consideración importante para la crítica y reforma del derecho».

Un representante sobresaliente de la ciencia jurídica de Marburgo, fue **Hans Kelsen**, quien afirmó que el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas, así como la conducta humana; no obstante, ésta se encuentra determinada en las mismas normas como condición o efecto, es decir, en relación con la conducta humana, puede aproximarse como contenido de las normas jurídicas, las relaciones entre las personas, las cuales son importantes, como objeto de la ciencia del derecho, pero sólo como relaciones jurídicas.⁶⁵

Estática y Dinámica del Derecho.

La teoría estática, tiene como objeto al Derecho concebido como un «sistema de normas con validez», por su parte la teoría dinámica, entiende al Derecho como un proceso jurídico, en el que el Derecho se produce y aplica, es decir, el Derecho en movimiento. El proceso de elaboración de las normas jurídicas en forma general, esto es, el proceso legislativo, el cual se encuentra normado por la ley fundamental de un Estado, mientras que las normas adjetivas regulan la manera de aplicación de las diversas sustantivas a través de los órganos jurisdiccionales y administrativos, es decir, los actos de aplicación y elaboración del Derecho constitutivos del mismo proceso, sólo serán tomados en cuenta en la manera que constituye el contenido de dichas normas, de tal suerte que la teoría dinámica, igualmente apunta a normas que regulan la producción y aplicación del Derecho.

Norma jurídica y enunciado jurídico.

Las oraciones en que la ciencia del Derecho describe las relaciones constituidas mediante normas deben diferenciarse en relación con las «**normas jurídicas**», de los «**enunciados jurídicos**». Así, tenemos que los «enunciados jurídicos» son

⁶⁵ KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. «REINE RECHSLEHRE, *zweite vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage*». Trad. del original del Alemán: Roberto J. Vernengo. IJ, UNAM, 1979. pp. 83, 84 y ss. «La ciencia del derecho intenta concebir «jurídicamente» su objeto, esto es, concebirlo desde el punto de vista del derecho. pero concebir algo como jurídico no puede querer decir otra cosa, o como contenido de una norma jurídica; como determinado por una norma de derecho». Así, puede decirse que esta posición contraria a la que sostiene la teoría «egológica» del derecho, sostiene que el objeto de las normas jurídicas, **no son las normas, sino la conducta.**

proposiciones que expresan, ya en el orden nacional o internacional, que deben producirse ciertas consecuencias, que se encuentran determinadas a su vez por ese orden nacional o internacional. Por otro lado, las «normas jurídicas», - comenta **Kelsen**- no constituyen proposiciones, sino mandamientos, según el sentido y en cuanto mandamientos, son permisiones o autorizaciones.

En este orden, se entiende que las normas jurídicas -de cualquier disciplina del Derecho- se encuentran enunciadas en forma de «**deberes jurídicos**», los cuales, en el fondo, se encuentran dos tipos de enunciación: **a)** ya sea como «mandato» o **b)** como «prohibición». En el primer caso (mandato) el deber jurídico ha de formularse de manera general como un mandamiento dirigido a una persona o grupo de personas, que se hayan colocado bajo el supuesto que prevé para tal efecto la misma norma; no obstante, en algunas ocasiones, en la misma formulación del deber jurídico, se requiere de una determinada «**calidad específica**»; es decir, ciertas características que necesariamente han de concurrir para la actualización de la norma. Algo similar sucede con el segundo caso (prohibición), sólo que en este supuesto el deber jurídico en lugar de ser un «mandamiento» es una «prohibición» dirigida a una persona o grupo de personas en lo particular, igualmente, salvo algunas hipótesis, se requiere de una «**calidad específica**».

Por ejemplo, el artículo 302 del Código Penal Federal prevé lo relativo al delito de homicidio, en el cual la norma jurídico-penal dispone: “*comete el delito de homicidio el que prive del la vida a otro*”, en este supuesto encontramos una hipótesis de enunciación del deber jurídico a manera de «prohibición», para quedar con la siguiente formulación: «prohibición de privar de la vida a otro», en esta hipótesis no se requiere necesariamente una determinada «calidad específica»; sin embargo, existen tipos penales que sí lo prevén, por ejemplo, los delitos cometidos por servidores públicos.

En el sentido de la teoría del conocimiento kantiana, la ciencia jurídica, como conocimiento del Derecho y al igual que todo conocimiento, posee un carácter constitutivo, y “*produce*” su propio objeto al concebirlo como una totalidad significativa. No obstante, esta “*producción*” tiene un carácter «epistemológico», que dista de la producción de objetos mediante la actividad de las personas o la misma producción de derecho por la autoridad.

La diferencia fundamental entre la funcionalidad de la ciencia jurídica y la de la autoridad jurídica, casi siempre es pasada por alto, por ejemplo, también el uso del término «Derecho» y «Ciencia Jurídica», se muestran como expresiones sinónimas; sin embargo, la *ciencia del derecho*, describe al derecho, más no puede, a diferencia del Derecho producido, enunciarlo en normas generales por la autoridad legislativa, *prescribir* un cierto evento.

La diferencia se muestra de manera mucho más clara, en los enunciados deónticos formulados por la ciencia jurídica que describen el Derecho y no mandan, ni prohíben ninguna conducta a los sujetos de Derecho, éstos sólo pueden ser verdaderos o falsos, en tanto que las normas jurídicas producidas por la autoridad legislativa, mandan y prohíben determinadas conductas a las personas, que no son ni verdaderas, ni falsas, sino, son validas o invalidas, de aquí que sea necesaria la distinción terminológica entre norma jurídica y enunciado jurídico; entonces, los enunciados jurídicos formulados por la ciencia del derecho, no son llanas repeticiones de las normas jurídicas producidas por la autoridad legislativa.

Debido a que las normas jurídicas, son *prescripciones*, no pueden ser verdaderas, ni falsas; por lo cual aparece aquí la interrogante de cómo aplicar los principios lógicos, principalmente, el principio de no contradicción y las reglas lógicas de la inferencia, a las relaciones de las normas de Derecho. La respuesta es sencilla, los principios lógicos, si bien no de forma directa, pero pueden ser aplicados en estas normas, en tanto que estos principios son aplicables a los

enunciados jurídicos, los cuales describen esas normas, enunciados que pueden ser o no verdaderos. Si dos normas jurídicas se contradicen, por ende, no pueden ser las dos afirmadas simultáneamente como validas.

Ejemplo: el enunciado que describe la validez de una norma penal que prescribe como consecuencia jurídica del delito de aborto una pena de prisión, sería falso si se afirmara que conforme a esa norma, el aborto, no sería castigado con prisión, puesto que existen casos en que el aborto no es objeto de pena⁶⁶; empero, el verbo «deber» del enunciado jurídico no tiene como contenido el «deber» de la norma jurídica, o sea, un sentido «prescriptivo», sino un sentido «descriptivo».

⁶⁶ En estos casos no será punible el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada.

C. Política criminal.

En la actualidad, nadie discute el papel central que en el debate científico alemán desempeña la dirección que orienta la dogmática a la política criminal algunos autores (**Claus Roxin**⁶⁷) sintieron la necesidad de orientar el Derecho Penal a la política criminal y separar del método *deductivo-axiomático* del finalismo al que se objeta su análisis de los problemas jurídicos como cuestiones básicamente *lógico-abstractas*⁶⁸.

En ese orden, se identifica a la política criminal como aquel conjunto de reglas jurídico-penales que se insertan en el sistema penal, a nivel de dogmática, pero que en todo caso, tienen su origen a partir de una decisión preventiva que resulta del proceso que va *del problema al sistema*, principalmente.

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

⁶⁷ De este autor, véase **Política criminal y sistema del derecho penal**. Traducción Francisco Muñoz Conde, editorial Bosch, Barcelona, España, 1979.

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1991, página 19. Además, para más información Véase del mismo autor: **Perspectivas sobre la política criminal moderna**. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina, así como: "*Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*". En **Política criminal y nuevo derecho penal**. (Libro en homenaje a Claus Roxin), editorial Bosch, Barcelona, España, 1997.

II. Sistema clásico (causalista).

Los dos grandes representantes del causalismo formalista son por una parte **Binding** y por otra **Franz von Liszt**, aunque **von Liszt** es el contrincante científico de **Binding**, **von Liszt** parte, en su obra dogmática⁶⁹, que en el esquema positivo del Derecho, se parte del Derecho vigente al realizar un minucioso análisis, y por supuesto, una sistematización de los diferentes conceptos de derecho positivo. Para **von Liszt** la función de la ciencia del Derecho Penal es comprender al delito y la pena⁷⁰, para que en el marco de desarrollo de un sistema cerrado de conceptos⁷¹ legales, se eleve y se llegue hasta los últimos principios y conceptos fundamentales.

Binding parte de un positivismo jurídico que se caracteriza por tomar como punto de referencia al «Derecho Positivo», y no a la «ley», es decir, que el punto central de tales construcciones dogmático-sistemáticas son las «normas». Así, **Binding** practicó una política criminal encubierta, concretamente en esta construcción de proposiciones político criminales se habla que **Binding** adoptó un método «teleológico», esta referencia teleológica de su sistema, se define en si como formalista, o sea, encuentra como objetivos: **1.** El fin que debe conseguirse y **2.** El bien jurídico que debe protegerse, el cual debe ser entendido, como «condiciones de una vida sana en una comunidad jurídica»⁷².

Por otro, lado se encuentra **von Liszt**, que a diferencia de **Binding**, entendió al sistema dogmático como un sistema lógico. Aquí se encuentra la diferencia fundamental en el científicismo de **Binding** y **von Liszt**, debido a que el primero comprendió al sistema como teleológico, no lógico. **Von Liszt** al hablar del la idea del «fin en derecho penal» se refiere necesariamente al bien jurídico, que

⁶⁹ LISZT, Franz von. Tratado de derecho penal. trad. Quintiliano Saldaña. ed. Reus/Madrid, España, 1999.

⁷⁰ LISZT, Franz von. La idea del fin en el derecho penal. trad. Carlos Pérez del Valle. Comares/Granada, 1995, pp. 80, 81 y ss.

⁷¹ **von Liszt** pugnó por un sistema cerrado de conceptos, por otro, lado **Bernd Schünemann**, considera que debería darse una construcción de un sistema abierto de conceptos.

⁷² BINDING, Karl. Lehrbuch des gemeinen deutschen strafrechts. Besonderer teil. Hamburg, República Federal de Alemania, Scientia Verlag Aalen, 1969; además, véase del mismo: Grundriss des deutschen strafrechts, allgemeiner teil. Aalen, Alemania, Scientia Verlag, 1975.

en su concepción lo asimila como ese «interés que crea la vida». Para **von Liszt** la cuestión del «derecho correcto» centra su atención en una tónica política más que jurídica, así la respuesta se encuentra en el legislador y no en el juez o dogmático.

En resumen, para **von Liszt** las bases de la construcción dogmática deben sustentarse en dos cuestiones: **1.** Por una parte en una política criminal sustentada en una concepción material y **2.** En la base de la idea del «fin en Derecho Penal». Una aproximación trascendental en la obra dogmática de **von Liszt** es la que resulta de la construcción de la definición de delito en la que se sustenta fundamentalmente en la «producción material de un resultado que constituya una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos»⁷³.

Para comprender mejor la postura de **von Liszt**, es necesario precisar que a la ciencia jurídica le asigna un doble camino: **1.** De ciencia sistemática, que en cierta medida corresponde al programa seguido por **Binding**, el cual consta de analizar las proposiciones jurídicas, y por supuesto, en la construcción del sistema, y **2.** Desde el punto de vista de la ciencia práctica, por lo que **von Liszt** dedujo que las proposiciones son el producto de elevadas abstracciones sustraídas de acontecimientos reales de la vida jurídica. Por último **von Liszt** señaló que lógicamente ha de pertenecer al modelo causalista de corte científico positivo, por lo que resulta lógico hablar que el delito esta presidido por la causalidad.

En relación con la metodología de estudio se trata de desprender de ley positiva la solución al caso concreto, o sea, a través de una abstracción inductiva: de los conceptos específicos a los más amplios o generales. El anterior método de construcción jurídica, luego de pasar el tiempo y avanzar en la metodología de estudio, se abandonó las dos enunciaciones fundamentales del positivismo jurídico: **a)** que el objeto de la ciencia del Derecho se encuentra constituida por el Derecho

⁷³ LISZT, Franz von. (nota 69).

Positivo y **b)** que únicamente a la ciencia jurídica le corresponde la ordenación y sistematización por medio del método inductivo. Por ello **Silva Sánchez**⁷⁴ es de la opinión que en la actualidad en el ámbito jurídico-penal se han roto los términos de la ecuación «**dogmática= ciencia del derecho positivo**», ello no significa que se prescindiera del Derecho Positivo por completo en la elaboración dogmática, en cambio lo que sí implica una ruptura de la ecuación es el abandono del método de derivación de los conceptos y del sistema por vía inductiva a partir de la ley positiva.

⁷⁴ (nota 68) p. 54.

III. Sistema neoclásico (causalista valorativo).

Trazar líneas temporales entre las distintas fases en que se ha visto la evolución del pensamiento jurídico-penal, apenas es posible, sin embargo, **Bernd Schünemann**, afirma que se ha ubicado al neokantismo en un periodo, el cual dominó hasta 1930. Después de que dominó el naturalismo en Derecho Penal, con la primera edición del Tratado de **von Liszt** en 1881, poco después de este año, casi en el siglo entrante, se abrió una nueva vertiente en el pensamiento jurídico-penal. Este periodo de la dogmática penal, se vio fuertemente influido por la *filosofía neokantiana*, en virtud de la cual se dio a conocer una nueva perspectiva: «del ser no se deriva ningún deber ser», es decir, por ningún motivo pueden encontrarse lineamientos normativos para que pueda darse un análisis valorativo de la realidad por medio de un razonamiento empírico.

La dirección filosófica neokantiana del Derecho, en principio, debe entenderse desde dos enfoques distintos: a) La escuela perteneciente al «neokantismo de Marburgo» y b) La escuela del «neokantismo de Baden o sudoccidental».

a) La escuela perteneciente al «neokantismo de Marburgo»

Gracias a la influencia del neokantismo se pudo recuperar para la dogmática y aún para la sistemática penal el sentido de dimensión en torno a decisiones, ya específicamente jurídicas, o sea, aquellas decisiones en las que se tiene lugar criterios de valor. Así, dentro de la corriente neokantiana los conceptos sistemáticos fundamentales del sistema penal: «antijuridicidad» y «culpabilidad», se encuentran situados en un segundo nivel de abstracción de la pirámide conceptual.

Por otra parte, las abstracciones del neokantismo referido al «tipo», condujo inexorablemente a la superación de la jurisprudencia de conceptos⁷⁵, a través de una «construcción teleológica de conceptos», esta idea tiene su origen en la influencia que produjo las concepciones de **Lask** y **Rickert**, quienes destacaron que la ciencia del Derecho, como «ciencia de la cultura» no tenía que ver con la realidad (sin criterios de valoración = avalorada) lo que podía ser perceptible por los sentidos, sino, con conceptos propios de las ciencias de la cultura, dicho de otro modo, que fueran conceptos obtenidos de un proceso referidos al «valor»; por ejemplo, en el ámbito de la «tipicidad» se propuso como «valor rector» el bien jurídico protegido en el tipo, después de esta concepción meramente neokantiana, resultó la interpretación del tipo a partir del bien jurídico tutelado en éste, corriente que aún hasta nuestros días domina.

Los rasgos que caracteriza la dirección neokantiana, es el dualismo entre 1. concepto del Derecho, y 2. idea del Derecho. Este dualismo fue formulado por primera vez por **Rudolf Stammler**⁷⁶. Por otra parte **Graf Zu Dohna**⁷⁷ en torno al concepto del Derecho, comenta que contiene ciertos rasgos que hacen de un contenido concreto un contenido jurídico; en tanto, que la idea del Derecho representa un criterio para juzgar del derecho, pero éste no deja de ser Derecho, aun cuando sea considerado como injusto o revista una apariencia de carácter arbitrario; por lo se que concluye, la idea del Derecho sólo es regulativa, mientras que el concepto del Derecho es constitutivo.

Para **Stammler** la idea del Derecho se encuentra vinculada al denominado «proceso», por el cual, se juzga de manera incondicional a todos por igual. Sin

⁷⁵ Sobre la jurisprudencia de conceptos, con mayor detalle véase: HECK, Philipp. **El problema de la creación del derecho**. «*Das problem der rechtsgewinnung*», traducción Manuel Enteza. Editorial Colmares, Granada, 1999, principalmente I §3 y II §4.

⁷⁶ STAMMLER, Rudolf. **Tratado de filosofía del derecho**. Traducción W. Roces. Editorial Nacional/México, 1980; entre otros confróntese del mismo autor: **Modernas teorías del derecho y del estado**. (guión para cátedra). Traducción Faustino Ballve, editorial Botas, México, 1955; **La génesis del derecho**. traducción Wenceslao Roces. Talleres fuentes impresores/Madrid, España, 1925; **La esencia del derecho y de la ciencia del derecho**. Traducción Garzón Valdés Ernesto. Imprenta de la Universidad/Córdoba, Argentina, 1958; **Systematische Rechtswissenschaft**. Berlín, Deutschland, 1906; **Theorie der rechtswissenschaft**. Deutschland, 1923.

⁷⁷ Véase para consideraciones críticas: GRAF ZU DOHNA, Alexander. **La estructura de la teoría del delito**. Traducción Carlos Fontán Balestra. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958.

embargo, **Hans Welzel**⁷⁸ anota que el defecto de **Stammler** estribó en que despertó esperanzas que inevitablemente tenían que recurrir a la búsqueda de formulaciones sobre el contenido de la justicia, esperanzas que el propio **Stammler** tuvo que desilusionar.

b) La escuela del «neokantismo sudoccidental».

Al hablar del neokantismo, es decir, de la teoría de los valores, debe atenderse que el concepto positivista de ciencia, sólo admite —excepcionalmente la matemática y la lógica— aquellas ciencias que necesariamente se sirven de los métodos de las ciencias naturales, o sea, de una investigación causal basada en la observación, experimentación y recolección de hechos. Por otro lado, se plantea que si con los métodos de la ciencia natural (exacta) podrían abarcarse la **totalidad de la realidad experimentable**.

Esta prueba la llevó a cabo el filósofo alemán **Heinrich Rickert**⁷⁹, en la cual enlazó ideas, que anteriormente había ya expresado el filósofo alemán **Wilhelm Dilthey**, en la que investigó primero sobre las bases teórico-cognoscitivas y metodológicas de las «ciencias históricas», para después examinar de la misma manera a las «ciencias culturales», por tal motivo, devolvió a estas ciencias su identidad metodológica frente a las «ciencias naturales». Gracias a estas investigaciones, no se convirtió en el marco teórico importante de la dirección filosófica neokantiana, sino también, tuvo gran impacto en la autocomprensión de las «ciencias del espíritu». El desarrollo de la filosofía del Derecho, basada en el neokantismo, no podría llegar a comprenderse; dado que esas ideas alcanzaron una gran importancia para la metodología jurídico-penal.

⁷⁸ Una visión crítica en WELZEL, Hans. Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico. Traducción Garzón Valdez, Universidad Nacional Autónoma de Córdoba, Córdoba, España, 1962.

⁷⁹ La obra a la que se hace referencia, apareció en el año de 1902, la que verso sobre: Los límites de la formación científico-natural de los conceptos; también Véase: RICKERT, Heinrich. Kulturwissenschaft und naturwissenschaft. Sechste und siebente durchgesehene und ergänzte auflege. Tübingen, Alemania, 1926. (existe una traducción en español: Ciencia cultural y ciencia natural. Traducción Manuel G. Morente. Calpe, Madrid, España, 1943); Allgemeine grundlegung der philosophie. Tübingen, Alemania, 1921; Introducción a los problemas de la filosofía de la historia. Traducción Walter Liebling. Nova, Buenos Aires, Argentina, 1961; Teoría de la definición. Traducción Luis Villoro. UNAM, México, 1960.

El primero que aplicó las ideas de **Rickert** a la metodología de la ciencia del Derecho, fue el filósofo **Emil Lask**⁸⁰, así la ciencia del Derecho es «una rama de las ciencias culturales empíricas»⁸¹, por lo que se ocupa de sucesos o relaciones que sobresalen entre el conjunto de lo que acontece, precisamente por su importancia en relación a determinados valores culturales; sin embargo, en relación al Derecho, éste puede ser entendido como: **a)** «factor cultural real», o **b)** «complejo de significados» desligado de los acontecimientos.

Por lo cual la primera de las consideraciones dio como resultado la «teoría social del Derecho», la cual es entendida por **Lask**, no como una «ciencia natural, sino, en el mismo sentido que la concebía **Rickert**: como una «ciencia cultural»; la segunda consideración atrae la atención en relación a la «jurisprudencia dogmática», ya que en ésta **se trata de dar una determinada conexión sistemática al contenido, al adecuar a la idea de las normas que son reconocidas como «Derecho» en virtud del juicio teórico-social**, esta idea resulta de los valores y fines socialmente reconocidos. Por ello **Lask**, habló de un «método de la jurisprudencia en razón a valores y fines».

Frente a la filosofía neokantiana de Marburgo se encuentra **Gustav Radbruch** y **Max Ernest Mayer**⁸², quienes trataron de encontrar un nuevo camino, en el que se encuentren determinaciones axiológicas, con lo cual, se iba a recaer en lo que **Stammler** llamó: «*una especie de Derecho natural de contenido variable*». Con ello, **Radbruch** hizo un esfuerzo por marcar una estructura tópica en relación a las posibles concepciones jurídicas que se encuentren en el espacio de las probables concepciones del universo, así llegó a la determinación que las posibles concepciones del derecho y del Estado son: **1.** La individualista; **2.** La supraindividualista y **3.** La transpersonal; ya sea que se tenga como «valor

⁸⁰ En su obra «**Rechtsphilosophie**» (filosofía del derecho), que apareció en 1905, en FESTSCHRIFT FÜR KUNO FISCHER, tomo II. Confróntese LASK, Emil. **Filosofía jurídica**. Traducción Roberto Goldsmith. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1946; GESAMMELTE SCHRIFTEN. HEROSGEGEBEN. Tübingen, República Federal de Alemania, 1923.

⁸¹ LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. «*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*», traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero, Editorial Ariel, Madrid, España 1994, página 117, *in fine*.

⁸² MAYER, Max Ernest. **Rechtsphilosophie**. Berlín, Alemania, 1933. (existe una traducción en español: **Filosofía del derecho**. traducción Luis Laca Lacambra, editorial Labor, Barcelona, España, 1937); RECHTSNORMEN UND KULTURNORMEN. Darmstadt, 1965.

supremo» al hombre como sujeto individual o en su caso al hombre visto desde el lente de la universalidad, por ejemplo, al propio Estado. De lo anterior, encuentra que los denominados juicios de valor *no* son objeto del conocimiento, por el contrario, son objeto de un acto de fe.

Una cuestión diversa que atrajo la atención de los penalistas neokantianos, fue la relativa a la caracterización del concepto de «obligación jurídica», sobre esta perspectiva se argumentó que la obligación procede de un terreno distinto al de la esfera de la coacción, esta contradicción fue salvada por vez primera con la dirección neokantiana de **Julius Binder**⁸³, cuando estimó que las normas de la moral son una producción de la consciencia, por tanto obligan, debido a que la obligación no es otra cosa que ese convencimiento de tener que ser fiel a la norma, concretamente lo llamó «consciencia moral»⁸⁴.

En conclusión, el neokantismo ha sido objeto de muchas críticas y posturas en su favor, entre algunas consideraciones son las que esgrimió el psicólogo **Erich Jaensch**⁸⁵, quien ubicó al neokantismo como «una teoría complementaria del positivismo». **Welzel** llegó a la apreciación que «la razón más profunda del fracaso de la filosofía del Derecho neokantiana no se encontró en el formalismo, en el relativismo o en el historicismo de su «medida» ideal, sino en el mantenimiento y consolidación del concepto positivista del Derecho»⁸⁶.

Por último, **Hessen**⁸⁷ concluyó que si se intentara construir una definición esencial de filosofía se diría que se trata de una «autorreflexión del espíritu sobre su conducta valorativa teórica y práctica, y a la vez una aspiración al conocimiento de las últimas conexiones entre las cosas, una concepción racional del universo»,

⁸³ BINDER, Julius. Zur lehre vom rechtsbegriff. Darmstadt, 1963; Grundlegung zur rechts philosophie. Tübingen, República Federal de Alemania, 1935.

⁸⁴ Las conclusiones a las que llega Binder es que la obligación no es un concepto meramente jurídico, en tratándose de los demás casos de concepciones fundamentadas por el orden jurídico, sino en realidad de lo que se trata es de algo distinto, por lo que se tiene que referir en lugar de obligaciones a «responsabilidades», así a ésta concepción defendida por Binder es caracterizado como: «nihilismo filosófico-jurídico».

⁸⁵ WIRKLICHKEIT UND WERT. 1929, igualmente: Welzel, H. (nota 59) p. 198.

⁸⁶ Welzel, H. (nota 59) p. 199.

⁸⁷ HESSEN, Johan. Teoría del conocimiento. Traducción Roberto Mares, Editorial Tomo, México, 2003. página

lo cual, se considera no quedaría concluido sin estimar que la «filosofía es un intento del espíritu humano para llegar a una concepción del universo mediante la autorreflexión sobre sus funciones valorativas teóricas y prácticas».

IV. Sistema finalista (teoría de la acción finalista de Hans Welzel).

La orientación jurídico-penal finalista exige para sí un cambio radical respecto del formalismo positivista y de la dirección neokantiana. En esta dirección, la dogmática *no* atiende a valoraciones de contenido que varían de sujeto en sujeto, ni a determinaciones culturales, porque *no* tiene por objeto esencial al Derecho positivo, como sí lo tenía en su caso, la corriente del formalismo positivista. Por el contrario, en el finalismo la dogmática se ocupa de una construcción sistemática, pero además de esa construcción, tiene como objeto fundamental: **1.** Lo permanente, **2.** Lo supranacional⁸⁸ y **3.** Lo suprapositivo de lo jurídico. Pues bien, lo permanente del sistema jurídico-penal y es lo que constituye el objeto de estudio por parte de la dogmática finalista son las «*estructuras lógico-objetivas*»⁸⁹, estas estructuras pertenecen al mundo del ser, al mundo ontológico, por lo cual, integran la naturaleza de las cosas que unen al legislador, pero no únicamente, a la ciencia jurídico-penal.

La construcción de las estructuras lógico-reales como punto fundamental de la dogmática finalista, presupone que adopte una dirección epistemológica pero no de corte neokantiana, es decir, en el neokantismo se partía de la imposibilidad de poder separar, por una parte, el objeto, y por otra, al sujeto de conocimiento. Así, la realidad se encontraba ordenada racionalmente en el proceso de conocimiento sometido a las categorías de la razón, por tanto, *el método determinaba la configuración del objeto*, cuestión que es muy distinta a lo que sucedía con el finalismo.

Para el finalismo, en cambio, las categorías de la razón que en alguna medida determinan la materia del conocimiento, no las aporta el sujeto en el proceso del conocimiento, sino se trata que el sujeto las descubra de la realidad;

⁸⁸ Algunas consideraciones sobre lo supranacional en HIRSCH, Hans Joachim (nota 52) pp. 41, 42 y ss.; además una explicación en relación a esto en inciso C §10 y §11 de ese apartado.

⁸⁹ La traducción del alemán de «*sachlogische Zusammenhänge* o *Strukturen*» tiene cuatro posibles acepciones al español: **1.** Estructura óntico-lógicas, **2.** Estructuras lógico-objetivas, **3.** Estructuras lógico-materiales y **4.** Estructuras lógico-reales.

entonces, se puede decir que tiene incorporada ya una «*dimensión de sentido*» en tanto ésta es una dimensión ontológica, no epistemológica del ser y no de su conocimiento. De esta manera, para el finalismo es importante esa separación entre el sujeto y el objeto de conocimiento, lo que para el neokantismo, como ya se dijo, era imposible. Para lograr el existo fue necesario descubrir esas estructuras lógico-objetivas del ser a través del método fenomenológico.

Por lo que toca a la dogmática jurídico-penal finalista tiene dos consecuencias significativas: la *primera* se reduce en que el método no tiene por tarea la configuración de la materia, de manera que no se trata que el método determine la configuración del objeto, por el contrario, *se trata de determinar al objeto en función del método*; y en *segundo* lugar, cuando se llegue a una preconstrucción del objeto determinado en función del método, que las distintas ciencias que versen sobre éste, no lleguen unas y otras a conclusiones contrarias, o sea, lo que resulte verdadero para una ciencia, no sea falso para otra.

Una vez que se asentaron las bases ontológicas de las estructuras, el siguiente método es de naturaleza deductivo-abstracta. Ahora, para el Derecho Penal lo que interesa de las estructuras lógico-objetivas y que por supuesto tiene por objeto el obrar humano, sean: *la estructura final de la acción humana y la estructura de la culpabilidad como «poder actuar de otro modo»*⁹⁰.

⁹⁰ Para algunas referencias sobre el principio jurídico-penal de culpabilidad ubicado en el sistema de derecho penal consúltese: WELZEL, Hans. “*Estudios sobre el sistema de derecho penal*” «*studien zum systems des strafrechts*». en **Estudios de derecho penal**. trad. Gustavo Eduardo Abuso y Tea Löw, ed. B de F/Montevideo-Buenos Aires, 2002, pp. 70, 71 y ss. Así como GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Traducción Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Nuñez, segunda edición, editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2002, y GRAF ZU DOHNA, Alexander. **La estructura de la teoría del delito**. Traducción Carlos Fontán Balestra. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958.

El postfinalismo.

Hasta ahora son tres los momentos que se han señalado (causalismo, neokantismo y finalismo), en los que se han identificado tres aspectos distintos: positivismo jurídico (Derecho Positivo), la esfera axiológica y las estructuras lógico-objetivas (de corte ontológico). Cada uno de los tres momentos de evolución de la dogmática jurídico-penal ha tenido su propio método; sin embargo, señala **Silva Sánchez**⁹¹ que desde los años setenta se ha visto una etapa de transición envuelta por matices eclécticos.

Bien acertada es la consideración de **Silva Sánchez**, puesto que la consecución de los objetivos que se fija la dogmática penal, requiere no exclusivamente de la ocupación de un sólo método, sino, se requiere de una pluralidad de métodos, por lo que, por un lado es menester analizar desde un enfoque lógico los presupuestos del «Derecho Positivo», por otro, es necesaria una valoración, con lo cual se arriba a «determinaciones axiológicas»; además, no es menos importante la esfera de extracción «ontológica». Entonces se puede llegar a la conclusión de que una ciencia jurídico-penal actual se endereza bajo los esfuerzos lógico-positivos, axiológicos y ontológicos.

En los años setenta, la dogmática se vio más o menos envuelta en consideraciones ontológicas y postulados político-criminales, en todo caso podría llegar a hablarse de una referencia teleológica, con la que ya se cuenta con una tendencia a una discreta normativización de los conceptos jurídico-penales. De esta manera se considera como característica de las tesis teleológico-funcionalistas en la dogmática penal, la de pugnar por la construcción de un «sistema abierto», que sea apto y capaz de ser cambiado o evolucionado en función de las vertientes político-criminales, con ello se señala que la finalidad de la corriente funcional es la de proporcionar un modelo aún más explicativo y

⁹¹ APROXIMACIÓN... (nota 60) p. 63.

racional, y abrir a la dogmática a una doble finalidad: por una parte a una aplicación más segura y fiable del Derecho Penal, y por otra, a una intervención penal mínima, al asegurar los límites de su estricta aplicación.

Por último, **Jesús Silva Sánchez** en relación con la dogmática jurídico-penal concluye que «la orientación de las decisiones dogmáticas a fines y valoraciones político-criminales se ha revelado, paradójicamente, como la única forma de atribuir un contenido racional al sistema ante las inseguridades que produce la argumentación ontológica en una sociedad plural y pluricultural»⁹².

⁹². Ídem. p. 67. Sobre la sociedad pluricultural es básico: CARBONELL, Miguel. La constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales. Porrúa/IIJ-UNAM. México, 2002, pp. 120 y 121. Principalmente cap. II. Carbonell se pregunta: «¿El reconocimiento de los derechos colectivos para las minorías vulnera o no la universalidad de los derechos?, ¿En concreto qué derechos deben de reconocerse a las minorías étnicas y culturales?, ¿Cuál es el límite para la autonomía de las minorías étnicas y culturales en los supuestos en que se les sea reconocido un estatus jurídico diferenciado?», etc.

V. Sistemas funcionalistas.

Niklas Luhmann ha explicado lo que desde el punto de vista de la teoría sociológica significa **ciencia**, entendida como un sistema funcionalmente diferenciado al interior de la sociedad, pues su forma de funcionamiento se realiza con base en la comunicación **verdad**⁹³. En relación con la sociedad -concretamente la sociedad global-, la ciencia desarrolla la función elemental de construir y, obtener conocimiento, así pues la verdad científica, no consiste en afirmaciones que corresponden a datos reales del entorno en que se desarrolla la sociedad, sino que en lugar de eso es un «medio de comunicación simbólicamente generalizado»⁹⁴.

Así, la estructura del sistema científico se constituye de expectativas de tipo cognoscitivo, lo que significa que cuando la investigación científica construye resultados novedosos y, por tanto, hasta ese momento desconocidos, el saber científico se modifica de manera necesaria, ya sea porque surge nuevas teorías o se crean otros conceptos; así la estructura de la ciencia desde ese momento se encausa a esperar algo diferente en relación a la situación que le precedía.

Concretamente en el Derecho, que es un sistema funcionalmente diferenciado (particularmente en el Derecho Penal), por ejemplo, cuando se comete un delito, es considerado como una desviación en relación a una expectativa de un comportamiento normal, en otras palabras, el delito es entendido como un defecto de comunicación entre las personas, que son a su vez destinatarias de ese sistema comunicacional, denominado sociedad; así, tal desviación de la expectativa, no puede llevarnos a prever posteriormente la

⁹³ Luhmann en relación a la *verdad* «*wahrheit*» consideraba que se trata de un medio de comunicación generalizado simbólicamente, que a su vez se vuelve muy probable la aceptación de un saber novedoso y que es probado con la base en las teorías y métodos científicos. Sobre esto, confróntese LUHMANN, Niklas. **Die wissenschaft der gesellschaft**. 1990, pp. 123.

⁹⁴ Estos «medios de comunicación simbólicamente generalizados» «*symbolisch generalisierte kommunikationsmedien*», según Luhmann, son estructuras particulares que aseguran de cierta manera las probabilidades de éxito de la comunicación, ya que transforman el hecho improbable en probable de que una selección de «Alter», sea aceptada por el «Ego», al respecto confróntese LUHMANN, Niklas. **Teoría de la sociedad**. U. Iberoamericana/ U. Guadalajara. México, 1993.

realización de un delito, esto como consecuencia de un hecho que se pueda esperar en futuras faltas de comunicación.

En el caso particular de la ciencia, el tratamiento de la desviación ocurre de manera opuesta a lo que pasa en el Derecho Penal, en este caso, cada comunicación científica produce un conocimiento distinto y nuevo, y esta novedad puede ser aceptada como presupuesto de la comunicación siguiente, o bien, puede ser abandonada, porque posteriormente puede ser probada como no verdadera o le falta relevancia para la investigación.

Una consideración digna de apreciación, es la tesis de **Luhmann** en torno a la «dogmática jurídica»⁹⁵, en la que ha determinado la función de la dogmática al interior del sistema jurídico, al entenderla como un sistema parcial de la sociedad. **Luhmann** expuso que para comprender de manera usual el término «dogmática» es característico realizar una «interdicción de negación, o sea, la no negabilidad de los puntos de partida de la argumentación».

Es sabido, casi de forma unánime, que los sociólogos entienden que toda comunicación humana presupone innegabilidades; pero **Luhmann**, no pregunta de qué clase han de ser esas «innegabilidades» de la dogmática moderna, pues no se sabe, si son conceptos, teoremas o imaginarias incompatibilidades lógicas⁹⁶, en cambio -argumenta **Luhmann**- la interrogante siguiente: «*¿En qué altitud, en qué grado de abstracción se alojaran las innegabilidades si se les da forma de Dogmática?*».

La función positiva de la dogmática -dijo **Luhmann**- podría ser la manera particular de solucionar las interdicciones de negación, lo cual se elevaría, por decirlo de alguna forma, a un nivel necesario la flexibilidad en el aprovechamiento

⁹⁵ Sobre la referencia de la «dogmática jurídica», un estudio con mas detalle en: LARENZ, Karl. **Metodología...** (nota 81) pp. 221, 222 y ss.; sobre consideraciones en torno al sistema y dogmática jurídica véase LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Trad. Otto Pardo. Centro de Estudios Constitucionales/Madrid, 1983; incluso recientemente del mismo autor: **El derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana/México, 2002.

⁹⁶ En este sentido, Karl Larenz (nota 81) estima que son «*decisiones de valor y principios previamente dados en la constitución y en la totalidad del orden jurídico*».

de textos y también de experiencias; en suma, para el jurista dogmático actual, el sentido de ésta no reside en colocar lo ya establecido, sino que su tarea va mucho más allá, radica en organizar una estructura de reflexiones, críticas y motivos, con los que la ciencia jurídica progrese más allá de lo inmediatamente dado, y lo más importante que la dogmática jurídica, sea tanto de funcionalidad teórica como práctica, para evitar las flagrantes violaciones al sistema y así evitar la impunidad.

Le asistió razón a **Luhmann** cuando estimó que la conceptualidad dogmática posibilita, un cierto distanciamiento, donde la sociedad espera sujeción, pero, es la misma sociedad quien posibilita el replanteamiento de dudas y el aumento de inseguridades (soportables); no obstante, a la dogmática jurídica habría que añadirse que no siempre sea vista asimismo. Por otro lado, una dogmática que vio su misión en la construcción de un sistema cerrado de conceptos, en el que había que clasificar toda situación o caso posible, ya por la vía de la subsunción lógica, es decir, aspira en primer lugar a crear un aumento de seguridad y a la eliminación de posibles dudas.

La dogmática jurídica define las condiciones o de lo que es posible jurídicamente, esto es, restringe la capacidad de variación o las variantes identificadas en el sistema, tanto de las normas, como de los casos concretos; por lo que, la dogmática jurídica señala los límites dentro de los cuales una determinada resolución de un caso concreto controvertido, puede todavía considerarse conforme a Derecho. Así, la idea de la justicia se refiere, «a las exigencias sociales generales del Derecho». Actualmente, la dogmática jurídica al cumplir la función elogiada por **Luhmann**, la jurisprudencia detalla aquellos conceptos y estructuras del pensamiento jurídico que son variables dentro del sistema, dentro de determinados límites, por lo que pueden ser considerados como «flexibles».

Otro punto de vista es el que ofrece **Karl Larenz**, respecto de que la dogmática jurídica, es la que se afirma asimismo, pero cumplirá su función cuando

logre desarrollar y aplicar formas o estructuras de un determinado pensamiento orientado a valores y métodos de un pensamiento que no circule en una sola dirección, sino por el contrario que sea en una doble dirección: ya sea como métodos de «concretización y tipificación»; y «analogía y reducción teleológica».⁹⁷

Al seguir la misma línea de análisis del Derecho, en el pensamiento de **Luhmann**, entiendo que él considera que el Derecho es un sistema funcionalmente diferenciado, el cual es característico de la sociedad moderna, su funcionalidad radica en mantener expectativas (normas), las cuales siguen estables, con independencia de que eventualmente sean violadas.

La base teórica que orienta al Derecho, se encuentra constituido por la diferencia del binomio: «legal/ilegal» (*Recht/Unrecht*), entonces, el Derecho es un sistema que resuelve conflictos. La función del Derecho hace referencia a la «dimensión social», es decir, las normas limitan la libertad, en otras palabras, hace una separación entre «lo que es jurídicamente aceptable o permitido, de lo que no es jurídicamente permitido».

Así, los programas objetivos, no permiten una separación entre autorreferencia (condiciones jurídicamente relevantes) y heterorreferencia (argumentaciones en caso de intereses ofendidos -ya sea lesionados o puestos en peligro), en los que tiene una relación a casos específicos, donde cabe cuestionar: *¿una vez logrado el fin, qué otra norma debe tener validez?*. Ante esta situación **Luhmann** especificó: hay que saber qué normas son válidas para poder determinar qué conducta es legal y cuál es ilegal. Esta distinción sirve para delimitar el sistema normativo jurídico de otros sistemas (por ejemplo, la política y la religión) y por supuesto para mantenerlo en funcionamiento. No obstante, esto no basta para realizar una comparación entre las expectativas de las normas y del riesgo; igualmente basta distinguir el tratamiento jurídico y sociológico de

⁹⁷ LARENZ, K. *Op. Cit.* (nota 81), p. 225.

cuestiones legales, conforme a si se tratan cuestiones de validez o cuestiones de existencia, normas o hechos.

Desde un punto de vista práctico, las normas son «reglas de decisión», que a su vez no sólo valen para un caso. Por otra parte, desde un punto de vista funcional, se trata de formas de «fijación temporal»⁹⁸. Entonces, a través de la norma las expectativas se estabilizan, aunque se dé el caso de que se actúe de manera distinta a lo esperado, o sea, que al faltar contra la norma no es que se haya actuado sin expectativas, por el contrario, se ha actuado de manera equivocada, dicho en otra forma, ha habido un error, si bien no de la perspectiva fáctica, pero sí del lado normativo de la expectativa.⁹⁹

Günther Jakobs se pregunta si la ciencia jurídica puede ser calificada de ¿ciencia o humanística?, para contestar el cuestionamiento, en principio habría que determinar qué se entiende por uno y otro concepto. Para **Jakobs**, la explicación de los conceptos: *Ciencia*, *Humanismo* y *Derecho*, son fundamentales para comprender el sistema. Por *ciencia* entiende «el conjunto de conocimientos ordenados en función de principios; para ello, el principio ordenador no debe entenderse como aditamento externo del conocimiento, sino como esquema de interpretación dentro del cual los datos -que de otro modo estarían aislados- se ordenan recíprocamente, al adquirir en ese momento el carácter de conocimiento»¹⁰⁰; por ejemplo, en la suma de cualesquiera dos vectores **a** y **b**, los cuales representan dos velocidades de un avión que vuela hacia el Este a 90 kilómetros por hora y que es empujado por el viento hacia el Oeste a 50 kilómetros por hora; entonces el avión debe volar contra éste, así puede decirse que si la velocidad del avión es de 90 kilómetros por hora + (-50 kilómetros por hora) = 40 kilómetros por hora hacia el Este, a éste tercer vector **c** se llama *resultante*. Lo anterior no significa que sea un conocimiento *per se*, sino que sólo se encuentra

⁹⁸ El término «fijación temporal» designa la generación de estructuras en el proceso autopoietico del sistema.

⁹⁹ Con mayor amplitud véase CORSI, Giancarlo. *Derecho (Recht)*. en Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Prefacio de Niklas Luhmann, trad. Romero Pérez y Carlos Villalobos. ed. Anthorpos. Universidad Iberoamericana/Iteso, México, 1996. pp. 54, 55 y ss.

¹⁰⁰ JAKOBS, Günther. ¿Ciencia del derecho: técnica o humanística?. Trad. Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia/Colombia, 1998, p. 10.

en el mundo de la Física, por lo que, a decir de **Jakobs**: «*todo conocimiento depende del contexto*». Por *humanismo* debe entenderse en dos vertientes: la primera la liberación del dogmatismo alienante y la segunda como exigencia a la persona de poder hacer uso de la libertad para su perfeccionamiento. Por ello, el humanismo es entendido como «deber de la persona, unido a la pretensión de no ser objeto de tutela paternalista, de decidir por sí misma cuál es el contexto en que quiere llevar a cabo el intento de configurar su vida»¹⁰¹. Por último, el *Derecho* deber ser explicado desde tres enfoques históricos: **A.** Fundamentación iusnaturalista del Derecho Positivo¹⁰², **B.** Positivismo puro¹⁰³ y **C.** El Derecho como parte del espíritu del tiempo¹⁰⁴.

En conclusión, el actual Derecho no garantiza contenidos *fijos*, por el contrario, garantiza condiciones para el correcto funcionamiento de una sociedad plural. Sin embargo, -argumenta **Jakobs**- «una ciencia del Derecho que sea algo más que una mera técnica jurídica forma a la sociedad en la comprensión de su Derecho, y con ello también en la comprensión de ella misma. En esa medida, y sólo en esa medida, también puede llamarse en una época de pobreza una disciplina humanística»¹⁰⁵.

Es pertinente advertir que las consideraciones del funcionalismo -al menos el sistémico-normativo- permiten entender que sus construcciones teóricas no son producto de la teoría de los sistemas de **Niklas Luhmann**; si bien, la diferenciación entre los sistemas sociales y los psíquicos han tenido

¹⁰¹ Ídem. p. 13.

¹⁰² Los representantes más prominentes entre otros: Tomás Hobbes, Higo Grocio, Samuel Pufendorf, Gottfried Wilhelm Leibniz y Jean Jacques Rousseau. Sobre Rousseau Véase: **Discurso sobre el origen de la desigualdad**. Trad. y estudio preliminar de Daniel Moreno. Porrúa/México, 1979; igualmente: **El contrato social**. Trad. y estudio preliminar de Daniel Moreno. Porrúa/México, 1979, principalmente Libro II, cap. VI y XII.

¹⁰³ Sin duda, es fundamental KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. «*REINE RECHTSLEHRE*». Trad. del original del Alemán: Roberto J. Vernengo. IJ-UNAM, 1979. Sin embargo, Jakobs endereza una crítica contra Kelsen al estimar que aunque «no es susceptible de ser objeto de una crítica intrínseca, su fuerza explicativa es muy pobre. El contexto de inferencia formal que conforme a esta concepción debe constituirse en objeto exclusivo de la ciencia del Derecho nada dice acerca de los contenidos del Derecho: cierto; y los valores no pueden ser objeto de prueba: igualmente cierto». p. 18.

¹⁰⁴ Conforme al idealismo alemán es básico: KANT Immanuel. **Crítica de la razón práctica**. Trad. Dulce María Granja Castro, edición bilingüe alemán-español. Miguel Ángel Porrúa/UAM, México, 2002. Además HEGEL, G. F. **Filosofía del derecho**. trad. Angélica Mendoza de Montero. Ediciones casa Juan Pablo S.A./México, 2002, principalmente 2ª parte; HEGEL, G. F. **Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural**. Introducción traducción y notas de Dalmacio Negro Pavón. Comma/Madrid, 1979, sobre todo III y IV.

