



UNIVERSIDAD LATINA S.C.

INCORPORADA A LA U.N.A.M.
FACULTAD DE DERECHO

**“INTERVENCIÓN OMISIVA, POSICIÓN DE GARANTE Y
PROHIBICIÓN DE SOBREVALORACIÓN DEL APORTE”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ENRIQUE OCTAVIO BAEZA PULIDO

ASESOR:

ALBERTICO GUINTO SIERRA

MÉXICO, D.F.

JUNIO 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.

A mi madre por ser el mayor ejemplo de esfuerzo y perseverancia, por apoyarme a lo largo de mi vida profesional y por brindarme el más grande amor que un hijo pueda recibir, pero sobre todo por el orgullo de ser su hijo.

A mi padre por representar el mayor ejemplo profesional para mí, por su impulso por lograr siempre mis metas y por su apoyo a lo largo de toda mi vida, ya que gracias a él no habría logrado alcanzar uno de mis más anhelados sueños.

A mis amigos por estar conmigo en los momentos más importantes de mi vida y por tener el orgullo de poder contar con su amistad.

Al Mtro. Albertico Guinto Sierra, agradezco el apoyo que en todo momento me ha concedido, por compartir su conocimiento y experiencia profesional y por su valiosa amistad.

Al Mtro. Salvador Capuchino Hernández, antes que nada por su valiosa amistad y por el apoyo que siempre me ha brindado en mi vida profesional.

A la Universidad Latina, por haberme brindado la oportunidad de estudiar en sus aulas y sobre todo por haberme permitido materializar uno de mis más grandes sueños, que es ser abogado.

INDICE

CAPITULO 1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL.

1.1.	Escuela Clásica.....	1
1.1.1.	Características de la Escuela Clásica.....	4
1.1.2.	Postulados fundamentales de la Escuela Clásica.....	6
1.2.	Escuela Positiva.....	7
1.2.1.	Características de la Escuela Positiva.....	9
1.2.2.	Postulados fundamentales de la Escuela Positiva.....	10
1.3.	Tercera Escuela (Terza Scuola).....	12
1.3.1.	Características de la Tercera Escuela.....	13
1.3.2.	Postulados fundamentales de la Tercera Escuela.....	15
1.4.	Escuela de Marburgo.....	16
1.4.1.	Teorías de la pena.....	16
1.4.2.	Principios fundamentales de Franz Von Liszt.....	19
1.5.	Escuela de Kiel.....	22
1.6.	Análisis a nuestra legislación penal.....	27

CAPÍTULO 2. CORRIENTES DEL DERECHO PENAL.

2.1.	Consideraciones Generales.....	30
2.2.	Aspectos positivos del delito.....	31
2.2.1.	Conducta o hecho.....	31
2.2.2.	Tipicidad.....	41
2.2.2.1.	Elementos del tipo penal.....	42
2.2.3.	Antijuridicidad.....	46
2.2.4.	Imputabilidad.....	48
2.2.4.1.	Acción libre en su causa (actio libera in causa).....	50
2.2.5.	Culpabilidad.....	50
2.2.5.1.	Infracción del deber objetivo de cuidado.....	57
2.2.5.2.	Elementos de la culpabilidad.....	59
2.2.6.	Las condiciones objetivas de punibilidad.....	60

2.2.7. La punibilidad.....	61
2.3. Aspectos negativos del delito.....	62
2.3.1. Ausencia de conducta.....	62
2.3.2. Ausencia de tipicidad o atipicidad.....	63
2.3.2.1. Error de tipo.....	64
2.3.2.2. Otros tipos de errores.....	65
2.3.3. Causas de licitud o causas de justificación.....	66
2.3.4. Inimputabilidad.....	68
2.3.5. Inculpabilidad.....	68
2.3.5.2. Error.....	68
2.3.5.3. Error de prohibición.....	72
2.3.6. No exigibilidad de otra conducta.....	73
2.3.7. Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.....	74
2.3.8. Excusas absolutorias.....	74
2.4. Crítica a los aspectos positivos y negativos del causalismo.....	75
2.5. Crítica a los aspectos positivos y negativos del delito del Finalismo.....	75
2.6. Sistema funcionalista.....	76
2.6.1. Sistema racional –final, teleológico o moderado de Roxin.....	77
2.6.2. Sistema funcionalista normativista o funcionalista radical de Jakobs.....	83
2.6.3. Crítica al Sistema Funcionalista.....	86

CAPITULO 3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

3.1. Diferencias entre autoría y participación.....	90
3.2. Teorías de la autoría y participación.....	91
3.3. El concepto de autor.....	95
3.3.1. Autoría directa o inmediata.....	96
3.3.2. Autoría mediata.....	96
3.3.3. Coautoría.....	98

3.4. El término participación.....	101
3.4.1. Inducción.....	103
3.4.2. Complicidad.....	106
3.4.2.1. Cómplice primario o cooperador necesario.....	107
3.4.2.2. Cómplice secundario o complicidad sub – secuens.....	108
3.5. Análisis a la Legislación Penal Mexicana.....	109

CAPITULO 4. INTERVENCIÓN OMISIVA, POSICIÓN DE GARANTE Y PROHIBICIÓN DE SOBREALORACIÓN DEL APORTE.