¹⁰⁵ JAKOBS, Günther. (nota 100) p. 30.

consecuencias para el sistema jurídico, también es cierto que tienen una distancia considerable respecto del Derecho Penal, lo cual ya se ha encontrado en la actualidad con el pensamiento de **Luhmann**. Además, **Jakobs**¹⁰⁶ ha explicado que las construcciones dogmáticas del funcionalismo radical no son consecuentes con la teoría de **Luhmann**, ni siquiera en las cuestiones fundamentales, como son, por ejemplo, el Derecho Penal como parte de la sociedad, el papel fundamental de la persona *versus* sujeto, y por supuesto la comunicación instrumental y personal.

Una vez establecido lo anterior, explicaré a la corriente funcionalista desde la perspectiva de dos posiciones: a) Funcionalismo sistémico-normativo¹⁰⁷ (funcionalismo radical) y b) Funcionalismo teleológico-racional¹⁰⁸ o finalmente racional (funcionalismo moderado).

¹⁰⁶ JAKOBS, Günther. **Sociedad norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Trs. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Civitas/Madrid, 1996. p. 16.

¹⁰⁷ Su principal representante es Günther Jakobs que de la misma manera, junto con sus discípulos (Heiko H. Lesch, Teresa Manso Porto, entre otros) han contribuido por formar un sistema penal «sistémico-normativo», el cual se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad.

¹⁰⁸ Su representante más considerable es Claus Roxin que junto con sus discípulos (Bernd Schünemann, Hans-Joachim Rudolphi, Knut Amelung, entre otros) han hecho grandes esfuerzos por orientar la dogmática jurídico-penal a la política criminal. Desde los años setenta, Roxin fue el primer promotor de ésta orientación.

A. Funcionalismo sistémico-normativo de Günther Jakobs.

Sin duda el principal representante es **Günther Jakobs**, quien encuentra una postura a la inversa de quien fuera su maestro **Hans Welzel**. Para **Jakobs** los conceptos finalistas tales como acción, causalidad, entre otros; no tienen un contenido «prejurídico» para el sistema de Derecho Penal, por el contrario, únicamente se pueden llegar a determinar según las necesidades de la regulación jurídica. Las determinaciones a las que ha llegado **Jakobs**, ha llevado a **Roxin**¹⁰⁹ a argumentar que su concepción sistemática estriba en que formula la dogmática jurídico-penal en los conceptos y categorías de los sistemas sociales principalmente de **Luhmann**; empero, ello no es así, al menos de la manera en que el propio **Jakobs** lo ha explicado: «la exposición más clara de la diferenciación entre sistemas sociales y psíquicos, que tiene consecuencias para el sistema jurídico, si bien con una enorme distancia con respecto al Derecho Penal, se encuentra en la actualidad en la teoría de los sistemas de **Luhmann**. Sin embargo, un conocimiento superficial de esta teoría permite advertir rápidamente que las presentes consideraciones no son en absoluto consecuentes con dicha teoría, y ello ni siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales»¹¹⁰.

En el sentido sistémico-normativo se propone una refundamentación de la teoría del delito así como del método dogmático utilizado, con ello se pretende decir que **Jakobs** se encuentra frente a la postura pragmática de **Roxin**, con lo cual **Jakobs** sostiene su interés fundamentalmente metodológico, en otras palabras, con ello se trata de visualizar una sistematización del Derecho Penal vigente que resulte -según las aproximaciones realizadas- plenamente «explicativo», a diferencia de lo que sucedía con el finalismo respecto del método ontológico de construcción de conceptos fundamentales.

¹⁰⁹. ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general**. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, §7 núm. 27.

¹¹⁰. (nota 106) p. 16.

Jakobs, es quien se vuelve en contra de la Escuela Finalista, debido a que sus estimaciones llegan a entender que los conceptos tales como la acción y culpabilidad que se encuentran en un nivel inferior de abstracción según la clásica dogmática que le ha atribuido una esencia prejurídica, de los cuales no podría llegar a decirse nada sin atender a la misión del Derecho Penal. Así, la relevancia que cobra el concepto de sujeto (persona de imputación) es fundamental, porque éste ya se muestra como un concepto funcional.

Ahora, a manera de conclusión diré que si bien **Roxin** procede a orientar al Derecho Penal a las finalidades de la política criminal, igualmente es significativo el hecho que el propio **Roxin** no haga referencia a los fines de la pena, sino a los fines del Derecho Penal en general, que para él tiene un significado aún más amplio. Por el otro extremo, se encuentra **Jakobs** quien por su parte -a decir de **Silva Sánchez-** procede a una «absolutización» del sistema dogmático, que en este caso sólo se orienta a la idea de «prevención-integración». Por lo anterior se advierte que se trastocan cuestiones metodológicas; sin embargo, no es todo lo que conforma la compleja estructura del sistema del funcionalismo penal (sistémico-normativo). Pienso que los puntos de real trascendencia en este sistema son: la **acción**, la **culpabilidad**, el **conocimiento** y **desconocimiento de la norma**, la **comunicación** y la **imputación objetiva**; ésta última no podría ser comprendida sin el concepto fundamental de *persona* (sujeto) que es el centro de imputación en el sistema penal que nos ocupa.

Por lo que toca a la **acción** hoy en día se habla que este concepto forma parte del injusto, debido a que siempre es necesario que concurra una acción para que pueda darse la comisión; sin embargo, esto no queda hasta aquí, sino también el problema se traslada al ámbito de la omisión. El concepto de acción desde hace algunas décadas ha llegado a concepciones causalistas y finalistas, que han llevado a la discusión que se desenvuelve en el seno de la teoría del injusto, es decir, de la imputación objetiva, concretamente ésta teoría hace la diferencia entre relación causal y la relación de imputación. Ante ello **Jakobs** se

cuestiona: «¿Ha aparecido, entonces, además del concepto de acción, un nuevo segmento de la teoría general del injusto?»¹¹¹, ello no es así porque dicha teoría únicamente puntualiza el concepto de acción. Esta concepción ha llegado a la estimación que el concepto de acción no debe buscarse antes de la sociedad, sino dentro de ésta, entonces por ende se discrepa de lo que **von Liszt** entendió, al resultar que la naturaleza quien enseña lo que es la acción según su separación entre lo físico y lo psíquico; pero también el concepto de acción no puede extraerse de lo ontológico como bien pretendió hacerlo **Hans Welzel** cuyo punto de partida es la finalidad del actuar del ser humano, todo eso no es así, por el contrario el concepto de acción es fundamental construirlo al interpretar la realidad social, de tal suerte que éste se encuentre relacionado con el Derecho Penal. Por ello, es fundamental que el concepto jurídico-penal de acción combine tanto el aspecto social como al mismo Derecho Penal.

La conceptualización de la acción debe garantizar de cierta manera que la determinación de los comportamientos cuya trascendencia imputable y penalmente relevante, no signifique una simple mezcal de elementos, por el contrario, debe ser una unidad conceptual.

La manifestación que desde el finalismo vio en la expresión de sentido aún ha sido tomada más o menos en cuenta en la construcción de un concepto de acción basado en el no reconocimiento de la norma. Se ha partido de la siguiente base: el sentido es expresado como la configuración de la realidad realizada a través de la acción; no obstante, dicha constatación de aquella configuración de la realidad y la imputación que se hace a la persona que ha actuado no se produce por la configuración propiamente dicha, sino que aquella imputación se hace en razón de la ruptura del orden vigente. A manera de ejemplo: si una persona causa la muerte a otra, la expresión de sentido no es únicamente: he decidido causar la muerte a una persona; también será aquella expresión de sentido: no reconozco

¹¹¹ JAKOBS, Günther. *El concepto jurídico-penal de acción*. Trad. Manuel Cancio Meliá. en **Estudios de derecho penal**. Trad. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Civitas/Madrid, España, 1997, p. 101.

ninguna norma que me determine o prohíba causar la muerte a otra; esto último es totalmente ubicado dentro del seno del Derecho Penal. Por otra parte, la expresión de sentido del autor no se encuentra en la manifestación acerca de como representa en su mente la realidad, sino en la posición que adopta frente a la validez de la norma que lo vincula, dicho de otro modo: no reconoce norma alguna que le prohíba actuar, de tal suerte que aunque su argumentación sea que no conoce la norma; pero su pretensión es la no observancia de la vigencia de la norma. Por lo anterior es que se puede llegar a la determinación que un autor — por ejemplo en el homicidio— hace una negación a través de su actuación de la vigencia de la norma, la cual le impide: privar de la vida a otro, esta es la razón por la que el Derecho Penal reacciona frente a la falta de reconocimiento de la norma, claro siempre que concurra culpabilidad en el autor.

La formulación más o menos exacta de lo que hasta aquí se ha tratado de demostrar quedaría en los siguientes términos: *«la persona (sujeto) que expresa que en el momento de su actuación la norma **no** constituía para él una norma máxima de comportamiento social, concluye con su acción; si lo que expresa es en sí un movimiento corporal; mas si es una omisión ésta conlleva aquella expresión»*. Es necesario dejar en claro que el no reconocimiento de la vigencia de la norma no conlleva que dicha expresión sea manifestación de un resultado, sólo basta que el autor haya dado inicio —por decirlo de alguna forma— a la producción del resultado. Por lo que toca a la tentativa se explica con un ejemplo bastante significativo: *«de la misma manera que un libro comienza con la afirmación de que es obra de su autor, y no deja una vez sentada esa afirmación, con la tentativa comienza la obra del autor, sin que finalice con la conclusión»*¹¹².

En conclusión: la acción es la «objetivación» de la falta de reconocimiento de la norma, en tal tesitura, la acción es vista como la expresión de sentido de que la norma no es una máxima rectora del comportamiento socialmente aceptado. La expresión de sentido es una conducta que en circunstancias dadas podría llegar a

¹¹² Ídem. p. 118.

conducir a un resultado delictivo que cumple con dos puntos: exterioridad y evitabilidad; si esta conducta o comportamiento de acuerdo con un juicio de comunicación relevante para el Derecho, podría llegar a ser la razón determinante para la producción del delito. Con lo establecido considero que el sentido específicamente jurídico-penal —y razonablemente defendible— sobre el tratamiento de la acción conduce que el autor expresa que la norma no significa una norma máxima de comportamiento, por lo que, sin duda es la formulación de la expresión de sentido.

Otro de los puntos centrales del funcionalismo sistémico-normativo es la relación que guarda la **culpabilidad** como *presupuesto* de la **acción**. Primero se tendrá que examinar en tres momentos de la dogmática penal —al menos en los delitos de lesión—: la norma en el tenor de la acción (causa determinada): no causes lesiones; para el finalismo la norma rezaba: no emprendas nada que de manera evitable pudiera lesionar; para el funcionalismo de la Escuela de Bonn, la lesión sería entendida como un proceso de imputación, esto es, como la expresión de sentido en un esquema objetivo de interpretación, así la determinación de la norma tendría la siguiente formulación: «no emprendas nada que el esquema de interpretación válido signifique lesionar». Podría estimarse que el autor de alguna forma vulnera la norma rectora de comportamiento al ser responsable o culpable, ha de vulnerar la norma, precisamente es aquí donde se ve matizada la finalidad de la pena¹¹³, debido a que es la misma vulneración de la norma la que constituye la lesión de la vigencia de la norma, entonces quien con su acción limitada vulnera la norma rectora del comportamiento se queda a la mitad de aquella vulneración, todo ello «es así porque el injusto no produce por sí mismo la pena, sino que jurídico-penalmente es un mero concepto auxiliar. Por ello, un concepto de acción que almacene el programa completo del Derecho Penal debe ser ampliado hasta la culpabilidad. Acción es convertirse asimismo en culpable...»¹¹⁴.

¹¹³ Esta conclusión merece una explicación desde el punto de vista normativo fundamentándose así: «La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho Penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas». *Cfr.* Jakobs. (nota 106) p. 11.

¹¹⁴ Jakobs. (nota 111) p. 124.

Hasta ahora me he ocupado en demostrar la existencia de un concepto normativo de acción, que se extiende hasta la culpabilidad, el cual adquirirá un contenido más específico y vinculante con el Derecho Penal, pues son conceptos que se ubican en un nivel inferior de abstracción sólo serán meras descripciones que pretenden abarcar algunas situaciones meramente provisionales. La acción si es vista desde un ángulo más o menos estricto sería la «asunción culpable por causar lesión a la vigencia de la norma», que sería ubicada perfectamente en un Derecho Penal de la culpabilidad; en otro punto de vista más amplio la acción es la «asunción por causar lesión a la vigencia de la norma», lo cual abarca la responsabilidad por una situación de hecho, así el contenido esencial de la acción siempre será una vinculación de lesión de la vigencia de la norma realizada por una persona, por lo que con aquella actuación se ve compensada con la imposición de una pena; pues es la pieza fundamental en el válido funcionamiento de los sistemas sociales.

En el momento actual del presente estudio la acción¹¹⁵ ha incorporado dos elementos: la evitabilidad y la culpabilidad; ya que la acción e imputación de la culpabilidad son idénticos. La conducta que sea penalmente relevante y por tanto objetivamente imputable debe reunir dos características: que sea culpable y evitable. Así, se dice que la materialidad del concepto de acción se ve en función del momento en el que se encuentra un esquema social de interpretación de dicho concepto. La imputación objetiva funciona frente a un comportamiento socialmente relevante, de esta manera la imputación objetiva funciona a manera de filtro, es decir, deja únicamente en la superficie los comportamientos que no son considerados como socialmente relevantes. De lo que se trata es que —y así se pone de manifiesto con la teoría de la imputación objetiva— no crees riesgos no permitidos, concretamente no causes una lesión a la vigencia de la norma.

¹¹⁵ La principal crítica que le hace Jakobs al concepto de la acción final —postura desarrollada por su maestro Welzel— es que dicho concepto se encuentra ajeno a la sociedad —y no porque el propio Welzel así lo haya querido— éste concepto abarca cualquier acto final, por el contrario el concepto de Jakobs atiende únicamente a actos relevantes que responden a determinadas características; entonces dentro del terreno del Derecho penal la acción sólo atiende a algo socialmente inadecuado.

Por lo que sigue me ocuparé en analizar las posiciones en cuanto al principio jurídico-penal de culpabilidad, que se han visto esgrimidas por una parte por **Günther Jakobs** (representante del funcionalismo sistémico-normativo) y por **Bernd Schünemann** (discípulo de **Roxin** y fiel seguidor del Funcionalismo teleológico-racional).

Principio de culpabilidad.

Toma de postura de Günther Jakobs.

De **Jakobs** sabemos que el injusto personal no es un injusto teñido de ciertos matices de subjetividad, por el contrario, el denominado injusto personal (de un sujeto), tiene como tarea el desempeño de un determinado rol social. En esta perspectiva teórica se encuentran ciertos puntos de incidencia con los intentos de elaborar el llamado: «concepto social de acción»¹¹⁶

Si se parte de la vista sistemática-normativa social del injusto, es necesario también partir desde este mismo punto, pero desde la culpabilidad, debido a que el Derecho Penal sólo entiende a las personas (sujetos) que permanecen comunicados entre sí, no así a los sujetos aislados, es decir, la conceptualización de la culpabilidad no se haya determinada por matices de «fines» o, si frente a ello, se encuentra teñido de prevención.

Si se hace referencia a una dogmática relacionada, principalmente, a la misión social del moderno Derecho Penal, ha de entenderse de manera necesaria

¹¹⁶ La respuesta en JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. (nota 111), pp. 7, 8, 9 y ss. También con mayor detalle en relación al concepto de acción, confróntese JAKOBS, Günther. *El concepto jurídico—penal de acción. «Der strafrechtliche handlungsbegriff»* trad. Manuel Cancio Meliá. en ESTUDIOS... pp. 102, 103 y ss. «Un concepto jurídico—penal de acción debe combinar sociedad y Derecho penal... El concepto, en cuanto concepto jurídico-penal, debe garantizar que la definición de los comportamientos jurídico-penalmente imputables, sean una unidad conceptual. Puesto que en el momento actual es opinión casi unánime la de atribuir el concepto de acción exclusivamente a la teoría del injusto, se plantea la cuestión acerca de qué es lo que supone este concepto para el conjunto, es decir, para el injusto y la culpabilidad»

que el concepto clave de todo el sistema es el de la culpabilidad. Con esto se ha de obtener un sistema-teleológico, en el que la culpabilidad se rige por la misión social de la pena, en otras palabras, por el restablecimiento o estabilidad de la vigencia de la norma perturbada por el comportamiento desviado.

Resulta interesante la aproximación de **Arthur Kaufmann**¹¹⁷, quien destaca que el principio de culpabilidad, es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal. Ello resulta, que la culpabilidad es el resultado de una imputación social reprobatoria, de tal suerte que en virtud de la actualización de un comportamiento desviado o una voluntad defectuosa de una persona, se ha producido una defraudación social.

Lo anterior representa que la pena no debe regirse principalmente por lo que se ha llamado: «utilidad pública», sino que debe mantenerse dentro del ámbito de culpabilidad del autor. Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha entendido que el principio de culpabilidad «*schuldprinzip*» deriva no sólo de los principios generales del Estado de Derecho material, sino que además, deriva de manera específica de la obligación de respetar la dignidad humana, o sea, la prohibición de vulnerar la dignidad humana, lo que debe limitar la optimización de la «utilidad pública» de la pena.¹¹⁸

Jakobs expone el dilema entre: culpabilidad y pena; y determina que sin respetar el principio de culpabilidad, la pena es ilegítima, pero si el «*schuldprinzip*» limita de manera considerable la utilización de los medios socialmente funcionales, esto es, si tiene un mero significado y no es un solo concepto vacío, por consiguiente podría decirse, que existe el peligro inminente de que la pena sea

¹¹⁷ Con mayor amplitud véase *Das Schuldprinzip*. (El principio de culpabilidad), 2ª ed. 1976.

¹¹⁸ La respuesta al límite del *ius puniendi*, según entendemos, se encuentra plasmado en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (esta Ley Fundamental apareció en la primera edición en el Boletín Oficial de Leyes de la Federación, de veintitrés de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve), donde en su artículo 1º determina que la dignidad del hombre es intangible —y continua— respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

inadecuada para lograr sus fines y, por tanto, sea ilegítima por la razón ya planteada.¹¹⁹

La idea de que el concepto de “fin de la culpabilidad”, es una de las posibles soluciones del dilema hasta aquí discutido, es simplemente la formulación ya descrita realizada desde el concepto mismo de culpabilidad. Ahora, se presenta una posible solución en el sentido de que puede construirse desde el punto de vista de dos situaciones: del orden social y de la estabilización social.

Resultaría inexorablemente, que el principio de culpabilidad es una condición de subsistencia social, de lo que podríamos advertir: «el mantenimiento de éste principio –*schuld*- sería perfectamente funcionalista».

Para el punto de partida del problema planteado, es menester tener en cuenta dos defectos¹²⁰: el cognitivo, y volitivo. Para que una norma sea respetada y cumplida, se necesita, por una parte de un motivo para que se dé tal situación, y por otro lado la capacidad psíquica de acatar la norma en cuestión; en consecuencia, se habla de prestaciones volitivas y cognitivas, se trata pues de un «*querer y conocer*».

La concurrencia de un defecto volitivo agrava la responsabilidad, mientras que el defecto cognitivo exonera.¹²¹ No sólo habría que tener en cuenta la valoración acerca de si hay culpabilidad, sino también el ámbito de conocimiento, así como el ámbito de la voluntad; es decir, en cuanto sea menor la voluntad del sujeto de tomar en cuenta la norma, esto es, en cuanto mayor su infidelidad al

¹¹⁹ JAKOBS, Günther. “*Das schuldprinzip*”, *El principio de culpabilidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá. en **Estudios...** (nota 111). pp. 365, 366, 367 y ss. «Dicho de otro modo: la pena que es útil para la consecución de sus fines sociales, sino está limitada por el principio de culpabilidad, trata como cosa a la persona que va a ser sometida a ella, pero la pena que se ve limitada por el principio de culpabilidad de una manera más que marginal pierde su funcionalidad». A manera de ejemplo nos comenta Jakobs: «ocurre lo mismo con una persona que siempre quiere decir la verdad, pero sin herir a nadie (esto es, decir verdad de manera limitada) —con frecuencia, no dirá nada, por lo que su discurso tendrá lagunas, y no hay ninguna garantía de que resulte medianamente comprensible—»

¹²⁰. Un estudio más profundo Véase JAKOBS, G.: *Sobre el tratamiento de Los defectos volitivos y de los defectos cognitivos*. Trad. Carlos J. Suárez González. en **Estudios de derecho penal**. p. 132 133 y ss.

¹²¹ *Jakobs*. (nota 111) pp. 367, 368 y ss. «No podía saberlo» es una excusa valida, pero se considera que «no tenia ganas» no lo es. Lo mismo ocurre ante los tribunales. «La norma me daba igual», es un argumento que agrava la situación de sujeto, mientras que «a pesar de esforzarme al máximo, no pude darme cuenta» es exonerante».

Derecho y a la norma, más grave será su culpabilidad, y por el contrario, menos grave si la infidelidad a la norma aparece como un paso atípico.

Al hablar de los «defectos cognitivos», también se maneja lo relativo al «desconocimiento de la norma», punto importante de partida de la problemática que me ocupa en estas líneas. **Jakobs**, entiende de acuerdo al Derecho vigente en Alemania, que *todo error inevitable acerca de la norma excluye la culpabilidad*.

En atención a lo anterior la jurisprudencia alemana ha entendido que la pena presupone culpabilidad, por lo que culpabilidad es reprochabilidad. A través del juicio de valoración negativa se le reprocha al autor que se haya decidido en favor del injusto, aunque por otro lado, pudo haberse conducido con fidelidad a la norma, y por tanto, comportarse conforme a Derecho.

La razón interna del reproche de culpabilidad, esta en que el ser humano, tiene la capacidad y que se encuentra en posibilidad de desarrollar una determinación libre y responsable, por lo que nos lleva a afirmar que tiene la capacidad de decidirse en favor del Derecho y en contra del injusto.

El Tribunal Supremo Federal Alemán en materia Penal, aprovechó los principios aplicados al desconocimiento de la norma y llegó a la determinación de que para que el ser humano se decida en favor de la norma (Derecho) en ejercicio de su libre y responsable determinación, es necesario conocer lo que conforme al Derecho es antijurídico.

Por la parte del «defecto volitivo», se hace referencia la «falta de fidelidad al ordenamiento jurídico o infidelidad al derecho»¹²². La finalidad de la culpabilidad es de cierta manera la estabilización de una norma calificada como “débil”, dado a

¹²² *Ídem*. pp. 392 y 393. «La culpabilidad material es la falta de fidelidad frente a las normas legítimas. Las normas no adquieren legitimidad porque los sujetos se vinculen individualmente a ellas, sino cuando se atribuye a una persona que pretende cumplir un rol del que forma parte el respeto a la norma, especialmente el rol de ciudadano, libre en la configuración de su comportamiento. El sinalagma de esa libertad es la obligación de mantener fidelidad al ordenamiento jurídico».

que las normas sociales sufre de un punto débil, puede decirse que estas normas, vistas desde la perspectiva individual, no pueden ser de manera preferible su cumplimiento. Dicho lo anterior, entonces estamos autorizados para decir que sólo puede haber defectos volitivos respecto de «normas débiles», tales como las normas sociales.

Las diferentes dificultades para mantener la fidelidad a la norma, podrían entenderse desde el punto de vista psicológico, en el que no conduciría a una disminución de la culpabilidad, cuando en realidad ésta situación puede llegar a atribuirse al ámbito de competencia de la víctima o de alguna otra manera no pertenece al autor, y por último, por lo que se refiere al ámbito de las dificultades, éstas pueden presentarse en cualquier momento y circunstancia, por lo que se entiende, que todo autor sigue siendo competente para tal efecto.

Toma de postura de Bernd Schünemann.

Contrariamente a lo establecido por **Günther Jakobs** en relación con la culpabilidad, **Bernd Schünemann** entiende que en la culpabilidad no es posible operar sin una extracción ontológica, como lo ha tratado de demostrar **Jakobs**; de esta manera **Schünemann** ofrece una visión diferente a la expuesta, donde establece que no es una cuestión de teoría sociológica sistémica, sino que en realidad es una cuestión ontológica, debido a que «el que no puede hacer algo, no lo puede hacer en sentido jurídico»¹²³

¹²³ SCHÜNEMANN, Bernd (comp.). El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor a Claus Roxin en su 50 aniversario. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. ed. Tecnos. Madrid, España 1991. pp. 25, 26, 27 y ss. «El concepto social de culpabilidad, dominante en la manualística actual de modo incontrovertido, parte, como es sabido, de que el poder actuar de otro modo no se puede probar en el caso concreto, y de que, no obstante, el reproche jurídico—penal puede derivarse del hecho de que el sujeto quedara por debajo del comportamiento de un hombre medio. Ahora bien, si la libertad de actuar de otro modo no fuera determinable en ninguna situación concreta, entonces tampoco actuaría libremente el hombre medio tomado como baremo, sino que lo haría motivado por una fuerza irresistible (ejercitada sobre él por las normas jurídicas), siendo entonces inconcebible cómo atribuir reproche y mérito en el contexto de una fuerza irresistible universal. En el caso de que el reproche jurídico-penal de culpabilidad carezca de todo sustrato ontológico (concretamente el libre albedrío), habrá que prescindir de él, y el concepto social de culpabilidad acaba por caer en un malentendido fundamental del principio de que una valoración no puede tener lugar cuando no existe la realidad presupuesta en ella. Por todo ello, el que Los tratados y comentarios convencionales, con lo que usualmente se asocia en Alemania a la doctrina dominante, defiendan sin excepción el concepto social de culpabilidad o incluso caractericen el concepto de culpabilidad como una cuestión exclusivamente normativa, constituye la expresión de un eclecticismo metodológico, que, si bien es inaceptable desde perspectivas científicas, resulta evidentemente muy atractivo para el nivel de decisión, más bien carente de aspiraciones en el plano metodológico».

Lo que ha dado en llamarse una crítica “victoriosa” al moderno Derecho Penal, ha obtenido, en buena medida de su aceptación, debido a que tiene como premisa la existencia del denominado «libre albedrío humano», de ésta se advierte que no es comprobable de modo general, mucho menos de modo especial, porque ni el libre albedrío humano, ni la posibilidad de actuación de otra manera, son comprobables de modo exacto.

De modo mucho más concreto el sector de la doctrina dominante, ha dicho que el anterior argumento en sí no es refutable, en el que ha tratado de reducirlo a la conceptualización de la culpabilidad, así por ejemplo, en lugar de la libertad de actuación libre de una persona (actuar de otro modo), pasaría, a ser exigible el juicio relativo a que una “persona media” en la determinada situación del autor habría podido evitar el resultado lesivo y a que el autor posee de manera mucho más general las capacidades de un “hombre medio”.

Resulta de manera insuficiente porque la ficción legal¹²⁴ que muestra una determinada posibilidad de actuar de otro modo, en realidad podría ocurrir de manera difícil en un Estado de Derecho, en donde se opere en perjuicio del autor, y además, porque la prueba que en aras pretende aportar **Roxin**, relativa a que la citada ficción, opera en favor del autor y no en perjuicio.

Frente a ello, la solución en la que se ha podido pronunciar la doctrina dominante, no exclusivamente es inadmisibles, sino también es *innecesaria* debido a que desde las ideas del determinismo se dirige a la idea de culpabilidad en el Derecho Penal. En efecto, la manera en que cotidianamente se pone en tela de juicio el libre albedrío, particularmente en Derecho Penal, constituye una ideación

¹²⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo*. en **El sistema moderno del derecho...** (nota 123). pp. 152, 153 Y 154 y ss. «Desde el punto de vista de la justicia, esta «ficción necesaria para el Estado» se justifica de modo parcial aludiendo a que el requisito de reprochabilidad individual opera sólo en favor del autor, dando lugar a la impunidad de todas las acciones inculpables y a la función de la medida de la culpabilidad como límite superior de la pena».

irreal, que sin darse cuenta amenaza al Derecho Penal, ubicado en la actual sociedad global.

Schünemann, entorno a la problemática planteada, entiende que al menos en el Derecho Penal europeo, no puede ponerse en tela de juicio la existencia del libre albedrío como fenómeno social, de lo que por ejemplo, para el caso determinado en que un autor en una situación media, debe partirse de la posibilidad de actuar de modo diverso.

En forma definitiva, **Schünemann** llega a la conclusión de que el problema del libre albedrío, obliga a fundar la noción de la culpabilidad en Derecho Penal, en cuanto a razones epistemológicas, por encima de la base de una ficción, pero también a no limitarla a constituir una valoración en favor del autor, aunque esto, no ha dado una respuesta relativa a la cuestión de dogmática jurídico-penal, en relación a si la idea o concepto de culpabilidad, podría cumplir una función legítima en Derecho Penal.

En torno a la idea de la finalidad preventivo-general del Derecho Penal, **Schünemann** opina que para mantener tal función sólo cabe una solución adecuada, al ser observado desde el punto de vista teórico sistémico, cuya necesidad urgente es orientar de la ampliación de la prevención general intimidatoria en dirección a la prevención general de integración, en otras palabras, la norma prohibitiva como base del injusto jurídico-penal, debe abarcar todos los presupuestos de la lesividad social, excepto la capacidad del autor de comportarse conforme a la norma.

Esta exclusión del mandato normativo se basa en razones lógicas, debido que la capacidad de cumplimiento puede tener una forma como presupuesto de la

norma prohibitiva, porque respecto de la norma, no existe, ni debe haber la imaginación de poder constatar la capacidad de cumplimiento alguno.¹²⁵

Aquí el punto importante a discutir es lo relacionado a la cuestión filosófica fundamental sobre el sustrato ontológico de la culpabilidad jurídico-penal, es decir, sobre la llamada base empírica del reproche penal, que recibe parte de **Jescheck**, que viene a ser la clásica respuesta de la libertad individual de actuar de otra manera, y que lo mismo ha sucedido en trabajos de **Hans Joachim Hirsch**¹²⁶.

La base ya establecida no parece abandonarse del todo con la reconducción de la conceptualización de la culpabilidad a la prevención general reestructurada por **Jakobs**. Sin embargo, con esta afirmación se entiende por mal interpretada en todo del objetivo de **Jakobs**, pues lo que le interesa es en principio, el individuo entendido dentro de una sociedad concebida como un sistema, y no como un individuo entendido como un sujeto aislado.

En esta tesitura, el «reproche de culpabilidad material» se convierte para **Kindhäuser** en una «reprobación de la falta de lealtad con la autonomía comunicativa de los interlocutores de la interacción». Ya en el caso de **Jakobs**, ha de entender a **Kindhäuser** que el autor de la conducta desviada no ha de reprochársele un suceso real, es decir, el fundamento de la culpabilidad no es este suceso real, sino que es el acto mismo comunicativo que implica la negación de

¹²⁵ Así también en SCHÜNEMANN, Bernd. *La función de la delimitación de injusto y culpabilidad. «Die Funktion der Abgrenzung von Unrech und Schuld»*. Trad. Carlos J. Suárez González. en **Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal**. Libro—homenaje a Claus Roxin. ed. Bosch, Barcelona 1995. pp. 225, 226, 227 y ss. «Por tanto, la diferenciación sistemática entre el poder actuar de otra manera y la lesividad social resulta necesaria y ostenta pleno sentido mostrándose incluso como algo definitivo desde el punto de vista de la función preventivo—general del Derecho penal, ya que la «educación de la población en el respeto al derecho» (JAKOBS), que se produce por medio del conjunto de la Administración de justicia penal mediante la comunicación simbólica del valor de los bienes jurídicos protegidos, únicamente puede tener lugar si los bienes y sus valores pueden ser comunicados de una manera independiente a la posibilidad de que sean respetados por el autor individual». La respuesta igualmente en SCHÜNEMANN, Bernd. *La Culpabilidad: estado de la cuestión actual*. en **Sobre el estado de la teoría del delito**. Trad. Felip I Saborit y Ramón Ragués I Vallés. ed. Civitas, Madrid, España 2000. pp. 100, 101 y ss. «De acuerdo con esta idea, la prevención general presupone la culpabilidad y la sustitución de esta última por la prevención general es circular. Sin embargo, con esta afirmación se mal interpreta de todo el objetivo de JAKOBS, pues lo que interesa a este autor desde buen principio no es el individuo entendido como un sujeto aislado, sino la sociedad concebida como un sistema social autopoietico para el que los hombres sólo adquieren relevancia en tanto que «personas», es decir, en tanto que «estructuras» o portadores de roles. En su incesante fustigar a la dogmática tradicional que según JAKOBS resulta del todo obsoleta, «naturalística y aferrada a los hechos psíquicos».

¹²⁶ Véase entre otros **Derecho penal**. (obras completas) tomo II. ed. Rubinzal-Culzoni. 1999.

norma prohibitiva, la cual, se autosupone en un acontecimiento real, por ejemplo en el homicidio.

Al seguir la línea de la crítica del suceso real, **Bernd Schünemann** coincide, aunque no del todo con **Jakobs**, respecto de la sustitución del suceso real como objeto del Derecho Penal por la comunicación de aquél, es decir, **Schünemann** no rechaza del todo la idea de que la sociedad se construye en buena medida, aunque no principalmente, sobre la base de la comunicación, debido a que esta idea puede llegar a tener una determinada utilidad sobre las bases de las estructuras ontológicas de la culpabilidad penal.

En la crítica, que versa sobre la construcción del concepto social de culpabilidad formulado por **Jakobs**, es susceptible de entenderse que él, sólo sustituye el naturalismo en torno al planteamiento tradicional por la concepción de la sociedad, proveniente de la teoría de los sistemas, por lo que desconoce que las estructuras fundamentales de una sociedad.

La anterior problemática planteada ha llevado a una discusión entre **Schünemann** y **Jakobs**, en el que el concepto social de culpabilidad, no se trata de una ficción, ni que se tenga que recurrir necesariamente a la comparación con un tercero para fundar la imputación de culpabilidad al sujeto. Para ejemplificar se tiene que recurrir, a donde ha de llegar la frontera de la intervención del Derecho Penal de adultos en relación al establecimiento del límite de catorce años.¹²⁷

De regreso a la relación entre culpabilidad y prevención, particularmente frente a la dogmática del Derecho Penal alemán, primeramente el punto de partida

¹²⁷ Jesús-María Silva Sánchez. *Informes sobre las discusiones*. en **Sobre el estado de la teoría del delito**, ed. Civitas, Madrid, España 2000. pp. 194, 195 y ss. «Jakobs objeta que la cuestión no es empírica, ontológica, sino que en todo caso, se trata de lo que la sociedad «puede permitirse», de lo que es necesario para conservar un determinado sistema comunicativo. En un marco así, la ausencia de medios de aseguramiento cognitivo conduce necesariamente a la sanción. Para Roxin, en cambio, es necesario partir en todas estas cuestiones de la colisión entre prevención y culpabilidad por el hecho. Schünemann insiste en su planteamiento; el principio de culpabilidad conecta con los datos de los psicólogos y los psiquiatras. Si éstos señalan que, en nuestra sociedad postmoderna a una determinada edad todavía no se ha producido la suficiente maduración del niño como para permitirle la internalización de normas, entonces el principio de culpabilidad veta la imposición de pena. Sin el principio de culpabilidad, en cambio, nada se opondría a recluir en prisión a esos sujetos».

es el concepto clásico de culpabilidad, que se había formulado sin considerar las necesidades actuales de la política criminal de la prevención. En las teorías, principalmente de la unión, aportó a la tesis de la utilidad político-criminal: la pena por culpabilidad.

Con **Roxin**, esta situación no fue del todo modificada, pues el interés preponderante de **Roxin** ha centrado su atención en considerar “adicionalmente” los presupuestos de la punibilidad en el sistema del Derecho Penal, que son a la vez, exigibles en un sistema de Derecho Penal Preventivo, junto con la reprochabilidad y que están arraigados en la política criminal, cuestión que según entendemos, ha sido la aportación fundamental y que centra nuestra atención de la problemática planteada.

Con **Jakobs**, el concepto de culpabilidad fue analizado, y determinó que el contenido de este concepto de culpabilidad se haya determinado por el fin de la prevención general y que la autonomía de la voluntad de la persona sólo puede llegar a ser atribuida como capacidad, únicamente si en torno al plano político-criminal es notoriamente conveniente.¹²⁸

Finalmente **Schünemann** concluye con tres puntos de vista, mediante la completa disolución en relación a la prevención, la conceptualización de la culpabilidad, pierde gran parte de la función de legitimación y de limitación, se convierte en innecesario, pues la tesis sostenida por **Günther Jakobs** entre culpabilidad y prevención general, no existe.

Lo anterior -según **Schünemann**- puede ser demostrado a través de la doctrina americana de la *strict liability*, la cual también hace llegar a la pena por

¹²⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Nuevas tendencias en el concepto jurídico penal de culpabilidad*. «*Neue Tendenzen im strafrechtlichen Konzept der Schuld*». Trad. Mariana Sacher de Köster. en **Revista de política criminal y ciencias penales**. CEPOLCRIM. Número Especial 1, Agosto 1999. pp. 101, 102 y ss. «De este modo Jakobs ha cerrado todas las puertas del camino que dirige hacia la comprensión ciudadana de la idea de la culpabilidad, pues ni siquiera quiere formular la pregunta acerca de la evitabilidad individual, sino que hace depender la calificación de culpable de circunstancias sobre las cuales el individuo seguramente no posee influencia alguna, como por ejemplo el desarrollo de métodos terapéuticos ante delincuentes sexuales».

razones preventivo-generales, aún al no haber culpabilidad. **Jakobs** llega más allá, cuando desconoce que el proceso social (complejo social-normativo) fáctico de la atribuibilidad de la responsabilidad, que se encuentra unido al elemento “cognitivo” social de grados de libertad, y no a la consideración de consecuencias, esto es, este proceso cuenta con una orientación *input* y no *output*.

En conclusión, no se puede ignorar -siguiendo **Schünemann**- que el principio de culpabilidad, se encuentra ya vinculado entre la sociedad dotado de un rango Constitucional en favor del autor, y por ende, no se encuentra a la plena disposición de una teoría tecnológica-social. La concepción de **Jakobs** se encuentra fuera del marco concedido al Derecho Penal por la Ley Fundamental, y esto en razón de que él mismo, cierra las puertas de la vía semántica que conduce al tradicional principio de culpabilidad.

Ya había establecido que otro de los tópicos básicos del funcionalismo normativo es el **conocimiento y desconocimiento de la norma** en el sistema penal. Antes de entrar al estudio del conocimiento de la norma, es necesario entender que dicho conocimiento deber ser ubicado como condición de la sociedad. Sabemos de entrada que una simple reunión de personas de ningún modo puede decirse que configuren una sociedad, por el contrario, una sociedad se encuentra configurada con la vigencia de la norma primigenia, la cual obliga a ese conjunto de personas a determinar su actuar, tal como por ejemplo cuando la norma prohíbe lesionar o privar de la vida a otra. Una vez que se llegó a ese nivel de desarrollo, sin duda, existe una autentica sociedad, de lo que se observa que «cuantas más normas rigen, más densa es la sociedad»¹²⁹. Las normas rigen cuando la sociedad se encuentra ya en su configuración real, esto es, rigen cuando determinan lo que en el campo de la comunicación de las personas, puede ser considerado como el punto de partida para determinar conductas. Lo que si debe quedar claro es que el quebrantamiento de una norma, no significa la

¹²⁹ JAKOBS, Günther. *Conocimiento y desconocimiento de la norma*. Trad. Marcelo Sancinetti. En **Problemas capitales del Derecho Penal moderno**. Libro-Homenaje al Prof. Dr. Hans Welzel. HAMURABI/Buenos Aires, 1998, pp. 57 y ss.; algunas consideraciones en: MANSO PORTO, Teresa. **Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal**. Dykinson/Madrid, 1999, p. 9 y ss.

pérdida de su vigencia, es decir, tal norma tendrá vigencia en tanto que en el acontecer social sea entendida como quebrantamiento y no se observe como algún suceso indiferente dentro del sistema comunicacional.

La primera manifestación del conocimiento de la norma como condición es que exista vigencia de la norma, por lo que ésta debe ser conocida, así como también deber ser conocida cuando se dé el caso concreto. Es por ello que expreso que la sociedad reclama que el juzgador no sólo juzgue *ex post* el curso del hecho o destino, sino, que si la norma ha de ser puesta en práctica por las personas, no debería hablarse de responsabilidad por el resultado, por el contrario, debería de hablarse de responsabilidad por la culpabilidad; esto es, que la norma y el hecho tiene que ser conocidos por la persona, pero *ex ante*, ya sea al actuar o al omitir ya sea que se trate de la acción en sentido positivo o negativo, según corresponda al caso-límite. El «conocimiento» en este contexto no tiene que ser confundido, cuando se habla de éste, siempre se hablara de «conocimiento actual»; pero lo que se llama «conocimiento no actual» se podría denominar sin ningún problema «desconocimiento evitable».

El desconocimiento de la norma por parte de una persona imputable, puede llegar a producirse cuando exista una realidad social extraña, infrecuente o de otro modo cuando no se puede tener conocimiento exacto de la realidad en que consolida una socialidad ya estable o cambiante. Ello significa que para ese curso, existen tres tipos de grupos de casos para estimarse que existe desconocimiento: **1.** Situaciones en las cuales una persona actúa en un ámbito social que le es ajeno; **2.** Aquellos casos en los que el núcleo o punto fundamental de la norma no es desconocido, sino es desconocida en sus aspectos extremos; y **3.** Casos de desconocimiento de normas sólo de carácter técnico-social, esto es, las normas que únicamente su función radica en determinar la forma de lo social, la manera en que se debe garantizar la correcta administración de sistema social.

En conclusión, el transitorio desconocimiento inevitable de la norma en el ámbito del Derecho Positivo no pone en una situación de riesgo o peligro el carácter de las normas positivas. Por otro lado, mucho más correcto es hablar de «competencia de evitabilidad del hecho» que «evitabilidad», lo que sin ningún obstáculo pueden ser compatibles con los principios de competencia de la imputación objetiva. Por ello la medida de la culpabilidad es correlativa a la medida de la competencia por evitación del hecho, mas no sigue a la medida de la realización psíquica del ilícito.

B. Funcionalismo teleológico-racional de Claus Roxin.

Esta corriente no es más que una determinada acentuación de construcciones teñidas de aspectos *teleológico-valorativos*, por lo que no puede decirse que se trata de una corriente *novedosa*, sino, que encuentra ciertos puntos de incidencia con la metodología del neokantismo y con el pensamiento finalista que mantuvo durante algunos decenios consideraciones teleológico-valorativas como elemento que integra al método dogmático.

Sin embargo, no todo es una construcción que tiene ciertos puntos de incidencia con otras corrientes de la dogmática penal, con ello quiero decir que lo novedoso de esta corriente se encuentra en el propósito de racionalizar la intervención de los aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción del sistema dogmático penal. Al respecto se trata de construir un **sistema abierto**, con el propósito fundamental de poder sentar bases sólidas de contenido normativo, a partir de la posibilidad de una posible modificación del contenido de cada categoría en función de las variaciones de la relación existente entre los fines del Derecho Penal y del sistema de la Teoría del Delito. A este respecto son fundamentales las consideraciones a las que a llegado **Claus Roxin**, por ejemplo, en la necesidad urgente de superar la contraposición entre lo dogmáticamente correcto y lo político criminalmente satisfactorio.

Todo esto se entiende como la necesidad de superar las barreras existentes entre el Derecho Penal y la Política Criminal, aunque la superación de esas barreras -como lo pone de manifiesto **Roxin**¹³⁰- llevaría a la orientación del sistema del Derecho Penal a las valoraciones que son producto de la Política Criminal, o sea, tal orientación reclamaría una amplia normativización de los conceptos, pues sólo con tal normativización existe la posibilidad de tener mayor flexibilidad para posibilitar variaciones de contenido de esos conceptos, en función de variaciones ya sea valorativos o de fines. En pocas palabras, el propósito de

¹³⁰. ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del derecho penal. trad. Francisco Muñoz Conde. Bosch/Barcelona, 1979. pp. 33, 34 y ss.

Roxin es una construcción de un sistema abierto de orientación teleológica, lo que en palabras de **Silva Sánchez** es «la solución frente al sistema cerrado, por un lado, y el pensamiento tópico, por otro, se llama «sistema abierto» de orientación teleológica»¹³¹.

Aproximadamente desde el año de 1970 se iniciaron arduos trabajos para la elaboración de un sistema racional-final del Derecho Penal, sus promotores son de opinión unánime, que no se puede partir de las determinaciones finalistas, ciertamente no se puede partir de vinculaciones ontológicas previas como la acción final, causalidad y estructuras lógico-materiales, entre otras; por el contrario debe atenderse de forma exclusiva a los fines del Derecho Penal. Sobre esta base se intenta desarrollar un novedoso sistema con un contenido actual de los puntos de partida neokantianos y neohegelianos, particularmente consiste en sustituir la vaga orientación neokantiana de los valores de la cultura por un criterio de sistematización de los conceptos netamente jurídico-penales, concretamente sobre las bases político-criminales de la actual tendencia sobre los fines de la pena.

Las piezas centrales del sistema racional-final del Derecho Penal, son -a grandes rasgos-, por una parte la «imputación al tipo objetivo» y la ampliación de la «culpabilidad» a la categoría de la «responsabilidad». Respecto de la «*imputación al tipo objetivo*» para las tres concepciones¹³² sistemáticas del delito de resultado quedaba reducido a la mera causalidad, no lo es, en cambio para el funcionalismo teleológico-racional, el cual hacer depender la «imputación» de un resultado al «tipo objetivo» de la realización de un peligro no permitido, que a su vez se encuentra dentro del fin de protección de la norma. Lo anterior llevó a que por primera vez se sustituyeran la categoría natural de la causalidad por un criterio de valoraciones jurídicas; no obstante, es necesario aclarar que estas bases

¹³¹ APROXIMACIÓN... (nota 60) p. 69.

¹³² En tanto que para el sistema clásico agotaba el contenido del tipo, en la corriente neoclásica sólo incluyeron subjetivos al tipo y en el finalismo ubicaron el dolo en el tipo. Sobre el tema, confróntese: DÍAZ ARANDA, Enrique. «*Cuerpo del delito ¿causalismo o finalismo?*», en **Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001; **Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México**. Quinta edición. Editorial Porrúa, México, 2004; **Teoría del delito**. Editorial Straf, México, 2006.

teóricas ya habían sido sentadas hacia el año de 1930 por la corriente neokantiana, pero su desarrollo dogmático fue abandonado. La segunda pieza fundamental es la que la ampliación de la «culpabilidad» a la de «responsabilidad». Por lo que hace de la culpabilidad es una condición de toda pena que se le debe añadir siempre la necesidad de prevención -ya sea especial o genera- de la consecuencia jurídico-penal, de tal suerte que tanto la culpabilidad como la prevención se limitan la una y la otra, o sea, recíprocamente, dando lugar en su conjunto a la «responsabilidad» de una persona, por lo que dicha conminación, como consecuencia lógica lleva a la imposición de una pena.

Hans-Joachim Rudolphi¹³³ -discípulo de Roxin- se muestra claramente seguidor del funcionalismo racional-final. Esta corriente dogmática se ve influida por los fines del Derecho Penal, es por ello que **Rudolphi** llega a la determinación de que las normas jurídicas contienen imperativos, ya sea como prohibiciones o mandatos de una determinada acción humana, entonces el carácter teleológico de aquellos preceptos es siempre la omisión o la realización de un actuar humano; sin embargo, el fin de aquellos imperativos, no se agota en simples omisiones o mandatos, sino, más bien la misión fundamental consiste en motivar a los destinatarios de las normas a través de mandatos o prohibiciones. El Derecho es pues una institución que persigue ciertos fines, en consecuencia es preciso que su contenido sólo pueda deducirse a partir del carácter teleológico que éste persigue. Particularmente por lo que toca en el Derecho Penal, los tipos penales no deben interpretarse únicamente a su fin de protección, sino también, a sus mismas teorías generales, principalmente a los principios de los distintos niveles de imputación, que deben ser atendidos a los fines del Derecho Penal del Estado.

Le asiste razón a **Rudolphi** cuando considera que el fin del Derecho Penal serviría como base de la imputación jurídico-penal. Si se parte de la determinación que el Derecho Penal se esfuerza para garantizar la válida y plena observancia de

¹³³ RUDOLPHI, Hans-Joachim. *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*. en Schünemann (comp.) El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez. Tecnos/Madrid, 1991. p. 81 y ss.

las normas penales, estamos en presencia de que el fin inmediato de la conminación penal (imposición y ejecución de la pena), es la estabilización de las normas existentes para la protección de bienes jurídicos a través de mandatos o prohibiciones como esquema vinculante a la acción humana. La conminación penal busca en primer término una finalidad «preventivo general», de tal suerte que aquel destinatario que no se desiste de la realización de la acción prohibida por la norma de conducta, debe ser motivado mediante la aplicación de un mal -en este caso una pena- para que omita la realización de la acción prohibida. Por un lado, dicha conminación pretende a través de la desaprobación de la acción antinormativa, confirmar la norma que se ha visto «*infringida*» y con ello recuperar la confianza general en la observancia de las normas penales, específicamente asegurar de manera «preventivo general» la vigencia fáctica y normativa del precepto legal vulnerado. Pro último, pretende mediante la imposición de la pena asegurar un modelo «preventivo especial», para determinar en concreto al autor el respeto y la observancia de la norma violada.

A manera de resumen: la pena presupone imputabilidad individual de la vulneración de la norma, así como exigibilidad de un comportamiento adecuado a la misma. La pena se encuentra justificada cuando es un medio apropiado de forma «preventivo general y especial», futuras infracciones a las normas penales de conducta; no obstante, esto no significa que la culpabilidad, en lo relativo a sus dos elementos (imputabilidad individual y exigibilidad) sea únicamente una derivación de la concepción preventiva, más bien, la noción de culpabilidad encuentra su utilidad para limitar las necesidades de la protección preventiva de bienes jurídicos de tal manera que sea compatible con la dignidad del hombre.

Para el sistema teleológico-racional de **Roxin**¹³⁴ existen conceptos básicos en el sistema del Derecho Penal, al deducir que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple con otros presupuestos – eventuales- de punibilidad. Por ello, es que hace la estimación de que toda

¹³⁴. Roxin Claus. (nota 104) §7 núm. 3, 4 y ss.

conducta punible presenta cuatro elementos comunes: *acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*; a los que puede añadirse otros presupuestos de la punibilidad en algunos casos.

La **acción** no se encuentra definida por algo empírico, tal como sucede con la causalidad, la conducta voluntaria o la finalidad, sino por la mera identidad del aspecto valorativo, así puede hablarse de «un hacer» o «dejar de hacer» y con ello de una manifestación de la voluntad; sin embargo, tras esa categoría -dice **Roxin**- se encierra un fin político-criminal.

La **tipicidad** como el segundo elemento reclama que ese fin político-criminal de dicha conminación abstracta, tiene un aspecto preventivo general, es decir, que esa acción al optar por una descripción contenida en un tipo, se pretende motivar al individuo para que «omita» la actuación descrita en éste. No obstante, esa finalidad preventivo general, conduce a dos vías de interpretación: La *primera* que la generalidad de los tipos penales han de ser interpretados teleológicamente de acuerdo con el contenido de la ley, concretamente para que se abarque de manera general las conductas reprobadas jurídicamente y por tanto carezca de lagunas ese efecto motivador de corte preventivo general. La *segunda* parte de una prevención general eficaz, que exige una precisión de la ley -digamos más o menos exacta- tal como lo exige el principio *nullum crimen nula poena sine lege*, de esta manera el tipo se encuentra en terreno ubicado entre el fin de la ley y la precisión de ésta.

En la tercer categoría, se estima que la acción típica ha de ser **antijurídica**, aunque lo será ya con la tipicidad, porque el legislador incorpora una determinada acción en un tipo cuando estima que cotidianamente debe estar prohibida; sin embargo, tal regla puede ser contradicha debido a que una acción típica no es antijurídica si en un caso concreto concurre una causa de justificación, por ejemplo la defensa legítima. Ahora, si estamos ante una acción típica y antijurídica se habla del **injusto** penal, el cual comprende las tras primeras categorías. Es

importante aclarar que debería hablarse de «injusto» y no de simple «antijuridicidad», pues el tipo penal acoge dentro de sí una acción típica, por lo que el injusto contiene acción y tipo, se agrega que las acciones típicas pueden ser «injusto penal». En cambio, si se habla de antijuridicidad, ésta no es una categoría única del Derecho Penal, por el contrario, lo es de todo el ordenamiento jurídico, por lo que se puede hablar de acción antijurídicas tanto en el Derecho Civil o Derecho Mercantil, etc.; y sin embargo, tales acciones son irrelevantes para el Derecho Penal.

Respecto de la **culpabilidad**, se afirma que toda acción típica y antijurídica es culpable, o sea, se hace responsable al autor. Sabemos que en la «responsabilidad», se trata de saber si un sujeto -visto como ente individual- merece una pena por el injusto cometido, por ello ha de hablarse de que uno de los presupuestos -no menos importantes- de la responsabilidad: la culpabilidad del sujeto; pero como advertimos ésta no es solamente el único presupuesto, sino que hay que añadirse una «necesidad preventiva de punición».

En otro orden, los **otros presupuestos de punibilidad** debe entenderse que una acción típica, antijurídica y culpable es por regla general punible; sin embargo, en algunos presupuestos penales se añaden otros presupuestos de punibilidad, que son las denominadas **condiciones objetivas de punibilidad** y la **ausencia de causas de exclusión de la punibilidad**. En el caso de una condición objetiva de punibilidad, puede hablarse -al decir de **Roxin**- de la garantía de reciprocidad en la protección penal de representantes y símbolos extranjeros, o sea, que la falta de reciprocidad no modifica en nada el hecho de que el daño realizado a los símbolos extranjeros sean típicos, antijurídicos y culpables, quedan sin aplicación de pena; por otra parte, una causa de exclusión de la punibilidad.

Por su parte **Hans Achenbach**¹³⁵ discrepa de **Roxin** sobre la culpabilidad y responsabilidad, sobre la base de que el propio **Roxin** se propone asignar a la culpabilidad un lugar en el terreno de la responsabilidad y la concibe como un verdadero centro dentro de su sistema. **Achenbach** argumenta que desde que apareció la obra dogmática¹³⁶ de **Roxin** respecto del tema en estudio, determinó que la «culpabilidad» se encuentra configurada «político-criminalmente» a partir de la doctrina de los fines de la pena, y se sirvió de manera elegante del concepto de responsabilidad para expresar esta relación; no obstante, lo anterior no ha podido ser comprendido bajo la expresión de que la responsabilidad sustituya a la culpabilidad, sino por el contrario, aún se mantiene la existencia que en el seno de la responsabilidad, de una culpabilidad -entendida en términos clásicos- el autor ha actuado de modo contrario a Derecho a pesar de que habría podido dirigirse conforme a éste.

Achenbach concluye que «la imputación de un comportamiento como presupuesto de la imposición de una pena a ese concreto autor únicamente se puede derivar y delimitar a partir de una *interpretación preventiva* de los elementos que fundamentan la imputación; la cuestión de si el autor habría podido actuar de otro modo inaccesible a una determinación empírica, no desempeña aquí papel alguno»¹³⁷.

Por último, una de las piezas fundamentales del sistema racional-final es la «imputación al tipo objetivo», ante esta situación comenta **Jürgen Wolter**¹³⁸ que la teoría de la imputación objetiva en Derecho Penal se haya en un estado de cambio. En los últimos tiempos se han hecho algunos esfuerzos por ampliar el

¹³⁵ ACHENBACH, Hans. *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*. en Schünemann (comp.) **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez. Tecnos/Madrid, 1991. p. 135 y ss. Además, para mayores referencias véase: FREUDNTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. traducción José Luis Guzmán Dalbora, reimpresión, editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2006.

¹³⁶ Roxin, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. (nota 67).

¹³⁷ ACHENBACH, Hans. (nota 135) p. 138.

¹³⁸ WOLTER, Jürgen. *Imputación objetiva y personal a título de injusto*. A la vez, una contribución al estudio de la «*aberratio ictus*». en Schünemann (comp.) **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez. Tecnos/Madrid, 1991. p. 108 y 109. Sobre la *aberratio ictus* es también básico el artículo de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. «*Aberratio ictus*» e «*imputación objetiva*». en **Consideraciones sobre la teoría del delito**. Ad-Hoc/Buenos Aires, 1998 p. 125 y ss.

campo de la imputación, al incluir las formas peligrosas del comportamiento y, en efecto, esa causación imputable de un resultado se fundamenta en la creación de un riesgo igualmente imputable. Respecto de la *imputación del riesgo*, se abre de la misma manera una *imputación personal e individual*, pues para que exista la posibilidad de imputar un hecho doloso al autor de este debe tener conocimiento del riesgo creado; entonces «para que sea una imputación a título de culpabilidad, dicho sujeto debe mostrar en todo caso una relación de culpabilidad, y con ello también en el sentido de poder actuar de otro modo, respecto a dicho *riesgo*».

CAPÍTULO III

TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

CAPÍTULO III

TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Sumario: I. Teoría de la imputación objetiva. **A.** Acción. **1.** La acción-omisión. **2.** La omisión: el estado actual. **B.** El concepto de tipo. **1.** Realización del tipo objetivo mediante acción. **2.** Imputación objetiva y teoría de la equivalencia (*conditio sine qua non*). **3.** La causalidad como condición. **4.** Teoría de la adecuación e imputación objetiva. **II.** Imputación objetiva del comportamiento. **1.** Principio de riesgo permitido. **a)** Fundamentos. **b)** Ubicación sistemática. **2.** Principio de confianza permitida. **3.** Principio de prohibición de regreso. **a)** Posición de garante. **b)** Comisión por omisión. **c)** Infracción al deber. **d)** Posición de Harro Otto: consecuencias para la estructura del delito. **e)** Posición de Claus Roxin: la prohibición de regreso como problema de la teoría de la imputación. **4.** Concurrencia de riesgos. Competencia de la víctima. **a)** Creación de riesgos mediante diversas intervenciones. **III.** Imputación objetiva del resultado. **1.** Exclusión del tipo y actuación a propio riesgo. **2.** El obrar a riesgo propio. **3.** Realización del tipo subjetivo mediante acción: el dolo. **a)** El dolo como conocimiento. **b)** El dolo eventual. **c)** Posición de Enrique Díaz-Aranda. **4.** Realización del tipo subjetivo mediante acción: la culpa. **a)** Culpa y riesgo cognoscible. **b)** Riesgo objetivamente imputable.

I. Teoría de la imputación objetiva.

Antecedentes.

La teoría de la imputación objetiva tal como la conocemos actualmente tiene como precedente la filosofía idealista del Derecho cuyo máximo exponente es **Hegel**. En efecto, el objetivo del concepto de acción propuesto por **Hegel** y desarrollado por la Escuela Hegeliana del siglo XIX consistía en imputar al sujeto, de la multiplicidad de cursos causales, sólo aquellos que podían ser considerados como su obra. En este orden de ideas, imputación significaba, en opinión del criminalista hegeliano **Berner**: “*cargar algo objetivo en la cuenta del sujeto*”.

Posteriormente en 1870 y en una época marcada por el auge del naturalismo penal, la idea de imputación personal por los hechos cometidos se trasladó a un segundo plano, pues se impuso el dogma del principio causal. En ese contexto, el análisis tuvo como eje principal determinar si el autor había causado la lesión al bien jurídico mediante una conducta corporal voluntaria en el sentido de la fórmula de la *conditio sine-qua-non*.

El concepto causal de la teoría de la equivalencia de condiciones por su alcance ilimitado y su ineficacia para resolver algunos casos como la desviación del curso causal y la causalidad alternativa entre otros condujo a su abandono a inicios del siglo XX. Así, a partir de entonces se reconoció que el concepto causal ilimitado debía ser restringido al campo del tipo objetivo.

Un primer paso para solucionar el problema dogmático que planteaba la equivalencia de condiciones fue la teoría de la condición adecuada, la cual sin embargo no dejaba de ser extensiva por la dificultad de determinar cuál era la condición relevante. En ese contexto, la teoría de la imputación objetiva nace en 1970 cuando **Roxin** en el libro de Homenaje a **Honig** plantea su vinculación con el criterio de creación de un riesgo jurídicamente relevante de una lesión típica del bien jurídico.

Postulados de Claus Roxin.

Roxin a quien se considera el máximo representante de una perspectiva de la imputación objetiva vinculada al "*principio de riesgo*", sintetiza la teoría de la imputación objetiva, del siguiente modo: 1) *un resultado causado por el sujeto que actúa, sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción, 2) cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto, y 3) cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo.*

Se trata a juicio de **Roxin**, de que la imputación del tipo objetivo presupone la realización de un peligro, comprendido dentro del alcance del tipo penal, creado por el autor y no encubierto por el riesgo permitido. Este autor pretendió con la teoría de la imputación objetiva, restringir de modo *objetivo* el concepto ilimitadamente *objetivista*. A **Roxin** le importó, ante todo, confrontar, a través de una perspectiva objetiva de la imputación, la incorporación del dolo al tipo del ilícito. Escribió que la *tarea de la dogmática consiste en la introducción de criterios de imputación generales y objetivos determinados normativamente*.

Según la teoría de la imputación objetiva, la delimitación debe sujetarse, así el resultado ocasionado ha sido alcanzado por la realización de un peligro creado por el autor y no abarcado por el riesgo permitido. **Roxin** al comienzo de su exposición sobre la imputación objetiva, dijo que debe aclararse cómo tiene que obtenerse la relación entre el sujeto del delito y el resultado para que pueda imputarse a un sujeto del delito determinado como su acción.

La teoría de la imputación objetiva se comprende con más precisión si ella es aplicada a una característica de la acción, a saber: el ser peligrosa con relación al resultado. En este sentido, si la causación del resultado concreto depende del azar y está fuera del dominio del autor, entonces no existirá desde un principio, una acción dirigida a causar el resultado.

Roxin propuso una serie de criterios normativos, cuyo denominador común está en el *principio de riesgo*, el cual, al partir del resultado, el tema estaba en determinar si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado.

Los criterios propuestos por Roxin para determinar el juicio de imputación objetiva del resultado son los siguientes: **a)** la disminución del riesgo, **b)** la creación de un riesgo jurídicamente relevante, **c)** el incremento del riesgo permitido, y **d)** la esfera de protección de la norma.

Los cuales pueden observarse de la siguiente manera:

a) La disminución del riesgo. Criterio mediante el cual puede negarse la imputación objetiva en los casos de desviación de un resultado grave, que haya llevado a producir uno leve.

b) La creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante o no permitido (o creación de un riesgo prohibido). Según este criterio se procede a negar la imputación objetiva cuando la acción no ha creado el riesgo relevante de una lesión al bien jurídico.

c) Aumento del riesgo permitido. En estos casos procede negar la imputación objetiva cuando la conducta del autor no ha significado una elevación del riesgo permitido porque el resultado se hubiera producido igualmente aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida.

d) Esfera de protección o ámbito de aplicación de la norma. Este criterio permite solucionar aquellos casos en los que, aunque el autor ha creado o incrementado un riesgo que origina un resultado lesivo, no debe ser imputado al no haberse producido dentro del ámbito de protección de la norma, es decir si el resultado no era aquel que la norma quería evitar.

Postulados de Günther Jakobs.

Para **Jakobs** la teoría de la imputación objetiva cumple un papel fundamental que permite determinar los ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, así faculta constatar cuando una conducta tiene carácter (objetivamente) delictivo.

La teoría de la imputación objetiva se divide para Jakobs en dos niveles: La calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento); y, la constatación –en el ámbito de los delitos de resultado- de

que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado).

En el primer nivel de la imputación objetiva, la imputación de comportamientos, **Jakobs** propone cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de establecerse el juicio de tipicidad:

a) El riesgo permitido. Parte de una definición claramente normativa del “riesgo”, desligada de probabilidades estadísticas de lesión. El riesgo permitido se define como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente *status quo* de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, hasta el punto que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica; dicho de otro modo, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación.

b) Principio de confianza. Determina cuándo existe, con ocasión del desarrollo de una actividad generadora de un cierto riesgo (permitido), la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también interviene en dicha actividad (de modo que si no se procediera así, el riesgo dejaría de ser permitido), y cuándo se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos.

c) Prohibición de regreso. Con ella **Jakobs** pretende enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. La prohibición de regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamiento imprudentes como dolosos, con base a criterios objetivo-normativos. De ese modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación punible.

d) Actuación a riesgo propio de la víctima o competencia de la víctima. Mediante esta institución **Jakobs** propone tener en cuenta la intervención de la víctima en el suceso. En este punto, la teoría de la imputación objetiva implica la introducción de elementos valorativos que determinan cuáles son los límites de la libertad de actuación, implica, en este sentido, el establecimiento de esferas de responsabilidad.

Uno de los problemas principales que plantea la teoría de la imputación objetiva, según los postulados de **Roxin**, está dada por la presencia de elementos subjetivos en el tipo objetivo. Así, la crítica a la teoría de la imputación objetiva se basa en la premisa de que los tipos objetivos y subjetivos deben ser estrictamente diferenciados y que para esta diferenciación existen criterios unívocos.

En esta línea de pensamiento, un sector de la doctrina al seguir criterios dogmáticos plantea que cuando el autor ha realizado determinadas circunstancias fundamentadoras de riesgo con conocimiento y conscientemente, es posible afirmar que se ha creado un riesgo no permitido y realizado el tipo objetivo de un homicidio, lesión, etc. Si se parte de esa premisa sería correcto sostener que también determinados factores subjetivos resulten significativos para la imputación objetiva.

Si la imputación al tipo objetivo depende de factores subjetivos, y el dolo tiene por objeto sucesos semejantes, que son imputables al tipo objetivo, entonces él debería forzosamente extenderse a los “conocimientos especiales”. **Roxin** para hacer frente a estas críticas sostiene que la teoría de la imputación objetiva y su dependencia de factores subjetivos desemboca en la problemática de la autoreferencia del dolo. Para **Roxin** el dolo sólo se refiere a elementos del tipo, por tanto exigir a un sujeto conocimientos especiales, es una exigencia externa a los elementos del tipo y que traería consigo la ampliación de la punibilidad, situación que se puede evitar a través de una teoría de la imputación objetiva.

Por lo demás, el juicio sobre la novedad dogmática de contenidos de la conciencia relevantes para la imputación que no son ningún elemento del tipo, es resuelto por **Roxin** en el siguiente sentido: *lo que es presupuesto necesario de un elemento del tipo debe también a su vez pertenecer al tipo*. **Roxin** para salvar el tema de la intención frente al resultado improbable sostiene que es indiscutible que el autor subjetivamente quería precisamente aquello que objetivamente ha causado. Una punibilidad sería únicamente excluida a través de la negación de la imputación objetiva. *Sólo porque no juzgamos ya en el plano objetivo, una causación de muerte puramente accidental como matar a otro en sentido jurídico, un dolo referido a ella no es dolo de homicidio*.

La opinión todavía dominante cree que existen acciones que, a pesar del idéntico contenido de la representación deben ser adjudicadas en una zona, conforme diferenciaciones en los planos volitivos o emocionales.

Roxin abre al curso causal concreto, un camino de regreso al dolo, a saber: *la realización del plan*. Ella debe ser la regla de valoración en la imputación al *dolo frente a desviaciones causales* para la imputación al tipo subjetivo. Pero un curso causal puede ser generalmente registrado y definido como “*desviación*” cuando se lo compara con otro curso, del cual aquel se desvía.

Un segundo problema estaría en relación a los tipos imprudentes, pues en estos delitos el conocimiento especial constituye una categoría provisoria, ya que la dogmática dominante todavía no ha encontrado una casa propia para lo subjetivo en la imprudencia “*objetiva*”, o sea en la violación al deber de cuidado.

Es importante señalar en este punto que la teoría de la imputación objetiva persigue un importante deseo sistemático, al esforzarse por reducir nuevamente a una estructura uniforme a los conceptos separados por la corriente de ilícito doloso e imprudente. Con esto se le deben agradecer esenciales reconocimientos y profundizaciones dogmáticas.

La problemática en torno a la postura de **Jakobs**, según radica en relación al principio de confianza. Y por ello cada vez, ocupa un lugar más preeminente como objeto de discusión doctrinal, pues la figura del principio de confianza está estrechamente relacionada con la configuración de la sociedad como una sociedad con constantes contactos altamente anónimos y en la que impera el reparto de trabajo y funciones. El principio de confianza, pues, está estrechamente relacionado con la delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad.

En el campo de la dogmática del delito imprudente este principio tiene una función muy concreta: *delimitar el alcance de la norma de cuidado determinando los límites del deber de cuidado, atención o diligencia con respecto a la actuación de terceras personas*. El problema planteado desde la doctrina es en relación a que una institución de esta naturaleza operaría en una sociedad estructurada y altamente organizada como las sociedades europeas. Ciertamente cuando **Jakobs** plantea el cumplimiento de la norma, su estabilización y el principio de confianza está pensando en que todas las sociedades se rigen por cánones como la sociedad Alemana de la cual es parte. Sin embargo, en una sociedad como la nuestra estas consideraciones dogmáticas posibilitarían cierto grado de impunidad.

Respecto a la legitimidad de la Imputación Objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo. Uno de los principales aportes y consecuencias dogmáticas derivadas de la teoría de la imputación objetiva, es que se ocupa de problemas centrales de la estructura general del delito. En efecto, la teoría de la imputación objetiva logra un tipo objetivo unitario para los delitos dolosos de resultado y los delitos culposos. Si se añade que según la opinión dominante la previsibilidad individual no representa sino una cuestión de la culpabilidad del delito imprudente, resulta entonces nuevamente que, según la teoría de la imputación objetiva, el tipo del delito culposo es, en su totalidad, idéntico al tipo objetivo del delito doloso de resultado.

Por otro lado, los ejemplos principales que han sido tratados por la imputación objetiva como delitos imprudentes implican una relación de contrariedad al deber exigido y que debe existir entre la acción descuidada y el resultado y los casos del llamado fin de protección de la norma. En esta línea argumentativa, la acción prohibida se agota, en el delito imprudente, en el comportamiento voluntario considerado contrario al cuidado, por ejemplo: Si alguien conduce su coche con exceso de velocidad y arrolla fatalmente a un peatón que se cruzaba en forma contraria a las leyes del tráfico y esto de todos modos hubiera ocurrido aun a la velocidad permitida, entonces el resultado no es producto de la contrariedad al cuidado en la forma de conducir y con ello, falta uno de los presupuestos específicos del delito imprudente de resultado.

Imputación Objetiva en los delitos imprudentes.

Sobre el comportamiento ilícito en los delitos imprudentes la imputación objetiva dio lugar a que en la fundamentación del ilícito tampoco se pudiera permanecer en la mera causación (en el sentido de la teoría de la equivalencia) del resultado. Así, como elementos determinantes, que constituyen el ilícito del delito imprudente fueron descubiertos y elaborados con mayor detalle la violación al cuidado y la relación de antijuridicidad.

La teoría de la imputación objetiva ha cambiado el nombre de estos elementos y en vez de ellos habla de “creación de un peligro jurídicamente relevante o sea, prohibido” y de “realización de este peligro en el resultado típico”.

La teoría de la imputación objetiva aspira a eliminar esta desigualdad, e imputar al delito doloso también aquello que es apto para el delito imprudente. El anhelo de la asimilación de los tipos objetivos se basa esencialmente en dos motivos. Por un lado, como ya se mencionó se trata de una cierta necesidad de armonía para la unificación de las estructuras dogmáticas. Por otro, el

enriquecimiento del tipo objetivo en el delito imprudente parece demostrar que existe, algo como un “ilícito objetivo”, que en relación al tipo objetivo (tradicional) del delito doloso, es caracterizado a través de elementos complementarios. Esto fue, y es, motivo de la teoría de la imputación objetiva para retocar también el tipo objetivo del delito doloso en su contenido.

Autopuesta en peligro por responsabilidad propia.

La autopuesta en peligro constituye un límite de la “imputación objetiva”. Así, “quien únicamente ocasiona, posibilita o favorece el acto de la deseada y efectuada autopuesta en peligro por propia responsabilidad (dolosa o imprudente), participa en un acontecimiento que no es típico, ni por eso mismo, un suceso punible”.

La posibilidad de que un “superior conocimiento de los hechos” conduzca a la realización del tipo (imprudente) constituye, en rigor, la figura de la autoría mediata a través de la utilización de la “víctima sin dolo” como herramienta.

Principio de Confianza

Uno de los principales aportes de la teoría de la imputación objetiva propuesta por **Jakobs** radica en el principio de confianza. Así, los ciudadanos confían en la vigencia de las normas o de forma más personalizada, en que los otros respetaran las normas, lo cual es un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico. Y como principio general del Derecho puede presentar una importante utilidad como criterio normativo de imputación dentro el marco de la teoría jurídica del delito.

El papel que el principio de confianza puede tener como criterio de imputación, radica principalmente en que constituye un límite normativo de la responsabilidad penal. Especialmente como criterio normativo de imputación que delimita el alcance de los tipos penales, al poner un especial énfasis en aquellos

más necesitados de configuración doctrinal o jurisprudencial: los delitos puros de resultado (homicidio, lesiones, daños, etc.).

No se trata de hacer referencia al principio de confianza desde la perspectiva de las potenciales víctimas del delito, sino desde la perspectiva de aquellas personas que pueden dañar o poner en peligro bienes jurídicos si entran en contacto con personas que incumplen las normas. Evidentemente las consecuencias dogmáticas del principio de confianza que se dé una confianza en la vigencia de la norma o, en todo caso en que los otros respetaran las normas.

Desde esta perspectiva el principio de confianza ha tenido una función dogmática más evidente y consolidada. El principio de confianza, como principio general, se puede tener en cuenta como criterio interpretativo dentro de la teoría jurídica del delito cuando se trata de desvalorar jurídico-penalmente conductas interrelacionadas, entrelazadas o cuya peligrosidad depende del comportamiento de terceras personas. La ubicación de este principio será adecuada donde se analice la infracción del deber de cuidado al tratarse de un criterio de determinación de dicha infracción. Así, si se tiene en cuenta en el juicio de culpabilidad, el principio de confianza será un elemento de la culpabilidad. De otro lado, si la infracción del deber de cuidado se tiene en cuenta ya como un elemento de la tipicidad, el principio de confianza será un elemento de la tipicidad. A su vez, para los que consideren que el deber objetivo de cuidado es un elemento del tipo objetivo el principio de confianza habrá de tenerse en cuenta en este ámbito doctrinal, mientras que los que consideren que la infracción del deber (en el delito doloso o en el delito imprudente) es un elemento de imputación personal que ha de analizarse en el ámbito de la tipicidad con posterioridad a la constatación del tipo objetivo ubicaré en este último lugar el principio de confianza. En definitiva, la ubicación dogmática del principio de confianza como criterio de determinación del deber de cuidado depende de la construcción dogmática de la imprudencia que mantenga cada autor.

El principio de confianza en el sentido tradicional otorgado por la doctrina tiene una mayor relevancia en el delito imprudente y por ello consideramos que este es el papel dogmático más importante de dicho principio. Sin embargo, la teoría de la imputación objetiva, como teoría normativa o teleológico-valorativa del tipo, permite tener en cuenta como criterios interpretativos principios como el de autorresponsabilidad, el de delimitación de ámbitos de decisión y responsabilidad o el de confianza.

Como ha señalado recientemente **Jakobs**, un hecho doloso conforme a la norma de cuidado sería una *contradictio in adiecto*. **Jakobs** cuando afirma que *si la norma no se reconoce como efectiva frente a los comportamientos* se aminora su valor como criterio rector de la conducta, se defrauda (aunque sólo sea caso por caso) la confianza de los ciudadanos en el reconocimiento de la norma.

Es importante señalar que el principio de confianza ha cumplido un rol importante no únicamente en el seno de la dogmática de la imprudencia, sino también en la importancia que pueden tener en el marco del creciente proceso de normativización de la tipicidad principios como el de confianza y el de autorresponsabilidad. La teoría de la imputación objetiva, no añade un elemento de análisis dentro de la estructura del delito, aunque ofrezca nuevos criterios dogmáticos sino una nueva forma o perspectiva de análisis de la tipicidad con la que no se tienen en cuenta criterios de imputación naturalísticos, sino fundamentalmente normativos. En consecuencia, el principio de confianza opera dogmáticamente como un límite de la norma de conducta (o si se prefiere, de la conducta típica o de la imputación del comportamiento).

A. Acción.

La función de la teoría de la imputación se derivó de la teoría de la pena. La teoría en cita, establece a qué persona ha de castigarse para la estabilización de la norma. En otras palabras *“ha de castigarse al sujeto que se ha comportado de contrariedad a la norma y culpablemente (si es que la ley no renuncia a la pena, o que es posible por diversos motivos). La teoría de la imputación los conceptos que se han empleado: comportamiento del sujeto, infracción de la norma y culpabilidad.”*¹³⁹

Los planteamientos a resolver sobre lo que ha de entenderse como acción, se conectan de manera inmediata a casi todos los problemas de la imputación de un comportamiento como delito. Ello ocurre especialmente en el seno de la teoría del tipo, ya que al momento en que se estudia lo relativo a la acción, resultan diversos cuestionamientos: ¿preceden al tipo los elementos generales de la acción, o éstos están determinados por el tipo?; respecto de la teoría del injusto (hasta qué punto se puede individualizar el injusto mediante la acción?), y por último, lo relativo a la teoría de la culpabilidad (¿es acción específicamente humana una acción normativamente no imputable, es decir, no culpable?), y como punto de partida: la distinción entre hacer y omitir (son ambos comportamientos acción, ya que los dos conceptos en determinadas circunstancias con considerados como delito), pues bien, existen diversos criterios dogmáticos que son tan divergentes como las ideas propuestas para solucionar los planteamientos, más que material, terminológicos, esto es, ¿qué puede o qué debe llamarse acción?.

¹³⁹ JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación. Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 156 y ss. Sobre el garantismo penal excelentes construcciones en: FERRAJOLI, Luigi. *“Garantías y derecho penal”*. Traducción Mariana Gascón, en Revista Intercriminis, número 2, marzo 2002, Segunda Época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002.

Por otra parte, no existe impedimento lógico para llamar acción el hecho enteramente imputable, pues un comportamiento antijurídico pero no culpable no es completamente una acción, sino una acción imperfecta. Al optar por esta solución, más bien, el concepto de acción cabe vincularlo a la total imputabilidad, sin consideración a la antijuridicidad; ya que imputables pueden ser no sólo las “malas obras”, sino también “las buenas”, pues la imputación no es solo una categoría jurídica, sino también ético-social.

En la terminología moderna, un concepto de acción que excluye lo no culpable fue desarrollado por **Hegel**, e introducido por los penalistas hegelianos en la ciencia del Derecho Penal en los siguientes términos: *es acción la exteriorización de la voluntad en tanto que subjetiva o moral... solo la exteriorización de la voluntad moral es acción*. La ventaja de un concepto de acción configurado en los términos precisados reside en que no se determina por sus aspectos externos (movimiento corporal o resultado), sino por su relación de sentido con la norma. Lo que en el plano de la ciencia del Derecho Penal *lo grave no es el suceso externo, sino la actitud del autor ante la norma*. En este sentido, en la acción del autor considerada como acción de un ser racional reside el hecho de que es algo general que mediante ella se establece una ley que él ha reconocido en ella para sí, bajo la cual se le puede subsumir como bajo su derecho; este concepto de acción se adecua a una teoría de la pena en la que no sirve a un estado externo, sino la existencia de las normas, pues con la pena se trata de anular el delito, con la finalidad de restablecer el Derecho, es decir, restablecer la vigencia de la norma.

En torno al concepto causal de acción, cabe recordar las concepciones de **Liszt¹⁴⁰, Beling y Radbruch¹⁴¹**, quienes entendieron que en el hacer delictivo se separan dos componentes: a) El proceso causal externo (objetivo), y b) El

¹⁴⁰ En ese orden, son interesantes los estudios formulados por LISZT, Franz Von. La idea del fin en el derecho penal. Traducción Carlos Pérez del Valle, Editorial Comares, Granada, España, 1995; así como: Tratado de Derecho Penal. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.

¹⁴¹ Con mayor amplitud confróntese RADBRUCH, Gustav. “El fin del derecho”. en Los fines del derecho. 3ª edición, Facultad de derecho de la UNAM, México, 1997.

contenido de voluntad interno (subjetivo). En ese sentido acción sería un proceso causal, siempre que pueda atribuirse a una voluntad humana, sea cual sea el contenido de ésta. El movimiento corporal se define como la tensión (contracción) de los músculos dispuestos por la mente y tiene lugar por la inervación de los nervios motores. La voluntad humana se toma como hecho, sin consideración a su contenido y en consecuencia sin consideración a su sentido; pues para la comprobación de que ha ocurrido una acción basta la certeza de que es autor a actuado activamente o ha permanecido inactivo. Lo que haya pretendido es indiferente, pues el contenido de la voluntad solo tiene significado para la culpabilidad.

La razón para la reducción de la voluntad fue con la finalidad de conseguir una separación lo más pura posible entre el proceso causal y el conjunto de la culpabilidad, y no exclusivamente hasta el movimiento corporal sino hasta la propia voluntad.

Por otra parte, respecto al concepto final de acción formulado por **Hans Welzel**, su merito fue haber superado el concepto de acción y con ello en el injusto la separación de los lados objetivo y subjetivo del delito. El concepto de acción que abarca lo intencional y lo que puede serlo, así como el hacer y omitir se reduce al ámbito de la conducta intencional prototípica: al hacer final. La acción sin dirección sólo puede ser un proceso causal ciego, la voluntad consciente del fin, que dirige al acontecer causal se convierte en el eje central de la acción final; esto es la acción humana es ejercicio de la actividad final, por lo cual la finalidad de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento de los procesos causales, puede prever hasta cierto punto las consecuencias de su actuación, como consecuencia señalarse diversos fines y dirigir su actividad para la obtención de tales fines. La actividad final es un actuar dirigido conscientemente desde el fin, mientras que el puro acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante de los componentes causales presentes en cada caso.

La dirección final¹⁴² se realiza con arreglo a esta doctrina, en dos fases: a) En la fase de la anticipación del fin, así como de la elección de los medios necesarios para la consecución del fin, al tener en cuenta las consecuencias secundarias, y b) En la fase de la ejecución en el mundo fáctico lo que convierte a la acción en un proceso causal.

En otro punto, hoy en día al hablar del concepto de acción se habla de una parte del concepto de injusto, al menos en el ámbito de la comisión. En las últimas dos décadas se ha discutido sobre el concepto de acción, con las cuales se ha llegado a un arreglo en posiciones más o menos causalistas o finalistas. La discusión que se ha desarrollado en el ámbito de la teoría general del injusto se refiere a la llamada imputación objetiva, esto es, ha aquella teoría que en el tipo objetivo diferencia entre la relación causal y la relación de imputación en un sentido más estricto. El concepto de acción no se busca antes de la sociedad, sino dentro de ésta. No es la naturaleza la que enseña lo que es la acción, como lo hizo ver **Liszt** con su separación de lo físico y lo psíquico, y el concepto de acción tampoco puede extraerse de la ontología como lo sostuvo **Welzel**, quien intentó demostrar con su punto de partida desde la finalidad del actuar humano, sino que en el ámbito del concepto de acción lo decisivo es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el derecho penal.

Quien actúa se convierte de manera individualmente evitable en la razón determinante de un resultado. Otra posición, sería la de corregir el concepto de acción al cortar el resultado y dar por satisfecho con algún tipo de tendencia hacia

¹⁴² Al respecto, véase HANS, Welzel. **El nuevo sistema del derecho penal**. Tercera reimpresión, traducción José Cerezo Mir, Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2006, páginas 41,42 y siguientes. En este sentido, se enfatiza con el siguiente ejemplo: "A y B quieren robar a X, después de reducirlo a la impotencia. Para ello piensan en primer lugar, como medio en un cinturón, que quieren atar al cuello de la víctima. Como prevén, sin embargo, que con tal conducta la víctima puede morir estrangulada y quieren evitarlo, descartan de este medio y eligen un pequeño saco de arena, con el que deben aturdirlo. Al principio ejecutan el medio de este modo; su realización va dirigida, pues, tanto a la consecución del fin (el botín), como a evitar el efecto concomitante (la muerte de X). Al no poder aturdir a X con el saco de arena, sin embargo, los autores recurren al primer medio. Estrangulan a X con el cinturón hasta que pierde el conocimiento y dejan luego el cinturón abrochado con la hebilla en torno a su cuello mientras recogen el botín. Al aflojar después el cinturón, X ha muerto asfixiado. Dado que al utilizar este medio contaban con el resultado mortal, como lo demuestra su plan originario, su voluntad de realización de esta forma concreta del hecho se extiende también al efecto concomitante. Los autores han modificado aquí la dirección originaria de la acción, que trataba de conseguir el fin evitando la muerte de X, incluyendo en su voluntad de realización el efecto concomitante posible, como parte del resultado total que tiene que ser realizado para conseguir el fin."

el resultado. El dilema anterior, se resuelve al investigar cuál es el sentido que expresa quien actúa. Con ellos se quiere decir que se debe partir de la base de que el sentido que se expresa es la configuración de la realidad llevada a cabo a través de la acción; sin embargo, la constatación de esa configuración de la realidad y su imputación a la persona que ha actuado no se producen por la configuración en sí, sino que se imputa como ruptura del orden vigente, lo que puede reducirse en la siguiente expresión: “*no reconozco ninguna norma que me vincule y prohíba.*”. La expresión de sentido jurídico-penalmente relevante de una acción injusta no está en la manifestación del autor acerca de cómo se imagina la configuración de la realidad sino en la toma de postura frente a la validez de la norma que aquella conlleva de manera inseparable: *no reconoce ninguna norma que le pudiese impedir actuar, sea que no reconoce la norma en cuestión, sea que la reconoce, pero pretende vulnerarla.*”¹⁴³

¹⁴³ En ese sentido, JAKOBS, Günther. “El concepto jurídico-penal de acción”. «*Der strafrechtliche handlungsbegriff*» Traducción Manuel Cancio Meliá, en Estudios de derecho penal. Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, página 65, 66, 67 y siguientes. “...acción es objetivación de la falta de reconocimiento de la vigencia de la norma, esto es, la expresión de sentido de la norma en cuestión no es la máxima rectora. Expresión de sentido es un comportamiento que conduce o puede conducir a un resultado delictivo externo y evitable, si este comportamiento, de acuerdo a un juicio comunicativamente relevante, es o podría ser la razón determinante del delito externo.”.

1. La acción-omisión.

En torno a la separación de acción y omisión, cabe hacer distinción entre ambos conceptos. La argumentación precedente atiende a si el autor ejecuta una acción de determinada clase (delitos de mera actividad) o de determinadas consecuencias (delitos de resultado). El concepto de acción se trata como un concepto de los delitos de comisión en el que el autor causa una ejecución. Pero no existe responsabilidad por causaciones, sino por evitar omitir un suceso cuyas condiciones hayan sido puestas suficientemente por otra parte. También el delito de omisión presupone evitabilidad, aunque frente a la comisión, en relación inversa con la motivación y con el movimiento corporal.

Respecto de la acción como de la omisión se trata de la misma competencia por organización o del mismo “*fundamento jurídico especial*”, por ello se debe afirmar una completa congruencia de la responsabilidad por la acción con la de la omisión. La separación de acción y omisión afecta a una cuestión técnica de segundo orden, a saber: “*cómo hay que organizar para cumplir con el deber, partiendo del –causal- status quo existente. La configuración de la Sociedad, sin embargo, no se plasma en tales naturalismos (acción/omisión) o en estructuras lógico-materiales ajenas a ella, sino en instituciones (status negativo/status positivo).*”¹⁴⁴

¹⁴⁴ JAKOBS, Günther. “*La imputación penal de la acción y de la omisión*”, Traducción Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en **Moderna dogmática penal**. Editorial Porrúa, México, 2002, página 200.

2. La omisión: el estado actual.

Bien ha establecido **Jakobs** que “*todo ordenamiento regulador de la existencia de personas, esto es, todo orden social, contiene como mínimo el deber que se impone a toda persona de no dañar a otra persona*”¹⁴⁵; sin embargo, un ordenamiento social no tiene que limitarse a crear personas que no perturben al resto de estas, sino que debe contener el deber de ayudar a otra persona, con la finalidad de construir una sociedad común, y de esta forma asumir una relación positiva.

Por lo que respecta a la relación negativa, no se conforma meramente de prohibiciones de lesión, sino de mandatos de abstenerse de crear precisamente esas lesiones, por ejemplo, el automovilista que maneja en baja velocidad y deja pasar al peatón que cruza la calle, cumple con el deber de no dañar a otra persona, siempre y cuando no acelere; en cambio, si acelera su automóvil al momento en que está pasando un peatón, está obligado a frenar (obligación de abstenerse de crear lesiones); empero, cabe preguntar ¿por qué está obligado a ello?, ¿puede argumentar que esa es tarea del peatón o del policía de tránsito el cuidar la conducción de su propio automóvil?. La respuesta es clara, por su supuesto que no puede argumentar eso, porque ello le impediría conducir un automotor, por lo cual, no se le reconocería como persona al menos en lo relativo a la conducción de vehículos, en cambio si quisiera que se le reconociera como persona, tendría que ocuparse, al menos, de la conducción de su automóvil.

En efecto, quien pretenda gozar de libertad de organización, tiene que hacerse responsable de las consecuencias de su organización, por lo que el que desee que sus consecuencias sean excluidas, no se le tiene que reconocer como persona. Desde otro enfoque, pero de forma análoga, la relación positiva no se compone tan sólo de mandatos, sino de prohibiciones; por ejemplo, un médico que

¹⁴⁵ JAKOBS, Günther. “*La omisión: estado de la cuestión*”, Traducción Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en **Sobre el estado de la teoría del delito**. Editorial Civitas, Madrid, España, 2000, página 131 y siguientes.

tiene que operar no puede auto-ponerse en estado alcohólico, pues la propia organización a la cual se sometió como persona consciente y voluntaria, le impide llevar a cabo dichos comportamientos.

Roxin puso de relieve las particularidades de los delitos que radican en el quebrantamiento de una relación positiva, especialmente respecto de la acción-omisión y los llamados *delitos de infracción al deber*. A causa de esta contraposición entre el deber negativo y el positivo, se ha llamado *teoría dualista*, pues este dualismo no supone una amalgama de partes heterogéneas, sino el desdoblamiento del planteamiento siguiente: *el deber negativo es el reverso de reconocer al otro como persona que ha de llevarse a cabo positivamente, es decir, se hable del nexo de libertad de comportamiento/responsabilidad*.

La delimitación entre acción y omisión, se desvanece al ser una simple delimitación de naturaleza técnica, tras la diferenciación de deber positivo y negativo, o entre el delito común y el de deber de infracción.

Ciertamente, **Jakobs** ha puesto de releve el concepto de *posición de garante* la cual resuelve normativamente el problema de la causalidad en los delitos de omisión; lo cual, significa tener una visión objetiva respecto de la conducta omisiva para evaluar la expectativa dirigida al que omite, en determinada situación.

Sin embargo, para **Wolfgang Schöne** castigar al llamado garante por su omisión significaría sacrificar el principio *nullum crime nulla poena sine lege* en el altar de la política criminal¹⁴⁶. El principal argumento del autor en comento es que existen algunas lagunas que tienen que cubrirse de *lege ferenda*, si se quiere cumplir con las exigencias innegables de la política criminal, y esto es asó porque generalmente los tipos penales no son precisos, tratándose de delitos de omisión,

¹⁴⁶ Para mayor amplitud véase SCHÖNE, Wolfgang. "La protección del hombre en el mundo moderno (algunas consideraciones sobre el papel del derecho penal)". En Cuadernos de la Facultad de Derecho, número 12, Palma Mallorca, 1985, página 65.

al no explicar suficientemente la cuestión de cuándo la omisión se corresponde con la comisión.

Resulta interesante la discusión que se ha formado en las últimas décadas, en relación al cambio de posiciones que se han presentado para la comprensión de la acción y omisión. Al respecto, comenta **Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles**, que si bien en un principio se construyó el delito de omisión con base en el delito de comisión, actualmente se produce el movimiento contrario, al emplearse en la comisión las categorías de la omisión. Todo ello porque se tiene consciencia de que lo decisivo ya no es la simple causación (lo fáctico), sino la imputación (lo normativo). Ante ello, considero que por esa razón en la última década surgió la tendencia normativista del Derecho Penal, al equiparar las reglas de la punición de una acción (comisión) con las de la omisión.