4.1. Los fundamentos para un correcto tratamiento de la intervención omisiva.....	113
4.2. La posición de garante en los delitos activos.....	128
4.3. Intervención omisiva.....	131
4.4. Prohibición de sobrevaloración del aporte. Planteamiento del problema.....	132
4.5. Soluciones propuestas por la doctrina.....	133
4.6. Propuesta de solución.....	135
4.7. La prohibición de sobrevaloración del aporte en la intervención omisiva; a la vez, la intervención omisiva en general.....	137
4.8. Prohibición de sobrevaloración del aporte y la “facilitación imprudente” de un plan delictivo doloso ajeno.....	141
4.9. Propuesta.....	143
4.10. Conclusiones.....	144

Bibliografía

INTRODUCCIÓN.

Para nuestro tema de tesis que consiste en la intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, que trataremos en páginas subsecuentes, es necesario referirnos a la teoría general del delito argumentando que es aquella ciencia que se ocupa de estudiar las características comunes que debe poseer cualquier hecho, para ser considerado como delito, comprendiendo el estudio de sus elementos, en su aspecto positivo y negativo, así como las formas de manifestarse el mismo.

Existen características comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos delictivos unos de otros, presentando cada uno de éstos, peculiaridades distintas y a su vez asignadas penas de distinta gravedad.

El estudio de estas características comunes corresponde a la teoría general de delito, esto es, a la parte general del derecho penal; correspondiendo a la parte especial el estudio de las concretas figuras delictivas y de sus particularidades específicas.

Una de las tareas a las que se enfrenta la teoría general del delito es la de establecer un concepto de delito que contenga todas las características comunes que debe tener un hecho para que pueda ser considerado como tal, debiendo ser sancionado con una pena.

Para poder resolver esta problemática y para conocer la composición del delito, la doctrina ha recurrido a dos concepciones:

- a) La totalizadora o unitaria
- b) La analítica o atomizadora

La teoría unitaria considera al delito como un bloque monolítico, presentándose, como una entidad que no se deja escindir o dividir en diversos elementos, es decir, el delito es un todo orgánico, que no puede de ningún modo ser fraccionable, por lo que su verdadera esencia no se encuentra en cada uno de sus componentes, ni tampoco en la suma de los mismos, sino en el todo y en su intrínseca unidad, precisando que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea.

La teoría analítica estudia al delito de modo diverso que la teoría unitaria, ya que lo desintegra en sus propios elementos, considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito. Lo anterior sin perder de vista que el hecho de que se realice el análisis del delito, no significa que se niegue su unidad, sino que es el medio para realizarla.

Dentro de esta teoría encontramos la posición dicotómica, tritómica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica, según el número de elementos que se consideren para estructurar el delito.

Los partidarios de la teoría analítica se enfrentan con un problema, al momento de analizar el delito, sin perder de vista su unidad, determinar si entre los elementos del delito existe una prelación lógica, prioridad lógica y prioridad temporal.

El Maestro Celestino Porte Petit Candaudap resuelve esta problemática, señalando que no puede existir en primer lugar una prioridad temporal, ya que al aparecer el mismo, sus elementos concurren simultáneamente. Por otro lado concluye que no existe una prioridad lógica, ya que para que nazca el delito se necesitan elementos, los cuales guardan entre sí un orden lógico.

Señalando, por tanto, que “para que haya delito, se requiere de una conducta o hecho, según la descripción típica. Se requiere que exista una adecuación al tipo; después que la conducta o hecho sean antijurídicos y finalmente la concurrencia de la culpabilidad y punibilidad”.¹

De esta manera para que pueda darse la tipicidad, es necesario la existencia de la conducta o hecho; para que se dé la antijuridicidad, debe concurrir la tipicidad y no habría caso aludir a la culpabilidad, si la conducta o hecho no fueran típicos ni antijurídicos.