B. El concepto de tipo.

Previo a comentar el concepto de tipo, cabe hacer mención de su evolución. En efecto, el concepto en estudio, se obtuvo al desarrollarse la doctrina del *corpus delicti*, pues ese nombre recibía aquellos signos externos de un delito que justificaban especiales medidas de persecución (inquisición especial). El *corpus delicti*, era –en el entendimiento actual- un concepto procesal. El concepto de tipo, desaloja al de *corpus delicti* al enfocar el interés desde lo material (qué ha de considerarse lo ocurrido) al procesal (cómo ha de valorarse lo ocurrido).

Al aumentar la perpetración científica en el Derecho Penal desaparece el interés por los hechos para enfocarse a las clases de éstos. Para **Faverbach** el tipo es la totalidad de los elementos de una determinada acción o hecho que están contenidos en el concepto legal de una determinada clase de acciones antijurídicas. A principios del presente siglo, **Ernest Beling** activó dogmáticamente el concepto de tipo al situarlo como un escalón independiente al delito, anterior a la antijuridicidad y a la culpabilidad. Según el autor en comento, todo delito es una acción típica, antijurídica y culpable, lo cual hace necesario entender al tipo como la totalidad de los elementos que hacen patente de qué delito se trata típicamente.

En la imputación jurídico-penal no se sigue consecuencia alguna de la circunstancia de que algo sea una acción; más bien, en la imputación al sujeto actuante interesa la acción típica. Tampoco se sigue nada de la concurrencia de un acción típica penalmente en lo que se refiere a la imputación al sujeto actuante e la acción en tanto sea punible: su consecuencia jurídica: la pena, lo que presupone el obrar penalmente típico, antijurídico y culpable (lo mismo ocurre con la omisión).

La regulación legal de los presupuestos de la imputación, sobre todo los de naturaleza subjetiva, presenta diversas lagunas; el problema de la coordinación de

un ámbito no regulado no cabe resolverlo con la idea genérica de que se trata de imputación, sino con la distinción de a qué complejo sectorial pertenece el problema, por ejemplo: el que repele una agresión, de la que erróneamente cree que es objeto, se actualiza en él un tipo de justificación, pues la relevancia del error no puede determinarse a partir de la idea de que el autor no conoce el carácter delictivo de su actuar.

Estoy totalmente de acuerdo con **Jakobs**¹⁴⁷ cuando afirma que *“injusta es una acción no tolerable socialmente”*. Las acciones que no constituyen injusto se pueden distinguir de las acciones antijurídicas de dos modos: a) no pueden ostentar los elementos de las acciones antijurídicas, o bien, b) pueden ostentar todos los elementos de las acciones antijurídicas, pero además otros elementos adicionales, los elementos de justificación que convierten en tolerable lo socialmente insoportable. *“El conjunto de los elementos con los cuales se define un comportamiento que, si acaso, es tolerable en un concepto de justificación, se denomina tipo de in justo”*.¹⁴⁸

1. Realización del tipo objetivo mediante acción.

También, se está de acuerdo con **Marina Sacher de Köster** cuando afirma que el tipo objetivo es la descripción de la conducta prohibida por la norma, y que con ese término se hace referencia a un aspecto puramente normativo.

En torno a este punto, **Manuel Cancio Meliá** indica: *“cabe decir que el tipo objetivo contiene, expresada en la categoría de lo imputable objetivamente, una determinación normativa del contenido del tipo que va más allá de la mera descripción del un determinado comportamiento o de un determinado resultado.”*¹⁴⁹

¹⁴⁷ JAKOBS, Günther. *Op cit.* (nota 139), página 190 y ss.

¹⁴⁸ *Ídem*, página 191.

¹⁴⁹ Con mayor amplitud, CANCIO MELIÁ, Manuel. Los orígenes de la teoría de la adecuación social: teoría final de acción e imputación objetiva. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, 1994, página 57.

Actualmente, la teoría de la imputación objetiva (ubicada en el tipo objetivo), ha demostrado por qué el tipo objetivo no culmina con la sola demostración fáctica de la relación: *comportamiento-resultado*; además hacen falta ciertos criterios normativos que determinen que si un tal riesgo o resultado lesivo debe ser o no imputado a una persona.

Ahora, conviene conocer cuáles son las funciones del tipo objetivo, ya que es relevante la afirmación que hace **Marcelo Sancinetti** que la distinción entre dolo e imprudencia ocurre ya en el tipo objetivo, y no depende del dato especial del tipo subjetivo.

Pues bien, la primera función del tipo objetivo, precisamente consiste en fijar el marco del tipo subjetivo, y no hay un modo de renunciar a la consideración del tipo objetivo como marco de referencia del dolo.¹⁵⁰ Entonces, la primera función del tipo objetivo, conduce a reconocer que lo subjetivo de una acción típica necesariamente se dirige al tipo subjetivo, pues el tipo objetivo contiene el objeto de la representación del tipo subjetivo. La segunda función del tipo objetivo de lo que se trata es de corroborar si en el mundo exterior al autor, se presentan efectivamente los elementos del tipo objetivo.

Sin embargo, en atención a que el resultado del hecho no puede agregar ninguna dosis de desvalor de la creación de un riesgo no permitido, y dado que el tipo objetivo contiene el riesgo desaprobado, entonces, la primera función del tipo (la determinación del dolo) es el verdadero fundamento del delito.

En ese orden, **Sancinetti** se plantea la interrogante acerca de si el tipo objetivo es el mismo para el hecho doloso que para el imprudente; ello igualmente si queremos distinguir entre dolo e imprudencia. En respuesta a lo anterior, en primer término tendríamos que especificar que el tipo objetivo de un hecho doloso

¹⁵⁰ Con mayor profundidad, véase: SANCINETTI, Marcelo. Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996, página 57.

y el tipo objetivo de un hecho imprudente, no son equiparable debido a la falta, en este último, de la concreción del riesgo del resultado.

De esta manera, para el autor en comento, la diferencia entre dolo e imprudencia, se determina según la medida que se tenga del riesgo desaprobado. Todavía con más certeza, se precisa que la diferencia entre dolo e imprudencia, dependen de la medida que se tenga respecto del riesgo prohibido que determinado autor debió asumir como probable. Esto queda claro, si el desnivel entre dolo e imprudencia depende de la diferente entidad de riesgo *ex ante*.

En otro punto, el tipo objetivo es la parte externa del delito; con el tipo objetivo surge el delito como magnitud social, y por tanto, penalmente relevante; sin embargo el tipo objetivo por sí solo no constituye injusto, ya que en sí no contiene ninguna acción típica y por consiguiente no cumple con las condiciones mínimas del injusto.

El tipo objetivo es el objeto del tipo subjetivo; en su configuración anticipada (dolo) o anticipable (culpa), el tipo objetivo es una parte de la psique del autor, y por tanto, si se procediese de otro modo, debería exponérsele a partir de su reflejo psíquico, es decir, indirectamente.

Los criterios de la imputación objetiva en su conjunto cabe reconducirlos a dos conjuntos y tiene dos contenidos:

- 1) Por una parte se trata de la finalidad propia del Derecho Penal de garantizar la seguridad de las expectativas. De ello se deriva que el comportamiento adecuado socialmente no se puede imputar como injusto, ni siquiera aún cuando tenga efectos dañosos por un encadenamiento de circunstancias. La realización de la conducta socialmente adecuada está permitida. Sobre todo, los criterios del riesgo permitido, del principio de confianza,

de la comisión referida al garante y de la prohibición de regreso no son sino desarrollos de la adecuación social. Estos criterios coinciden parcialmente unos con otros, de modo que pueden entrañar dudas en los casos concretos.

2) Por otra, los criterios de la imputación objetiva sirven a la forma de regulación predominante en Derecho Penal, en los delitos de resultado. Creemos, que aquí reside el principal ámbito de la aplicación de las reglas desarrolladas para la causalidad. Además, esta forma de regulación comporta que, para poder hablar de consumación, ha de haberse realizado un riesgo causado por el autor de un modo no permitido.

Los presupuestos de tal realización se desarrollan al exponer la concurrencia de riesgos; sin embargo, la causalidad y la realización del riesgo no son problemas de la consumación en los delitos de resultado; tampoco el riesgo permitido y otros criterios de los que cabe prescindir cuando el comportamiento no tiene consecuencias, se puede determinar sin conocimiento de la causalidad y de la realización del riesgo: cuando en estos criterios el curso causal conduce al resultado aparece en la perspectiva *ex ante*, es desde luego la misma clase de proceso causal que en la consumación de averigua el *ex post*.

En torno a este punto, el Magistrado **Miguel Ángel Aguilar López**, comenta que: *“la presencia de la tipicidad no implica necesariamente la antijuridicidad de la conducta. Excepcionalmente, puede suceder que la concurrencia de una causa de justificación convierta la conducta típica en permitida por el ordenamiento jurídico. En este punto, los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo dirían que no se dan las condiciones para la existencia del injusto penal ya que, si bien cumple con el tipo positivo, falta el tipo negativo dada la presencia de una causa de justificación.”*¹⁵¹

¹⁵¹ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. El delito y la responsabilidad penal. Editorial Porrúa, México, 2005, páginas 96 y 97.

Al seguir, el criterio planteado por el autor en cuestión, se establece que pese a ser formalmente típica, la conducta puede no ser antijurídica por su escasa lesividad material. No obstante, las conductas al ser socialmente adecuadas, no deben considerarse antijurídicas.¹⁵²

¹⁵² Sobre este punto, el autor en comento realiza las siguientes precisiones: la adecuación social nunca debe convertirse en una causa de exclusión del tipo, puesto que conduciría a entrar en contradicción con el principio de legalidad; sí en cambio, puede utilizarse como criterio de interpretación orientado a restringir el ámbito de aplicación de aquellos tipos penales formulados con excesiva amplitud. Por ejemplo, invoca el criterio sostenido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 415 del Tomo XV, Febrero de 2002 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, cuyo rubro a la letra dice: **"ABORTO. EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO AUTORIZA LA IMPOSICIÓN DE UNA PENA POR ANALOGÍA O MAYORÍA DE RAZÓN."**

2. Imputación objetiva y teoría de la equivalencia (*conditio sine qua non*).

En la medida en que un resultado es elemento objetivo del tipo, no siempre cabe decidir fácilmente si el resultado se encuentra con la ejecución de la conducta en la relación que la ley penal, en algunos casos, denomina “causar” o la caracteriza como “consecuencia”.

Por una parte, todos los sucesos que tienen lugar existe una relación real en el curso temporal continuo, al clasificarse en precedentes, simultáneos y posteriores; sin embargo, esta relación por sí sola es penalmente irrelevante, para la imputación, toda vez que no vincula a un determinado sujeto a un suceso. Por otra parte, la conexión de sujeto y suceso no es necesario que la fuerza que surte efecto en un determinado suceso la proporcione el sujeto. En este caso no rige el principio *causa aequat effectum*. En el Derecho Penal, puede ocurrir lo siguiente: *a pequeñas causas grandes efectos*, ya que dada la igualdad de efecto, da lo mismo el empleo de la magnitud de la fuerza empleada, por ejemplo: no es lo mismo un golpe con el puño en el corazón de un sujeto que un disparo en el corazón de la víctima.

Como se observa el concepto penal de causalidad se encuentra en los dos extremos apuntados. En los delitos de comisión no se le prohíbe al autor sino ejecutar una conducta que es *condición del resultado típico* (teoría de la condición), empero, en ese momento queda decidir sobre la valoración de la condición, por lo cual, cabe preguntar: ¿se encuentra dentro del rol del autor, de la víctima o de un tercero? –como objeto de la imputación objetiva y la cognoscibilidad de la condición ¿dolosa, imprudente, o con carácter inevitable? – como objeto del tipo subjetivo.

Es sabido que la teoría de la causalidad de la acción deja de lado el desvalor del acto, mientras que sobrevalora el resultado. También se sabe que el causalismo se concentró particularmente, en constatar que el resultado ocasionado se encontraba legalmente tipificado, para después determinar las bases de la responsabilidad penal atribuida al autor. A este parecer científico, se hicieron innumerables críticas, por ejemplo, la sustentada por **Malamud Goti**¹⁵³ quien hace notar que la ausencia de la consideración del desvalor de la acción, impide de entrada, la comprensión del fenómeno de la imprudencia (culpa), la cual solo puede ser explicada a partir de la valoración del suceso con abstracción del resultado.

Le asiste razón a **Jakobs** cuando hace ver que la causación, aún como la causación adecuada o dolosa, resulta insuficiente para fundamentar la imputación. Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto, la única teoría de la causación es la *conditio sine qua non*, ya que las demás sólo restringen el campo de la tipicidad, al seleccionar y excluir ciertos nexos causales, por lo cual, se ha calificado a estas teorías como *teorías normativas de la imputación*. Aún con lo apuntado, es evidente que la causación en sí carece de orientación social, por tanto, carece de interés para la ciencia del Derecho Penal funcional.

En México se sostuvo un criterio similar, al estimar que un hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta se expresa en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, al comprender esta última la omisión simple y la comisión por omisión. Por lo que, el nexo de causalidad, es el reflejo de la *conditio sine qua non*, concurrente en la producción de un resultado y las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime

¹⁵³ MALAMUD Goti, Jaime. La estructura penal de la culpa. Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, Argentina, 1976, página 131.

mentalmente una condición X, el resultado no se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del autor Y para comprobar la existencia del nexo de causalidad.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Para mayores informes, véase la tesis 4977 emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, visible en la página 2534 del Tomo II, Materia Penal, Sección Precedentes Relevantes de Tribunales Colegiados del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1997-2000, con registro 909.918, que dice: "**NEXO DE CAUSALIDAD.** *Un hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada, sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la conditio sine qua non de la equivalencia de las condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del sentenciado para comprobar la existencia del nexo de causalidad.*". Además, para el estudio del Derecho Penal Mexicano, véase: LÓPEZ BETANCOURT, Raúl Eduardo. **Teoría del delito.** Octava edición, editorial Porrúa, México, 2000, y del mismo autor **Introducción al derecho penal.** Octava edición, editorial Porrúa, México, 2000.

3. La causalidad como condición.

Cabe señalar que la formula bajo la cual, la causalidad como condición del resultado, circula bajo el siguiente rubro: *sería causa de un resultado penalmente relevante toda condición que no puede suprimirse mentalmente sin que decaiga el resultado.*

Se ha criticado la fórmula en cuestión, ya que es superflua porque no constituye una definición y menos un método para determinar la causalidad. En efecto, el producto del ejercicio de la supresión mental puede determinarse si se sabe que la condición es causal: la formula no es sino un circulo vicioso, porque el concepto que ha de definirse aparece en el material que de ha definirse.

Por otra parte, la fórmula destruye la equivalencia de todas las condiciones, porque aquella condición que desplaza a otra condición que en otro caso surtiría efecto, no sería causa según la formula planteada.

Por último, se considera que el error metodológico de la formula radica en lo siguiente: la formula funciona con una hipótesis; tal modo de proceder es adecuado cuando se verifica la relación *input* y *output* de un sistema y el *input* es controlable en su totalidad, es decir, cuando si esta ausente el *input* (si se suprime mentalmente) nada puede ocupar su lugar. Pero si se desconoce lo que puede afluir en el sistema (en el proceso causal conduce al resultado) como condiciones sustitutivas del *output* (resultado) a lo sumo se puede deducir que la condición era necesaria o no, pero no, que no habría sido suficiente (que no habría surtido efecto). La formula sustituye los presupuestos bajo los cuales se investiga qué es condición por los presupuestos para que tengan lugar las condiciones.

4. Teoría de la adecuación e imputación objetiva.

El intento más importante históricamente de limitar la causalidad a la imputación objetiva se ha llevado a cabo a través de la teoría de la adecuación. La necesidad de limitar la causalidad, con independencia de la limitación que de todos modos tiene lugar a través del dolo y la imprudencia, surgió a través de los delitos cualificados por el resultado.

La teoría de la adecuación no sustituye a la de la equivalencia, sino que suprime la equivalencia de todas las condiciones. Conforme a la teoría de la adecuación, una causación sólo será jurídicamente relevante si no es improbable.

En la valoración de la teoría de la adecuación hay que distinguir entre: a) la adecuación de una consecuencia de determinado género, y b) la de un determinado curso causal para una consecuencia.

a) La probabilidad de una consecuencia es en el supuesto extremo un criterio de la imputación. Hay acciones cuya escasa probabilidad de resultado excluye la responsabilidad cuando, a pesar de la escasa probabilidad, acaece el resultado; por ejemplo, el padre de familia que hace viajar a su hijo en un avión para que sufra un accidente, lo que en realidad ocurre, no responde por el resultado, porque no sobrepasa el riesgo permitido. No obstante, el riesgo permitido no depende sólo del grado de probabilidad, sino también de la clase de riesgo.

b) La adecuación de un determinado curso causal respecto a una consecuencia, no existe. Para decirlo con un ejemplo: cuando se trata de un comportamiento (disparo sobre una persona) y se condiciona su resultado (muerte), pero la víctima muere en el hospital por un incendio ocurrido. En ello fracasa la adecuación, pues el curso causal (muerte inevitable por el disparo) y la

consecuencia (muerte), no existe ya que cada curso causal es diferente al resultado ocasionado.

Con todo lo anotado, la adecuación del curso causal concreto como la del curso causal correspondiente a la forma de aparición “normal o usual” no son verificables en la práctica judicial.

II. Imputación objetiva del comportamiento.

Sabemos que una visión más general de la imputación objetiva la ofrece **Günther Jakobs**, al subdividirla en dos niveles: a) imputación objetiva del comportamiento y b) imputación objetiva del resultado. De este modo, la calificación de un comportamiento como típico, corresponde a la imputación objetiva del comportamiento, se trate o no de un delito de resultado.

El primer nivel de la imputación objetiva del comportamiento se integra por cuatro principios: a) riesgo permitido, b) principio de confianza, c) prohibición de regreso, y d) competencia de la víctima.

Ya sea de manera conjunta o por separado, los anteriores principios arrojan las bases para una *teoría general de la imputación jurídica*, la cual no se limita al ámbito del Derecho Penal, y concretamente a los delitos de resultado material. **Jakobs** describe en tres principios las hipótesis de la imputación objetiva.

La primera hipótesis, se refiere a la igualdad de las personas, lo que implica una libertad de acción a todas las personas como iguales; conforme a ello se fundamenta el *riesgo permitido*. La segunda hipótesis se fundamenta conforme al principio de *autoresponsabilidad*, el cual da sustento al *principio de confianza* y a la *actuación a propio riesgo*. La tercera hipótesis de imputación se refiere al *principio de prohibición de regreso*, en los siguientes términos: “*la comunidad con otro, siempre es una comunidad limitada. Por tanto, si el otro se comporta incorrectamente, sólo se puede recurrir al primero, si esa comunidad también se extendía a la conducta incorrecta; en caso contrario, queda excluida la responsabilidad del primero: prohibición de regreso. Si el otro coincide con la última, también aquí se podrá hablar de un actuar a propio riesgo.*”¹⁵⁵

¹⁵⁵ Jakobs, Günther. “*imputación jurídicopenal*”, Traducción Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Libro Homenaje a Hans Welzel, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1998, páginas 43 y 44.

1. Principio de riesgo permitido.

Parte de una definición claramente normativa del “riesgo”, desligada de probabilidades estadísticas de lesión. El riesgo permitido se define como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente *status quo* de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, hasta el punto que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica; dicho de otro modo, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación.

a) Fundamentos.

Como primera premisa, cabe destacar que no forma parte del rol del ciudadano eliminar todo riesgo de lesión de otro. Con ello se habla de un riesgo permitido.

Con tal planteamiento, se afirma que la sociedad no es un simple mecanismo cuyo fin sea ofrecer la máxima protección de a los bienes jurídicos, sino que esta destina a posibilitar interacciones entre las personas que la conforman, y la prohibición de cualquier puesta en peligro haría imposible la realización de cualquier comportamiento social.

No obstante, en determinados ámbitos la necesidad de un riesgo permitido, no es contradictorio con el la protección de bienes jurídicos, puesto que para hacer uso de los bienes jurídicos, es necesario poner en peligro éstos y otros bienes. No se trata, de introducir la máxima protección de los bienes jurídicos, ya que numerosos supuestos de riesgo permitido se han generado por aceptación histórica, ya que estos riesgos constituyen costumbres.

La vinculación del Derecho con la costumbre, no significa que todo aquello que sea más o menos habitual esté permitido. No es la práctica, sino las normas que determinan la praxis las que conforman el riesgo permitido. Sin embargo, con frecuencia la práctica modifica las normas rectoras de la propia práctica hacia una regulación más estricta; por tanto, el derecho no puede desvincularse de la evolución de la sociedad en la que ha de tener vigencia.

b) Ubicación sistemática.

Sobrepasar el riesgo permitido es requisito positivo del injusto, empero, no es que mantenerse dentro del riesgo permitido sea una causa de justificación.

El riesgo permitido como obstáculo en la imputación objetiva, debe distinguirse del estado de necesidad justificante, ya que en el estado de necesidad se tienen en cuenta riesgos que pueden conducir a la autorización de un comportamiento arriesgado; sin embargo, en el estado de necesidad se trata de la relación de finalidad que se encuentra la acción: el contexto justifica la acción; por el contrario, en el riesgo permitido puede que el contexto de la acción esperado típicamente haya proporcionado el motivo de la autorización del riesgo, sin que la acción concreta importe si ésta tiene lugar en un contexto determinado.

2. Principio de confianza permitida.

Determina cuándo existe, con ocasión del desarrollo de una actividad generadora de un cierto riesgo (permitido), la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también interviene en dicha actividad (de modo que si no se procediera así, el riesgo dejaría de ser permitido), y cuándo se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos.

Le asiste razón a **Jakobs** cuando afirma: *“cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol de ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo, no sería posible la división del trabajo. Existe un principio de confianza.”*¹⁵⁶

El principio de confianza se presenta bajo dos modalidades. En primer lugar, se trata de que alguien, quien actúa como tercero genera una situación que es inofensiva, siempre y cuando el autor que actúa a continuación cumpla con sus deberes, en este caso la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto. En segundo lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor X, cumpla con sus deberes, y no ocasione daño alguno. Por ejemplo: el médico que realiza una operación, confía plenamente en que los instrumentos empleados se encuentran esterilizados. Otro ejemplo trivial: quien recibe de manera inocua algún objeto, espera que éste se encuentre sin vicios, esto es, confía plenamente en que la persona de quien recibe el objeto se comporte conforme a su rol y entregue el objeto en cuestión libre todo gravamen o vicios.

Al igual que el riesgo permitido, el principio de confianza se manifiesta en todos los ámbitos de la sociedad, puesto que en toda sociedad existe organización, ya que al hablar de sociedad *per se*, se habla de organización, es

¹⁵⁶ Jakobs, Günther. *“La imputación objetiva en derecho penal”*, Traducción Manuel Cancio Meliá, en **Moderna dogmática penal**. Editorial Porrúa, México, 2002, página 214.

decir, en un régimen de reparto de tareas; por lo cual, una sociedad sin este punto de partida es inimaginable.

3. Principio de prohibición de regreso.

Con este principio **Jakobs** pretende enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. La prohibición de regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamiento imprudentes como dolosos, con base a criterios objetivo-normativos. De ese modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación punible.

Debe quedar claro que no se discute en torno a la denominación que deba recibir el principio en cuestión, sino lo que se discute es el contenido en sí. **Jakobs** ha establecido que *“el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro introduzca dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, existe una prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida.”*¹⁵⁷

En ese orden, cabe precisar que la prohibición de regreso, puede esquematizarse bajo la siguiente fórmula: la imprudencia de un sujeto **A** trae una condición **X**, condición que es aprovechada en forma circunstancial por un sujeto **B**, para la comisión dolosa de un resultado **Z**, el cual, de otro modo sería indiferente con la sola condición **X**.¹⁵⁸

a) Posición de garante.

Existe posición de garante cuando –en el ámbito de la organización- se espera de un sujeto la realización de ciertas expectativas. En ese contexto, se responde por el no ejercicio de una posición de garante cuando no se evita (por acción u omisión, dolo o culpa), el quebrantamiento de la norma.

¹⁵⁷ Jakobs, Günther, *Ídem*, página 216.

¹⁵⁸ Respecto de las fórmulas bajo las que se presenta la prohibición de regreso, es fundamental QUINTINO ZEPEDA, Rubén. **Diccionario básico de la ciencia penal moderna**. México, 2001, página 96.

El fundamento de la responsabilidad en los supuestos básicos de los delitos de comisión es que el autor, por ser causante, amplía su ámbito de organización sin consideración a otras personas y a costa de éstas. En estos casos, los delitos de comisión han de complementarse con una variante omisiva, cuando el omitente es garante de la evitación del resultado; sin embargo, el problema de determinar los deberes de garante, a veces, en las posiciones de garante en virtud de la responsabilidad por organización, según creemos, han de resolverse determinando los casos en que el autor ya no es un causante activo. Pero su ámbito de organización tiene efectos externos.

No sólo el autor de la omisión, sino el de la comisión debe ser garante si es que ha de responder de un delito de resultado mediante comisión; puesto que el autor de la comisión en la mayoría de los supuestos que se discute en la praxis judicial, es garante ya por su comisión (por organización).

Ahora, cabe precisar que existen acciones que conducen a un resultado típico sin que el agente mediante estas acciones haya configurado su ámbito de organización sin consideración a otras personas. En tales acciones, la responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión sólo está fundada cuando el agente, con independencia de su acción actual, es garante, a causa de otra acción previa (injerencia¹⁵⁹) o a causa de sus deberes que la sociedad le impone, o bien cuando a causa de sus deberes institucionales de solidaridad, está obligado a sacrificar su libertad de acción. Sin posición de garante queda la posibilidad de responder por la lesión de la solidaridad mínima.

b) Comisión por omisión.

La comisión por omisión es una figura que tiene lugar, cuando con motivo de una inactividad (simple omisión), se produce un resultado material. Entonces, se dice

¹⁵⁹ Existe injerencia cuando al autor X, le sobreviene alguna posición de garante concreta, con motivo de su actuar precedente doloso o culposo.

que una omisión impropia o comisión por omisión, es equiparable a una acción (comisión); pues tal omisión al haber sido acción, igualmente hubiese provocado el mismo resultado.

Actualmente en el Derecho Penal, domina el principio que la responsabilidad de cada persona, en principio, queda excluido que responda por el comportamiento antijurídico de un tercero.

Enrique Gimbernat Ordeig¹⁶⁰, ha puesto de manifiesto que sólo existe un delito impropio de omisión cuando quien está obligado a vigilar un foco de peligro preexistente prescinde de adoptar medidas de precaución que, o bien habrían mantenido al foco de peligro posteriormente causante de un resultado típico dentro del riesgo permitido, o bien, lo habría reconducido otra vez al nivel conforme a derecho.

Un ejemplo trivial, es lo resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo Español, el cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y uno, en la cual se castigó por homicidio imprudencial tanto al anestesista obligado a la vigilancia permanente del foco de peligro: *paciente que se somete a una operación*, como al cirujano director de la operación, así como el al Director del establecimiento de salud en el que se produjo la muerte de la víctima. Ello se sostuvo en razón de que el anestesista infringió su deber y abandonó el quirófano donde se operaba al paciente, para vigilar otra intervención que tenía lugar en otra sala del mismo hospital, porque el cirujano jefe que dirigía la operación toleró esa ausencia en contravención a la ley vigente, y porque el Director del centro hospitalario estaba consciente de que en ese centro no se disponía de suficientes anestesistas para observar todas las operaciones quirúrgicas que se desarrollaban simultáneamente en los distintos quirófanos del hospital.

¹⁶⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa", en **Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001, página 50 y siguientes.

En la intervención quirúrgica comentada, así como en la gestión empresarial del hospital de referencia, nos encontramos frente a actividades estructuradas jerárquicamente que pueden ser ejecutadas adecuadamente si se organizan conforme al principio de división del trabajo.

En efecto, el caso esquematizado en líneas precedentes, se pone de relieve la manifiesta imprudencia del anestesista (abandonar el quirófano), percibida directamente por el cirujano que dirigía la operación, de igual manera, no podía haber sido imprevisible para el director del ese nosocomio, que no le era posible cumplir con la presencia permanente de los anestesistas en las distintas operaciones que se llevan a cabo en el hospital, porque, dado el número de intervenciones no se contaba con los suficientes especialistas para ello, de ahí que tanto el cirujano encargado de la intervención, y el titular del establecimiento deben ser considerados como garantes, a quienes cabe la posibilidad de imputar la muerte del paciente en comisión por omisión.

En ese orden, la comisión por omisión se da cuando el sujeto está en el deber jurídico de actuar y contradice tal deber hace posible la comisión del delito, y pone culpablemente una condición para la producción de la lesión jurídica que la ley prevé en un determinado tipo penal, ya que si bien es cierto la participación es generalmente activa (en el sentido que se da al término en la problemática de la acción), puede ser también omisiva, cuando se está en el deber jurídico de actuar y no se actúa.¹⁶¹

¹⁶¹ Como ejemplo ilustrativo, véase el criterio sostenido en la tesis emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 37 del volumen 91-96, Segunda Parte del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, registro 235.148, que dice: "**PARTICIPACIÓN POR OMISIÓN.** La participación por omisión se da cuando el sujeto está en el deber jurídico de actuar y contradiciendo tal deber hace posible la comisión del delito, y está poniendo culpablemente una condición para la producción de la lesión jurídica que la ley ha erigido en tipo. Si bien es cierto la participación es generalmente activa (en el sentido que se da al término en la problemática de la acción), puede ser también omisiva, cuando se está en el deber jurídico de actuar y no se actúa; como ocurre en el caso de que exista el auxilio prestado por el sujeto activo, "que brindaba en su calidad de jefe de la policía para que los delincuentes actuaran libremente" en la comisión del delito, del cual debe el activo ser considerado como responsable.". Otro ejemplo, es el visible en la diversa tesis emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 18 del volumen 217-228 del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, con registro 233.60, que dice: "**COMPLICIDAD OMISIVA.** En el caso, el procesado aceptó que en su presencia golpearon al ahora occiso, además de que estando éste en la cárcel permitió la entrada a los coacusados para que le dieran una "calentada". Posteriormente se dio cuenta de que estaba muerto el detenido y ayudó a sus coacusados para aparentar que aquél se había suicidado. Lo anterior es más que suficiente para advertir que el inculpado actuó en complicidad por omisión, pues siendo comandante de la policía municipal,

c) Infracción al deber.

En los delitos de infracción de deber no se distingue entre comisión y omisión. Todos los delitos de omisión impropia con deber de garante en virtud de responsabilidad institucional son delitos de infracción de deber al igual que todos los delitos de comisión que son cometidos por personas que a la vez son garantes, en virtud de la incumbencia institucional.

Tanto los delitos de comisión como los de omisión, tienen un fundamento de responsabilidad por incumbencia de la organización e incumbencia institucional, de ahí se deduce que la separación comisión-omisión solo sigue una de las diversas divisiones a través del complejo de lo objetivamente típico.

En México un ejemplo crucial es el que se advierte de la lectura del artículo 382 del Código de Justicia Militar, el cual dispone una previsión de infracción al deber que les corresponda a los militares en activo según su comisión o empleo, sin causa justificada, o deje de cumplirlo. De una interpretación sistemática realizada por los Tribunales Federales¹⁶² se advierte que del contenido de esa disposición es punir la infracción al deber específico de la comisión o empleo del militar, que no esté prevista en tipo autónomo, pero ello no significa que cualquier

tenía el deber jurídico de actuar; al no hacerlo y permitir que golpearan al occiso y cooperando como lo hizo, posibilitó la comisión del delito de homicidio; sin que para ello hubiera sido menester un acuerdo previo, pues fue concomitante al hecho y de naturaleza tácita entre los participantes. Por lo tanto, actuó en complicidad omisiva en términos del artículo 13 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla.”.

¹⁶² Nos referimos al criterio sostenido por la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 101 del Volumen 133-138, Segunda Parte del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, con registro 234.814, que dice: **“INFRACCION DE DEBERES CORRESPONDIENTES A CADA MILITAR SEGUN SU COMISION O EMPLEO, LOS RETIRADOS NO SON SUJETOS DEL DELITO DE.** El artículo 382 del Código Castrense consigna a la letra: “El que infrinja alguno de los deberes que le corresponden según su comisión o empleo, sin causa justificada, o deja de cumplirlo y el hecho u omisión no constituyere un delito especialmente previsto por este Código, será castigado con la pena de ...” una interpretación sistemática del precepto transcrito permite descubrir que la voluntad de la ley es castigar la infracción al deber específico de la comisión o empleo del militar, que no esté erigida en tipo autónomo, pero no significa ello que cualquier infracción reglamentaria (no saludar al superior, no presentarse oportunamente a pasar lista, etcétera), sea constitutiva de delito integrado el tipo transcrito, el que puede calificarse como de los que se conocen como abiertos o de libre formulación. Ahora bien, si éste es el delito imputado al inculpado, que se hace consistir en no haber dado aviso a las autoridades de cuál era su domicilio particular y de los cambios del mismo, debe decirse que si se trata de un militar ya retirado del activo del ejército, en esas condiciones ya no tiene comisión o empleo, y si bien está sujeto a las leyes castrenses en lo relativo a disciplina, no lo está en cuanto a las funciones, pues ya no desempeña ninguna, ya que el militar retirado queda sujeto a las dichas leyes en lo relativo a obediencia, pero no lo está en lo tocante a los servicios; y así, el no informar de cuál es el domicilio y del cambio del mismo, puede constituir una infracción reglamentaria, pero no integrar el tipo comprendido en el artículo 382 transcrito.”.

infracción reglamentaria (verbigracia: no saludar al superior, no presentarse oportunamente a pasar lista, etc.), sea constitutiva de delito integrado en el tipo de referencia.

d) Posición de Harro Otto: consecuencias para la estructura del delito.

La observancia del “principio de culpabilidad” y del de “incremento del riesgo” en lugar de la aplicación de la fórmula de la *conditio sine qua non* permite que resulte clara la estructura unitaria de todos los delitos. Para el análisis de delito **Harro Otto**¹⁶³, ofrece el siguiente esquema, respecto de lo cual se debe considerar que, por razones de espacios no puede ser tomada una posición sobre el contenido y posición del dolo y de los restantes elementos subjetivos del tipo, sobre las condiciones objetivas de punibilidad y sobre el lugar de discusión de las cuestiones de la autoría:

El delito de comisión y el omisión, doloso o imprudente.

1. ¿Se ha producido el menoscabo al bien jurídico descrito en el tipo?
2. ¿Se basa el resultado en la lesión de un deber de evitación por parte de

X?

a) Disponía X de la posibilidad de evitar el resultado?

b) Fundamento de la imputación:

a) Delito de comisión: ¿Ha creado o incrementando X un peligro (socialmente inadecuado) para el bien jurídico?.

b) Delito de omisión: ¿Hay posición de garante de X?

c) Relación de imputación:

a) Delito de comisión: ¿Se ha realizado, en el menoscabo al bien jurídico, el peligro creado o incrementado por X, que dependía de su conducibilidad, u otro peligro distinto?.

¹⁶³ Para mayores referencias véase OTTO, Harro, “*Diagnosis causal e imputación del resultado en derecho penal*”, Traducción Marcelo Sancinetti, en La prohibición de regreso en derecho penal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1998, páginas 91 y siguientes.

b) Delito de omisión: ¿Se ha realizado, en la lesión del bien jurídico, aquel peligro que X estaba obligado a evitar en virtud de su posición de garante?.

d) ¿Concurren elementos limitadores del deber (causas de justificación)?.

e) Hay conocimiento o cognoscibilidad de la situación de deber?.

3) Culpabilidad

a) Imputabilidad

b) Lesión subjetiva al deber de cuidado, las llamadas causas de inculpabilidad.

e) Posición de Claus Roxin: la prohibición de regreso como problema de la teoría de la imputación.

Los intentos por introducir la prohibición de regreso como regla especial para una exclusión general de la imputación en los delitos imprudentes, no han sido, por tanto, muy exitosos. Un criterio de esa índole ni se puede fundamentar de modo concluyente, ni se puede mantener sin restricciones, siquiera por parte de sus defensores. Pero las reglas reconocidas de la teoría general de la imputación arrojan la consecuencia de que la intervención no dolosa en hechos punibles dolosos, en la mayoría de los casos, no puede ser imputada al tipo objetivo, y es impune.

La regla de la prohibición de regreso sería confirmada por la corrección innegable de las decisiones que resultarían de ella, e invocar la mayoría de sus defensores una falta de necesidad de pena, ello podría ser la base del juicio correcto para el caso normal, que ha sido vertido en la forma muy rígida de una prohibición general de regreso, porque aún no había una teoría suficientemente elaborada de la imputación objetiva.

Según la concepción hoy dominante, la imputación al tipo objetivo propone que en el resultado se realice un peligro no permitido creado por el autor, y que la evitación de un resultado como el producido esté abarcada por el fin de protección

del tipo. Si se parte de esto, entonces, se derivan ante todo dos cosas para la intervención no dolosa en el hecho punible ajeno.

La intervención “imprudente” en suicidios dolosos, autolesiones y autopuestas en peligro no es imputable al tipo objetivo, porque ella no está abarcada por el fin de protección de la propia norma prohibitiva. Esta delimitación del fin de protección no se deriva de una prohibición de regreso válida en general, sino de la decisión valorativa del legislador, que se expresa en la impunidad de la participación en el suicidio auto responsable. Si la participación dolosa en el suicidio es indiscutiblemente impune, con mayor razón tiene que serlo la producción imprudente de suicidios, autolesiones y autopuestas en peligro dolosas.

Cuando, por ejemplo, que sin prohibición de regreso debería ser castigado por homicidio imprudente quien “por descuido deja a la vista de todos su revólver cargado” con el cual otra persona se mata dolosamente, está completamente justificado el rechazo de la punibilidad. Pero ello se sigue de la idea mencionada del fin de protección, la cual está derivada solamente de la impunidad de la participación en el suicidio, y que no permite una conclusión sobre la impunidad general de la intervención no dolosa en el menoscabo doloso a terceros. De todos modos, de lo expuesto al menos cabe inferir que la prohibición de regreso acierta en las consecuencias, en el grupo de casos extraordinariamente importantes y muy diferenciados entre sí, de la intervención en la autolesión dolosa con plena responsabilidad, aunque no acierte, en la fundamentación.

Todavía más importante es la idea de que la mayoría de los casos de causación no dolosa de hechos dolosos tampoco puede ser imputada al tipo objetivo según los principios de la teoría general de la imputación desde el punto de vista del riesgo permitido. Un supuesto de riesgo permitido es el principio de confianza, que está reconocido en general para el tránsito de vehículos. Ese principio, que rige para la conducción de automóviles, en el sentido de que nadie

tiene por que contar, si carece de indicios especiales con infracciones (imprudentes o dolosas) a las reglas de tránsito por parte de los demás, puede ser trasladado a los demás ámbitos de relación, en consonancia con lo siguiente: toda persona puede confiar, en el caso normal, en que los otros no cometerán hechos punibles dolosos. Este principio se fundamenta a partir de una ponderación —tal como subyace a todo riesgo permitido— entre la libertad humana de acción y las ventajas sociales comúnmente vinculadas a su ejercicio por un lado, y los peligros inevitables que resultan de ello por otro.

La venta de cuchillos, fósforos (cerillos), encendedores, hachas, martillos y la ulterior entrega de tales elementos no serían posibles si uno debiera contar con hechos punibles dolosos del comprador y demás receptores. Estos casos muestran que también para los demás casos rige lo siguiente: si uno tuviera que prescindir de ofrecer a otros oportunidades de cometer hechos punibles dolosos, entonces, la vida social moderna sería tan imposible, como renunciar al libre tránsito en las calles.

El reconducir la impunidad al riesgo permitido, cuyos presupuestos, en lo particular, todavía deben ser precisados, no se debe malinterpretar como el reconocimiento de una prohibición de regreso con el ropaje de otra terminología. Eso lo demuestra no únicamente los límites del riesgo permitido, que también deben ser explicados, sino que también se puede reconocer, ante todo, en que la impunidad del primer actuante no está restringida —como en la prohibición de regreso— a una conducta no dolosa. También queda impune quien, al vender cuchillos o hachas, actúa con dolo eventual respecto de posibles hechos punibles del comprador. Pues un riesgo permitido está permitido independientemente de la actitud del actuante respecto del resultado; incluso quien no confía puede ampararse en el principio de confianza.

4. Concurrencia de riesgos. Competencia de la víctima.

Mediante esta institución **Jakobs** propone tener en cuenta la intervención de la víctima en el suceso. En este punto, la teoría de la imputación objetiva implica la introducción de elementos valorativos que determinan cuáles son los límites de la libertad de actuación, implica, en este sentido, el establecimiento de esferas de responsabilidad.

Aunque, el concepto en comento nos remita a la actuación a propio riesgo, se ahondara en los casos en los que es posible imputar el acaecimiento de un resultado o la circunstancia de un riesgo a la persona titular del bien jurídico afectado o puesto en peligro.

Sobre este punto, debemos atender al principio de imputación al ámbito de la responsabilidad de la víctima, el cual fue elaborado por **Manuel Cancio Meliá**¹⁶⁴, conforme al cual, la actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que la actividad pertenezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por el autor y la víctima, y la conducta de la víctima no haya sido instrumentada por el autor, por carecer de la responsabilidad o de la base cognitiva necesaria para ser considerada autoresponsable, y finalmente el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes jurídicos de la víctima.

a) Creación de riesgos mediante diversas intervenciones.

El problema de la concurrencia de riesgos surge de la circunstancia de que conforme al Derecho en la medida en que se le expone a los riesgos usuales del comportamiento arriesgado de las personas de modo no permitido (el riesgo:

¹⁶⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. "La exclusión de la tipicidad de la víctima (imputación a la víctima)". En Teoría de la imputación objetiva. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, 1998, página 61 y 62.

comportamiento defectuoso), el autor puede afectar a una situación que a su vez ya está amenazada por un riesgo diverso.

El resultado, cuya realización se ha de aclarar al determinar el riesgo, en los supuestos de los delitos de resultado lesivo, consiste en la lesión de un bien objetivo; se trata de determinar un curso causal riesgoso; por lo cual, dicho curso causal se debe distinguir de un curso que, sin conducir a un daño, quita a un determinado bien su posibilidad de persistir en el orden jurídico.

Como importa la producción del daño, pero no la pérdida de una posibilidad de persistencia, no se puede aceptar propuesta tan difundida de que falta la realización del riesgo cuando sin el riesgo desencadenado por el autor se habría realizado otro. El que se realice o no un riesgo no permitido no depende de lo que habría ocurrido sin este riesgo, sino de lo que ha ocurrido con él. Paralelamente a la incorrección de la *conditio sine qua non*, la comprobación de la realización del riesgo puede conducir a errores al tener en cuenta hipótesis si hay disponible un riesgo sustitutivo. El riesgo que ha de comprobarse y el riesgo sustitutivo bloquean mutuamente la verificación de que se haya realizado uno u otro.

Cuando una persona dentro del ámbito protector de la norma se comporta defectuosamente lo hace siempre desde determinado punto de vista, es decir, en la medida en que desconoce la protección de los bienes por parte del orden normativo, también se convierte un riesgo ya no tolerable para el sistema social. Pero en la medida en que pone en riesgo dichos bienes, con un riesgo permitido (tolerable), su conducta está permitida. Si se realiza el riesgo permitido ello ocurre con ocasión del comportamiento no permitido, pero no a causa de éste; esto es, las propiedades que especifican el comportamiento como no permitido (sea un hacer o un omitir) ya no son adecuadas para aclarar el curso causal dañoso.

La regla básica para la determinación de un riesgo permitido, es la siguiente: ***un riesgo no permitido se realiza cuando para aclarar el daño se***

necesitan todos aquellos datos del suceso de los que se deriva lo no permitido del riesgo (si no se necesita alguno de estos datos no se ha realizado la acción permitida). El discernir si se necesita determinada información para aclarar un daño se sabe por experiencia o se aprende al recabar experiencia, se invierte el proceso que se sigue en la formación de riesgos (no permitidos): al igual que la peligrosidad, de acuerdo con la experiencia, de un complejo de condiciones que conduce a definir las prospectivamente como un riesgo en la realización del propio riesgo en que se aclara el resultado retrospectivamente con la concurrencia del riesgo.

Las situaciones que se tienen en mente al definir el riesgo son precisamente aquellas con cuya producción se realiza el riesgo. Un riesgo no permitido en especial tampoco se necesita para aclarar un curso causal dañoso en aquellos casos que tradicionalmente se denominan «procesos inadecuados».

Se trata de que el autor, mediante un comportamiento no permitido desencadena un riesgo que se puede impedir casualmente al evitar esa conducta, pero que no se puede dominar de una manera planeada.

La víctima tiene que soportar estos riesgos existenciales unidos al modo de vida obligado, porque no exceden de lo usual y hay que liberar a la víctima de aquellos riesgos que la habrían afectado en un modo de vida de su elección.

Esta solución es válida, además, cuando el autor, con su comportamiento no permitido, no desencadena un riesgo vital general de la víctima, sino un riesgo del que la propia víctima o un tercero es responsable por vulneración de su incumbencia. La realización del riesgo falta aún más drásticamente cuando el riesgo no permitido no existe en absoluto para la víctima que resulta afectada más tarde.

Actualmente, se discute cómo decidir en los supuestos en que un daño se produce como consecuencia muy posterior de un daño duradero o permanente antes realizado. Desde el punto de vista *jurídico-material*, resulta irrelevante el tiempo transcurrido hasta la producción de la consecuencia, pero es posible que sea misión de la víctima organizar su vida al tener en cuenta la existencia de la secuela del daño, sobre todo al compensarla mediante medidas de protección (el grupo de supuestos se define por unas secuelas permanentes del daño).

La modificación del riesgo (condicionamiento de circunstancias concomitantes del resultado) no constituye un comportamiento no permitido: si el autor, al llevar a cabo un comportamiento (no permitido por otros motivos), ocasiona una modificación de un riesgo permitido, no por ello se habrá realizado el riesgo no permitido.

No siempre es responsable una sola persona de un riesgo; sin embargo, no se presenta dificultad especial alguna cuando son varios quienes ocasionan en común un comportamiento arriesgado. La distribución de incumbencias no tiene por qué verificarse precisamente entre un autor (infracción de deber) y una víctima (vulneración de incumbencia); puede que tomen parte varios autores unos junto a otros.

Los resultados, según pensamos, se distinguen de los riesgos en casos de responsabilidad de varios en lo siguiente: En los casos de incumbencia de varios, el resultado sólo está condicionado cuando todos los participantes se comportan incorrectamente. El resultado está suficientemente condicionado ya en caso de comportamiento defectuoso de uno solo de los participantes.

Ahora, es preciso aclarar que los cursos causales dañosos, pero no su probabilidad, ya que es irrelevante que el curso concreto, conforme a las expectativas, sea más o menos normal; también en los cursos inadecuados se puede realizar un riesgo.

Como únicamente interesa el suceso real, pero no lo que hubiese ocurrido en un curso causal hipotético, también es irrelevante si un riesgo que no se realiza, acelere el resultado (o lo retrase, aumente o reduzca) en comparación con una situación hipotética. Al igual que una aceleración del curso causal por medio de un riesgo permitido no conduce a la imputación, tampoco es así cuando se añade un riesgo no permitido que no surte efecto (no aporta nada a la aclaración del curso causal).

Por otra parte, los principios expuestos, considero que rigen también, cuando un riesgo no permitido se caracteriza por «condiciones negativas». También aquí importa únicamente el curso causal real. Se trata de supuestos en los que un comportamiento es no permitido siempre que no se ponga en marcha un curso causal previo para disminuir el riesgo, aunque ese curso causal no habría surtido efecto en el caso concreto.

Se trata de supuestos en los que un comportamiento es no permitido siempre que no se ponga en marcha un curso causal previo para disminuir el riesgo, aunque ese curso causal no habría surtido efecto en el caso concreto. De todos modos, también un curso causal ineficaz puede ofrecer una protección conforme al plan de la norma, a saber, cuando la ineficacia se basa en un comportamiento defectuoso imputable. Si el curso que se habría puesto en marcha previamente habría sido ineficaz porque el responsable de él se comportara incorrectamente de modo imputable, o porque la víctima no pusiera en práctica las medidas de autoprotección que le incumbían, el tener en cuenta la inutilidad fáctica del curso causal previo privaría al bien de la garantía normativa.

III. Imputación objetiva del resultado.

1. Exclusión del tipo y actuación a propio riesgo.

Numerosos bienes jurídico-penalmente protegidos están sujetos a disposición de su titular. En esa medida, el consentimiento del titular excluye ya la realización del tipo; entonces el suceso es incumbencia del que consiente equiparación entre el ataque al bien jurídico realizado directamente y el realizado a través de la voluntad del autor (mediante coerción o engaño).

Excepciones a esta regla vienen representadas por aquellos tipos en los que se incluye -con arreglo a su tenor literal o a la interpretación sistemática-, o bien, la intervención directa, o a través del consentimiento de la víctima, casi siempre incluso la intervención a través de la víctima que consiente por motivos determinados (violencia, o violencia cualificada, o error) concepto de “acuerdo”: en los casos de consentimiento que excluye el tipo, se habla de acuerdo (*Einverständnis*) (de la terminología no depende nada; únicamente que las reglas generales del consentimiento han de modificarse en algunas descripciones de delitos). La doctrina exige que concorra la voluntad fáctica; sin embargo, ello no se aplica en relación con los tipos en los que únicamente la voluntad de la persona con la facultad de disponer según los principios jurídico-civiles.

De todos modos, negativamente cabe expresar la fórmula al decir que el acuerdo no siempre ha de tener lugar libre de coerción o error y que no siempre ha de existir una autorización jurídicamente eficaz para excluir la consumación.

Existen clases que son:

1. Acuerdo final: es necesario que la persona de cuyo acuerdo se trata «pretenda» las consecuencias del comportamiento, es decir, que las quiera realizar por ellas mismas o por los efectos ulteriores esperados de ellas.

2. Acuerdo no final: en el que no se quieren ningunas consecuencias del comportamiento, pero sí el comportamiento previsiblemente con consecuencias, o al menos un contacto social que no puede tener lugar evidentemente sin comportamiento con consecuencias.

Características:

1. El acuerdo puede valer para un autor determinado.

2. Según la opinión dominante, no es necesaria la exteriorización del acuerdo. Si el autor desconoce el acuerdo, habrá de apreciarse tentativa. De todos modos, en la medida en que el acuerdo debe ser jurídicamente válido, regirán en favor del autor las reglas generales sobre manifestaciones de voluntad.

3. El acuerdo es revocable en cualquier momento, en tanto que no vincule al mismo tiempo como declaración jurídicamente eficaz con arreglo a principios generales:

Consentimiento excluyente del tipo.

Los bienes de los que se puede disponer libremente, en los que el consentimiento ya excluye la realización del tipo, son sobre todo la propiedad, el patrimonio, los bienes personalísimos, como la libertad ambulatoria, el honor, el secreto de la correspondencia e incluso la integridad física; esta última, al igual que el honor y la libertad ambulatoria; sin embargo, exclusivamente en la medida en que son medios de desarrollarse libremente, pero no base de ese libre desarrollo; dicho de otro modo, se trata del ámbito de los bienes intercambiables. El comportamiento consentido no supone una defraudación de expectativas; pues si el comportamiento se corresponde con la voluntad del titular del bien, no por ello un conflicto en sí existente (la realización del tipo) se declara tolerable

excepcionalmente (justificado), sino que no se llega al ámbito de lo conflictivo a causa de la voluntad, sin tener en cuenta sus motivos. No todo consentimiento excluye el tipo: el que un consentimiento justifique o excluya al tipo puede decidirse de modo distinto, según la configuración del caso, en relación con un mismo tipo, especialmente en las lesiones. El ámbito del consentimiento excluyente del tipo es más amplio cuando se refiere a un consentimiento en el riesgo que cuando se refiere a la certeza de que se producirá la consecuencia lesiva, pues en el ámbito del riesgo cercano al riesgo vital general se emplean también bienes para cualquier fin que por lo demás no son medios para el libre desarrollo.

El autorizado a consentir: únicamente el titular del bien con derecho a disponer puede consentir válidamente. A falta de reglas especiales, importa la capacidad de discreción y juicio natural (en el sentido de concreta, no determinada por generalización), sobre todo en las lesiones leves, como en la actividad deportiva. Si existe ésta, la decisión del que no tiene capacidad de negociar completa prevalece sobre la de su representante legal.

La objetivación del consentimiento: dado que el consentimiento excluyente el tipo se trata de la modificación de la relación del facultado para disponer con el bien, sólo puede importar aquello que el abandono de la situación en la que el albedrío del afectado vincula al autor (en el consentimiento indirecto); la exteriorización de la relación es irrelevante. En caso de error si la manifestación no es jurídico-negocialmente vinculante, la responsabilidad del que se injiere queda limitada por el principio de confianza y el tipo subjetivo.

Reglas del consentimiento mediando fuerza y error:

1. En la medida en que el facultado para disponer, sea por un engaño u otra causa, yerra sobre la existencia y la importancia de la modificación perjudicial que tiene lugar mediante la acción de injerencia en el bien, es decir, yerra con

referencia al bien, falta ya, por ausencia de consciencia del abandono (total), la voluntad para éste. En casos de error sobre la cualificación del que se injiere, hay que distinguir: a) si uno no cualificado provoca consecuencias con las que no hay que contar si se tratase de una persona cualificada, en caso de error sobre la cualificación tales consecuencias no están cubiertas por el consentimiento; y, b) si el resultado típico depende de que el autor no posee la cualificación, entonces el engaño está referido al bien jurídico.

2. Si el consentimiento se presta condicionado por un engaño no referido al bien jurídico o por amenaza, es eficaz.

Problemas especiales:

1. El que induzca a alguien mediante engaño o amenaza a una autolesión atípica o al consentimiento en una lesión por parte de otro, axiológicamente es lo mismo; por ello deben coordinarse los presupuestos de responsabilidad por determinar un consentimiento defectuoso y aquellos otros por determinar una autolesión:

a. Al igual que en una autolesión actúan atípicamente aquellos participantes que no son responsables del engaño o de la amenaza (por falta de responsabilidad no son autores mediatos y por falta de hecho principal no son partícipes por accesoriedad), así el comportamiento de personas que actúan en virtud de un consentimiento excluyente del tipo sin ser responsables de sus motivos, no puede valorarse como realización del tipo, lo cual rige incluso cuando —de nuevo tanto para la participación en una autolesión como para la actuación bajo consentimiento— sí conocen la amenaza o el engaño. También frente a personas responsables es eficaz el consentimiento, pero estas personas son autores mediatos; esta idea es aplicable a la autolesión.

b. Para la fundamentación de la responsabilidad se tienen en cuenta aquellas amenazas en las que quien consiente redistribuye el daño de un modo aún convincente; el límite se corresponde exactamente con el que separa las coacciones y la autolesión: del mismo modo sucede en el engaño que no versa sobre el bien jurídico el consentimiento es eficaz; pero si se finge una situación en que existe un motivo de actuar, la modificación de los bienes en el marco de lo razonable es un suceso cuyos costes ya no se pueden explicar con la voluntad del que consiente, es decir, el creador de la situación debe responder como autor mediato.

2. Quien es responsable de un peligro, pero ha perdido el dominio del suceso en una medida en que ya no puede volverse atrás, no responde directamente por su comportamiento si obra mediando el consentimiento de la persona amenazada, sino porque es responsable de la situación en que la disposición de los bienes del amenazado se ha modificado de modo razonable, y en esa medida, incluso puede estar obligado a ayudar a la persona amenazada. Si la víctima modifica las cosas, el autor no responde por la modificación.

También está excluida la responsabilidad si éste renuncia a un bien de otra clase. En conclusión: el causante de un conflicto (el que engaña o amenaza) responde por los costes de la solución (lo abandonado a través del consentimiento) no porque fuera ineficaz el abandono, sino porque es responsable (y en esa medida) de la situación en que el abandono es razonable o así se lo parece a quien presta el consentimiento.

La contrariedad a Derecho y a las buenas costumbres del hecho, así como la del consentimiento, no impiden su eficacia. En el consentimiento excluyente del tipo el bien está a la entera disposición del titular, ocurra ésta por autolesión — desde luego atípica— o por consentimiento en que otro lesione.

En el consentimiento final son las consecuencias del comportamiento, de manera que son queridas en el sentido de «pretendidas».

En el consentimiento no final, en el que no se quieren las consecuencias, sino, que el afectado crea una situación en la que su voluntad ya no es relevante. Se trata de la responsabilidad por los costes no deseados de un contacto social cuando la persona facultada para disponer no quiere el comportamiento del autor (en sí) lesivo, pero sí pretende determinada clase de contacto social que no se puede obtener sin ese comportamiento preñado de consecuencias.

Ya en el consentimiento final es posible el consentimiento en un riesgo cuando el resultado no sea seguro. La eficacia del consentimiento queda intacta en la misma medida en que una paralela representación del riesgo aún bastaría en la formación de un dolo de autor.

El consentimiento es propio del dolo; no existe el «consentimiento imprudente», el límite entre dolo (consentimiento) e imprudencia (imposibilidad de consentimiento), establecido de forma psicológica en torno al elemento conocimiento, tampoco puede satisfacer aquí desde el punto de vista axiológico. El manejo inconscientemente descuidado de los propios bienes puede llevar al obrar al propio riesgo, que exime de responsabilidad al «dañador».

2. El obrar a riesgo propio.

El obrar al propio riesgo supone una participación, con eficacia excluyente del tipo, en un comportamiento lesivo que emprende otra persona, y que para esta persona es por tanto lesión a otro. Son válidos los límites de la exclusión del tipo en las lesiones a otro: La realización del tipo se excluye en tanto que el bien que resulte afectado es de libre disposición del titular; por lo demás, un actuar al propio riesgo puede tener desde luego eficacia justificante cuando concurre un motivo fundado para ejecutar la acción. La lesión de un bien no sujeto a libre disposición, sin un motivo fundado, al igual que en los casos de consentimiento en sentido estricto, no pierde su cualidad de injusto.

De otro modo sucede si el titular expone su bien al comportamiento dañoso de otro, al mantener él mismo el poder de decisión sobre el curso causal conducente al resultado, o al menos al decidir en plano de igualdad con el otro.

Se trata entonces de la delimitación entre la lesión en autoría mediata a través de un instrumento *cuasi* no doloso y la autolesión atípica.

3. Realización del tipo subjetivo mediante acción: el dolo.

a) El dolo como conocimiento.

Los hechos imprudentes afectan la validez de la norma menos que los hechos dolosos, ya que la imprudencia pone de manifiesto la incompetencia del autor para el manejo de sus propios asuntos. ¿El motivo?, las consecuencias de una inadvertencia o de un descuido no las ha valorado el autor imprudente, porque le eran actualmente desconocidas.

Imprudencia se distingue del dolo no por la falta de conocimiento de las consecuencias, sino también por la aceptabilidad no dilucidada de las consecuencias: Las consecuencias dolosas son aceptables, pues si no el autor no obraría, mientras que por el contrario en las consecuencias imprudentes su aceptabilidad permanece abierta en el instante del hecho. En la imprudencia, el autor soporta un riesgo natural que no es común en el dolo: el riesgo de que incluso él pueda resultar dañado, mientras que la imprudencia no se nutra de un desinterés específico (ceguera), sino de una falta de atención no dirigida, general, difusa en sus consecuencias, está gravada con el peligro de una *poena naturalis*, y este riesgo de auto daño disminuye la importancia del autor imprudente frente al doloso.

La ley da del dolo únicamente una definición parcial y negativa, sin que importe el motivo del desconocimiento. La falta de conocimiento del tipo comporta, sin tener en cuenta el motivo del déficit, imprudencia y, con ello, en la gran mayoría de los casos, un marco penal atenuado. Objeto del conocimiento es el acontecer terrenal, tal como se le entiende en general. Quien cree que un curso causal dañoso suficiente a este respecto va a ser detenido la voluntad; las consecuencias secundarias son contenido del conocimiento, y sin son por fuerzas sobrenaturales, no obstante tiene dolo, en la medida en que a la vez sabe que el

obstáculo no se puede entender en general como tal; y es que entonces tiene conocimiento del riesgo, no permitido, de realización del tipo.

Distinción entre consecuencias principales y secundarias:

1. Principales: El autor puede obrar a causa de darse cuenta de la realización del tipo, la quiera por sí misma o por sus consecuencias; de todos modos, en este ámbito la anticipación de la realización del tipo es condición suficiente de la acción.

2. Secundarias: el autor puede obrar dándose cuenta de la realización del tipo, sin que aquello de lo que se da cuenta sea también contenido de la voluntad; se percibe como dependiente de la voluntad, pero realizarlo no es el motivo del actuar.

Las consecuencias principales son, pues, contenido tanto del conocimiento como de perciben como dependientes de la voluntad. Dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias

Respecto de la intensidad del conocimiento, no es necesario haber reflexionado sobre las consecuencias bastaría que algún elemento sea sólo co-consciente¹⁶⁵.

Formas de dolo.

a) El dolo en relación con las consecuencias principales.

La relación subjetiva del autor con las consecuencias principales se llama intención (también *dolus directus* de primer grado, dolo directo). El que una acción sea querida o no, no debe inducir a suponer que se trata de una relación entre el

¹⁶⁵ Por co-conscientes habría que entender los complementos que la experiencia aporta al contenido de la representación desencadenada por la percepción.

aspecto de los impulsos y una modificación describible naturalísticamente. Más bien, la consecuencia siempre está especificada mediante el contexto típico en que se encuentra. Estas descripciones de situaciones (elementos de la autoría, especificaciones de objetos y medios) son propios de la consecuencia. La relación positiva con el aspecto de la representación consiste en el conocimiento del autor de que la producción de lo querido no es improbable. El límite entre lo no improbable y lo improbable tiene, en la intención, una doble determinación: a) subjetiva (únicamente cuando el riesgo de realización del tipo tiene intensidad relevante para el autor individual obrará éste a causa de la consecuencia), y b) objetiva (si para el autor individual aún son relevantes para la decisión riesgos de intensidad ya no jurídicamente relevante, su actuar queda, no obstante, dentro del marco del riesgo permitido).

b) El dolo eventual.

No se trata de una voluntad condicionada de acción, sino de que el autor se dé cuenta que una consecuencia secundaria se realizará eventualmente (también: *dolus eventualis*) incluso si acaecen todas las consecuencias principales de un actuar querido incondicionadamente. La decisión acerca de lo que en tal situación es aún dolo y lo que es ya imprudencia debe adoptarse en consideración al fin de la separación entre dolo e imprudencia, es decir, en consideración a la distinción entre la causación del resultado más fácilmente evitable y aquella otra evitable con más dificultad. Ha de prescindirse de cómo el autor ha llegado a la situación de poder dirigir las consecuencias mejor o peor; esto puede que obedezca, si acaso, a un motivo que inculpe o que exculpe. Por ello no es acertado atenerse, en la delimitación de dolo e imprudencia, a en qué medida el autor, en su actitud interna, se ha distanciado de la evitación de la consecuencia, es decir, distinguir según que el autor, si no aprueba la producción de la consecuencia, sí la asume con indiferencia, o en cambio la rechaza o incluso la lamenta.

En efecto, no debe tratarse de si para el autor individual le es subjetivamente fácil o difícil elevar la evitación a motivo de su actuar sino el grado de facilidad o dificultad con que el motivo que se da por supuesto como dominante influiría en la evitación de la realización del tipo.

Concurrirá, dolo eventual cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción, el mero «pensar en» u «ocurrirse», sin cualidad de juicio, puede denominarse, si se quiere, imprudencia consciente. Actúa con dolo eventual de lesiones si se da cuenta de que la «aventura» puede acabar en la lesión de una persona; no se requieren ulteriores procesos o estados de ninguna clase, y el esfuerzo por evitar el resultado (y además la pérdida de la apuesta) no basta para impedir el dolo (si está ausente ese conocimiento, porque por falta de tiempo, temeridad, indiferencia o miedo el autor no repara en las consecuencias, haciendo caso omiso a lo que se le impone patentemente, no concurre dolo).

También se realizan dolosamente aquellas consecuencias de la acción que el autor se esfuerza en evitar, pero en las que sin embargo se da cuenta de que no es improbable un fallo de su esfuerzo por evitar. En relación con el dolo eventual ha de determinarse aún el límite inferior de la probabilidad que debe existir según el juicio concienzudo. Este límite inferior se determina mediante la relevancia del riesgo percibido para la decisión; el riesgo debe ser tan importante como para que conduzca, dado un motivo dominante de evitar la realización del tipo, a la evitación real y no quede, sin influencia. La relevancia para la decisión depende de la importancia del bien afectado y de la intensidad del riesgo.

c) Posición de Enrique Díaz-Aranda.

Es sabido, que la dogmática penal se ha desarrollado desde principios del siglo XX a partir de sistemas de análisis del delito: clásico, neoclásico, final de acción, y

funcional. Dichos sistemas tienen en común la estructura de análisis del delito en tres categorías: acción típica; antijurídica y culpable.

La diferencia fundamental entre cada uno de esos sistemas radica en sus diferentes presupuestos metodológicos: positivismo formalista guiado por postulados naturalistas (clásico); formal-valorativo marcado por la influencia del relativismo axiológico kantiano (neoclásico); lógico-objetivo basado en el método fenomenológico (finalista) y, por último, teleológico-valorativo cuyo centro de gravedad radica en la orientación político criminal que guía al Derecho Penal (funcional).

El concepto del dolo ha variado como consecuencia de los diferentes presupuestos metodológicos de cada sistema. En sus inicios el dolo se identificó con la culpabilidad misma (clásico) después pasó a ser exclusivamente un elemento de la culpabilidad (neoclásico). En cambio el finalismo concibió al dolo como el factor de dirección de la acción, desencadenante de procesos causales, hacia el logro de un fin prohibido por la norma penal, lo cual supuso su necesaria ubicación en el tipo y la exclusión de la conciencia de la antijuridicidad de su seno. El funcionalismo parte de la estructura finalista y también ubica al dolo en el tipo, pero varía en su concepción como: decisión del sujeto de realizar la conducta prohibida por la norma penal.

La base psicológica del dolo ha disminuido durante la evolución de su concepto. Lo cual, implica que al principio el dolo se concibió como el conocimiento y la voluntad del autor de realizar una conducta para causar un resultado típico y antijurídico. Este último componente del actuar doloso quedó fuera a partir de la teoría final de acción, para la cual el dolo del autor se conformaba con el conocimiento y la voluntad del agente para causar el resultado típico. Empero, una concepción del dolo basada en la voluntad como factor de dirección de procesos causales hacia la producción del resultado descrito en el tipo penal, ofrece dos grandes inconvenientes: la imposibilidad de demostrar

científicamente cuál fue el fin que quiso alcanzar el autor y, por otra parte, la dificultad para determinar con exactitud en el momento previo a la realización de la conducta cuál es el curso de los procesos causales y los resultados posteriormente alcanzados, pues no se puede tener un conocimiento ex post cuando todavía se está en el momento ex ante del hecho.

Conforme a lo anterior, la concepción del dolo debe recaer más en el conocimiento del autor sobre la prohibición de realizar la conducta, pues su descripción en el tipo penal ya supone en sí misma una llamada de atención al sujeto para que evite dicha conducta debido al peligro que ésta encierra para los bienes jurídicos tutelados por la norma penal. Por ello, si el sujeto, pese a la prohibición, decide ir en contra de la norma penal estará obrando con dolo.

Para determinar el dolo del autor, el sujeto cognoscente (quien analiza) se coloca hipotéticamente en el lugar del agente en el momento anterior a la comisión del hecho (perspectiva ex ante) y emite un juicio de probabilidad de los posibles resultados que alcanzará al realizar la conducta. Dicho juicio o pronóstico está sustentado en los conocimientos nomológicos y ontológicos. El resultado de esa representación llevará a inferir si el autor obró o no con dolo. No se busca, por tanto, llegar a tener plenamente certeza sobre si el sujeto quiso y alcanzó el resultado típico.

Aclarado lo anterior se ofrece una definición acorde con los postulados del sistema funcionalista: **Obra con dolo quien conoce los elementos esenciales que integran el tipo penal y decide realizar la conducta**. Pero ello no significa que el sujeto conoce la ley en sí misma sino sólo presupuestos o elementos en ella descritos.

En el Derecho Penal mexicano, el dolo se identificó primero como la intención presunta de cometer delitos. Posteriormente se dejó de presumir esa intención y quedó a cargo del Estado su prueba (*onus probandi*).

Tanto en la doctrina mexicana mayoritaria como en la jurisprudencia se observa la adopción del concepto de *dolus malus*, el cual se concibe unas veces como la culpabilidad misma y otras como uno de sus elementos; ello ha supuesto el seguimiento de los postulados del sistema clásico o los del sistema neoclásico, los cuales en conjunto se han denominado como causalismo.

En el aspecto legislativo, desde la promulgación de la Constitución de 1917 el proceso penal en México se fincó en las figuras procesales: cuerpo del delito y probable responsabilidad. Existía acuerdo jurisprudencial y doctrinal en analizar el dolo dentro de la probable responsabilidad.

Sin embargo, los problemas se presentaban en la práctica cuando se establecía la interrelación de las figuras procesales cuerpo del delito y probable responsabilidad con las estructuras y conceptos de la teoría del delito.

En mil novecientos noventa y tres, el legislador mexicano consideró conveniente aclarar las dudas presentadas en la práctica penal y preparar el camino hacia un proceso penal propio de un Estado Social y Democrático de Derecho. Al efecto, el legislador decidió sustituir el denominado «cuerpo del delito» por un concepto de la doctrina penal universal: «elementos del tipo penal». Ello quedó plasmado en los artículos 16 y 19 de la Constitución y se estableció la obligación del Ministerio Público de «acreditar» los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad para poder obtener del juez la orden de aprehensión contra el indiciado y, a su vez, el juez debería contar con dichos elementos de prueba para dictar el Auto de formal prisión contra el consignado.

Para aclarar debidamente cuáles son los elementos que integran el tipo penal y cuáles la probable responsabilidad, el legislador de 1994 reformó el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales; el texto de dicho artículo refleja sin lugar a dudas la incorporación de la estructura del sistema final

de acción. Así, los elementos del tipo penal se conformaban con el tipo objetivo y el tipo subjetivo, en este último se ubicó el dolo. Quedaban en la probable responsabilidad la antijuridicidad y la culpabilidad.

Los pocos estudios realizados en México sobre la teoría final de acción, sus posteriores avances y el nuevo sistema funcionalista, derivaron en la falta de comprensión de la reforma y en desacuerdos principalmente entre el Ministerio Público y los jueces. Estos últimos otorgaron cada vez menos órdenes de aprehensión al Ministerio Público argumentando la falta de elementos para acreditar los elementos del tipo y la probable responsabilidad del indiciado.

Se debe recalcar la negativa de los jueces de librar órdenes de aprehensión debido a la «falta de acreditación», sea de los elementos tipo o de la probable responsabilidad; es decir, el problema radicó en la «prueba» deficiente o insuficiente e, incluso, inexistente. Este problema pudo ser resuelto con un acuerdo entre el Ministerio Público y los jueces, a través del cual se establecieran los criterios para considerar debidamente acreditados dichos elementos. Al efecto ya existían precedentes en la jurisprudencia que podían auxiliar en esa labor; me refiero a la diferencia entre pruebas probables y pruebas plenas. Las primeras sustentarían la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, mientras que las segundas serían necesarias para dictar una sentencia condenatoria.

No obstante, la confusión reinó y se creyó identificar la fuente del problema procesal de prueba en el sistema de análisis del delito adoptado por el legislador de mil novecientos noventa y cuatro. Como ha quedado de manifiesto en la presente investigación, el sistema final de acción parte de una estructura y de presupuestos que implican un mejor análisis del delito con respecto a los sistemas clásico y neoclásico. Pero «el finalismo no establece en qué momento del proceso penal se deben acreditar los elementos del tipo penal o de la probable responsabilidad», esa es una materia estrictamente procesal determinada por el legislador en el Código adjetivo.

Pese a todo lo anterior, el legislador de 1998-1999 consideró que la adopción de la doctrina final de acción en la legislación mexicana ha dado como resultado el incremento de la criminalidad en México. Para solucionar el problema ha decidido retomar el antiguo concepto del cuerpo del delito y requerir la acreditación exclusiva por el Ministerio Público para obtener del juez la orden de aprehensión contra el indiciado y lo mismo deberá bastar al juez para dictar el auto de formal prisión del consignado. El legislador tuvo la convicción de que al relajar los requisitos probatorios se incrementará el número de órdenes de aprehensión y autos de formal prisión y con ello se conseguirá abatir eficazmente la criminalidad.

Seguramente aumentará el número de detenciones y personas reclusas en México, pero son erradas las premisas dogmáticas empleadas para justificar la reforma y sus posibles consecuencias son las de un procedimiento penal contrario al Estado Social y Democrático de Derecho.

El legislador de mil novecientos noventa y nueve repudió la doctrina finalista. Ya he analizado los presupuestos y estructura de dicha teoría y he concluido su coincidencia con los demás sistemas en la división de tres categorías para examinar el delito: conducta típica, antijurídica y culpable. De igual forma quedaron aclaradas las diferencias estructurales y conceptuales entre el sistema finalista y los anteriores, en el punto que interesa: de acuerdo con el sistema final de acción se debe estudiar primero el tipo objetivo e inmediatamente después el tipo subjetivo, dentro del cual se encuentra el dolo y una vez superado ese análisis se sigue con la antijuridicidad y después con la culpabilidad. En cambio, el denominado causalismo analiza en primer término el tipo objetivo, sigue con la antijuridicidad y deja dentro de la culpabilidad todo lo relacionado con el dolo, es decir, éste se ausulta al final de la estructura.

Veamos cuál es la estructura de análisis adoptada por el legislador de 1999 en el vigente artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales: ordena

en primer término el análisis del cuerpo del delito, el cual se interpreta como el conjunto de elementos descriptivos y normativos del tipo penal; en otras palabras el cuerpo del delito es equivalente a lo que la doctrina penal universal denomina como tipo objetivo. Siguiendo con lo dispuesto en el vigente artículo 168, después del examen del cuerpo del delito o tipo objetivo se debe continuar con la participación del agente e inmediatamente después la comisión dolosa o culposa, posteriormente se sigue con la antijuridicidad y se deja en el último peldaño a la culpabilidad. ¿Acaso no es la teoría final de acción la que ubicó sistemáticamente el análisis del dolo entre el tipo objetivo y la antijuridicidad? La respuesta es rotundamente afirmativa y pone en evidencia que el legislador de 1999 no siguió los postulados del causalismo, porque de haberlo hecho ¡tendría que haber ordenado el análisis del dolo en la culpabilidad!.

Por ello se puede afirmar que en la reforma de veintisiete de abril de mil novecientos noventa y nueve al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales el legislador volvió a adoptar la estructura de análisis del sistema final de acción.

La conclusión anterior permanece incólume pese a la ubicación del dolo en la probable responsabilidad como dispone el vigente artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales. Ello es así porque el cuerpo del delito y la probable responsabilidad son conceptos procesales que cobran significado en cuanto se acude a la doctrina y, como se ha visto, el sistema adoptado para darles contenido a dichos conceptos procesales ha sido la doctrina final de acción. Aunque, se debe decir que ello fue producto de la confusión del legislador con respecto a los sistemas penales y su función, él se pronunció por evitar la toma de posturas doctrinales en la ley, pero terminó adoptando la misma que tanto criticó: el finalismo.

También ha quedado aclarado por qué la estructura de análisis ofrecida por la teoría final de acción es seguida por el funcionalismo. De lo cual se concluye

que la estructura ordenada en el multicitado artículo 168 puede ser denominada también como funcionalista. Pero, esto último supone un cambio de concepción, utilizando la terminología procesal mexicana, del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Adelantando un poco, el cuerpo del delito, entendido como elementos descriptivos y normativos del tipo penal, tendría que delimitarse por la teoría de la imputación objetiva. Respecto al criterio de la culpabilidad como medida de la pena, ya se ha visto cómo, en ciertos supuestos, se recomienda sustituir la pena de prisión mínima por sanciones menos nocivas para el condenado. Sin embargo, lo anterior supone toda una exposición que supera en mucho el objetivo de esta investigación; volveré a concentrarme en el dolo.

El verdadero cambio experimentado con la reforma de 1999, radica en que ahora bastará con que el Ministerio Público acredite el cuerpo del delito para obtener del juez la orden de aprehensión y lo mismo será suficiente para dictar el auto de formal prisión. En estos dos momentos procedimentales ciertamente ya no se requiere probar la probable responsabilidad, dentro de la cual está el dolo. Pero, aunque ya no se requiere la prueba plena del dolo durante la Averiguación Previa y hasta antes del auto de plazo Constitucional sí que será necesario su análisis. Ello se hará a través de una inferencia de las mismas pruebas que sirvieron de base para acreditar el cuerpo del delito, las demás pruebas y datos que arroje la averiguación previa y las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión.

Esta materia probatoria será recogida y analizada conforme a la concepción funcionalista del dolo antes propuesta y con ello se podrá dirigir mejor la integración de la Averiguación Previa, pues en ella el Ministerio Público procurará allegarse de los elementos necesarios para conseguir establecer una primera deducción del dolo del autor, con ello podrá establecer con mayor claridad las líneas directrices de su investigación y así emitir un mejor juicio; por ejemplo: si

quien disparó contra otro sin dar en el blanco debe ser consignado por una tentativa de homicidio o de lesiones; si quien provocó la muerte de un hemofílico con un puñetazo debe ser consignado por un delito de homicidio doloso o culposo o sólo por uno de lesiones; si quien condujo a alta velocidad en una zona escolar provocando la muerte de uno de los estudiantes obró con culpa o con dolo eventual. En el otro extremo, se evitará consignar a quien por error tomó del perchero un abrigo ajeno muy parecido al propio o quien expidió un cheque creyendo erróneamente que tenía fondos suficientes.

Únicamente de esta forma se puede garantizar la correcta integración de la Averiguación Previa, el libramiento de la orden de aprehensión y la elaboración del correspondiente pliego de consignación. Pues es sabido que de una averiguación previa debidamente integrada depende en buena medida el éxito del proceso penal condenando a quien ha cometido un delito y, sobre todo, evitando detener, consignar y procesar a inocentes.

Por tanto, a partir de la reforma de mil novecientos novena y nueve, el dolo se infiere desde la Averiguación Previa hasta el auto de plazo Constitucional y deberá quedar debidamente probado durante el proceso penal para condenar al acusado por la comisión de un delito doloso.

Para terminar, **Roxin** sostiene la relación recíproca entre el Derecho Penal, como sistema de normas, la política criminal y la dogmática penal; la correcta interacción entre ellas depende de una clara delimitación de sus funciones. Al legislador corresponde emitir las normas jurídicas, a la política criminal le incumbe el análisis de las concepciones y fines que guiaron al legislador y se deja a la dogmática la labor de interpretación comprensiva del texto de la ley.

Ello no significa que la dogmática y la política criminal estén para justificar todo lo que el legislador emita y ordene como derecho vigente, pero, en el otro extremo, la doctrina por ejemplo, no puede usurpar el lugar del legislador haciendo

interpretaciones manifiestamente contrarias al texto de la ley; en ese último caso, lo único que sí puede hacer el dogmático es emitir la crítica a la regulación hecha por el legislador. Entre estos dos extremos se extiende un terreno fértil para la dogmática penal, la cual, sin violar el principio de legalidad, puede servirse de los estudios de la política criminal para adentrarse en los objetivos y concepciones que llevaron al legislador a emitir una nueva norma o a reformar una anterior.

En el desarrollo de la presente obra se habrá podido observar un esfuerzo por aclarar la concepción histórico- dogmática del dolo; y ello con el fin de ofrecer una interpretación comprensiva de la reforma llevada a cabo por del legislador mexicano en mil novecientos noventa y nueve a la Constitución, Código Federal de Procedimientos Penales y Código Penal.

Ha quedado de manifiesto la continua crítica realizada a las equivocaciones en que incurrió el legislador al tratar de criticar y desechar doctrinas penales sin contar con los conocimientos teóricos suficientes para emprender esa tarea, ello es producto precisamente de lo antes expuesto, pues esa discusión corresponde a la doctrina y no al legislador.

En el otro extremo, la labor aquí desarrollada no ha pretendido en momento alguno alterar el texto de la ley con interpretaciones contrarias a los fines perseguidos por el legislador en la reforma realizada en 1999. Pues bien se podría haber realizado una interpretación puramente gramatical para sostener que la probable responsabilidad y, por tanto, el dolo deben seguir siendo probados suficientemente por el Ministerio Público para solicitar la orden de aprehensión y ejercer la acción penal en contra del indiciado y asimismo su prueba plena como sustento del auto de formal prisión o de libertad con sujeción a proceso emitido por el juez. Sin embargo, en la exposición de motivos de las reformas, el legislador puso claramente de manifiesto que la finalidad de la reforma era reducir la carga probatoria que aquejaba al Ministerio Público durante la averiguación previa y que

hacía tanto del pliego de consignación como del auto de término de plazo constitucional una especie de sentencia previa muy difícil de emitir.

De esta suerte, he dejado incólumes los fines manifestados por el legislador, no sólo porque son de su competencia, sino también porque estoy totalmente de acuerdo en la urgente necesidad de emprender una lucha frontal y eficaz contra la delincuencia en México y uno de los medios para conseguirlo radica en el incremento del número de detenciones de los delincuentes, que hasta ahora han conseguido evadir la acción de la justicia penal. Pero ello, como también ha señalado el legislador, debe estar encuadrado dentro de los parámetros de un Estado de Derecho y eso se puede conseguir ofreciendo a los interesados en el tema una interpretación con criterios suficientes para proceder a la detención y procesamiento de aquellos sujetos contra quienes existen pruebas bastantes para someterlos a un proceso penal y evitando al máximo la reclusión de inocentes.

4. Realización del tipo subjetivo mediante acción: la culpa.

La imprudencia es uno de los casos en que no se corresponden la representación y la realidad, o sea, un supuesto de error, si es que no se trata más bien de un caso de ceguera ante los hechos. La cuestión del error ha de separarse de la de su evitabilidad. También la acción ya no imprudente por falta de evitabilidad, y por tanto ya no típica, se lleva a cabo bajo una representación errónea.

Punible es el comportamiento imprudente cuando así se establece expresamente imprudente no constituye injusto porque sea cognoscible la realización del tipo (el conocimiento sólo transforma la imprudencia en dolo) sino porque una realización del tipo cognoscible es evitable. No hay deber alguno de obtener conocimiento, sino deber de evitar acciones típicas. Dado que el dolo eventual cubre todo el ámbito en que el autor juzga la realización del tipo como no improbable, no se puede formar ninguna imprudencia consciente (*luxuria*) con un aspecto intelectual que sea idéntico al aspecto intelectual del dolo.

Más bien, puede tratarse de supuestos de un imaginarse sin ulterior reflexión; sobre todo, el autor puede vacilar entre aceptar o descartar un peligro imaginado: Toda imprudencia, tanto consciente como inconsciente (*negligentia*) está caracterizada negativamente: Falta el conocimiento de la realización del tipo.

La separación de imprudencia consciente e inconsciente carece de sentido. Ya que el concepto que puede ofrecerse es el relativo a que la imprudencia es aquella forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse tanto el dolo como la imprudencia son formas de la evitabilidad; ambos están determinados por la cognoscibilidad de la realización del tipo; en el dolo, la cognoscibilidad evoluciona a conocimiento, en la imprudencia no. Si en el proceso no se logra demostrar el conocimiento, pero sí la cognoscibilidad, habrá que condenar por imprudencia, ya que la falta de conocimiento en la imprudencia no es un elemento sustancial, sino delimitador.

a) Culpa y riesgo cognoscible.

La acción imprudente es una acción evitable, pero no que en todo caso haya de evitarse individualmente de modo razonable, y ni siquiera que haya de evitarse jurídicamente en todo caso por lo que se refiere a la supuesta existencia de un deber de cuidado o de una infracción de cuidado que caracterice la imprudencia, en ésta no hay —como en el dolo— más deber que el que surge de la norma, y sólo este deber se infringe: en la comisión imprudente, el autor debe omitir el hecho, y en la omisión imprudente debe realizarlo (cuidadosamente).

Para la imprudencia se requiere la previsibilidad de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable

La principal crítica de la imputación objetiva, es la referente a la determinación objetiva de la previsibilidad defendida por un amplio sector doctrinal, la desindividualización de la acción que se efectúa en ocasiones se oculta al señalar que también el acto típico desde el punto de vista objetivo sigue siendo individualmente evitable, pues cualquiera puede evitar sus acciones con sólo quererlo.

La determinación objetiva de la previsibilidad es incompatible, con el concepto individual de acción. Estas formulaciones de tipos de hechos de imprudencia objetiva no reportan ventaja alguna frente a la determinación individual de la cognoscibilidad: Si no obstante se prescinde de la reproducción subjetiva del juicio objetivo, es decir, si no se emplea el comportamiento estándar como ayuda cognoscitiva, sino que se prescribe como figura rectora, entonces se pierde en el tipo subjetivo la relación con las consecuencias, y los delitos de lesión se transforman en delitos de peligro subjetivo-abstracto.

En esta solución aquello que como cognoscible podría fundamentar imprudencia, en tanto que conocido no forma dolo alguno. En la polémica en torno a la determinación de la imprudencia se esgrime el argumento de que la objetivación es necesaria en orden a preservar a las personas especialmente capacitadas de exigencias excesivamente altas.

El argumento carece de claridad; una solución global no se adecua a las distintas situaciones problemáticas. En los delitos imprudentes tampoco es necesario detallar el comportamiento prohibido, mediante la indicación de lo contrario a cuidado, más exactamente que en el dolo, y particularmente tampoco en los delitos de resultado. En definitiva la previsibilidad objetiva no desempeña ninguna función que no desempeñe ya el riesgo permitido. Es tan superflua como lo sería un «dolo objetivo». Al injusto de imprudencia (y no sólo a la culpabilidad) pertenece la previsibilidad subjetiva.

b) Riesgo objetivamente imputable.

Por lo que se refiere a la causalidad como objeto de la cognoscibilidad, debe ser cognoscible para el autor —de nuevo paralelamente a la situación en el dolo— la causalidad, referida al resultado, de la condiciones que él ha creado, pero no el concreto curso causal entre la acción imprudente y el resultado, sin embargo, el autor debe poder advertir precisamente aquel riesgo que se realiza, ello ha de indagarse con arreglo a los principios que se desarrollaron para la imputación objetiva; con la sola diferencia de que aquí no hay de atender a todo riesgo creado por el autor, sino sólo al que le es cognoscible.

De un caso en que se aplica este principio de la realización del riesgo, y nada más, se trata en el grupo de problemas usualmente denominado ámbito del fin de protección de la norma. Los principios mencionados acerca de la imputación objetiva son aplicables, con la matización de que el lugar del riesgo creado por el autor lo ocupa el riesgo que le es cognoscible. El traslado de los principios de

imputación del ámbito objetivo al de la imprudencia conduce a que —frente a la doctrina mayoritaria— las causas hipotéticas del resultado no impiden la imputación a título imprudente.

También ha de rechazarse para la imprudencia, la teoría de que un incremento del riesgo baste para la imputación de un resultado. Casos especiales de desvío entre el curso causal cognoscible y el acaecido

1. Acerca de la consumación prematura: Quien comienza a ejecutar un plan con resultado cognosciblemente peligroso no responde si ya las primeras acciones, en sí no cognosciblemente peligrosas, producen el resultado es decir, se trata de un peligro significativo.

2. Acerca de la culpa *generalis*: si un autor opera varias veces sobre un objeto y todas estas intervenciones son causales del resultado, pero únicamente la primera es cognosciblemente causal, sólo responderá cuando las intervenciones subsiguientes continúan el riesgo de las primeras, pero no lo sustituyen.

3. Acerca de la *aberratio ictus*: el que actúa imprudentemente frente a un objeto cognoscible, pero alcanza a otro no cognoscible, no responde por el resultado.

4. Error *in persona vel objecto*: para el autor no tiene por qué ser cognoscible la no identidad típica del objeto.

CAPÍTULO IV

ENCUBRIMIENTO POR RECEPCIÓN CULPOSO A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

CAPÍTULO IV

ENCUBRIMIENTO POR RECEPCIÓN CULPOSO A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

Sumario: I. Antecedentes. II. Derecho comparado. a) México. 1. Fuero Federal (artículo 400, fracción I, párrafo segundo, del Código Penal Federal). b) España. c) Alemania. III. Código Penal para el Distrito Federal (artículo 244 del Código Penal para el Distrito Federal). A. Cuestiones preliminares. 1. Concepto jurídico-penal de acción. 2. Omisión. B. Imputación objetiva del comportamiento. 1. Riesgo permitido. 2. Principio de confianza. 3. Principio de prohibición de regreso. 4. Concurrencia de riesgos. Competencia de la víctima. C. Imputación objetiva del resultado. 1. Exclusión del tipo y actuación a propio riesgo. 2. Realización del tipo subjetivo mediante acción: el dolo. 3. Realización del tipo subjetivo mediante acción: la culpa.

I. Antecedentes.

El veintidós de agosto de mil novecientos noventa y seis se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto de reforma que modificó el contenido del artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante esta reforma, producida en el apartado C, Base primera, fracción V, inciso h, se facultó a la Asamblea Legislativa para legislar en las materias civil y penal. Dicha facultad, de acuerdo con el artículo decimoprimer transitorio (del decreto del veintidós de agosto de esa anualidad), entraría en vigor el uno de enero de mil novecientos noventa y nueve.

Posteriormente, el dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve se publicó, en el Diario Oficial de la Federación, un decreto que cambia la denominación del otrora «Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal», para denominarse «Código Penal Federal». Además se prescribió, en el artículo 1 que el dicha legislación se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal.

Como consecuencia, la Asamblea Legislativa se vio en la urgencia de legislar en materia penal y, en esta situación, consideró asumir el texto del Código Penal que regulaba la materia propia del fuero común. Por decreto, publicado el diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve en la Gaceta Oficial del Distrito Federal se consolidó esa determinación, lo que conllevó fallas en el texto de ese cuerpo legislativo, así como en su aplicación; por ejemplo, se transportó hasta la numeración de los artículos y como se "desfederalizó" el mal denominado "nuevo código" nació hasta con artículos derogados, lo cual, indicó que no se hizo una revisión exhaustiva.

Posteriormente, el nueve de junio de dos mil seis, el Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, presentó una iniciativa de reforma¹⁶⁶ al otrora Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en la que se asentó:

“Después de un extenso análisis y una amplia discusión sobre la necesidad de una nueva legislación en materia penal para el Distrito Federal, el 27 de junio de 2002 se aprobó el Nuevo Código Penal, el cual fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002.

Es de reconocer que durante la discusión de dicho ordenamiento jurídico, el legislador determinó que era necesario ponerle un adjetivo al código penal para diferenciarlo del Código que se iba a abrogar en ese momento, decidiendo que se le denominara "Nuevo", término que conforme al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española la definición de nuevo es: "adjetivo; recién hecho o fabricado. Distinto o diferente de lo que antes había o lo que se tenía aprendido". En virtud de que han pasado tres años de la publicación de dicho instrumento jurídico, y que al paso del tiempo dicho calificativo de "nuevo" resultará incongruente, esta iniciativa propone quitarle dicho adjetivo, quedando así el nombre de "Código Penal para el Distrito Federal.”.

En efecto, dicho decreto dio lugar a la actual denominación del Código Penal para el Distrito Federal.

¹⁶⁶ Véase el decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

II. Derecho comparado.

Durante toda la historia, ha existido interés por la comparación; se comparan personas, objetos y el Derecho no ha sido la excepción. El derecho se compara desde la antigüedad y no por simple curiosidad, sino para beneficiarse de las experiencias de otros países. La tradición atribuye a **Solón** y a **Licurgo** el haberse inspirado en el derecho extranjero para elaborar el sistema jurídico con el que, dotaron a las ciudades griegas de Atenas y Esparta, respectivamente.

Aristóteles realizó un estudio de ciento cincuenta y tres constituciones de Grecia y otras ciudades para ver cual era el mejor sistema de gobierno; sin embargo, no propuso una forma de gobierno idónea aplicable a todas las sociedades; estaba convencido de que las constituciones han de adaptarse a las necesidades de cada pueblo, incluso refirió: *“El derecho no es como el fuego, que arde de la misma forma en Persia y en Atenas”*. Con lo que dio a entender que el Derecho dependía en buena medida del medio físico y social.

Ahora, la idea de comparación es la base del Derecho comparado que, en realidad es una comparación de derechos de suerte que si no hay comparación no hay Derecho Comparado. Esta primera noción que, en un primer momento parece innecesario recordar, es fundamental, pues sirve para terminar con la confusión entre derecho comparado y derecho extranjero y distinguir claramente el derecho comparado del derecho internacional privado y de la unificación legislativa.