En razón a lo anterior, se concluye que entre los elementos del delito hay una prelación lógica y no prioridad lógica, en atención de que nadie puede negar que, para que pueda concurrir un elemento del delito, debe antecederle el que le corresponda, atendiendo a la naturaleza propia del delito. El hecho de que sea necesario un elemento para que concurra el siguiente, no significa que haya prioridad lógica, ya que ningún elemento es fundamento del siguiente.

Después de analizar las posturas o posiciones para establecer un concepto de delito, comparto la opinión de la teoría analítica o atomizadora, considerando que para tener un análisis más preciso del delito, es menester descomponerlo o fraccionarlo en todos sus elementos, sin perder de vista su unidad, ya que de esta manera podemos establecer claramente si determinada conducta o hecho se considera como delito o no, siguiendo de antemano, la aportación de la prelación lógica, analizando en primer lugar si existe una conducta o hecho; después definir si dicha conducta se adecúa en la descripción de un tipo penal; indagando después sobre la antijuridicidad de ese hecho, es decir, comprobando si el hecho típico cometido es o no conforme a derecho y por último analizar si el autor de ese hecho es o no culpable, delimitando su punibilidad.

¹ PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. México, Porrúa 1985, pág. 284.

Después de lo dicho hasta ahora, siguiendo a Francisco Muñoz Conde podemos definir el delito como “la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible”.²

Por último, debemos señalar que, de acuerdo a nuestro derecho positivo el delito se encuentra regulado en el artículo 7 del Código Penal Federal refiriendo que: “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”.

² MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Teoría General del Delito, Colombia, Editorial Temis S.A. 2004. pág.4.

CAPITULO 1.

EVOLUCION DEL DERECHO PENAL.

1.1. La Escuela Clásica.

Para poder realizar una breve semblanza de la evolución que ha tenido el derecho penal a lo largo de la historia, es menester conceptualizar al mismo como *“el conjunto de preceptos jurídicos por medio de los cuales se determina cuando, cómo y bajo que condiciones debe alguien sufrir una pena”*.¹

Vincenzo Cavallo define el derecho penal como el *“conjunto de las normas jurídicas que establecen los hechos constitutivos de delitos y fijan las penas que deben aplicarse a los autores de ellos”*.²

No podemos olvidar que en la historia del derecho penal, la doctrina italiana, tiene un lugar muy importante, ya que fueron ellos, quienes pusieron gran atención a los principios generales, asentando las bases del conocimiento científico del derecho penal, razón por la cual a Italia se le denomina *“la patria y la cuna del derecho penal”*.

Fue el período del Iluminismo, quien marcó para la ciencia penalista italiana, el comienzo de un nuevo desarrollo, ya que se publicó en el año de 1764, el Tratado de los Delitos y de las Penas, por Cesar Bonesano Marqués de Beccaria, obra que el mismo Voltaire nombraría como el código de la humanidad.

¹ VON BELING, ERNST. Esquema de Derecho Penal y La Doctrina del Delito Tipo, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2003, pág. 1.

² CAVALLO, VIINCENZO, citado por PORTE PETIT, CELESTINO, op. cit., pág. 16.

Beccaria era un verdadero defensor de la humanidad y a la edad de veintidós años había concebido el plan de la obra que lo inmortalizaría, sin embargo, no se atrevía a emprenderlo, debido a que era una época en la cual florecía la inquisición, razón por la cual estuvo a punto de quemar su obra, ya que al ser publicada dicha obra, sería acusado de impiedad y de sedición.

Por su parte, se encuentra el ilustre mexicano Manuel de Lardizábal y Uribe, nacido en Tlaxcala, el cual escribe en 1782 su *“discurso sobre las penas”* el cual ayuda a la legislación de España facilitando su reforma. En dicha obra, señala que la ley tiene su origen en el príncipe, pero no en cuanto representante de la voluntad, sino en razón de que la facultad de dictar leyes para la conservación de la sociedad es de origen divino.

Sin embargo, Juan Bustos Ramírez afirma que *“desde un punto de vista técnico jurídico, la obra de Lardizábal es superior a la de Beccaria. Hace un despliegue de conocimientos jurídicos, haciendo referencia a casi todos los problemas más difíciles del Derecho Penal, autoría y participación, grados de ejecución, circunstancias de determinación de la pena, diferencia de gravedad punitiva del delito doloso y culposo, el error, la ignorancia, la enfermedad mental, las escalas penales y aun la forma de ejecución de las penas propiciando la existencia de diferentes establecimientos en conformidad con la edad, sexo y otras circunstancias de los presos”*.³

El Tratado de los Delitos y de las Penas es el parte aguas del derecho penal, ya que con su publicación *“las bárbaras formas de la justicia criminal, se desenredaron y pusieron más en orden; los procesos fueron más favorables al acusado; el tormento fue abolido; se rechazaron las antiguas atrocidades judiciares, consagradas por una rutina dura y cruel”*.⁴

³ BUSTOS RAMÍREZ JUAN. Colección de obras, Editorial ARA, Perú 2005. pág. 355.