El estudio en uno o varios derechos extranjeros no es Derecho Comparado porque no hay comparación. El conocimiento del Derecho extranjero es el antecedente lógico del derecho comparado, pues no se puede comparar lo que no se conoce. Puede haber estudios del derecho extranjero sin derecho comparado, pero no puede haber Derecho comparado sin el estudio previo de los derechos comparados.

Estudiar el Derecho de un país es aprender a conocer, a través de las normas jurídicas a que está sometido, sus usos y costumbres, su actitud ante ciertos problemas y la manera de cómo sus habitantes resuelven los problemas.

La primera reacción de los hombres puestos en presencia de normas o costumbres diferentes a las suyas suele ser pensar, son reflexionar antes, que esas normas o costumbres son ridículas. El estudio del Derecho extranjero nos muestra la vanidad de ese complejo intelectual. Ese estudio nos enseña la modestia y la tolerancia, nos ayuda a comprender las filosofías y culturas extranjeras.

La norma que había parecido absurda o aislada, se ilumina con una nueva luz cuando se la ve en el conjunto de su derecho o cuando se conocen las circunstancias o la aplicación práctica de tal norma.

En resumen, «el Derecho comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un determinado país. El derecho comparado obedece a que el ordenamiento jurídico difiere de un país a otro. Así, su estudio es necesario para apreciar tanto las diferencias y las semejanzas como los defectos y los aciertos de ese orden, esto con el fin de perfeccionar las instituciones de un país y, por ende, su sistema jurídico».

a) México.

1. Fuero Federal (artículo 400, fracción I, párrafo segundo, del Código Penal Federal).

La discusión de la Cámara de Diputados de veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, que dio inicio a la actual redacción del dispositivo en cuestión, entre otras cuestiones se estableció:

“Se propone también revisar el artículo 400 del Código Penal para incluir en éste las diversas figuras del encubrimiento por receptación y por favorecimiento. En el marco de aquél, se contempla la conducta de quienes maliciosamente adquieren objetos cuya procedencia es delictuosa, comportamiento que es preciso sancionar. Por otro lado, se modera la pena cuando sólo hay imprudencia o negligencia del adquirente. Deja de ser delictuosa, a título de encubrimiento, la conducta de quien no procura evitar la comisión del delito, cuando la intervención en estos casos apareja riesgo para la persona, salvo que se trate, obviamente, de quien tiene la obligación de afrontar el riesgo. También se plantea una reforma al artículo 400-bis, para moderar razonablemente la pena agravada que, en los términos de esa disposición, es posible aplicar en determinados casos de encubrimiento.”.

En la actual redacción, el artículo 400, fracción I, párrafo segundo, del Código Penal Federal, establece:

“Artículo 400. *Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:*

I. Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia.

Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad.”.

Ahora, se observa que los elementos del delito de encubrimiento son:

- a) La existencia del producto de un delito (elemento objetivo).
- b) Con animo de lucro después de la ejecución del delito, sin haber participado en éste (elemento normativo).
- c) Se adquiera, reciba u oculte el producto de aquél (elemento objetivo).
- d) A sabiendas de esa circunstancia (elemento subjetivo distinto del dolo).

Respecto del primer elemento, puede acreditarse mediante la simple inspección que al efecto realice el Ministerio Público, en términos del artículo 21 Constitucional, y 208 del Código Federal de Procedimientos Penales, la cual, en términos del artículo 286 del Código Adjetivo de la Materia y Fuero adquiere valor probatorio pleno¹⁶⁷.

En cuanto al tercer elemento, cabe precisar que los verbos rectores del tipo penal a estudio, se establece en tres hipótesis (adquirir, recibir u ocultar), los cuales conjugados en el segundo elemento, resulta una adquisición del producto del delito, con animo de lucro después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste; resulta pertinente precisar que dicho elemento constituye uno de carácter objetivo, toda vez que la conducta penalmente relevante se realiza en el mundo externo, y es apreciable mediante los sentidos; adquirir, recibir u ocultar, implica tomar materialmente la cosa, asirla el activo por sí, aunque se establece como *conditio sine qua non* la circunstancia relativa a que dicha acción se realice después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste. Por lo tanto, es un delito de acción, cuya realización no es factible por omisión ni por omisión impropia.

De esta suerte, el segundo elemento del cuerpo del delito comprende el *ánimo de lucro*, elemento de carácter subjetivo al que si bien no hace referencia expresa la descripción típica, lo cierto es que debe considerarse como un

¹⁶⁷ Sirve de apoyo la tesis 4922 emitida por el otrora Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, visible en la página 2497 del Tomo II, Materia Penal, Sección Precedentes Relevantes, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, con el rubro y texto siguientes: "**MINISTERIO PÚBLICO, FACULTADES CONSTITUCIONALES DEL, EN LAS DILIGENCIAS DE AVERIGUACIÓN PREVIA, INSPECCIÓN OCULAR.** No es atendible el argumento de un inculpado en el sentido de que la inspección ocular y fe ministerial practicadas por el Ministerio Público Federal, carecen de valor probatorio porque se originaron en el periodo de averiguación y no fueron confirmadas ni practicadas en el periodo de instrucción. Al respecto debe mencionarse que la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en su artículo 3o., fracción I, reglamenta las facultades que sobre el particular concede la Constitución al Ministerio Público Federal, para allegarse de medios que acrediten la responsabilidad de los infractores. El valerse de medios para buscar pruebas es una facultad de origen y eminentemente privativa del Ministerio Público, porque de no ser así, se encontraría imposibilitado para acudir a los tribunales a ejercer la acción penal; consecuentemente, a dicha institución le está permitido practicar toda clase de diligencias tendientes a acreditar el cuerpo del delito de un ilícito y la responsabilidad del acusado. Dentro de tal potestad se halla la prueba de inspección, la cual puede ser la más convincente para satisfacer el conocimiento para llegar a la certidumbre de la existencia del objeto o hecho que debe apreciarse, la que puede recaer en personas, cosas o lugares, y su práctica corresponde a los funcionarios del Ministerio Público en las diligencias previas al ejercicio de la acción penal, otorgando la ley adjetiva pleno valor probatorio a dichos actos; por lo que no se requiere "que sea confirmada o practicada durante el periodo de instrucción.". Para la estructura de resoluciones judiciales es fundamental IBARRA FERNÁNDEZ, Pablo Antonio. **Guía para la estructuración de algunas resoluciones penales.** Consejo de la Judicatura Federal, Comisión Especial para la Elaboración de Manuales de los Órganos Jurisdiccionales. México, 2002.

elemento implícito, pues por ejemplo, el numeral 380 del Código Penal Federal, que se refiere al delito de robo de uso, exige para su configuración una acción de apoderamiento de cosa ajena, pero ese apoderamiento debe realizarse *“con carácter temporal y no para apropiársela o venderla”*, lo que conlleva a estimar que la figura del encubrimiento que ahora se analiza sí exige que el activo tenga como finalidad el ánimo de lucro del producto del delito.

En otras palabras, el ánimo de lucro es la voluntad de ejercer de hecho sobre el producto del delito, la obtención de una ganancia (especulación mercantil). Es por ello que el ánimo de lucro se traduce en la finalidad directa del activo, de obtener un beneficio económico o enriquecimiento.

Ahora, no obstante que dicho elemento es de carácter subjetivo, para mayor seguridad jurídica del gobernado y de conformidad con lo previsto el artículo 134, párrafo primero, del Código Federal de Procedimientos Penales, es necesario proceder al análisis de dicho elemento, aunado a que, como se expuso, tal aspecto subjetivo está implícito en el elemento objetivo atinente a la forma de conducta.

Sirve de apoyo a lo anterior, en lo conducente, la tesis 1a. LVI/2004, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 517 del Tomo XIX, Mayo de 2004, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que es del tenor literal siguiente:

“TIPO PENAL. SUS ELEMENTOS SUBJETIVOS, DE CONFORMIDAD CON EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 134 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, DEBEN SER ANALIZADOS CUANDO SE EJERCE LA ACCIÓN PENAL Y PARA EFECTOS DEL LIBRAMIENTO DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN (ADICIÓN PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE MAYO DE 1999). Si bien el precepto aludido establece que, no obstante lo dispuesto por la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercer la acción penal y que, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los

elementos subjetivos del tipo serán analizadas por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculpado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos, ello no significa que se postergue su estudio hasta después de dictarse el auto de procesamiento, sino que establece que serán las causas de exclusión del delito, por falta de dichos elementos, las que serán analizadas por el juzgador después de que se haya dictado el auto citado; además, del proceso legislativo que dio origen a la actual redacción del artículo 134 referido, se concluye que el hecho de que el Ministerio Público al ejercer la acción penal y el Juez al momento de librar la orden de aprehensión, adviertan la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate, a que se refiere el artículo 15, fracción II, del Código Penal Federal, no los releva de la obligación de atender a los datos que acreditan, aun cuando no plenamente, los elementos subjetivos del tipo penal, puesto que de ninguna manera se está facultando a las autoridades que procuran e imparten justicia, para que dejen de analizar dichos elementos en cada una de esas fases procedimentales.”.

Previo al análisis del diverso elemento del cuerpo del delito atinente a “a sabiendas de esa circunstancia”, cabe hacer las siguientes precisiones:

El artículo 134, párrafo primero, del Código Federal de Procedimientos Penales, establece:

“Artículo 134. *En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea.”.*

De la anterior transcripción se advierte que cuando en la averiguación previa se acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, el Ministerio Público ejercerá acción penal ante los Tribunales y además, sin necesidad de hacerlo plenamente, expresará la forma de realización de la conducta, **los**

elementos subjetivos específicos en su caso requeridos, así como las demás circunstancias que la ley prevea.

Por tanto, si la ley señala que el órgano ministerial no está obligado a demostrar plenamente, los elementos subjetivos específicos, es inconcuso, que en el auto de plazo constitucional el juzgador debe tener por acreditado de manera probable y no plena dicho elemento subjetivo, pues éste no es objetivo ni normativo.

Sirve de apoyo a lo anterior, en lo conducente, la tesis I.7o.P.83 P, emitida por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, visible en la página 2355 del Tomo XXIV, Agosto de 2006, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que a la letra dice:

“USO DE DOCUMENTO FALSO. SE DEBE ACREDITAR DE MANERA PROBABLE EL ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO “A SABIENDAS” EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN. El artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que cuando en la averiguación previa se acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, el Ministerio Público ejercerá acción penal ante los tribunales y, además, sin necesidad de hacerlo plenamente, expresará la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos en su caso requeridos, así como las demás circunstancias que la ley prevea; por tanto, si la ley obliga a la representación social a demostrar, aunque no sea en forma plena, los elementos subjetivos específicos, es inconcuso que el Juez de la causa al emitir el auto de formal prisión por el delito de uso de documento falso, previsto y sancionado en los artículos 243 y 246, fracción VII, del Código Penal Federal, debe acreditar por lo menos de manera probable, el diverso elemento “a sabiendas”, ya que éste no constituye un elemento típico de los que conforman el cuerpo del delito, el cual se debe probar plenamente y se integra únicamente por los elementos objetivos, materiales o externos y, en su caso, los normativos, conforme al artículo 168 del citado ordenamiento procesal.”.

Precisado lo anterior, cabe recordar que el elemento en comento es de carácter subjetivo, pues se refiere al ámbito interno del activo del delito, al recaer sobre la intención volitiva perseguida por éste.

Si bien de conformidad con lo establecido en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos **objetivos** o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito; y también se integra con elementos de carácter **normativo**, cuando la descripción típica lo requiera; no menos cierto es, que de acuerdo con el artículo 134, párrafo primero, del ordenamiento instrumental de la materia y fuero, el Ministerio Público, al ejercer la acción penal, expresará, entre otros aspectos, sin necesidad de acreditarlos plenamente, los **elementos subjetivos específicos** (distintos del dolo) que también conformen la figura típica.

En consecuencia, aunque de una interpretación aislada del artículo 168 del Ordenamiento Adjetivo, podría concluirse que tales elementos subjetivos quedan excluidos de análisis en la fase procesal de preinstrucción, en atención al contenido del precitado numeral 134, resulta inconcuso que para mayor seguridad jurídica del gobernado, sea necesario analizar el elemento subjetivo del delito a estudio.

Al respecto resulta aplicable la tesis I.6o.P.20 P, sustentada por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, publicada en la página 1117 del Tomo XIII, Mayo de 2001, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, del tenor literal siguiente:

“CUERPO DEL DELITO. FORMAN PARTE DE ÉL LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS DISTINTOS AL DOLO. *De la interpretación armónica y sistemática de los preceptos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 15, fracción II, del Código Penal Federal, se desprende que los elementos subjetivos específicos distintos al dolo forman parte del cuerpo del delito, en primer término, por encontrarse contenidos en la descripción típica (cuando así se observe de la misma),*

al igual que los elementos objetivos y normativos; en segundo lugar, en virtud de que los aspectos que integran la probable responsabilidad versan exclusivamente sobre la participación dolosa o culposa del indiciado en el injusto, la existencia de las causas de licitud y las excluyentes de culpabilidad. En este orden de ideas, al dictarse el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según sea el caso, esas ultraintenciones -como se les conoce en la dogmática penal-, deben analizarse por los tribunales como elementos del cuerpo del delito; sin embargo, al dictarse el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, los elementos subjetivos específicos distintos al dolo no requieren acreditarse a plenitud, toda vez que las excluyentes del delito que se actualicen por falta de dichos elementos, deben analizarse por el juzgador con posterioridad al dictado de tales determinaciones.”.

Con la precisión de que el elemento subjetivo específico de la descripción típica, atinente a la finalidad perseguida por el activo al recibir el producto del delito, por lo general es refractaria a la prueba directa, a menos que conste la confesión del inculpado, puesto que las intenciones o propósitos, son de carácter interno.

Se arriba a la anterior conclusión, pues si se considera que el indicio es un hecho conocido, del cual se deduce otro desconocido, luego entonces debe existir una conexión entre aquél y éste, pero no debe ser arbitraria o subjetiva, sino que debe basarse en las reglas de la lógica y la experiencia, en principios técnicos, científicos o naturales; razón por la cual un indicio es suficiente para inducir o deducir de manera razonable la existencia de un hecho desconocido¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Sirve de apoyo a lo anterior, la tesis XXII.2o.10 P, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, visible en la página 1815, consultable en el Tomo XIX, Mayo de 2004 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, cuyo texto es: **“PRUEBA CIRCUNSTANCIAL O INDICIARIA EN MATERIA PENAL. SÓLO DEBE HACERSE USO DE ELLA CUANDO EXISTAN HECHOS ACREDITADOS QUE SIRVAN PARA PRESUMIR LA EXISTENCIA DE OTROS Y NO PARA SUPLIR LA INSUFICIENCIA DE PRUEBAS QUE PUEDAN RESULTAR CARENTES DE VERACIDAD EN PERJUICIO DEL REO.** Según lo ha definido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las jurisprudencias 268, visible en la página 150 del Tomo II, Materia Penal, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995 y 1a./J. 23/97, derivada de la contradicción de tesis 48/96, consultable en la página 223 del Tomo V, junio de 1997, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyos rubros, por su orden, son: “PRUEBA CIRCUNSTANCIAL, VALORACIÓN DE LA.” y “PRUEBA INDICIARIA, CÓMO OPERA LA, EN MATERIA PENAL.”, esta prueba es muy específica en cuanto a su modo de operar, lo que significa que debe hacerse un uso moderado de ella aplicándola, en principio, únicamente en los casos en que los hechos a acreditar no sean de aquellos fácilmente demostrables con pruebas directas, que sean idóneas según el delito de que se trate, y ocuparse por excepción sólo cuando existan hechos acreditados que sirvan no para probar, sino para presumir la existencia de otros, o sea, para su integración con rango de prueba plena y suficiente para dictar una sentencia condenatoria, debe partirse de un minucioso análisis de los elementos aportados a la causa, conforme a las reglas que derivan de las jurisprudencias citadas, sin que le sea dable al juzgador suplir la insuficiencia de pruebas a través de su aplicación, infiriendo hechos y circunstancias que a la postre pueden resultar carentes de veracidad en perjuicio del reo.”.

Igualmente sirve de apoyo, la jurisprudencia IV.2o. J/29, del Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, visible en la página 77 del Tomo 72, Diciembre de 1993, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, con el rubro: **“PRUEBA CIRCUNSTANCIAL, IMPORTANCIA DE LA.** La moderna legislación en materia penal ha

Precisado lo anterior, ahora corresponde analizar el segundo párrafo de la fracción I, del artículo 400, del Código Penal Federal, pues prevé la forma de comisión del encubrimiento mediante el dolo, previo a ello, resulta pertinente precisar que el dolo directo se presenta cuando el sujeto activo, mediante su conducta, quiere provocar directamente o prevé como seguro, el resultado típico de un delito, entonces, la comprobación del dolo requiere necesariamente la acreditación de que el sujeto activo tiene conocimiento de los elementos objetivos y normativos del tipo penal y quiere la realización del hecho descrito por la ley, empero, éste al ser un elemento subjetivo que atañe a la psique del individuo, la prueba idónea para acreditarlo es la confesión del agente del delito; sin embargo, ante su ausencia, puede comprobarse con la prueba circunstancial o indiciaria, la cual consiste en que de un hecho conocido, se induce otro desconocido, mediante un argumento probatorio obtenido de aquél, en virtud de una operación lógica crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.

En efecto, para la valoración de dicha prueba, el juzgador goza de libertad para emplear los medios de probatorios no contrarios a la ley, a fin de demostrar los elementos del delito (entre ellos el dolo), por ese motivo se puede apreciar el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena; esto es, los indicios (elementos esenciales constituidos por hechos y circunstancias ciertas) se utilizan como la base del razonamiento lógico del resolutor para considerar como ciertos, hechos diversos de los primeros, pero relacionados con ellos desde la óptica causal o lógica.

relegado a segundo término la declaración confesora del acusado, a la que concede un valor indiciario que cobra relevancia sólo cuando está corroborado con otras pruebas, y, por el contrario, se ha elevado al rango de "reina de las pruebas", la circunstancial, por ser más técnica y porque ha reducido los errores judiciales. En efecto, dicha prueba está basada sobre la inferencia o el razonamiento, y tiene, como punto de partida, hechos o circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido; esto es, ya un dato por completar, ya una incógnita por determinar, ya una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto inculcado."

Consecuentemente, al ser el dolo un elemento que no puede demostrarse de manera directa, excepto que se cuente con una confesión del sujeto activo del delito, para acreditarlo, es necesario hacer uso de la prueba circunstancial que se apoya en el valor incriminatorio de los indicios y cuyo punto de partida son hechos y circunstancias ya probados¹⁶⁹.

b) España.

Cabe recordar que el Código Penal Español, de forma muy parecida a como lo hace el Derecho Alemán¹⁷⁰, distingue tres formas de autoría: Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

¹⁶⁹ Es aplicable al caso la jurisprudencia 1156, de la otrora Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 539, del Tomo II, Materia Penal, Sección Precedentes Relevantes, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, con el sumario siguiente: **“DOLO ELEMENTO ÉTICO DEL.** *Es bien sabido que para que exista el delito debe existir culpabilidad, ello es un proceso anímico reprochable causal del resultado. El delito de dolo requiere no solamente la voluntariedad de la acción, sino además la conciencia de la antijuridicidad de la misma, antijuridicidad captada por el sujeto no en sentido técnico, sino en forma llana, pues basta que el activo tenga conciencia de que la acción representada y querida es reprochable, para que se afirme el elemento ético del dolo.*”

De igual manera, resulta aplicable en lo conducente, la tesis 1ª.CVI/2005, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 206 del Tomo XXIII, Marzo de 2006, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que señala: **“DOLO DIRECTO. SUS ELEMENTOS.** *El dolo directo se presenta cuando la intención del sujeto activo es perseguir directamente el resultado típico y abarca todas las consecuencias que, aunque no las busque, el sujeto prevé que se producirán con seguridad. El dolo directo se compone de dos elementos: el intelectual y el volitivo. El primero parte de que el conocimiento es el presupuesto de la voluntad, toda vez que no puede querer lo que no se conoce, por lo que para establecer que el sujeto activo quería o aceptaba la realización de un hecho previsto como delito, es necesaria la constancia de la existencia de un conocimiento previo; esto es, el sujeto activo debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como típica, de manera que ese conocimiento gira en torno a los elementos objetivos y normativos del tipo, no así respecto de los subjetivos. Por otro lado, el elemento volitivo supone que la existencia del dolo requiere no sólo el conocimiento de los elementos objetivos y normativos del tipo, sino también querer realizarlos. Es por ello que la dirección del sujeto activo hacia la consecución de un resultado típico, sirve para determinar la existencia del dolo. Así pues, se integran en el dolo directo el conocimiento de la situación y la voluntad de realizarla.*”

Así como la tesis 1a. CVII/2005, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 205 del Tomo XXIII, Marzo de 2006, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que a la letra dice: **“DOLO DIRECTO. SU ACREDITACIÓN MEDIANTE LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL.** *El dolo directo se presenta cuando el sujeto activo, mediante su conducta, quiere provocar directamente o prevé como seguro, el resultado típico de un delito. Así, la comprobación del dolo requiere necesariamente la acreditación de que el sujeto activo tiene conocimiento de los elementos objetivos y normativos del tipo penal y quiere la realización del hecho descrito por la ley. Por ello, al ser el dolo un elemento subjetivo que atañe a la psique del individuo, la prueba idónea para acreditarlo es la confesión del agente del delito. Empero, ante su ausencia, puede comprobarse con la prueba circunstancial o de indicios, la cual consiste en que de un hecho conocido, se induce otro desconocido, mediante un argumento probatorio obtenido de aquél, en virtud de una operación lógica crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos. En efecto, para la valoración de las pruebas, el juzgador goza de libertad para emplear todos los medios de investigación no reprobados por la ley, a fin de demostrar los elementos del delito-entre ellos el dolo-, por lo que puede apreciar en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena. Esto es, los indicios-elementos esenciales constituidos por hechos y circunstancias ciertas- se utilizan como la base del razonamiento lógico del juzgador para considerar como ciertos, hechos diversos de los primeros, pero relacionados con ellos desde la óptica causal o lógica. Ahora bien, un requisito primordial de dicha prueba es la certeza de la circunstancia indiciaria, que se traduce en que una vez demostrada ésta, es necesario referirla, según las normas de la lógica, a una premisa mayor en la que se contenga en abstracto la conclusión de la que se busca certeza. Consecuentemente, al ser el dolo un elemento que no puede demostrarse de manera directa- excepto que se cuente con una confesión del sujeto activo del delito- para acreditarlo, es necesario hacer uso de la prueba circunstancial que se apoya en el valor incriminatorio de los indicios y cuyo punto de partida son hechos y circunstancias ya probados.*”

¹⁷⁰ Véase el parágrafo 25 del Código Penal Alemán (StGB). Así como LÓPEZ DÍAZ, Claudia. **Código Penal Alemán.** Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia 1999.

Así, son autores aquellos que realizan el hecho por sí mismos, conjuntamente o por medio de otro al que utilizan como instrumento. De esta forma, la autoría inmediata, la coautoría y la autoría mediata se describen en términos muy semejantes a los utilizados en el Derecho Alemán. En el apartado siguiente se establece que hay además otros dos intervinientes que pueden ser tratados como autores: el inductor y aquel que realiza una aportación necesaria para la ejecución (con ello se alude al cómplice principal del temprano Derecho Español).

Aparentemente esto último va más allá que el Derecho Alemán, pero en realidad coincide bastante si se tiene en cuenta que según el Derecho alemán también al inductor se castiga «como a un autor»¹⁷¹, y que aquel que realiza una aportación necesaria, según la opinión generalizada en la doctrina alemana, se considera titular del llamado dominio funcional del hecho y se castiga como coautor.

En el presente trabajo, no se va a interpretar el Derecho Español, sino que se tratará el desarrollo de la jurisprudencia y doctrina en el ámbito de la autoría y participación en Alemania, lo cual se encuentra muy ligado al delito a estudio (encubrimiento). Pero la similitud entre ambos Códigos Penales permite que podamos de forma adecuada tratar al derecho en común.

En el Capítulo XIV, Título XIII, “De la receptación y otras figuras afines”, del Código Penal Español, se regula lo relativo a las figuras relativas que tienen una trascendencia evidente en la delincuencia de carácter patrimonial.

En ese orden, la conducta que se sanciona es de quien se aproveche para sí de los efectos de un delito patrimonial en el que no ha tomado parte. La opinión mayoritaria concibe a esta conducta como un *delito de referencia* que continúa la actividad delictiva principal. Sin embargo, cabe decir que la finalidad de sancionar

¹⁷¹ Parágrafo 26 StGB.

esta conducta obedece al interés general de no favorecer la delincuencia patrimonial, en la medida en que posibilitar que el autor vea satisfecho lucro pretendido por el delito cometido es un factor decisivo en este tipo penal.

Su implementación se ubica sistemáticamente en el ámbito de los delitos socioeconómicos como una forma de proteger el tráfico lícito de los bienes, en el que no pueda tener cabida los delitos precedentes, relativos a la comisión de los diverso ilícitos patrimoniales.

El delito básico de receptación, se encuentra previsto en el artículo 298.1 del Código Penal Español. Esta figura delictiva puede realizarse en dos formas, a saber: a) ayudando a los responsables a aprovecharse de los efectos del delito anterior (favorecimiento del aprovechamiento ajeno), o recibéndolo, adquiriendo u ocultando los objetos (aprovechamiento propio).

El elemento común a ambas modalidades es el ánimo de lucro, que actualmente se exige, ya que anteriormente la jurisprudencia española, lo consideraba como un elemento consustancial al delito, incluso en la modalidad de favorecimiento del aprovechamiento ajeno, el propósito del autor debe ser obtener alguna ventaja patrimonial para sí, de manara en que la diferencia entre ambas modalidades, se observa en el propósito principal que el sujeto persigue.

La presencia del ánimo de lucro es lo que marca la diferencia con el encubrimiento, configurado como delito autónomo contra la Administración de Justicia.

Las conductas que configuran la modalidad de *aprovechamiento propio*, son la de adquisición, recepción u ocultamiento, del objeto. En cuanto al sujeto activo del delito, puede serlo quien no haya intervenido ni como autor, ni como participe, en el delito contra el patrimonio o contra el orden económico del que provienen los efectos.

La referencia que se hace respecto del «autor» debe entenderse en el sentido amplio que prevé el artículo 28 del Código Sustantivo Español, el cual comprende a los «coautores, autores mediatos, inductores y cooperadores necesarios».

Ahora, cabe resaltar el hecho de que cuando los objetos provienen de un hecho realizado por un menor de edad, para fundamentar la responsabilidad del receptor es suficiente con que el hecho del que provienen los bienes sea un comportamiento típico y antijurídico¹⁷². Lo que supone abrir la línea de aplicación del «*principio de accesoriedad mínima*», en el cual, los partícipes responden por su participación, aunque el autor principal resulte inculpable o exento de pena por alguna determinada razón.

Ahora, cabe precisar que en torno a este tema el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia 48/2008¹⁷³, recogió el principio de presunción de inocencia, la cual a continuación se transcribe.

TEXTO DE LA RESOLUCIÓN: extracto:

Promovido por Louis Vuitton Malletier, S. A., respecto a las resoluciones de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa que, en grado de apelación de una causa por delito contra la propiedad industrial, denegaron la celebración de vista y la práctica de prueba. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con garantías y a la prueba: desestimación de recurso contra sentencia absolutoria en virtud de los límites legales a la práctica de prueba en grado de apelación; alcance de la audiencia al acusado en apelación penal (SSTC 167/2002 y 285/2005).

¹⁷² Al efecto véase COBO DEL ROSAL, Manuel (coordinador). **Derecho Penal Español**. Parte Especial, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2004, páginas 602 y ss.

¹⁷³ Véase la sentencia 48/2008. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 11/3/2008. Publicación: Boletín Oficial Español 20080415. Sala: Pleno. Ponente: doña María Emilia Casas Baamonde. Número registro: 2784-2004. Recurso tipo: Recurso de amparo abogado.

Preámbulo:

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente SENTENCIA.

En el recurso de amparo avocado núm. 2784-2004, promovido por la sociedad Louis Vuitton Malletier, S. A., representada por el Procurador de los Tribunales don Santos de Gandarillas Carmona y asistida por la Abogada doña Rosa M. Tierno Echave, contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 29 de marzo de 2004, confirmatoria en apelación de la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de San Sebastián 302/2003, de 29 de julio, absolutoria de delito contra la propiedad industrial, y contra el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 22 de enero de 2004, confirmatorio en súplica de la providencia del mismo órgano judicial de 3 de diciembre de 2003, de denegación de vista y de práctica de prueba. Ha comparecido don Luis María Maiso Lizaso, representado por el Procurador de los Tribunales don José Luis Martín Jaureguibeitia. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer del Pleno.

Antecedentes:

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 30 de abril de 2004 el Procurador de los Tribunales don Santos de Gandarillas Carmona interpone

recurso de amparo en nombre de la sociedad Louis Vuitton Malletier, S.A., contra la Sentencia mencionada en el encabezamiento.

2. Los hechos relevantes para el examen de la pretensión de amparo son, sucintamente relatados, los siguientes:

a) La Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de San Sebastián 223/2002, de 17 de junio, absolvió a los acusados del delito contra la propiedad industrial que les atribuía la sociedad recurrente.

b) La Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 9 de abril de 2003 anuló en apelación la Sentencia de instancia por dos razones. La primera radicaba en que había invalidado injustificadamente una prueba (testifical de la Abogada de la sociedad acusadora). La segunda razón consistía en la contradicción existente entre la afirmación del relato de hechos probados de que los acusados habían vendido productos falsificados de la marca Louis Vuitton, "conocedores de que los artículos no eran los originales de la marca y reproducían marcas falsificadas y no estaban autorizados por el titular para el uso de su marca ni la puesta en el comercio de productos distinguidos con la misma", y la afirmación del fundamento de Derecho tercero relativa a que es "perfectamente atendible la alegación de Francisco Javier Maiso de haber obrado en la creencia de que eran objetos auténticos".

c) La nueva Sentencia del Juzgado de lo Penal, 302/2003, de 29 de julio, absuelve a los acusados. Tras reiterar que el primer acusado "venía dedicándose... a la venta al público de artículos falsos de la marca Louis Vuitton" que él mismo había obtenido en Bangkok (Tailandia), modifica el relato de hechos probados en el sentido de que "los acusados desconocían que los artículos no eran los originales de la marca Louis Vuitton y que reproducían marcas falsificadas y no estaban autorizados por el titular para el uso de su marca ni la puesta en el comercio de productos distinguidos con la misma". La absolución se sustenta, en

esencia, en que los productos "carecían de aptitud para inducir a error a los consumidores sobre el origen del producto"; en que "no existen indicios en la causa que permitan concluir, respecto de los acusados, el conocimiento de la existencia del requisito de la inscripción registral de las marcas afectadas, su valor y función"; y en que es "perfectamente atendible la alegación de Francisco Javier Maiso de haber obrado en la creencia de que eran objetos auténticos".

d) En su recurso de apelación la sociedad hoy recurrente solicitó "de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, al basarse el recurso en error en la apreciación de las pruebas relacionado con las declaraciones de acusados y testigos", que estas pruebas se volvieran a practicar. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa rechazó esta petición mediante providencia, "al no encontrarse dentro de los supuestos establecidos en el art. 795.3 LECrim" (actualmente art. 790.3, conforme a la redacción dada por Ley 38/2002, de 24 de octubre). Y la vuelve a rechazar en el Auto que resuelve el recurso de súplica, de 22 de enero de 2004: "La doctrina constitucional... viene a establecer que el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado otorga plenas facultades al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen por la partes, sean de hecho o de derecho, pero en todo caso, respetando la legalidad y las garantías constitucionales establecidas en el art. 24 CE. Es por ello que no cabe la reiteración de las pruebas solicitadas por la parte recurrente al no concurrir ninguno de los supuestos señalados en el anterior art. 795.3 ni en el vigente 790.2 LECrim, requisito de ineludible cumplimiento para poder solicitar la práctica de prueba en esta alzada".

e) La Audiencia confirma la nueva Sentencia absolutoria, aclarando que, si no hay práctica de prueba, "el Tribunal ad quem no puede revisar la apreciación probatoria practicada en la instancia cuando, por la naturaleza de las pruebas en cuestión, sea necesario para su valoración el concurso de los principios de inmediación, oralidad y contradicción... A no ser... que el proceso valorativo de la prueba no se haya motivado y razonado adecuadamente en la sentencia apelada

(SSTC 17/12/85, 23/6/86, 13/5/87, 2/7/90 entre otras), o que el mismo responda a un razonamiento absurdo, ilógico, irracional o arbitrario que haga necesaria, empleando criterios objetivos y no interpretaciones discutibles y subjetivas, una modificación de los hechos declarados probados en la sentencia (STC 1/3/93)". En el presente caso "no es apreciable... incongruencia alguna entre la prueba practicada en la instancia y el concreto pronunciamiento absolutorio"; además, "la valoración probatoria llevada a cabo en la resolución impugnada resulta racional en sus planteamientos y lógica en su desarrollo".

3. La demanda de amparo solicita que se anulen las resoluciones recurridas -las dos relativas a la denegación de vista oral y de prueba, y la que confirma en apelación la absolución de los acusados- y que se retrotraigan las actuaciones al momento previo a la primera de ellas para que se practiquen las pruebas solicitadas. Fundamenta esta petición en la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para al defensa (art. 24.2 CE).

Describe la demanda que las resoluciones impugnadas consideran que sólo puede practicarse prueba en apelación si tal prueba encaja en alguno de los supuestos del art. 790.3 LECrim. Esta interpretación, no sólo limitaría la posibilidad de recurrir por error en la apreciación de la prueba a los casos en los que se refiera a prueba documental, cercenando el derecho al recurso, sino que se opondría a la doctrina de la STC 167/2002, que permitiría solicitar la práctica de nuevo de pruebas personales para que se pueda proceder a su valoración conforme a las garantías de inmediación y contradicción. Esta práctica puede ampararse en una interpretación acorde a la Constitución del art. 790.2 LECrim, que permite el recurso ex error en la valoración de la prueba.

Continúa alegando la demanda que de otro modo no se entendería que la valoración de las pruebas personales fuera inamovible y no la de las pruebas

documentales; que pudiera practicarse una prueba testifical en apelación porque no lo fue en instancia, pero no la contradictoria que sí lo fue; que no pudiera volver a valorarse la prueba personal que determinó una condena. Argumenta, en fin, que el sentido de la STC 167/2002 es el de que el órgano de apelación tiene jurisdicción plena y que ello le faculta para que, incluso al margen de los supuestos del art. 790.3 LECrim, ordene la práctica de las pruebas solicitadas de cara a una nueva valoración de las mismas.

4. Mediante providencia de 12 de julio de 2006, conforme a lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, la Sección Primera de este Tribunal concede un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y al recurrente para que aleguen lo que estimen pertinente en relación con la posible concurrencia del motivo de inadmisión previsto en el art. 50.1 c) LOTC (carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda).

5. El Ministerio Fiscal concluye su escrito de alegaciones, de 13 de septiembre de 2006, interesando la admisión a trámite de la demanda.

Considera que "la cuestión cardinal que plantea el presente recurso de amparo es la referida al correcto entendimiento de la doctrina sentada... en la STC 167/2002, y en particular, al concreto aspecto referido a la posibilidad y subsiguiente existencia o inexistencia de obligación para los órganos judiciales de apelación -desde la perspectiva constitucional-, de la práctica en la segunda instancia de las pruebas de carácter personal llevadas a cabo en la primera, dados los categóricos términos en los que se halla redactado el artículo 790.3 LECrim". Recuerda al respecto que la STC 167/2002 establece que en el ejercicio de las facultades que la ley atribuye al Tribunal ad quem en el recurso de apelación "deben respetarse las garantías constitucionales del art. 24.2 CE, traducándose todo ello en la exigencia de publicidad, inmediación y contradicción para proceder a una nueva valoración de la prueba en segunda instancia", y que la STC 59/2005 ha añadido que "ello no implica en todo caso la necesidad de nueva práctica de

pruebas o la celebración de vista pública en la segunda instancia, sino que ello dependerá de las circunstancias del caso y de la naturaleza de las cuestiones a juzgar". Por su parte, la STC 285/2005 habría dado un paso más, al afirmar, respecto a la prueba personal "consistente en el examen del acusado", que "[a]parentemente entre el precepto legal y la doctrina de la Sentencia 167/2002, ambos transcritos, parece existir una contradicción, pero ésta se salva fácilmente mediante una interpretación más favorable al derecho de acceso al recurso del art. 795.3 LECrim, y acomodada a las exigencias constitucionales. En primer lugar, como ha indicado el Ministerio Fiscal, cuando la Sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, establece la exigencia de oír nuevamente al acusado absuelto en segunda instancia, para poder dictar Sentencia revocatoria, no lo concibe como un medio de prueba más, sino como una garantía del acusado, que tiene derecho a volver a ser oído -ya sea para convencer al Tribunal de su inocencia, o para poder controvertir los argumentos de la acusación-; por ello es fácil concebir que pueda pedir el recurrente tal comparecencia personal para cumplir dicha garantía, al margen del resto de las pruebas, sin colisionar con el art. 795.3 LECrim, de modo que la Sala, citara al acusado y si éste, no compareciera sólo a él fuera imputable dicha falta de audiencia". Concluye así la Fiscal, a partir de la jurisprudencia que cita, que, de un lado, "con relación a la prueba de examen del acusado, el órgano de apelación tiene en todo caso la obligación de ordenar su práctica cuando lo solicite el recurrente en apelación (acusador particular o acusador público); y de otro, que con respecto a las demás pruebas personales (testifical o pericial), las circunstancias del caso y la naturaleza de las cuestiones a juzgar, constituirán la medida que sirva de patrón en el análisis de la obligatoriedad o no -desde la perspectiva constitucional- de su nueva reproducción en la segunda instancia".

En la aplicación de esta doctrina al presente caso considera la Fiscal que el derecho de acceso al recurso obligaba a la Audiencia Provincial a "admitir la íntegra reproducción de las pruebas", dado "el alcance y reiteración" de lo que estima que son "innumerables demostraciones de incongruencia, falta de lógica y ausencia de bases sólidas argumentales que en la valoración de las pruebas

exhibe la Juzgadora", y que la Fiscal expone con detalle en la parte final de su escrito.

6. Mediante providencia de 8 de noviembre de 2006 la Sección Primera de este Tribunal acuerda admitir a trámite la demanda de amparo, y, conforme a lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requiere de los órganos judiciales correspondientes testimonio de las actuaciones del procedimiento que origina el presente recurso. Asimismo interesa de los mismos el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en dicho procedimiento a los efectos de posibilitar su comparecencia en este proceso de amparo.

7. Mediante diligencia de ordenación de su Secretaría de Justicia de 15 de marzo de 2007 la Sección Primera de este Tribunal tiene por personado en el procedimiento al Procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia en nombre de don Luis María Maiso Lizaso. Asimismo acuerda dar vista a las partes de las actuaciones del presente recurso de amparo, con concesión de un plazo de veinte días para la presentación de las alegaciones previstas en el art. 52.1 LOTC.

8. Mediante escrito de 18 de abril de 2007 la representación de don Luis María Maiso Lizaso solicita la denegación del amparo impetrado. Para sostener esta petición hace constar, en primer lugar, la transacción judicial a la que llegaron la sociedad recurrente y su representado ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, por la que se acordaba la renuncia a la acción de la actora y la puesta a su disposición para su destrucción de los bolsos depositados ante el Juzgado de lo Penal. "Si lo que encubría el procedimiento penal era una reclamación civil ... su objetivo quedó cumplido, por lo que el recurso actualmente planteado no tendría ya ninguna virtualidad operativa" y "resulta ininteligible que la parte recurrente no haya desistido de su recurso de amparo".

Lo que la demanda pide "de una u otra forma al Tribunal es bien la derogación del art. 790.3 LECrim o bien la declaración de su inconstitucionalidad,

cuando resulta evidente que ello no puede ser objeto del presente recurso de amparo". Además, ni el Tribunal "ha modificado de forma alguna la interpretación que haya de hacerse" de dicho artículo, ni el mismo "admite, por seguridad jurídica, ninguna otra interpretación que aquélla que se deriva de sus propias palabras".

Lo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establece a partir de la STC 167/2002 "no es que cuando se alegue el error en la práctica de la prueba haya de iniciarse un nuevo juicio, sino que... no se puede modificar la sentencia de la instancia sin que se practique nueva prueba ante el Tribunal de apelación". Así, "no se infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ni a un proceso con todas las garantías utilizando los medios necesarios pertinentes para la defensa cuando el Tribunal de apelación se declara vinculado por la valoración de la prueba practicada en la instancia, conforme al art. 393.3 LECrim; y que no le asiste ningún derecho a la recurrente en apelación que obligue al tribunal a la repetición de la prueba ya practicada y para proceder a una nueva valoración".

9. En su escrito de 20 de abril de 2007 el Ministerio Fiscal interesa que se otorgue el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de acceso al recurso (art. 24.1 CE), y que para su restablecimiento se anulen las tres resoluciones recurridas, con retroacción de actuaciones al momento anterior al dictado de la primera. Para sustentar este interés se remite a lo alegado en su escrito de 13 de septiembre de 2006 (resumido en el antecedente núm. 5).

10. El Pleno del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 k) LOTC, a propuesta de la Sala Primera, acordó recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo por providencia de 20 de septiembre de 2007.

11. Mediante providencia de 11 de marzo de 2008, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día de la fecha.

Fundamentos:

II. Fundamentos jurídicos

1. La sociedad recurrente ejercitaba la acusación particular en un procedimiento penal por un posible delito contra la propiedad industrial consistente en la importación y comercialización de productos que reproducían una marca internacional registrada sin el consentimiento del titular del correspondiente derecho. Tras una primera Sentencia absolutoria anulada en apelación interpuso un nuevo recurso contra la segunda Sentencia absolutoria de instancia, solicitando que la apelación se sustanciara con una nueva práctica de las declaraciones de los acusados y de dos de los testigos, ya que consideraba que las mismas habían sido erróneamente valoradas y que este error había determinado el fallo a través de la afirmación de que los acusados "desconocían que los artículos no eran los originales de la marca ... y no estaban autorizados por el titular para el uso de la misma". El Tribunal de apelación deniega la práctica de estas pruebas y confirma el fallo absolutorio. Lo primero, porque así lo prescribe el art. 795.3 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim, actualmente art. 790.3, conforme a la redacción dada por Ley 38/2002, de 24 de octubre); lo segundo, porque "la valoración probatoria llevada a cabo en la resolución impugnada resulta racional en sus planteamientos y lógica en su desarrollo".

La demanda de amparo considera que la denegación de la prueba solicitada en apelación contraría la doctrina jurisprudencial que ha elaborado este Tribunal a partir de su STC 167/2002, de 18 de septiembre, en torno a las garantías procesales mínimas de la apelación penal, vulnerando por ello los derechos de la sociedad demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la prueba (art. 24.2 CE). Con

apoyo asimismo en la STC 167/2002, y además en la STC 285/2005, de 7 de noviembre, el Ministerio Fiscal interesa también el otorgamiento del amparo, por una parte, porque, "con relación a la prueba de examen del acusado, el órgano de apelación tiene en todo caso la obligación de ordenar su práctica cuando lo solicite el recurrente en apelación (acusador particular o acusador público)"; por otra parte, porque, si "con respecto a las demás pruebas personales (testifical o pericial), las circunstancias del caso y la naturaleza de las cuestiones a juzgar constituyen la medida que sirve de patrón en el análisis de la obligatoriedad o no - desde la perspectiva constitucional- de su nueva reproducción en la segunda instancia", en el presente caso la valoración probatoria del Juzgado de lo Penal era patentemente defectuosa y exigía una nueva valoración por parte de la Audiencia Provincial.

La cuestión que se plantea en este recurso de amparo es así la de si resultaba constitucionalmente obligado que se atendiera a la petición de la acusación particular de que se reiterara la práctica de determinadas pruebas personales en apelación a los efectos de que la Audiencia Provincial pudiera evaluar si se había producido un error en la valoración de la prueba en la Sentencia absolutoria recurrida. En la respuesta afirmativa coinciden la pretensión de la sociedad demandante y la Fiscalía, quienes convergen también en fundamentar sus posiciones en la doctrina establecida por la Sentencia del Pleno de este Tribunal STC 167/2002, perfilada después en muchas otras, pero divergen en el derecho fundamental que consideran vulnerado: mientras que el Fiscal sitúa la infracción del art. 24 CE en el derecho de acceso al recurso como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, la sociedad recurrente se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva sin mayor precisión, y a los derechos a la prueba y a un proceso con todas las garantías.

2. Hemos de comenzar el análisis de la cuestión planteada recordando dos extremos consolidados de nuestra doctrina jurisprudencial. El primero se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): forma parte de la

misma el derecho de acceso al recurso previsto en el Ordenamiento jurídico y en los términos que prevean las normas del mismo. El control por esta jurisdicción constitucional de amparo del respeto a esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva es diferente y más intenso, coincidente con el derecho de acceso a la jurisdicción, cuando de lo que se trata es del derecho de acceso al recurso de la persona que ha sido penalmente condenada. Por "[razones materiales evidentes, derivadas de la entidad de lo que se ventila en tal tipo de remedios procesales" (STC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2), nuestro control no se limita a analizar si la denegación de acceso al recurso es arbitraria, fruto de un error patente o consecuencia de una interpretación manifiestamente irrazonable de las normas que regulaban tal acceso, sino, más allá, si por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revela una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión del recurso preservan y los intereses que sacrifican (por todas, SSTC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2; 11/2003, de 27 de enero, FJ 3; 43/2007, de 26 de febrero, FJ 2). La segunda línea tradicional de nuestra jurisprudencia que anunciábamos se refiere ahora al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE): la revisión de la Sentencia penal condenatoria constituye una garantía constitucional del condenado, si bien la Constitución, interpretada conforme a los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por España (art. 10.2 CE), no impone que tal revisión comporte una nueva valoración de la pruebas, ni con ello la reiteración de la práctica de las mismas ante el órgano judicial revisor cuando así lo demanden las garantías de inmediación y contradicción.

En efecto, "así como el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales se incorpora al meritado derecho fundamental en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo a las Sentencias penales condenatorias (por todas, SSTC 37/1995, FJ 5; 211/1996, FJ 2; 62/1997, FJ 2; 162/1998, FJ 3;

218/1998, FJ 2 y 23/1999, FJ 2)" (STC 121/1999, de 28 de junio, FJ 3). A su vez dos son "las ideas esenciales" que vertebran la configuración constitucional de la garantía del recurso de quien ha sido condenado penalmente (STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 6). La primera se refiere a su propia existencia como garantía constitucional, pues si bien el derecho a tal recurso "no tiene un reconocimiento constitucional expreso, queda integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el art. 24.2 CE, toda vez que dicha exigencia, establecida en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante PIDCP), ha quedado incorporada a las garantías constitucionales que disciplinan el proceso penal a través de la previsión del art. 10.2 CE sobre que las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con dicho texto (por todas, entre las primeras, STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; y, entre las más recientes, SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 2, y 105/2003, de 2 de junio, FJ 2)". La segunda directriz constitucional relativa al recurso penal se refiere, siguiendo también lo afirmado en la Sentencia de Pleno STC 123/2005, a que "del propio tenor literal del art. 14.5 PIDCP, al establecer que "[toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley", se desprende que no establece propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un Tribunal superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la Ley, por lo que ésta, en cada país, fijará sus modalidades (SSTC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 7)" (STC 123/2005, FJ 6). Así, para la condena por determinados delitos, esta sumisión la procura en nuestro Ordenamiento el recurso de casación (SSTC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5; 123/2005, FJ 6) "siguiendo un modelo estricto de revisión de la legalidad de la condena y la pena contenida en la sentencia impugnada y no de repetición íntegra del juicio" (STC 123/2005, FJ 7): "este Tribunal ya ha admitido y reiterado la aptitud de la casación penal para cumplir las exigencias del derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias, señalando que "existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el

derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado. Esta interpretación es perfectamente posible a la vista del tenor literal del Pacto y conforme a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los arts. 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (STEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c. Francia, que declara conforme al art. 2 del Protocolo 7 el modelo de casación francés, en el que se revisa sólo la aplicación del Derecho)" (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, y 105/2003, de 2 de junio, FJ 2, entre otras)" (STC 123/2005, FJ 7).

No es, desde luego, "misión de este Tribunal proponer una regulación constitucionalmente óptima de los recursos en el procedimiento penal, ni valorar la vigente en términos de mayor o menor adecuación a los valores constitucionales" (STC 296/2005, de 21 de noviembre, FJ 3), pero sí constatar ahora, frente a lo implícitamente argüido por la sociedad demandante, que, por una parte, disfrutó del recurso previsto en el ordenamiento procesal penal y a su vez en los términos en él previstos, por lo que no sufrió denegación de tutela alguna (art. 24.1 CE). Por otra parte, tanto por su contenido como por su condición de parte acusadora, el tipo de recurso facilitado a la misma cumplía las exigencias constitucionales derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE): por una parte, porque la misma ejercitaba la acusación y no era, por tanto, titular de la

garantía penal del recurso; por otra parte, y en cualquier caso, aunque de un penalmente condenado se hubiera tratado, porque el impulsado era un recurso legalmente previsto que cumplía suficientemente la función revisora que impone el art. 24.2 CE en la interpretación que informa el art. 14.5 PIDCP. Si tal cosa la afirmamos, como se ha reseñado, del recurso de casación, que, en tanto es extraordinario, constituye un mecanismo de sumisión a un Tribunal superior más limitado desde la perspectiva de las funciones que se atribuyen a éste en relación con la determinación de los hechos enjuiciados, con mayor razón debe afirmarse del recurso que prevé hoy el art. 790 LECrim (art. 795 en el momento en el que se dictó la Sentencia recurrida), que permite la impugnación de la Sentencia por "quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de la pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico" (art. 790.2 LECrim), y la petición de "la práctica de las diligencias de prueba que [el recurrente] no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas... y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables" (art. 790.3 LECrim).

Corolario de lo argumentado es que la sociedad demandante no tenía derecho constitucional a la garantía del recurso penal frente a resoluciones condenatorias como parte de su derecho a un proceso con todas las garantías, sino, más limitadamente, derecho al recurso legalmente establecido como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva. Disfrutó de tal recurso, sin que sobre señalar que el mismo hubiera colmado el derecho correspondiente del penalmente condenado.

3. Tampoco puede afirmarse que se haya producido la vulneración del derecho a la prueba (art. 24.2 CE). No, por supuesto, por una cuestión de falta de titularidad del derecho, sino porque el contenido del derecho ha quedado incólume tras la actuación judicial denunciada.

En efecto, procede puntualizar en primer lugar que el ius ut procedatur que asiste a la víctima de un delito no se agota en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, "sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso" (por todas, SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1). Así, "el principio de contradicción en el proceso penal, que hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios (SSTC 162/1997, de 3 de octubre, FJ 4; 56/1999, de 12 de abril, FJ 4; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 3), constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso público con todas las garantías, para cuya observancia se requiere el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo... Del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia (SSTC 66/1989, de 17 de abril, FJ 12; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5)" (STC 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3).

El derecho a la prueba tiene como primer requisito la legalidad de la petición probatoria, en el doble sentido de que "el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento (por todas SSTC 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; y 96/2000, de 10 de abril, FJ 2)" (STC 1/2004, de 14 de enero, FJ 2) y de que "la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de

11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo; 26/2000, FJ 2)" (STC 165/2001, de 16 de julio, FJ 2). Cuando la petición se ajusta a las previsiones legales constituye una cuestión que corresponde dilucidar a los órganos judiciales y no a este Tribunal, como si de una nueva instancia se tratase, que reserva su control derivado del amparo del derecho fundamental a los supuestos en los que aquéllos órganos no se pronuncien sobre la admisión de la prueba, o no lo hagan motivadamente, o lo hagan con una motivación arbitraria o irrazonable (por todas, SSTC 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; 1/2004, de 14 de enero, FJ 2).

Patente es que ninguna de tales tachas constitucionales se ha producido en el presente caso. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa rechazó expresamente la práctica de las pruebas que se proponían, primero mediante providencia, y después, en respuesta al recurso de súplica, mediante Auto. Tales resoluciones motivan la denegación en que la prueba solicitada, que ya había sido practicada en la instancia, no formaba parte de aquéllas para cuya petición queda facultado el recurrente por la Ley de enjuiciamiento criminal, que en su art. 795.3 -y en la actualidad, con casi la misma redacción, en el art. 790.3- se refería a que "podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables, exponiendo las razones por las que la falta de aquellas diligencias de prueba ha producido indefensión".

Es necesario subrayar al respecto cuáles son los límites que para nuestro enjuiciamiento demarca el contenido del derecho fundamental a la prueba. No forma parte de nuestra competencia la de interpretación de las normas procesales que rigen la prueba ni, en concreto, en lo que ahora importa, qué pruebas deben practicarse en la apelación penal a partir de la dicción de los apartados 2 y 3 del art. 790 LECrim. Nuestra tarea de amparo del derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa se restringe en este punto a

velar por que la petición de prueba haya sido objeto de respuesta, de respuesta motivada y de respuesta con una motivación que no sea ni arbitraria ni irrazonable, lo que podrá suponer la validez constitucional de interpretaciones divergentes en torno a las pruebas habilitadas por el Ordenamiento en fase de apelación. No ostentaba tal validez, conforme al fallo de la STC 285/2005, de 7 de noviembre -invocada por el Ministerio Fiscal para apoyar su interés en el otorgamiento del amparo-, la denegación de prueba por ella analizada. De naturaleza bien diferente a la denegación de prueba suscitada en este proceso, aquélla se produjo respecto a pruebas no practicadas en la primera instancia y tras su admisión inicial en apelación ante la incomparecencia de los testigos citados en dicha fase y bajo la interpretación "rigorista" (FJ 3) de que el Ordenamiento no permitía, no las pruebas nuevamente propuestas en apelación, sino la reiteración de la comparecencia del acusado, necesaria para la práctica garantista de éstas.

4. Aduce también la sociedad demandante que la vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías proviene, no del hecho de la falta de la garantía del recurso penal, sino del hecho de que el mismo se sustanciara sin la garantía de la práctica de las pruebas cuya valoración se cuestionaba. En el entender de la demandante y del Ministerio Fiscal la jurisprudencia establecida por este Tribunal a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, comportaría que esta práctica constituye una garantía constitucional cuando el recurrente cuestione ante el Tribunal de apelación los hechos afirmados por la Sentencia de instancia.

Ni la STC 167/2002 ni las numerosas Sentencias posteriores que han aplicado y perfilado su doctrina en torno a la garantías procesales de intermediación y contradicción han cuestionado por restrictivo el sistema que nuestro Ordenamiento jurídico establece como sistema de apelación penal, según la propia denominación legal. No es el objeto de nuestra doctrina el análisis constitucional de los supuestos en los que se puede apelar, o las razones por las que puede hacerse, o los casos en los que la revisión debe conformar la práctica y

la valoración de la prueba. Su objeto es, sencilla pero trascendentalmente, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el de afirmar que, para justificar una condena, no cabe valorar una prueba de cargo sin inmediación, y tampoco sin contradicción y publicidad (SSTEDH de 8 de febrero de 2000, asunto Stefanelli contra San Marino, 20, en el que el Tribunal observa que el procedimiento oral no se desarrolla ante el Magistrado llamado a resolver; de 18 de mayo de 2004, asunto Destrehem contra Francia, 43, en el que se afirma que el Tribunal de apelación apreció declaraciones de testigos sin interrogarlos), puesto que éstas constituyen garantías esenciales de la "corrección de la valoración" (SSTC 112/2005, de 9 de mayo, FJ 2; 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3; ATC 467/2006, de 20 de diciembre, FJ 3). Es precisamente en este sentido en el que el problema constitucional de la garantía de inmediación se ha planteado en nuestra doctrina jurisdiccional como un "límite" para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir el recurso de apelación (SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 192/2004, de 2 de noviembre, FJ 2) derivado "del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, en particular del principio de inmediación que rige el proceso penal" (STC 192/2004, FJ 2). Así, la STC 167/2002, perfilando tal límite, concluye que "en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción" (FJ 1).

La ratio de la decisión que adoptamos en nuestra STC 167/2002 de que "ha resultado vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías" es, por tanto, que la Audiencia Provincial había procedido "a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción" (FJ 11). A la misma conclusión y por la misma razón se llega en numerosas Sentencias posteriores: "la revocación en segunda instancia de una sentencia penal absolutoria y su sustitución por otra

condenatoria, tras realizar una nueva valoración y ponderación de los testimonios de acusados y testigos en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la condena, requiere que esta nueva valoración de estos medios de prueba se efectúe con un examen directo y personal de los acusados y testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 200/2002, de 28 de octubre, FJ 6; 212/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; 41/2003, de 27 de febrero, FJ 5; 68/2003, de 9 de abril, FJ 3; 118/2003, de 16 de junio, FJ 4; 189/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 209/2003, de 1 de diciembre, FJ 3; 4/2004, de 16 de enero, FJ 5; 10/2004, de 9 de febrero, FJ 7; 12/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 28/2004, de 4 de marzo, FJ 6; 40/2004, de 22 de marzo, FJ 5; y 50/2004, de 30 de marzo, FJ 2, entre otras)" (STC 31/2005, de 14 de febrero, FJ 2). Así, "la Constitución veda ex art. 24.2 que un Juez o Tribunal de lo penal sustente una condena sobre su propia apreciación de lo sucedido a partir de su valoración de testimonios a los que no ha asistido; esto es: sin intermediación en pruebas cuya valoración requiere la garantía de intermediación" (STC 112/2005, de 9 de mayo, FJ 9); así, "forma parte del derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que la valoración de las pruebas que consistan en un testimonio personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practiquen -sólo por el órgano judicial que asiste al testimonio- y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad. Esta exigencia de intermediación de la práctica de este tipo de pruebas respecto al órgano judicial que las valora perdería su finalidad de garantía de la defensa efectiva de las partes y de la corrección de la valoración si una instancia superior pudiera proceder a una nueva consideración de los testimonios vertidos en el juicio a partir de la fundamentación de la Sentencia recurrida o de la sola constancia documental que facilita el acta del mismo" (SSTC 105/2005, de 9 de mayo, FJ 1; 111/2005, de 9 de mayo, FJ 1; 112/2005, FJ 2; 185/2005, de 4 de julio, FJ 2).

5. La doctrina que parte de la STC 167/2002 no comporta que deban practicarse necesariamente nuevas pruebas en apelación cuando los recurrentes cuestionen los hechos declarados como probados, cuestión que sólo al legislador corresponde decidir en su competencia de configuración de los recursos penales, sino únicamente que al órgano judicial le está vedada la valoración de las pruebas personales que no se hayan practicado ante él: que "en el ejercicio de las facultades que el art. 795 LECrim otorga al Tribunal ad quem deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el art. 24.2 CE" (FJ 11). Esta mención al ámbito de la apelación diseñado por el art. 795 LECrim (hoy 790 LECrim) constituye un presupuesto constante de la doctrina de la exigencia de inmediación en la valoración de las pruebas (SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 3; 40/2004, de 22 de marzo, FJ 5; 78/2005, de 4 de abril, FJ 2; 307/2005, de 12 de diciembre, FJ 5). No sobra señalar al respecto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras partir de que el art. 6 del Convenio europeo de derechos humanos no compele a los Estados a establecer tribunales de apelación o de casación (STEDH de 26 de julio de 2002, asunto Metfah y otros contra Francia, 41), señala que el modo de aplicación del mismo a la apelación depende de las singularidades del procedimiento en cuestión y que en todo caso ha de tomarse en cuenta en su conjunto el proceso tramitado según el Ordenamiento jurídico interno y la tarea que en él desarrolla el Tribunal de apelación (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, asunto Ekbatani contra Suecia; de 29 de octubre de 1991, asunto Jan-Ake Andersson contra Suecia, 22 y 27; de 29 de octubre de 1991, asunto Fejde contra Suecia, 26; de 27 de junio de 2000, asunto Constantinescu contra Rumanía, 53; de 6 de julio de 2004, asunto Dondarini contra San Marino, 27), singularmente si le corresponde declarar los hechos probados (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, asunto Ekbatani contra Suecia, 31; de 18 de octubre de 2006, asunto Hermi contra Italia, 61). De este modo, cuando se ha celebrado ya audiencia pública en la primera instancia, la falta de debates públicos en apelación puede justificarse por las peculiaridades del procedimiento en cuestión, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación interno, el alcance de los poderes de la jurisdicción de apelación, la

manera en que los intereses del demandante han sido realmente satisfechos y protegidos ante ella, y sobre todo la naturaleza de las cuestiones que tenía que resolver (STEDH de 27 de junio de 2000, asunto Constantinescu contra Rumanía, 53; también STEDH de 8 de febrero de 2000, asunto Cooke contra Austria, 35).

Así, en el asunto Arnarsson contra Islandia (STEDH de 15 de julio de 2003) se parte de que el hecho de que el Tribunal Supremo islandés estuviera facultado para revocar una sentencia absolutoria sin citar al demandante y a los testigos y sin interrogarles en persona no infringe por sí mismo el derecho a que la causa sea oída equitativamente por el Tribunal ex art. 6 del Convenio (32).

En la STC 167/2002, en suma, este Tribunal no ha venido a cuestionar por constitucionalmente insuficiente el ámbito de la apelación penal en nuestro Ordenamiento jurídico, sino sólo a exigir que en su desarrollo se observen las garantías constitucionales y, en concreto, las de inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas de cargo cuando tal valoración se haya de producir conforme a las previsiones legales. De este modo infringe el art. 24.2 CE el órgano judicial que modifique el factum de sentido absolutorio por otro de sentido condenatorio (ATC 467/2006, de 20 de diciembre, FJ 3) valorando pruebas sin la garantía de inmediación, sea porque el órgano judicial entienda que la ley le impide la práctica de la prueba, sea porque no aprecie como oportuna o necesaria tal práctica.

6. Hemos señalado también, obviamente, que la de inmediación no es la única garantía constitucional del proceso que debe respetarse en fase de apelación. Deben respetarse todas las garantías del proceso, pues sin ellas no se dan los presupuestos mínimos para la defensa y para la corrección de las constataciones y valoraciones judiciales. En relación con "una nueva y distinta valoración de las declaraciones de testigos y acusados" por parte de los órganos de apelación" con base en la cual se revoca una Sentencia absolutoria y se dicta

la Sentencia condenatoria", la STC 94/2004, de 24 de mayo, mencionaba "las condiciones de oralidad, intermediación, contradicción y publicidad" (FJ 2).

La preservación de tales garantías podrá comportar desde la perspectiva de las garantías constitucionales que, cuando proceda legalmente la práctica de prueba de cargo en apelación para que el órgano de apelación proceda con intermediación y contradicción a la valoración de la misma, deban practicarse otro tipo de pruebas imprescindibles para confrontar las primeras y, singularmente, la declaración del acusado, pues "cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible" (STC 167/2002, FJ 10). La práctica de tales pruebas, que podría no estar expresamente prevista en la ley, se anudará así constitucionalmente a otras que sí lo están, y será posible si el órgano judicial así lo entiende desde una interpretación no irrazonable de la ley. Lo que en ningún caso será constitucionalmente lícito es la práctica y valoración de pruebas sin las garantías constitucionales mínimas, cosa que sucederá, como ya se ha señalado, si el órgano valora una prueba personal a la que no ha asistido o que, por la ausencia de otra que se solicitaba en contraposición a la misma, no posibilitaba su adecuada contradicción.

Hemos, pues, de concluir que tampoco se ha producido la vulneración denunciada del derecho a un proceso con todas las garantías por falta de la garantía de la práctica de las pruebas solicitadas en apelación: por una parte, porque el Tribunal entendió razonablemente que tal práctica no estaba permitida por la ley; por otra, porque la misma, y singularmente la declaración de los acusados, no se erigía en este caso, en el que no se procedió a práctica probatoria alguna, como exigencia constitucional derivada de la necesidad de contradicción.

Fallo:

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española, Ha decidido:

Denegar el amparo solicitado por la sociedad Louis Vuitton Malletier, S. A.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a once de marzo de dos mil ocho.-María Emilia Casas Baamonde. Guillermo Jiménez Sánchez.-Vicente Conde Martín de Hijas.-Javier Delgado Barrio. Elisa Pérez Vera.-Eugeni Gay Montalvo.-Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.-Ramón Rodríguez Arribas.-Pascual Sala Sánchez.-Manuel Aragón Reyes.-Pablo Pérez Tremps. -Firmado y rubricado.

c) Alemania.

El Código Penal Alemán de 1871 estaba, a la altura del tiempo, todos los cambios posteriores se basan, pues, en los fundamentos sentados por el mismo. Pero desde el punto de vista político-criminal la obra legislativa quedó anticuada y atrasada, a más tardar desde el Programa de Marburgo de **Franz Von Liszt**, es decir, ya a los pocos años de la instauración del Reich, faltaba toda consideración a investigaciones empíricas y la “moderna” escuela de **Franz Von Liszt**, de orientación sociológico-preventivo-especial, tenía cada vez más influencia, sobre todo por la labor de la “Unión Internacional de Derecho Penal”. La imposición de la escuela “moderna” se impidió sin duda por el hecho de que a ella se oponía la escuela “clásica”, jurídico-positiva, aferrada a la teoría de la retribución, bajo la dirección de **Karl Binding** y **Karl V. Birkmeyer** pero el convencimiento de que el viejo Código Penal necesitaba una revisión no podía ser desoído ya en el cambio de siglo por la opinión pública y por la ciencia. La disputa entre la escuela moderna y la clásica, decisiva para el desarrollo posterior de la reforma, pasa a

formar parte de la historia de la ciencia jurídico-penal como “lucha de escuelas”; aunque esta lucha se debilitó tras el cambio de siglo y sobre todo después de la I Guerra Mundial.

En la época nacionalsocialista se continuaron inmediatamente los trabajos de reforma, pero ya no en el mismo sentido que hasta entonces de un compromiso entre las exigencias de las escuelas clásica y moderna; el grupo territorial alemán ya no se constituyó en el “Tercer Reich”. En aquel momento se aspiraba más bien a una renovación del Derecho penal en el espíritu del Estado autoritario. Bajo la dirección del Ministro de Justicia **Gürtner** se formó una Comisión oficial de Derecho penal. A ella pertenecieron también importantes catedráticos de Derecho penal como **Kohlrausch**, **Mezger** y **Nagler**; sobre todo a su influencia moderadora, marcada por los esfuerzos de la época de **Weimar**, se debe que el “Proyecto de Código Penal Alemán” de 1936, presentado al Gobierno del Reich y no publicado, no obtuviera la aprobación de los entonces gobernantes. Bien es cierto que en 1939 se preparó una versión final, lista para firmar, pero no llegó a firmarse. Y con el comienzo de la Segunda Guerra Mundial se suspendieron también los ulteriores trabajos en la reforma.

La mayoría de los cambios del Derecho Penal que tuvieron lugar en la época nacionalsocialista sirvieron sobre todo a la destrucción planificada del Estado de Derecho y a su transformación en una dictadura totalitaria que se pretendía asegurar jurídicamente. Su descripción en detalle no es precisa en un simple esbozo de la reforma del Derecho Penal que pretende destacar los impulsos que han tenido repercusión ulterior. Como ejemplo característico basta mencionar la anulación del principio fundamental en el Estado de Derecho “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” (ningún delito, ninguna pena sin ley). Conforme a ello ya no se podía castigar un hecho solamente cuando había sido declarado punible previamente por la ley, sino también cuando el hecho “*merece pena según la idea fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento popular*”. Con

ello se abrían las puertas de par en par a la manipulación ideológica del Derecho penal.

Actualmente el Código Penal Alemán, en el párrafo 259, establece:

“§259. Receptación.

(1) Quien compre, o de otra manera obtenga para sí o para un tercero, comercialice, o ayude a comercializar una cosa, que otro se haya robado o que de otra manera haya obtenido por medio de un hecho antijurídico dirigido contra el patrimonio ajeno de un tercero, con el fin de enriquecerse o enriquecer a un tercero, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa.

(2) Los artículos 247 y 248 a valen respectivamente.

(3) La tentativa es punible.”

Como se observa, el tipo penal de receptación¹⁷⁴, en el Derecho Alemán, se maneja racionalmente en la práctica como un delito doloso, pues no se prevé la comisión de éste mediante culpa (imprudencia), es decir, en el presente caso, la cuestión dudosa y poco tratada, es la de distinguir un tipo objetivo y uno subjetivo en el delito imprudente.

Me explicaré, si bien se cree advertir en el delito imprudente una faceta externa y una interna; sin embargo, se pronuncia en contra de dicha opinión y se formula una división *en tipo objetivo y en tipo subjetivo*, ello es así porque la voluntad de realización del sujeto imprudente no se dirigiría al resultado jurídico-penalmente relevante. Por ello se reduce unilateralmente el concepto de tipo subjetivo al dolo. Lo adecuado es reconocer en la imprudencia consciente un tipo subjetivo, que consiste en la representación de todas las circunstancias del hecho como un peligro no permitido y en la confianza en la ausencia de realización del

¹⁷⁴ Cabe señalar que el tipo penal en estudio, prevé una sanción corporal o multa, respecto de este tópico (multa), el párrafo 40 del código en comento, establece que la multa se impondrá en importes diarios, dicha sanción asciende como mínimo a cinco importes diarios completos y como máximo a trescientos sesenta importes diarios completos, si la ley no determina otra cosa. Además, la cuantía de un importe diario la determina el tribunal al tener en cuenta las circunstancias personales y económicas del autor. En relación con esto, se parte de la regla de los ingresos netos que el autor tiene en promedio en un día o podría tener. Un importe diario se fija como mínimo en dos marcos alemanes y máximo en diez mil marcos alemanes. Los ingresos del autor, su patrimonio y otros elementos pueden estimarse para la fijación del importe diario. Además, en la sentencia que al efecto se pronuncie se indicará el número y la cuantía de los importes diarios. Al respecto confróntese, LÓPEZ DÍAZ, Claudia. **Código Penal Alemán**. Editorial Universidad Externado de Colombia, Colombia 1999.

tipo. Pues esto es lo que se corresponde con el dolo en el *dolus eventualis* (dolo eventual) y explica tanto la estrecha contigüidad como la diferencia de ambas formas de tipo subjetivo.

En cambio, en la imprudencia inconsciente falta el tipo subjetivo, porque precisamente el sujeto no ha incluido en su representación los elementos y presupuestos del tipo objetivo. Un sector de la doctrina¹⁷⁵, expresa diversa opinión, es decir, el tipo subjetivo del delito imprudente consiste en que el que actúa conoce una porción típicamente relevante de las condiciones del resultado producido de la cual surge según la valoración del ordenamiento jurídico un peligro intolerable ('riesgo no permitido'). Quien por ejemplo, atraviesa en rojo el cruce con el coche o adelanta en una curva sin visibilidad realiza conscientemente circunstancias con relevancia en cuanto al riesgo y actúa precisamente por ello de manera imprudente. De este modo, para **Struensee** la "*finalidad jurídicamente desaprobada*" constituye también el injusto del delito imprudente. Por tanto el injusto doloso y el imprudente muestran una estructura homogénea.

Según esta concepción, la voluntad de realización final del autor imprudente no ha de referirse más que a tipos no escritos de riesgo. En la imprudencia —también en la inconsciente— hay un tipo subjetivo, cuyo objeto, no son las circunstancias del hecho, sino los factores de riesgo.

A lo anterior se oponen dos argumentos: En primer lugar, según esta concepción la falta de imprudencia habría de deberse siempre al desconocimiento de factores de riesgo, o sea, ser un caso de error. Sin embargo, no es así. Quien actúa dentro de los límites del riesgo permitido resulta exento de responsabilidad penal no por ningún desconocimiento, sino únicamente porque no ha creado ningún peligro jurídicamente desaprobado, y; en segundo lugar, la imprudencia se

¹⁷⁵ Véase STRUENSEE, Eberhard. "*Exposición y abandono de personas*", Traducción Marcelo Sancinetti, en **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Libro Homenaje a Hans Welzel, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1998; así como del mismo autor: "*Los delitos de tenencia*", Traducción Fernando Córdova, en **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Libro Homenaje a Hans Welzel, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1998.

debe comúnmente, pero en ningún modo necesariamente, al conocimiento de factores fundamentadores de riesgo. Cuando un conductor presta tan poca atención que ni siquiera se da cuenta del semáforo en rojo o de la curva, se le ha de imputar como imprudentemente producido el daño ocasionado, pese a que precisamente no ha realizado conscientemente las circunstancias con relevancia en cuanto al riesgo. Lo propio rige para los casos de simple olvido.

Aunque, con ello no se niega que lo que el sujeto ha sabido sea relevante para fundamentar la imprudencia, de manera que, la imputación objetiva se refiere en parte a factores psíquicos internos. Pero no se puede hacer de ahí un tipo subjetivo, porque estas circunstancias no son especificables en abstracto y porque el conocimiento de un elemento fundamentador de riesgo puede ser reemplazado siempre por el conocimiento de otro factor de peligro o incluso por el mero hecho de deberlo conocer.

III. Código Penal para el Distrito Federal (artículo 244 del Código Penal para el Distrito Federal).

A. Cuestiones preliminares.

El cuatro de junio de dos mil cuatro, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, un decretó que reformó al artículo 244 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual establecía:

“Artículo 244. *Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tomó las precauciones indispensables para cerciorarse de su procedencia o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, se le impondrán las penas previstas en el artículo anterior, en la proporción correspondiente al delito culposo.*

Actualmente, dicho numeral establece:

“Artículo 244. *Si el que recibió en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto el instrumento, objeto o producto de un delito, después de su ejecución, sin haber participado en él y no adoptó las precauciones indispensables para cerciorarse de su procedencia o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, se le impondrán las penas previstas en el artículo anterior, en la proporción correspondiente al delito culposo.”.*

Se observa que a la actual redacción del texto del dispositivo en comento, únicamente se agregó *el instrumento, objeto o producto de un delito, después de su ejecución, sin haber participado en él y no adoptó*; empero, dicha circunstancia en nada beneficia al gobernado, en función de que, a juicio del sustentante, viola en perjuicio la garantía de seguridad jurídica y la diversa de exacta aplicación de la ley en materia penal prevista en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual obliga al legislador a describir con precisión y exactitud los elementos que dan contenido a los tipos penales, a fin de evitar el uso de conceptos ambiguos que generen un estado de incertidumbre jurídica y una actuación arbitraria del intérprete de la norma.

En efecto, el artículo 14 de la Constitución Federal, establece la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal al establecer:

“... En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata. (...).”

Esta garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal deriva de los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, que son aceptados y recogidos en nuestra Carta Magna, al igual que en la mayoría de los países, con el objeto de dar seguridad jurídica a los gobernados y evitar arbitrariedades gubernamentales.

De conformidad con tal principio, no puede considerarse como delito un hecho que no esté señalado por la ley como tal y, por tanto, tampoco es susceptible de acarrear la imposición de una pena. Así también, para todo hecho catalogado como delito, la ley debe prever expresamente la pena que le corresponda, en caso de su consumación. Así, con el propósito de que se respete esta garantía constitucional, se proscribe la imposición de penas por analogía y por mayoría de razón y, asimismo, impone la obligación de tipificar de manera previa las conductas o hechos que se reputen como ilícitos y sus correspondientes penas.

Es conveniente precisar que este principio de exacta aplicación de la ley no sólo obliga al legislador a establecer que un hecho es delictuoso, sino también a que describa con claridad y precisión el hecho o la conducta que se considera delictiva; esta descripción no es otra cosa que el tipo, el cual debe estar claramente formulado. Lo anterior es así, porque la máxima *nullum crimen sine lege* comprende necesariamente a las figuras típicas, ya que no puede ser respetado si previamente no existe una delimitación del contenido, esencia, alcance y límites de los tipos penales.

Así, este principio básico del Derecho Penal exige, entre otros, que la materia de la prohibición contenida en los tipos penales sea precisa y no contenga ambigüedades, de tal suerte que se advierta cuál es la conducta sancionable para que el particular no quede sujeto a la discrecionalidad del juzgador al aplicar la ley.

En los tipos penales se delimitan las conductas punibles; por ello, el legislador debe integrarlos con elementos externos, subjetivos y normativos claros y precisos que, de realizarse, permitan la actualización del tipo. Así, las conductas punibles deben estar previa y especialmente establecidas en un tipo penal, pues éste es un instrumento legal necesario, cuya función es la exacta descripción de conductas humanas penalmente sancionables, para salvaguardar la seguridad jurídica de los gobernados.

Sirve de apoyo a lo anterior el criterio sostenido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 580 del Tomo II, Materia Penal, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Sección Precedentes Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1917-2000, que dice:

“EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA. *La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República.”.*

El gobernado debe tener pleno conocimiento de qué conductas -acciones u omisiones- actualizan un tipo, con su consecuente pena. De ahí que se considere de suma importancia que el legislador establezca con exactitud las conductas que son punibles ya que, en caso contrario, se crearía la incertidumbre en cuanto a la tipicidad de una conducta realizada por un gobernado, no sólo en el gobernado sino en las propias autoridades encargadas de aplicar la norma penal.

Por esta razón, al describir los tipos, el legislador debe evitar el uso de conceptos indeterminados e imprecisos que generen un estado de incertidumbre jurídica en el gobernado y una actuación arbitraria del intérprete de la norma, a efecto de no atentar contra el principio de legalidad y exacta aplicación de la ley en materia penal, previsto en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución General de la República.

De no describirse exactamente la conducta reprochable en el tipo penal, se corre un doble riesgo: que se sancione a los gobernados por conductas que, no estando integradas en el tipo de manera expresa, el órgano jurisdiccional sí las ubique en el mismo; o que estando integradas en el tipo penal, por su ambigüedad, el órgano jurisdiccional no las ubique en el mismo. Es por ello que, al describir las conductas punibles, el legislador debe hacerlo, si bien de manera abstracta, lo suficientemente delimitada como para englobar en ella todos los comportamientos de características esencialmente comunes que atenten contra un bien jurídico relevante para la sociedad. Sin que lo anterior signifique que el creador de la norma tenga que describir con sus más mínimos detalles las conductas que deben ser sancionadas penalmente, pues ello supondría una exasperación del principio de legalidad que desembocaría en un casuismo innecesario.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Al respecto, resulta aplicable el criterio emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 357 del Tomo I, Materia Constitucional, Sección Precedentes Relevantes del Alto Tribunal, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-2000 (actualización 2002), que dice: "**LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO PUEDE DERIVAR DE LA FALTA DE DEFINICIÓN DE LOS VOCABLOS O LOCUCIONES AHÍ UTILIZADOS, EN QUE EL LEGISLADOR PUEDA INCURRIR.** Es cierto que la claridad de las leyes constituye uno de los imperativos apremiantes y necesarios para evitar o disminuir su vaguedad, ambigüedad, confusión y contradicción; sin embargo, de un análisis integral de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se llega a la conclusión de que ninguno de los artículos que la componen establece, como requisito para el legislador ordinario, el que en cada uno de

Sirve de apoyo a lo anterior, el criterio emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 1476 del Tomo II, Materia Penal, Sección Precedentes Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 197-2000, que dice:

“TIPICIDAD Y AUSENCIA DEL TIPO. Dentro de la teoría del delito, una cuestión es la ausencia de tipicidad o atipicidad (aspecto negativo del delito) y otra diversa la falta de tipo (inexistencia del presupuesto general del delito), pues la primera supone una conducta que no llega a ser típica por la falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a calidades en los sujetos, de referencias temporales o especiales, de elementos subjetivos, etc., mientras la segunda presupone la ausencia total de descripción del hecho en la ley.”

Sin embargo, en el ámbito del Derecho Penal, no resulta del todo aplicable el contenido de dicha jurisprudencia, más si se toma en cuenta que la garantía de seguridad jurídica exige que la ley sea lo suficientemente clara y precisa a fin de que la autoridad aplicadora no incurra en arbitrariedades.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que para garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, no basta con una tipificación indeterminada de un hecho ilícito; sino que es fundamental que la norma penal que tipifica un delito, sea lo suficientemente clara y precisa para permitir que los particulares determinen y definan su comportamiento, sin el temor o el riesgo de ser sorprendidos por la actualización de un tipo penal y la aplicación de sanciones que en modo alguno pudieron prever; lo que lleva a

los ordenamientos secundarios -considerando también a los de la materia penal- defina los vocablos o locuciones ahí utilizados. Lo anterior es así, porque las leyes no son diccionarios y la exigencia de un requisito así, tornaría imposible la función legislativa, pues la redacción de las leyes en general se traduciría en una labor interminable y nada práctica, teniendo como consecuencia que no se cumpliera, de manera oportuna, con la finalidad que se persigue con dicha función. De ahí, que resulte incorrecto y por tanto, inoperante, el argumento que afirme que una norma se aparta del texto de la Ley Fundamental, porque no defina los vocablos o locuciones ahí utilizados, pues la contravención a ésta se debe basar en aspectos objetivos que generalmente son los principios consagrados en ella, ya sea prohibiendo una determinada acción de la autoridad en contra de los particulares gobernados u ordenando la forma en que deben conducirse en su función de gobierno. Además, del análisis de lo dispuesto por los artículos 94, párrafo séptimo y 72, inciso f), de la Carta Magna, se advierte el reconocimiento, por parte de nuestro sistema jurídico, de la necesidad de que existan métodos de interpretación jurídica que, con motivo de las imprecisiones y oscuridades que puedan afectar a las disposiciones legales, establezcan su sentido y alcance, pero no condiciona su validez al hecho de que sean claras en los términos que emplean.”

concluir que lo que no está permitido es que la norma penal induzca o favorezca una interpretación o aplicación errónea.¹⁷⁷

En ese orden, resulta pertinente transcribir el artículo 244 del Código Penal para el Distrito Federal:

“Artículo 244. *Si el que recibió en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto el instrumento, objeto o producto de un delito, después de su ejecución, sin haber participado en él y no adoptó las precauciones indispensables para cerciorarse de su procedencia o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, se le impondrán las penas previstas en el artículo anterior, en la proporción correspondiente al delito culposo.”.*

Como puede advertirse de la transcripción anterior, se advierten los siguientes elementos estructurales del delito en cuestión:

1) Una conducta, tanto de acción como de omisión, consistente en:

a) **Acción:** la recepción en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto el instrumento, objeto o producto de un delito, después de su ejecución, en el que no haya participado el adquirente; y,

b) **Omisión:** Que el adquirente no haya adoptado las “precauciones indispensables” para cerciorarse de su procedencia o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella. La conducta consiste en la ausencia de acción por parte del sujeto activo de

¹⁷⁷ Muy ilustrativa resulta la jurisprudencia 10/2008, visible en la página 411 del tomo XXVII, Febrero de 2008, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que dice: **“NORMAS PENALES EN BLANCO. SON INCONSTITUCIONALES CUANDO REMITEN A OTRAS QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE LEYES EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL.** Los denominados “tipos penales en blanco” son supuestos hipotéticos en los que la conducta delictiva se precisa en términos abstractos y requiere de un complemento para integrarse plenamente. Ahora bien, ordinariamente la disposición complementaria está comprendida dentro de las normas contenidas en el mismo ordenamiento legal o en sus leyes conexas, pero que han sido dictadas por el Congreso de la Unión, con apoyo en las facultades expresamente conferidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En consecuencia, las “normas penales en blanco” no son inconstitucionales cuando remiten a otras que tienen el carácter de leyes en sentido formal y material, sino sólo cuando reenvían a otras normas que no tienen este carácter -como los reglamentos-, pues ello equivale a delegar a un poder distinto al legislativo la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal, cuando es facultad exclusiva e indelegable del Congreso de la Unión legislar en materia de delitos y faltas federales.”.

adoptar las “precauciones indispensables” para cerciorarse de la lícita procedencia de o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella. Por ello, al no impedir un resultado que tiene obligación jurídica de impedir, lo ocasiona.

2) El sujeto activo que puede ser cualquier persona, pues al señalar a "quien" no exige una calidad específica en el autor de la conducta.

3) El sujeto pasivo lo es la sociedad.

4) El bien jurídico tutelado es la administración de justicia y la seguridad pública.

5) Dentro de su conformación incluye elementos normativos de valoración jurídica, tales como: el término “delito” y el enunciado “*cerciorarse de su procedencia o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella*”. Los términos “lícito” y “delito” requieren, necesariamente, de una remisión a la normatividad vigente, para poder distinguir lo que actualiza un “delito”, así como lo “lícito” de lo “ilícito”.

6) El objeto material lo es el instrumento, objeto o producto de un delito.

7) El resultado material lo constituye el encubrir al recibir un bien de origen ilícito.

8) Respecto de los medios utilizados, el tipo penal no exige uno determinado.

9) Prevé una punibilidad prevista en el diverso numeral 243 del código sustantivo del Distrito Federal, en la proporción correspondiente al delito culposo.

Del análisis efectuado, se puede concluir que el tipo previsto en el artículo 244 del Código Penal para el Distrito Federal, es contrario al principio de exacta aplicación de la ley en materia penal contenido en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional. Ya que de su estudio, se advierte que éste prevé, como elemento del tipo, la omisión del sujeto activo consistente en no adoptar las “precauciones indispensables” para cerciorarse de la procedencia o asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella.

El enunciado: “no adoptar las precauciones indispensables” adolece de algunos vicios del lenguaje que hacen que el precepto sea impreciso y, por ende, violatorio del principio de legalidad y exacta aplicación de la ley en materia penal.

El destinatario de la norma tendría que hacerse preguntas tales como ¿A qué tipo de precauciones se refiere el legislador? ¿Cómo determinar si las precauciones tomadas fueron o no necesarias?.

En efecto, estas preguntas giran en torno a los aspectos cuantitativos y cualitativos del contenido de la norma: el número de precauciones que deben tomarse y la calidad de éstas. Mas, la necesidad de las precauciones podría quedar determinada tanto por el aspecto cualitativo (habría precauciones de mayor o menor peso), como por el cuantitativo (donde el número de las precauciones es determinante para cubrir el aspecto de necesidad).

Nada de esto, sin embargo, está descrito en el enunciado normativo. Dicho de otro modo, el texto de la norma no contiene ningún indicativo que permita al destinatario determinar cuándo y en qué condiciones pueden tomarse precauciones necesarias.

Los vicios que pueden encontrarse en el tipo son básicamente el de la ambigüedad terminológica y el de la vaguedad conceptual, ambos en la expresión *indispensables* que califica al sustantivo precauciones.

Como se sabe, una palabra es ambigua cuando tiene más de un significado. En el caso de la palabra “indispensable” al menos, tiene los siguientes significados: 1) Que no se puede dispensar (como que el agua se evapore a cierta temperatura); 2) Que es necesario o muy aconsejable que suceda (-condición lógica- si A, entonces B).

¿A qué se refiere la norma cuando señala que el sujeto activo cometerá el delito si no adopta las precauciones indispensables? Con un esfuerzo de sentido común, el sujeto puede eliminar algunos significados que son evidentemente inaplicables en el caso del enunciado que se analiza, por ejemplo, el de suceso inevitable o que sea muy aconsejable que suceda; sin embargo, el enunciado puede ser entendido como condicional lógica, es decir, en oposición a contingente, o bien, como imprescindible para no cometer el delito.

El otro vicio que se observa en la norma es el de la vaguedad conceptual, que consiste en la imprecisión en el significado de una palabra. Los conceptos tienen dos dimensiones: la denotación o extensión, que es el campo de aplicación del concepto, y la connotación o intención, que es el conjunto de características de un concepto. De este modo, la vaguedad puede ser intencional o extensional, según afecte al conjunto de propiedades que caracterizan a un concepto o a su campo de aplicación.

La expresión “precauciones indispensables” contiene un concepto vago, tanto extensional como intencionalmente. Intencionalmente, porque no están claramente determinadas todas las características de ese tipo de precauciones.

Por ejemplo, quien va a comprar un vehículo deberá tomar ciertas precauciones a fin de cerciorarse -según la norma- de que no provenga de la comisión de un delito, es decir, que no se trate de un vehículo robado, etc.; sin embargo, la norma no precisa cuáles son esas precauciones y, por ende, tampoco qué características deben tener. Extensionalmente, porque la norma no permite al destinatario saber con exactitud si alguna posible precaución es o no indispensable o necesaria.

Así las cosas, el destinatario de la norma podrá ubicar ciertas precauciones que se encuentren en el núcleo duro del significado de la expresión "precauciones indispensables"; por ejemplo, comprobar que el vehículo cuente con un número de motor o que tenga en regla los documentos relativos a la autoridad de tránsito. No obstante, habrá precauciones que se ubiquen en la llamada zona de penumbra del concepto porque no se puede determinar fácilmente si pertenecen a su campo de aplicación o no; por ejemplo, ¿Debe averiguar si los anteriores dueños del vehículo tienen antecedentes penales?. Esta precaución podría ser calificada como necesaria (indispensable) o como no necesaria, para lo cual habría que estar en el caso concreto.

Por lo demás, la norma no establece con claridad en contraste con qué criterios o normas se define lo "indispensable" para considerar que las precauciones que se tomaron para cerciorarse de la procedencia lícita de un vehículo fueron precisamente las "indispensables".

La consecuencia de estos vicios es el estado de indefensión en el que queda el gobernado ante la incertidumbre que genera la disposición respecto de qué conductas debe tomar para evitar la actualización del tipo en cuestión.

Por tal razón, en el contexto normativo en que se presenta la expresión "precauciones indispensables" queda sujeta a un juicio valorativo o a un ejercicio de interpretación que puede variar dependiendo del alcance que pueda darle cada

juzgador, en cada caso, lo que coloca al gobernado en un estado de inseguridad jurídica.

Es importante insistir que la obligación que tienen los juzgadores de aplicar estrictamente la ley específica a cada caso concreto deriva de la garantía de exacta aplicación de la ley penal, de manera que, para que exista una correcta aplicación de la ley, ésta deberá estar redactada en forma clara y precisa en cuanto describe las conductas que se señalen como delitos, a fin de evitar confusiones e incertidumbre en su aplicación que dificulten o imposibiliten la adecuada defensa del inculpado.

De manera que si la garantía en cuestión obliga al legislador a describir con precisión y exactitud los elementos que dan contenido a un tipo penal y, en el caso, no sucede con el tipo penal impugnado, el mismo resulta contrario al principio de exacta aplicación de la ley en materia penal contenido en el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional.

Esto es así, ya que dicha situación de indefinición jurídica, propicia que las autoridades encargadas de aplicar la norma incurran en arbitrariedades al calificar la forma de cercioramiento utilizada por el inculpado, ya que si a juicio de la autoridad no resultase idónea, simplemente sería desestimada argumentando que debió ser de otra manera, colocando así al particular en un estado de indefensión y de inseguridad jurídica, de ahí el que sustenta la presente, considera que tal disposición acusa un vicio de inconstitucionalidad, al no establecer, si no de manera casuística, al menos de forma genérica, cómo puede el particular cerciorarse de la lícita procedencia de una cosa.

Dicha circunstancia propicia inseguridad jurídica para el gobernado, pues un hecho jurídico similar, relacionado con la recepción (bajo cualquier concepto) de algún objeto, puede ser apreciado y valorado de diferente manera, tanto por el particular como por quien ejerce la acción penal e incluso por el propio juzgador,

debido a que no existen, en la norma, parámetros objetivos que permitan determinar cuáles podrían ser las maneras de cerciorarse de la lícita procedencia del bien adquirido.

Consecuentemente, al no prever la norma dichos parámetros objetivos, al particular gobernado no le es posible prever las consecuencias jurídicas de la conducta desplegada u omitida, de ahí que la analizada norma legal, en concepto del suscrito, resulte violatoria de garantías, en los términos y por las razones que han quedado explicadas.

Ahora, no pasa inadvertido el criterio jurisprudencial de la Primera Sala, según el cual no constituye un problema de constitucionalidad de leyes la falta de definición de los vocablos en ellas utilizados, con el argumento de que en ninguno de los preceptos de la Carta Magna se establece como requisito para el legislador ordinario, el que en cada uno de los ordenamientos secundarios -entre ellos los de la materia penal- defina los vocablos o locuciones.

Esto es así, porque el análisis realizado en el presente asunto no versó acerca de la falta de definición del término "precauciones necesarias", sino sobre si con esa expresión, utilizada por el legislador como elemento del tipo penal, se viola el principio de exacta aplicación de la ley en materia penal.

1. Concepto jurídico-penal de acción.

He establecido que la función de la teoría de la imputación se derivó de la teoría de la pena. La teoría en cita, establece a qué persona ha de castigarse para la estabilización de la norma. En otras palabras *“ha de castigarse al sujeto que se ha comportado de contrariedad a la norma y culpablemente (si es que la ley no renuncia a la pena, o que es posible por diversos motivos). La teoría de la*

*imputación los conceptos que se han empleado: comportamiento del sujeto, infracción de la norma y culpabilidad.”*¹⁷⁸

No existe impedimento lógico para llamar acción sólo el hecho enteramente imputable, pues un comportamiento antijurídico pero no culpable no es completamente una acción, sino una acción imperfecta. Al optar por esta solución, más bien, el concepto de acción cabe vincularlo a la total imputabilidad, sin consideración a la antijuridicidad; ya que imputables pueden ser no únicamente las “malas obras”, sino también “las buenas”, pues la imputación no es una categoría jurídica, sino también ético-social.