⁴ BECCARIA. Tratado de los delitos y de las penas, Porrúa, México 2000.

De esta manera, fue que a mediados del siglo XIX, la ciencia penal italiana, tomó otra dirección, abandonando la concepción utilitaria del derecho penal, derivada de las ideas del Iluminismo, el cual se caracterizó por ser racionalista y utilitario, esto es, que buscaba proteger a las clases de los hombres, es decir, que trata más de la prevención de los delitos más que de su represión, siendo un utilitarismo concreto, el cual estaba dirigido al hombre, y con la afirmación del carácter ético retributivo de la pena, surgiendo de esta manera la denominada Escuela Clásica, cuyo máximo representante fue Francesco Carrara.

La Escuela Clásica se forma como una reacción a la barbarie de los métodos medievales donde primaba la tortura como medio de obtención de pruebas y encuentra su base en el derecho natural, afirmando que *“el derecho es congénito al hombre porque fue dado por dios a la humanidad desde el primer momento de su creación, para que aquella pudiera cumplir sus deberes en la vida terrenal”*.⁵ Por lo tanto, el derecho debe tener vida y criterios preexistentes a los pareceres de los legisladores, criterios constantes e independientes de los caprichos de los legisladores y de las utilidades codiciadas por ellos.

Por esta razón, niega la tesis del Contrato Social de Rousseau, debiéndose crear reglas conforme a las normas naturales de Dios. El Derecho es innato al hombre porque es dado por Dios, no obstante, acepta leyes hechas por el hombre pero conforme a las leyes naturales, las cuales requieren para su cumplimiento un conjunto de normas sancionatorias.

Francesco Carrara es el máximo representante de esta escuela y en su Programa de Derecho Criminal, entendiendo por *programa “el principio fundamental y la fórmula en la cual el autor ha sintetizado la fuerza motriz de todos los preceptos que esa misma ciencia debe desenvolver y*

⁵ CARRARA, FRANCESCO. Programa de Derecho Criminal, tomo 1, Editorial Temis S.A. Colombia 1988, pág. 5.

demostrar”⁶, define el delito civil como “la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso”.⁷

En esta definición podemos notar claramente los requisitos de la moderna dogmática del delito: *“la consagración legal, que es la tipicidad, la dañosidad que viene a ser la antijuridicidad y la imputación moral que viene a ser la culpabilidad que supone la imputabilidad”.⁸*

1.1.1. Características de la Escuela Clásica:

- a) Utiliza el método lógico – abstracto o deductivo, es decir, parte de principios generales para aplicarlos a casos concretos. Requiere de un supuesto a priori que es la ley y va de lo general (norma penal) a lo particular (individuo al que se le va a aplicar la pena).

Porte Petit al respecto señala que el método utilizado es el lógico abstracto o método jurídico, el cual consiste en la serie ordenada de los medios por los cuales se llega al conocimiento profundo del contenido de las normas jurídicas, considerando que los momentos de éste, son: *la interpretación, la construcción y la sistematización.⁹*

- b) *“El delito es un ente jurídico, porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho”.¹⁰* Habiendo sido definido el delito como un ente jurídico y no de hecho, quedaba establecido, el límite de lo prohibido, ya que no podía existir un delito,

⁶ Ibidem pág. 3.

⁷ Ibidem pág. 43.

⁸ AGUDELO BETANCUR, AGUDELO. Curso de Derecho Penal. Esquemas del delito, Editorial TEMIS S.A. Colombia, 2002 pág. 7.

⁹ Cfr. PORTE PETIT, op. cit., pág. 39.

¹⁰ AGUDELO BETANCUR, NÓDIER, op. cit., pág. 5.

sino sólo en aquellas acciones que ofenden o amenazan los derechos de los coasociados.

La idea de delito toma su origen en la ley penal, por tanto *“el delito es propiamente la violación de la ley penal o, para ser más exactos, la infracción de una orden o prohibición impuesta por la ley”*.¹¹

- c) Al consistir el delito en la violación de un derecho, se estableció que los derechos no pueden ser agredidos sino por actos exteriores procedentes de una voluntad libre e inteligente, es decir, se requiere la participación de dos fuerzas esenciales, la primera de ellas es la voluntad inteligente y libre y la segunda es el hecho exterior lesivo del derecho.