Hegel, introdujo un concepto de acción: *es acción la exteriorización de la voluntad en tanto que subjetiva o moral... solo la exteriorización de la voluntad moral es acción*. La ventaja de un concepto de acción configurado en los términos precisados reside en que ésta no se determina por sus aspectos externos (movimiento corporal o resultado), sino por su relación de sentido con la norma. Lo que en el plano de la ciencia del Derecho Penal *lo grave no es el suceso externo, sino la actitud del autor ante la norma*. En este sentido, en la acción del autor considerada como acción de un ser racional reside el hecho de que es algo general que mediante ella se establece una ley que él a reconocido en ella para sí, bajo la cual se le puede subsumir como bajo su derecho; este concepto de acción se adecua a una teoría de la pena en la que ésta no sirve a un estado externo, sino la existencia de las normas, pues con la pena se trata de anular el delito, con la finalidad de restablecer el derecho, es decir, restablecer la vigencia de la norma.

Quien actúa se convierte de manera individualmente evitable en la razón determinante de un resultado. Otra posición, sería la de corregir el concepto de acción al cortar el resultado y dar por satisfecho con algún tipo de tendencia hacia el resultado. El dilema anterior, se resuelve al investigar cuál es el sentido que

¹⁷⁸ JAKOBS, Günther. **Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación**. Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 156 y ss.

expresa quien actúa. Con ellos se quiere decir que se debe partir de la base de que el sentido que se expresa es la configuración de la realidad llevada a cabo a través de la acción; sin embargo, la constatación de esa configuración de la realidad y su imputación a la persona que ha actuado no se producen por la configuración en sí, sino que se imputa como ruptura del orden vigente, lo que puede reducirse en la siguiente expresión: “*no reconozco ninguna norma que me vincule y prohíba.*”. La expresión de sentido jurídico-penalmente relevante de una acción injusta no está en la manifestación del autor acerca de cómo se imagina la configuración de la realidad sino en la toma de postura frente a la validez de la norma que aquella conlleva de manera inseparable: *no reconoce ninguna norma que le pudiese impedir actuar, sea que no reconoce la norma en cuestión, sea que la reconoce, pero pretende vulnerarla.*”¹⁷⁹

2. Omisión.

Bien ha establecido **Jakobs** que “*todo ordenamiento regulador de la existencia de personas, esto es, todo orden social, contiene como mínimo el deber que se impone a toda persona de no dañar a otra persona*”¹⁸⁰; sin embargo, un ordenamiento social no tiene que limitarse a crear personas que no perturben al resto de éstas, sino que debe contener el deber de ayudar a otra persona, con la finalidad de construir una sociedad común, y de esta forma asumir una relación positiva.

Ahora, en el delito que nos ocupa, la omisión, es la relativa a: que el adquirente no haya adoptado las “*precauciones indispensables*” para cerciorarse de su procedencia o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía

¹⁷⁹ En ese sentido, JAKOBS, Günther. “*El concepto jurídico-penal de acción*”. «*Der strafrechtliche handlungsbegriff*» Traducción Manuel Cancio Meliá, en **Estudios de derecho penal**. Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, página 65, 66, 67 y siguientes. “...acción es objetivación de la falta de reconocimiento de la vigencia de la norma, esto es, la expresión de sentido de la norma en cuestión no es la máxima rectora. Expresión de sentido es un comportamiento que conduce o puede conducir a un resultado delictivo externo y evitable, si este comportamiento, de acuerdo a un juicio comunicativamente relevante, es o podría ser la razón determinante del delito externo.”.

¹⁸⁰ JAKOBS, Günther. “*La omisión: estado de la cuestión*”, Traducción Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en **Sobre el estado de la teoría del delito**. Editorial Civitas, Madrid, España, 2000, página 131 y siguientes.

derecho para disponer de ella. La conducta consiste en la ausencia de acción por parte del sujeto activo de adoptar las “precauciones indispensables” para cerciorarse de la lícita procedencia de o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella. Por ello, al no impedir un resultado que tiene obligación jurídica de impedir, lo ocasiona¹⁸¹.

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

Actualmente en el Derecho Penal, domina el principio que la responsabilidad de cada persona, en principio, queda excluido que responda por el comportamiento antijurídico de un tercero.

Enrique Gimbernat Ordeig¹⁸², ha puesto de manifiesto que singularmente existe un delito impropio de omisión cuando quien está obligado a vigilar un foco de peligro preexistente prescinde de adoptar medidas de precaución que, o bien habrían mantenido al foco de peligro posteriormente causante de un resultado típico dentro del riesgo permitido, o bien, lo habría reconducido otra vez al nivel conforme a derecho.

¹⁸¹ Resulta ilustrativo el criterio sostenido por el Segundo Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, visible en la página 1118, del Tomo XIV, Octubre de 2001, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que dice: “**DOLO EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN DE UN DELITO. PARA QUE EXISTA ES NECESARIA LA DECISIÓN DEL AUTOR DE PERMANECER INACTIVO.** Para que exista dolo en un delito por omisión, el autor tiene que, por una parte, conocer por lo menos la posibilidad de una intervención que impida la producción del resultado y, por otra, tener la disposición de asumir la lesión del bien jurídico como consecuencia del propio comportamiento; de otra manera faltarían los elementos característicos del dolo, es decir, conocimiento y voluntad. En este sentido, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, cuando no está probado en autos la decisión por parte del ahora quejoso (voluntad) de dejar que las cosas sigan su curso a la vista de una evolución peligrosa, verbigracia, dejar todos los días las averiguaciones previas que tiene a su cargo en la oficina, en condiciones que denoten la probabilidad de su pérdida por no haber un lugar especial donde puedan guardarse. En tal supuesto, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, a lo sumo es posible deducir que el quejoso produjo un resultado típico que previó confiando en que no se produciría en virtud de la violación de un deber de cuidado, porque al no representarse al borde de la conciencia la acción ordenada, resulta evidente la falta de decisión.”.

¹⁸² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “*Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa*”, en **Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001, página 50 y siguientes.

B. Imputación objetiva del comportamiento.

En líneas precedentes, he establecido que una visión más general de la imputación objetiva la ofrece **Günther Jakobs**, al subdividirla en dos niveles: a) imputación objetiva del comportamiento y b) imputación objetiva del resultado. De este modo, la calificación de un comportamiento como típico, corresponde a la imputación objetiva del comportamiento, se trate o no de un delito de resultado.

El primer nivel de la imputación objetiva del comportamiento se integra por cuatro principios: a) riesgo permitido, b) principio de confianza, c) prohibición de regreso, y d) competencia de la víctima.

Ya sea de manera conjunta o por separado, los anteriores principios arrojan las bases para una *teoría general de la imputación jurídica*, la cual no sólo se limita al ámbito del derecho penal.

1. Riesgo permitido.

La primera hipótesis, se refiere a la igualdad de las personas, lo que implica una libertad de acción a todas las personas como iguales; conforme a ello se fundamenta el *riesgo permitido*.

Si se observa desde el punto de vista que aquí se analiza, observamos que al menos, todas las personas que se ubican dentro de la sociedad, éstas tienen una determinada libertad de actuación, esto es, deben ser tratadas como iguales; sin embargo, no en el sentido de que todos posean determinados conocimientos especiales, ya que no todos los entes se ubican en este supuesto.

En ese orden, debemos decir que la disminución del riesgo conlleva a la exclusión del tipo, debido a que la magnitud del riesgo permitido es una decisión

comportamientos que crean riesgos permitidos no son comportamiento que hayan de ser justificados, sino que no realizan tipo alguno. Sencillamente, debe decirse que el riesgo permitido excluye al tipo y no confundirlo con alguna causa justificante.

2. Principio de confianza.

Esta segunda hipótesis se fundamenta conforme al principio de *autoresponsabilidad*, el cual da sustento al *principio de confianza* y a la *actuación a propio riesgo*.

Este principio ocupa un sitio importante en la teoría de la imputación objetiva, al igual que el principio que precede, *actuación a propio riesgo* (imputación a la víctima), y el riesgo permitido, el presente principio está para determinar la competencia de la víctima. En ese orden cabe recordar lo que **Jakobs** ha explicado relativo al principio que nos ocupa, de la siguiente manera: *cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo sería imposible la división del trabajo.*

Lo anterior, resulta acertado ya que no compete a ningún ciudadano el verificar o controlar el actuar de diverso ciudadano, pues todo individuo confía plenamente en que el ente con el que posibilita contactos aún lejanos, se comporte conforme a su rol y respetando la vigencia de las normas que rigen el actual de las personas en sociedad.

El principio de confianza se presenta bajo dos modalidades. En primer lugar, se trata de que alguien, quien actúa como tercero genera una situación que es inofensiva, siempre y cuando el autor que actúa a continuación cumpla con sus deberes, en este caso la confianza se dirige a que el autor realizará su

comportamiento de modo correcto. En segundo lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor X, cumpla con sus deberes, y no ocasione daño alguno. Por ejemplo: el médico que realiza una operación, confía plenamente en que los instrumentos empleados se encuentran esterilizados. Otro ejemplo trivial: quien recibe de manera inocua algún objeto, espera que éste se encuentre sin vicios, esto es, confía plenamente en que la persona de quien recibe el objeto se comporte conforme a su rol y entregue el objeto en cuestión libre todo gravamen o vicios.

3. Principio de prohibición de regreso.

La tercera hipótesis de imputación se refiere al *principio de prohibición de regreso*, en los siguientes términos: *“la comunidad con otro, siempre es una comunidad limitada. Por tanto, si el otro se comporta incorrectamente, sólo se puede recurrir al primero, si esa comunidad también se extendía a la conducta incorrecta; en caso contrario, queda excluida la responsabilidad del primero: prohibición de regreso. Si el otro coincide con la última, también aquí se podrá hablar de un actuar a propio riesgo.”*¹⁸³

Con este principio **Jakobs** pretende enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. La prohibición de regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamiento imprudentes como dolosos, con base a criterios objetivo-normativos. De ese modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación punible.

Debe quedar claro que no se discute en torno a la denominación que deba recibir el principio en cuestión, sino lo que se discute es el contenido en sí. **Jakobs**

¹⁸³ Jakobs, Günther. *“imputación jurídicopenal”*, Traducción Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Libro Homenaje a Hans Welzel, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1998, páginas 43 y 44.

ha establecido que *“el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo es una organización no permitida. Por consiguiente, existe una prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida.”*¹⁸⁴

En ese orden, cabe precisar que la prohibición de regreso, puede esquematizarse bajo la siguiente fórmula: la imprudencia de un sujeto **A** trae una condición **X**, condición que es aprovechada en forma circunstancial por un sujeto **B**, para la comisión dolosa de un resultado **Z**, el cual, de otro modo sería indiferente con la sola condición **X**.¹⁸⁵

4. Concurrencia de riesgos. Competencia de la víctima.

Sobre este punto, debemos atender al principio de imputación al ámbito de la responsabilidad de la víctima, el cual fue elaborado por **Manuel Cancio Meliá**¹⁸⁶, conforme al cual la actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que la actividad pertenezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por el autor y la víctima, y la conducta de la víctima no haya sido instrumentada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesaria para ser considerada autoresponsable, y finalmente el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes jurídicos de la víctima.

La regla básica para la determinación de un riesgo permitido, es la siguiente: un riesgo no permitido se realiza cuando para aclarar el daño se

¹⁸⁴ Jakobs, Günther, *ídem*, página 216.

¹⁸⁵ Respecto de las fórmulas bajo las que se presenta la prohibición de regreso, es fundamental QUINTINO ZEPEDA, Rubén. **Diccionario básico de la ciencia penal moderna**. México, 2001, página 96.

¹⁸⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. *“La exclusión de la tipicidad de la víctima (imputación a la víctima)”*. En **Teoría de la Imputación objetiva**. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, 1998, página 61 y 62.

necesitan todos aquellos datos del suceso de los que se deriva lo no permitido del riesgo (si no se necesita alguno de estos datos no se ha realizado la acción permitida). El discernir si se necesita determinada información para aclarar un daño se sabe por experiencia o se aprende al recabar experiencia, se invierte el proceso que se sigue en la formación de riesgos (no permitidos): al igual que la peligrosidad, de acuerdo con la experiencia, de un complejo de condiciones que conduce a definir las prospectivamente como un riesgo en la realización del propio riesgo en que se aclara el resultado retrospectivamente con la concurrencia del riesgo.

Se trata de supuestos en los que un comportamiento es no permitido siempre que no se ponga en marcha un curso causal previo para disminuir el riesgo, aunque ese curso causal no habría surtido efecto en el caso concreto. De todos modos, también un curso causal ineficaz puede seguir ofreciendo una protección conforme al plan de la norma, a saber, cuando la ineficacia se basa en un comportamiento defectuoso imputable. Si el curso que se habría puesto en marcha previamente habría sido ineficaz porque el responsable de él se comportara incorrectamente de modo imputable, o porque la víctima no pusiera en práctica las medidas de autoprotección que le incumbían, el tener en cuenta la inutilidad fáctica del curso causal previo privaría al bien de la garantía normativa.

C. Imputación objetiva del resultado.

Numerosos bienes jurídico-penalmente protegidos están sujetos a disposición de su titular. En esa medida, el consentimiento del titular excluye ya la realización del tipo; entonces el suceso es incumbencia del que consiente equiparación entre el ataque al bien jurídico realizado directamente y el realizado a través de la voluntad del autor (mediante coerción o engaño).

Excepciones a esta regla vienen representadas por aquellos tipos en los que se incluye -con arreglo a su tenor literal o a la interpretación sistemática-, la

intervención directa, o bien, la intervención a través del consentimiento de la víctima, casi siempre incluso la intervención a través de la víctima que consiente por motivos determinados (violencia, o violencia cualificada, o error) concepto de “acuerdo”: en los casos de consentimiento que excluye el tipo, se habla de acuerdo (*Einverständnis*) (de la terminología no depende nada; únicamente que las reglas generales del consentimiento han de modificarse en algunas descripciones de delitos). La doctrina exige que concurra sólo la voluntad fáctica; sin embargo, ello no se aplica en relación con los tipos en los que únicamente la voluntad de la persona con la facultad de disponer según los principios jurídico-civiles.

1. Exclusión del tipo y actuación a propio riesgo.

De todos modos, negativamente cabe expresar la fórmula al decir que el acuerdo no siempre ha de tener lugar libre de coerción o error y que no siempre ha de existir una autorización jurídicamente eficaz para excluir la consumación.

Existen clases, las cuales, son las siguientes:

1. Acuerdo final: es necesario que la persona de cuyo acuerdo se trata «pretenda» las consecuencias del comportamiento, es decir, que las quiera realizar por ellas mismas o por los efectos ulteriores esperados de ellas.

2. Acuerdo no final: en el que no se quieren ningunas consecuencias del comportamiento, pero sí el comportamiento previsiblemente con consecuencias, o al menos un contacto social que no puede tener lugar evidentemente sin comportamiento con consecuencias.

Características:

1. El acuerdo sólo puede valer para un autor determinado.

2. Según la opinión dominante, no es necesaria la exteriorización del acuerdo. Si el autor desconoce el acuerdo, habrá de apreciarse tentativa. De todos modos, en la medida en que el acuerdo debe ser jurídicamente válido, regirán en favor del autor las reglas generales sobre manifestaciones de voluntad.

3. El acuerdo es revocable en cualquier momento, en tanto que no vincule al mismo tiempo como declaración jurídicamente eficaz con arreglo a principios generales:

Consentimiento excluyente del tipo.

Los bienes de los que se puede disponer libremente, en los que el consentimiento ya excluye la realización del tipo, son sobre todo la propiedad, el patrimonio, los bienes personalísimos, como la libertad ambulatoria, el honor, el secreto de la correspondencia e incluso la integridad física; esta última, al igual que el honor y la libertad ambulatoria; sin embargo, en la medida en que son medios de desarrollarse libremente, pero no base de ese libre desarrollo; dicho de otro modo, se trata del ámbito de los bienes intercambiables. El comportamiento consentido no supone una defraudación de expectativas; pues si el comportamiento se corresponde con la voluntad del titular del bien, no por ello un conflicto en sí existente (la realización del tipo) se declara tolerable excepcionalmente (justificado), sino que no se llega al ámbito de lo conflictivo sólo a causa de la voluntad, sin tener en cuenta sus motivos. No todo consentimiento excluye el tipo: el que un consentimiento justifique o excluya al tipo puede decidirse de modo distinto, según la configuración del caso, en relación con un mismo tipo, especialmente en las lesiones. El ámbito del consentimiento excluyente del tipo es más amplio cuando se refiere a un consentimiento en el riesgo que cuando se refiere a la certeza de que se producirá la consecuencia lesiva, pues en el ámbito del riesgo cercano al riesgo vital general se emplean

también bienes para cualquier fin que por lo demás no son medios para el libre desarrollo.

El autorizado a consentir: sólo el titular del bien con derecho a disponer puede consentir válidamente. A falta de reglas especiales, importa la capacidad de discreción y juicio natural (en el sentido de concreta, no determinada por generalización), sobre todo en las lesiones leves, como en la actividad deportiva. Si existe ésta, la decisión del que no tiene capacidad de negociar completa prevalece sobre la de su representante legal.

La objetivación del consentimiento: dado que en el consentimiento excluyente del tipo se trata de la modificación de la relación del facultado para disponer con el bien, puede importar aquello que el abandono de la situación en la que el albedrío del afectado vincula al autor (en el consentimiento indirecto); la exteriorización de la relación es irrelevante. En caso de error si la manifestación no es jurídico-negocialmente vinculante, la responsabilidad del que se involucra queda limitada por el principio de confianza y el tipo subjetivo.

2. Realización del tipo subjetivo mediante acción: el dolo.

La ley da del dolo únicamente una definición parcial y negativa, sin que importe el motivo del desconocimiento. La falta de conocimiento del tipo comporta, sin tener en cuenta el motivo del déficit, imprudencia y, con ello, en la gran mayoría de los casos, un marco penal atenuado. Objeto del conocimiento es el acontecer terrenal, tal como se le entiende en general. Quien cree que un curso causal dañoso suficiente a este respecto va a ser detenido la voluntad; las consecuencias secundarias son contenido del conocimiento, y se por fuerzas sobrenaturales tiene no obstante dolo, en la medida en que a la vez sabe que el obstáculo no se puede entender en general como tal; y es que entonces tiene conocimiento del riesgo, no permitido, de realización del tipo.

Distinción entre consecuencias principales y secundarias:

1. Principales: El autor puede obrar a causa de darse cuenta de la realización del tipo, la quiera por sí misma o sólo por sus consecuencias; de todos modos, en este ámbito la anticipación de la realización del tipo es condición suficiente de la acción.

2. Secundarias: el autor puede obrar dándose cuenta de la realización del tipo, sin que aquello de lo que se da cuenta sea también contenido de la voluntad; se percibe como dependiente de la voluntad, pero realizarlo no es el motivo del actuar.

Las consecuencias principales son, pues, contenido tanto del conocimiento como de perciben como dependientes de la voluntad. Dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias.

3. Realización del tipo subjetivo mediante acción: la culpa.

La imprudencia es uno de los casos en que no se corresponden la representación y la realidad, o sea, un supuesto de error, si es que no se trata más bien de un caso de ceguera ante los hechos. La cuestión del error ha de separarse de la de su evitabilidad. También la acción ya no imprudente por falta de evitabilidad, y por tanto ya no típica, se lleva a cabo bajo una representación errónea.

La determinación objetiva de la previsibilidad es incompatible, con el concepto individual de acción. Estas formulaciones de tipos de hechos de imprudencia objetiva no reportan ventaja alguna frente a la determinación individual de la cognoscibilidad: Si no obstante se prescinde de la reproducción subjetiva del juicio objetivo, es decir, si no se emplea el comportamiento estándar como ayuda cognoscitiva, sino que se prescribe como figura rectora, entonces se

pierde en el tipo subjetivo la relación con las consecuencias, y los delitos de lesión se transforman en delitos de peligro subjetivo-abstracto.

En esta solución aquello que como cognoscible podría fundamentar imprudencia, en tanto que conocido no forma dolo alguno. En la polémica en torno a la determinación de la imprudencia se esgrime el argumento de que la objetivación es necesaria en orden a preservar a las personas especialmente capacitadas de exigencias excesivamente altas.

El argumento carece de claridad; una solución global no se adecua a las distintas situaciones problemáticas. En los delitos imprudentes tampoco es necesario detallar el comportamiento prohibido, mediante la indicación de lo contrario a cuidado, más exactamente que en el dolo, y particularmente tampoco en los delitos de resultado. En definitiva la previsibilidad objetiva no desempeña ninguna función que no desempeñe ya el riesgo permitido. Es tan superflua como lo sería un «dolo objetivo». Al injusto de imprudencia (y no sólo a la culpabilidad) pertenece la previsibilidad subjetiva.

Conclusiones.

Por lo anteriormente expuesto y fundado, el suscrito, es de la siguiente opinión jurídica:

1. La comunicación que expresa el delincuente, como «sujeto» *versus persona*, como desigual a los demás, se encuentra contradicho con la aplicación de la pena, este tipo de comunicación aparece no como comunicación personal, sino como comunicación instrumental.

2. Quien de forma abierta hace una evidente negación de su racionalidad o adscripción a la comunicación normativa, o de otra forma que manifieste una identidad exageradamente independiente a las condiciones jurídicas del sistema, ya no podría ser tratado de manera razonable como persona en Derecho.

3. El Derecho se establece o configura únicamente para aquellos que se encuentran caracterizados como personas.

4. No es suficiente que las normas penales se prevean o describan por escrito el resultado de una acción, sino que describan conductas que puedan crear «situaciones peligrosas».

5. Ser persona significa tener que representar un papel o desarrollar un determinado rol dentro de la sociedad.

6. Sólo aquello que es objetivamente imputable puede llegar a denominarse en sentido general: *acción*.

7. Un riesgo no permitido se realiza cuando para aclarar el daño se necesitan todos aquellos datos del suceso de los que se deriva lo no permitido del riesgo (si no se necesita alguno de estos datos no se ha realizado la acción permitida).

8. La expresión de sentido jurídico-penalmente relevante de una acción injusta no está en la manifestación del autor acerca de cómo se imagina la configuración de la realidad sino en la toma de postura frente a la validez de la norma que aquella conlleva de manera inseparable: *no reconoce ninguna norma que le pudiese impedir actuar, sea que no reconoce la norma en cuestión, sea que la reconoce, pero pretende vulnerarla.*

9. El primer nivel de la imputación objetiva del comportamiento se integra por cuatro principios: a) riesgo permitido, b) principio de confianza, c) prohibición de regreso, y d) competencia de la víctima, empero, ya sea de manera conjunta o por separado, los anteriores principios arrojan las bases para una *teoría general de la imputación jurídica*, la cual no se limita al ámbito del Derecho Penal.

10. La disminución del riesgo conlleva a la exclusión del tipo, debido a que la magnitud del riesgo permitido es una decisión de la que tiene que responder el legislador y no el propio ciudadano, ya que los comportamientos que crean riesgos permitidos no son comportamiento que hayan de ser justificados, sino que no realizan tipo alguno. Sencillamente, debe decirse que el riesgo permitido excluye al tipo y no confundirlo con alguna causa justificante.

11. El principio de confianza, ocupa un sitio importante en la teoría de la imputación objetiva, al igual que el principio que la actuación a propio riesgo (imputación a la víctima), y el riesgo permitido, permite determinar la competencia de la víctima. Lo anterior, resulta acertado ya que no compete a ningún ciudadano el verificar o controlar el actuar de diverso ciudadano, pues todo individuo confía plenamente en que el ente con el que posibilita contactos aún lejanos, se comporte conforme a su rol y respetando la vigencia de las normas que rigen el actual de las personas en sociedad.

12. La confianza se dirige a que una determinada situación haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga

uso de ella, el potencial autor X, cumpla con sus deberes, y no ocasione daño alguno.

13. La prohibición de regreso, puede esquematizarse bajo la siguiente fórmula: la imprudencia de un sujeto **A** trae una condición **X**, condición que es aprovechada en forma circunstancial por un sujeto **B**, para la comisión dolosa de un resultado **Z**, el cual, de otro modo sería indiferente con la sola condición **X**.

14. La regla básica para la determinación de un riesgo permitido, es la siguiente: un riesgo no permitido se realiza cuando para aclarar el daño se necesitan todos aquellos datos del suceso de los que se deriva lo no permitido del riesgo (si no se necesita alguno de estos datos no se ha realizado la acción permitida).

15. El obrar al propio riesgo supone una participación, con eficacia excluyente del tipo, en un comportamiento lesivo que emprende otra persona, y que para esta persona es por tanto lesión a otro. Son válidos los límites de la exclusión del tipo en las lesiones a otro: La realización del tipo sólo se excluye en tanto que el bien que resulte afectado es de libre disposición del titular; por lo demás, un actuar al propio riesgo puede tener desde luego eficacia justificante cuando concurre un motivo fundado para ejecutar la acción. La lesión de un bien no sujeto a libre disposición, sin un motivo fundado, al igual que en los casos de consentimiento en sentido estricto, no pierde su cualidad de injusto.

16. Dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias.

17. La previsibilidad objetiva no desempeña ninguna función que no desempeñe ya el riesgo permitido. Es tan superflua como lo sería un «dolo objetivo». Al injusto de imprudencia (y no sólo a la culpabilidad) pertenece la previsibilidad subjetiva.

18. La actual redacción del texto del artículo 244 del Código Penal para el Distrito Federal, únicamente se agregó *el instrumento, objeto o producto de un delito, después de su ejecución, sin haber participado en él y no adoptó las precauciones indispensables [...]*; empero, dicha circunstancia en nada beneficia al gobernado, en función de que, a juicio del sustentante, viola en perjuicio la garantía de seguridad jurídica y la diversa de exacta aplicación de la ley en materia penal prevista en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual obliga al legislador a describir con precisión y exactitud los elementos que dan contenido a los tipos penales, a fin de evitar el uso de conceptos ambiguos que generen un estado de incertidumbre jurídica y una actuación arbitraria del intérprete de la norma.

Propuesta.

Una vez analizados los pormenores del tema planteado, el suscrito, propone:

1. Las bases para la elaboración de una teoría general jurídica, mediante la creación de una conjetura social, al tener como base fundamental los conceptos sistemáticos de sociedad, norma y persona.

2. La creación de una teoría general de la imputación jurídica, con base en los siguientes criterios de imputación: a) riesgo permitido, b) principio de confianza, c) prohibición de regreso, y d) competencia de la víctima.

3. La disminución del riesgo conlleva a la exclusión del tipo, debido a que la magnitud del riesgo permitido es una decisión de la que tiene que responder el legislador y no el propio ciudadano. Sencillamente, debe decirse que el riesgo permitido excluye al tipo y no confundirlo con alguna causa justificante.

4. La confianza se dirige a que una determinada situación haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor X, cumpla con sus deberes, y no ocasione daño alguno.

5. La expresión de sentido jurídico-penalmente relevante de una acción injusta no está en la manifestación del autor acerca de cómo se imagina la configuración de la realidad sino en la toma de postura frente a la validez de la norma que aquella conlleva de manera inseparable: *no reconoce ninguna norma que le pudiese impedir actuar, sea que no reconoce la norma en cuestión, sea que la reconoce, pero pretende vulnerarla.*

6. La inclusión de los criterios de imputación en las resoluciones judiciales.

7. Declarar inconstitucional el artículo 244 del Código Penal para el Distrito Federal, en función de que la actual redacción del texto del dispositivo en comento, únicamente se agregó *el instrumento, objeto o producto de un delito, después de su ejecución, sin haber participado en él y no adoptó las precauciones indispensables [...]*; empero, dicha circunstancia en nada beneficia al gobernado, en función de que, a juicio del sustentante, viola en perjuicio la garantía de seguridad jurídica y la diversa de exacta aplicación de la ley en materia penal prevista en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual obliga al legislador a describir con precisión y exactitud los elementos que dan contenido a los tipos penales, a fin de evitar el uso de conceptos ambiguos que generen un estado de incertidumbre jurídica y una actuación arbitraria del intérprete de la norma.

8. O bien, reformar el artículo 244 del Código Penal para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

“Artículo 244. *Al que reciba en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto el instrumento, objeto o producto de un delito, después de su ejecución, sin haber participado en él, a sabiendas de dicha circunstancia, se le impondrán las penas previstas en el artículo anterior.”.*

9. La reforma del artículo 400, fracción I, párrafo segundo, del Código Penal Federal, con la finalidad de que su redacción quede en los siguiente términos:

“Artículo 400. *Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:*

I. *Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiriera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia.*

(...).”.

BIBLIOHEMEROGRAFÍA

I. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

A

1. ACHENBACH, Hans. *“Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad”*. Traducción Jesús-María Silva Sánchez, en **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Estudios en honor a Claus Roxin en su 50º aniversario, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1991.
2. AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. **El delito y la responsabilidad penal**. Editorial Porrúa, México, 2005.
3. AMELUNG, Knut. *“Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin”*. Traducción Jesús-María Silva Sánchez, en **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Estudios en honor a Claus Roxin en su 50º aniversario, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1991.
4. AUSTIN, John. **Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia**. Traducción Felipe González Vicen, Editorial Civitas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1981.

B

5. BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal. Parte general**. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1987.
6. _____. **Manual de derecho penal. Parte general**. Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989.
7. BAUMANN, Jürgen. **Derecho Penal**. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981.
8. BINDING, Karl. **Lehrbuch des gemeinen deutschen strafrechts**. Besonderer teil. Hamburg, República Federal de Alemania, Scientia Verlag Aalen, 1969.
9. _____. **Grundriss des deutschen strafrechts, allgemeiner teil**. Aalen, Alemania, Scientia Verlag, 1975.
10. BINDER, Julius. **Zur lehre vom rechtsbegriff**. Darmstadt, 1963.

11. BECK, Ulrich. **Políticas ecológicas en la edad del riesgo. antídotos. la responsabilidad organizada.** Traducción Martín Steinmentz. El Roure editorial, Barcelona, España, 1998.

C

12. CORSI, Giancarlo; Esposito, Elena y Baraldi, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann.** Traducción Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, Editorial Anthropos, México, 1996.
13. COBO DEL ROSAL, Manuel (coordinador). **Derecho Penal Español.** Parte Especial, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2004.
14. CARBONELL, Miguel. **La constitución en serio.** Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales. Porrúa/IIJ-UNAM. México, 2002.
15. CANCIO MELIÁ, Manuel. **Los orígenes de la teoría de la adecuación social: teoría final de acción e imputación objetiva.** Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, 1994.
16. _____. “La exclusión de la tipicidad de la víctima (imputación a la víctima)”. En **Teoría de la Imputación objetiva.** Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, 1998.

D

17. DAZA GÓMEZ, Carlos. “Teoría de la Imputación Objetiva”, en **Revista de la Facultad de Derecho,** Tomo XLVIII, mayo-agosto 1998, números 219-220, Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1998.
18. _____. “El funcionalismo hoy”, en **Revista de la Facultad de Derecho,** Tomo XLIX, septiembre-diciembre 1999, números 227-228, Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1999.
19. DÍAZ ARANDA, Enrique. “Cuerpo del delito ¿causalismo o finalismo?”, en **Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal.** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001.
20. _____. **Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México.** Quinta edición. Editorial Porrúa, México, 2004.
21. _____. **Teoría del delito.** Editorial Straf, México, 2006.

E

22. ENGISCH, Karl. **Introducción al pensamiento jurídico**. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Guadarrama ediciones/Madrid, 1967.
- 23._____. **La idea de la concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Trad. Juan José Gil Cremades. Universidad de Navarra/Pamplona, 1968.
- 24._____. **El ámbito de lo no jurídico**. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1960.

F

- 25.FERRAJOLI, Luigi. *“Garantías y derecho penal”*. Traducción Mariana Gascón, en **Revista Intercriminis**, número 2, marzo 2002, Segunda Época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002.
- 26.FREUDNTHAL, Berlthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. traducción José Luis Guzmán Dalbora, reimpresión, editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2006.

G

- 27.GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *“Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa”*, en **Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001.
- 28._____. **Concepto y método de la ciencia del derecho penal**. Editorial Tecnos, Madrid España, 1999.
- 29.GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Traducción Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Nuñez, segunda edición, editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2002.
30. GRAF ZU DOHNA, Alexander. **La estructura de la teoría del delito**. Traducción Carlos Fontán Balestra. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958.

H

- 31.HECK, Philipp. **El problema de la creación del derecho**. Traducción Manuel Entenza, Editorial Comares, Granda, España, 1999.
- 32.HENRY MERRYMAN, John. **La tradición jurídica romano-canónica**. Traducción Eduardo L. Suárez, 5ª reimpresión, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- 33.HESSEN, Johan. **Teoría del conocimiento**. «*Erkenntnistheorie*» Traducción Roberto Mares, 2ª edición, Editorial Tomo, México, 2003.
- 34.HRUSCHKA, Joachim. “*Reglas de comportamiento y reglas de imputación*”, en **Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal**. Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1995.
35. HIRSCH, Hans Joachim. «*Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?*», en *FESTSCHRIFT FÜR GÜNTHER SPENDEL ZUM 70 GEBURTSTAG*. Berlín 1992.
36. _____. **Derecho penal**. (obras completas), traducción Boldova Pasamar Miguel Ángel, tomo II. Editorial, Rubinzal-Culzoni. 1999.
37. HEGEL, G. F. **Filosofía del derecho**. trad. Angélica Mendoza de Montero. Ediciones casa Juan Pablo S.A./México, 2002.
38. _____. **Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural**. Introducción traducción y notas de Dalmacio Negro Pavón. Comma/Madrid, 1979.

I

- 39.IBARRA FERNÁNDEZ, Pablo Antonio. **Guía para la estructuración de algunas resoluciones penales**. Consejo de la Judicatura Federal, Comisión Especial para la Elaboración de Manuales de los Órganos Jurisdiccionales. México, 2002.

J

- 40.JAKOBS, Günther. **Sociedad norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Traducción Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

41. _____. **La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente**. Traducción Teresa Manso Porto. Cuadernos de Conferencias y artículos, número 24, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2000.
42. _____. "*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*", Traducción Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, en **Estudios de derecho penal**. Editorial Civitas, Madrid, España, 1997.
43. _____. "*El concepto jurídico-penal de acción*". «*Der strafrechtliche handlungsbegriff*» Traducción Manuel Cancio Meliá, en **Estudios de derecho penal**. Editorial Civitas, Madrid, España, 1997.
44. _____. "*La omisión: estado de la cuestión*", Traducción Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en **Sobre el estado de la teoría del delito**. Editorial Civitas, Madrid, España, 2000.
45. _____. **Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación**. Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
46. _____. **La imputación objetiva en derecho penal**. Traducción Manuel Cancio Meliá, Editorial Ángel, México, 2002.
47. _____. **¿Ciencia del derecho: técnica o humanística?**, Traducción Manuel Cancio Meliá, Cuadernos de Conferencias y Artículos número 14, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996.
48. _____, "*Conocimiento y desconocimiento de la norma*", Traducción Marcelo Sancinetti, en **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Libro Homenaje a Hans Welzel, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1998.
49. _____, "*imputación jurídicopenal*", Traducción Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Libro Homenaje a Hans Welzel, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1998.
50. _____. "*La imputación penal de la acción y de la omisión*", Traducción Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en **Moderna dogmática penal**. Editorial Porrúa, México, 2002.

K

51. KAUFMANN, Arthur. **Derecho, Moral e Historicidad**. Traducción Emilio Eiranova Encinas, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2000.
52. KAUFMANN, Armin. **Teoría de las normas**. Traducción Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1977.
53. KAUFMANN, Félix. **Metodología de las ciencias sociales**. Traducción Eugenio Imaz. Editorial FCE, México, 1946.
54. KANT, Immanuel. **Crítica de la razón práctica**. Trad. Dulce María Granja Castro, edición bilingüe alemán-español. Miguel Ángel Porrúa/UAM, México, 2002.
55. Kelsen, Hans. **Teoría pura del derecho**. «*Reine Rechtslehre*». Traducción Roberto J. Vernengo. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1979.
56. _____. **Teoría general de las normas**. Traducción Hugo Carlos Delory Jacobs. Editorial Trillas, México, 1994.
57. Kirchmann, J.H. Von. **La jurisprudencia no es ciencia**. Traducción. Antonio Truyol Serra, 3ª edición, Editorial Civitas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1983.
- L**
58. Larenz, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. Segunda edición, editorial Ariel, Barcelona, España, 2001.
59. Lesch, Heiko. “*intervención delictiva imputación objetiva*”, traducción Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Tomo XLVIII, fascículo III, Septiembre-Diciembre, Madrid, España.
60. Liszt, Franz Von. **La idea del fin en el derecho penal**. Traducción Carlos Pérez del Valle, Editorial Comares, Granada, España, 1995.
61. _____. **Tratado de Derecho Penal**. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.
62. Luhmann, Niklas. **Sociología del riesgo**. «*Soziologie des Risikos*». Traducción Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, México, 1992.
63. _____. **Teoría de la sociedad**. U. Iberoamericana/ U. Guadalajara. México, 1993.

64. _____. **Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia.** Traducción Josetxo Berian y José García Blanco, Editorial Trotta, Madrid, España, 1998.
65. _____. **Sistema jurídico y dogmática jurídica.** Traducción Ignacio de Otto Pardo, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1983.
66. _____. **El derecho de la sociedad.** Traducción Javier Torres Nafarrete, segunda edición en español, editorial Herder, México, 2006.
67. LASK, Emile. **Filosofía jurídica.** Traducción Roberto Goldsmith. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1946.
68. LÓPEZ BETANCOURT, Raúl Eduardo. **Teoría del delito.** Octava edición, editorial Porrúa, México, 2000.
69. _____. **Introducción al derecho penal.** Octava edición, editorial Porrúa, México, 2000.
70. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. **Código Penal Alemán.** Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia 1999.

M

71. MANSO PORTO, Teresa. **Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal.** Editorial Dykinson, Madrid, España 1999.
72. MALAMUD Goti, Jaime. **La estructura penal de la culpa.** Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, Argentina, 1976.
73. MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica.** Trad. Eduardo L. Suárez. ed. Fondo de Cultura Económica. 5ª reimpresión 2000, México.
74. MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal.** Traducción Juan Córdoba Roda, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1962.
75. MAYER, Max Ernest. **Rechtsphilosophie.** Berlín, Alemania, 1933. (existe una traducción en español: **Filosofía del derecho.** traducción Luis Laca Lacambra, editorial Labor, Barcelona, España, 1937.

76.MENDOZA BURGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo.** Editorial Civitas, Madrid, España, 2001.

O

77.OTTO, Harro, "*Diagnosis causal e imputación del resultado en derecho penal*", Traducción Marcelo Sancinetti, en **La prohibición de regreso en derecho penal.** Universidad Externado de Colombia, Bogota, Colombia, 1998.

Q

78.QUINTINO ZEPEDA, Rubén. **Diccionario básico de la ciencia penal moderna.** México, 2001.

79._____. **Dogmática penal actual.** Libro en Homenaje al Prof. Dr. Rafael Márquez Piñero. México, 2001.

80._____. **Sistema e identidad penal** (Tesis profesional) Facultad de Derecho, UNAM, 2003.

R

81.RADBRUCH, Gustav. "*El fin del derecho*". en **Los fines del derecho.** 3ª edición, Facultad de derecho de la UNAM, México, 1997.

82._____. **Introducción a la filosofía del derecho** «*Vorschule Rechtsphilosophie*». Traducción Wenceslao Roces. Editorial FCE, México, 2000.

83.RICKERT, Heinrich. **Kulturwissenschaft und naturwiss enschaft. Sechste und siebente durchgesehene und erganzte auflege.** Tübingen, Alemania, 1926. (existe una traducción en español: **Ciencia cultural y ciencia natural.** Traducción Manuel G. Morente. Calpe, Madrid, España, 1943).

84._____. **Introducción a los problemas de la filosofía de la historia.** Traducción Walter Liebling. Nova, Buenos Aires, Argentina, 1961.

85._____. **Teoría de la definición.** Traducción Luis Villoro. UNAM, México, 1960.

86. ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general**. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997.
87. _____. *“Problemas actuales de la política criminal”*, «Aktuelle probleme der kriminalpolitik» Traducción Enrique Díaz-Aranda, en **Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001.
88. _____. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Traducción Francisco Muñoz Conde, editorial Bosch, Barcelona, España, 1979.
89. RUDOLPHI, Hans-Joachim. *“El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal”*, Traducción Jesús-María Silva Sánchez, en **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Estudios en honor a Claus Roxin en su 50º aniversario, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1991.
90. _____. **Causalidad e Imputación Objetiva**. Traducción Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, Colombia, 1998.

S

91. SANCINETTI, Marcelo. **Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal**. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
92. SCHÜNEMANN, Bernd. *“La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”*, Traducción Jesús-María Silva Sánchez, en **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Estudios en honor a Claus Roxin en su 50º aniversario, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1991.
93. _____. *“La función de la delimitación de injusto y culpabilidad”* «Die Funktion der Abgrenzung von Unrech und Schuld». Traducción Carlos J. Suárez González, en **Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal**. Libro-homenaje a Claus Roxin. Editorial Bosch, Barcelona, 1995.
94. _____. *“La Culpabilidad: estado de la cuestión actual”*, en **Sobre el estado de la teoría del delito**. Traducción Felip I Saborit y Ramón Ragués I Vallés. Editorial Civitas, Madrid, España, 2000.
95. _____. *“Nuevas tendencias en el concepto jurídico penal de culpabilidad”*, «Neue Tendenzen im strafrechtlichen Konzapt der Schuld».

Revista de política criminal y ciencias penales. Número Especial 1, Agosto, CEPOLCRIM, México, 1999.

96. _____. *“Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal”*, Traducción Jesús-María Silva Sánchez, en **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Estudios en honor a Claus Roxin en su 50º aniversario, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1991.
97. SCHÖNE, Wolfgang. *“La protección del hombre en el mundo moderno (algunas consideraciones sobre el papel del derecho penal)”*. En **Cuadernos de la Facultad de Derecho**, número 12, Palma Mallorca, 1985.
98. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª edición, revisada y ampliada, Editorial Civitas, Madrid, España, 2001.
99. _____. *“Informes sobre las discusiones”*, en **Sobre el estado de la teoría del delito**. Editorial Civitas, Madrid, España, 2000.
100. _____. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Editorial Bosch, Madrid, España, 1992.
101. _____. **Consideraciones sobre la teoría del delito**. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires Argentina, 1998.
102. _____. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1991.
103. _____. **Perspectivas sobre la política criminal moderna**. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina.
104. _____. *“Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”*. En **Política criminal y nuevo derecho penal**. (Libro en homenaje a Claus Roxin), editorial Bosch, Barcelona, España, 1997.
105. STRUENSEE, Eberhard. *“Exposición y abandono de personas”*, Traducción Marcelo Sancinetti, en **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Libro Homenaje a Hans Welzel, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1998.
106. _____. *“Los delitos de tenencia”*, Traducción Fernando Córdova, en **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Libro Homenaje a Hans Welzel, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1998.
107. STAMMLER, Rudolf. **Tratado de filosofía del derecho**. Traducción W. Roces. Editorial Nacional/México, 1980.

108. _____. **Modernas teorías del derecho y del estado**. (guión para cátedra). Traducción Faustino Ballve, editorial Botas, México, 1955.
109. _____. **La génesis del derecho**. traducción Wenceslao Roces. Talleres fuentes impresores/Madrid, España, 1925.
110. _____. **La esencia del derecho y de la ciencia del derecho**. Traducción Garzón Valdés Ernesto. Imprenta de la Universidad/Córdoba, Argentina, 1958.
111. _____. **Systematische Rechtswissenschaft**. Berlín, Deutschland, 1906.
112. _____. **Theorie der rechtswissenschaft**. Deutschland, 1923.

U

113. ULLRICH PAEFFEN, Hans. “*Observaciones acerca del error de tipo permisivo*”. Traducción Fernando J. Córdoba, en **El error en el derecho penal**. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1999.

V

114. VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Jurisprudencia**. «*Topik und jurisprudentz*» Traducción Luis Díez-Picazo Ponce de León, reimpresión 1986, Editorial Taurus, Madrid, España, 1964.

W

115. WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Cuarta edición castellana, Editorial Jurídica de Chile, Chile.
116. _____. **Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material**. Traducción Felipe González Vicen, 2ª edición 1971, Editorial Aguilar, Madrid, España, 1971.
117. _____. **Estudios de derecho penal**. Traducción Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, Editorial B de F Ltda., Montevideo Uruguay, 2002.

118. _____. **El nuevo sistema del derecho penal**. Tercera reimpresión, traducción José Cerezo Mir, Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2006.
119. _____. **Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico**. Traducción Garzón Valdez, Universidad Nacional Autónoma de Córdoba, Córdoba, España, 1962.
120. WOLTER, Jürgen. *“Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus”*, Traducción Jesús-María Silva Sánchez, en **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Estudios en honor a Claus Roxin en su 50º aniversario, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1991.

II. LEGISLACIONES.

- **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** Editorial Carro, 2008
- **Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** Editorial Carro, 2008
- **Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.** Editorial Carro, 2008
- **Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal de 1931.**
- **Código Penal Federal de 1931.** Editorial Carro, 2008
Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve, por el que se modifica la denominación del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, para quedar... “Código Penal Federal”.
- **Código Penal para el Distrito Federal de 1931.**
Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal, el diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, por el que el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, promulgado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el catorce de agosto de mil novecientos treinta y uno, con sus reformas y adiciones publicadas hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, junto con las reformas de ese decreto, en el ámbito de aplicación del Fuero Común, se denominará Código Penal para el

Distrito Federal, mismo que entró en vigor el primero de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

- **Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.** Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal el dieciséis de julio de dos mil dos, el cual entró en vigor a los ciento veinte días después de esa publicación.
- **Código Penal para el Distrito Federal.** Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008.

III. DICCIONARIOS.

121. COLLINS. Diccionario Español-Alemán. Editorial Grijalva, Barcelona, España, 2003.

IV. LEGISLACIÓN EXTRANJERA.

- **Código Penal Español.**
- **Código Penal Alemán.**

V. DISCO ÓPTICO

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *IUS 2005*. Jurisprudencia y Tesis Aisladas. 1917-2007. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.