El hombre es un ser inteligente, por la gracia de Dios y es libre de escoger entre el bien y el mal; si escoge el mal a pesar de estar dotado de la libertad, es justo que se le retribuya con otro mal. Así, el Derecho Penal se funda en la imputabilidad moral, en el libre albedrío.

En este tenor, el hombre debe de tener la capacidad de darse cuenta del valor social del acto que se realiza y también debe tener la aptitud para determinarse autónomamente, resistiendo a los impulsos, es decir, facultad de querer lo que se considera que se debe hacer. Por tanto, los individuos deben saber discernir el bien del mal, esto es, tiene libertad de elección.

- d) La pena, no es sino una emanación del derecho, la cual no puede tener criterios mensuradores al arbitrio del legislador, sino que debe someterse a criterios que regulen su cualidad y cantidad, en proporción al daño sufrido, habiendo una proporcionalidad entre el delito y la pena. La pena es un mal, teniendo ésta carácter retributivo por el daño que el individuo ha causado a la sociedad.

¹¹ ANTOLISEI, FRANCESCO. Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis S.A.Colombia 1988, pág. 20

*“El vocablo pena es sinónimo de castigo, en general, indica el dolor, el sufrimiento que se inflige a quien ha violado un mandato. Su carácter esencial es la aflicción; una pena no aflicción sería y es una verdadera contradicción in terminis; sería como decir luz oscura o fuego frío”.*¹² La pena no es más que una recompensa; es el mal que se sufre por el mal que se ha hecho.

Basándonos en la capacidad que tiene el hombre, al ser libre, para poder actuar hacia el bien o hacia el mal, al infringir el ordenamiento jurídico la pena debe considerarse como un mal, como un castigo, es decir, como retribución de un mal con mal, con efecto intimidatorio.

1.1.2. Postulados fundamentales de la Escuela Clásica.

Después de haber mencionado algunos de los postulados más importantes de dicha escuela, podemos concluir que los postulados básicos de la Escuela Clásica son:

1. El delito es un ente jurídico y no de hecho.
2. La Ciencia del Derecho Penal, es un orden de razones emanadas de la Ley Moral.
3. La responsabilidad penal se fundamenta en la imputabilidad moral, es decir, en una voluntad inteligente y libre.
4. La calidad y la cantidad de la pena deben ser proporcionadas al daño.
5. La tutela jurídica es el fundamento de la represión.

¹² Ibidem pág. 483.

1.2. Escuela Positiva.

*“Durante el siglo XIX un selecto grupo de pensadores revolucionan el mundo de las ciencias del hombre, entre los cuales se encuentra Augusto Comte. Sus repercusiones se harían sentir no sólo en la historia, en la sociología, sino en el campo del Derecho Penal, en la llamada escuela positiva italiana”.*¹³

La aparición de la Escuela Positiva italiana, está determinada por la concurrencia en el campo de la ciencia penal de una serie de condiciones que la justifican y que contribuyen a la expansión de la misma; por un lado tenemos los excesos en los cuales incurrió la dirección clásica y por otro lado los factores de tipo histórico social que favorecieron su desarrollo.

Comte es quien resalta la importancia social de la ciencia, dándole su significación en la sociedad industrial y señala que, las leyes naturales no tienen un carácter iusnaturalista, pues no surgen de un absoluto metafísico, sino que emanan del absoluto que es el mundo físico o social. Así, de lo que se trata es de verificar o descubrir mediante la observación, las leyes que rigen ese mundo físico o social.

*“El positivismo de Comte consiste en dos principios básicos para adquirir y fundar todo conocimiento. El primero consiste en basar todo conocimiento en la experiencia, o sea, en los datos que nos informan los sentidos. La actitud positivista desecha radicalmente todo conocimiento que no provenga directamente de la experiencia. El segundo, consiste en considerar como verdadero sólo aquello que sea explicable en virtud de las conexiones constantes, invariables y uniformes que existen en los fenómenos de la experiencia”.*¹⁴ Es decir, su filosofía se contraponía a la filosofía del idealismo alemán representado por Hegel, Kant, entre otros, grandes pensadores

¹³ BUSTOS RAMÍREZ JUAN, op.cit., pág. 381

¹⁴ SENIOR, ALBERTO F. Sociología, Porrúa, S.A. México 1990, pág. 106

quienes sostenían que el conocimiento se adquiriría a través del ejercicio de la inteligencia.

Así, se sostiene que *“la ciencia positiva no sólo es descriptiva, sino también causal explicativa, la ley de la causalidad resulta esencial para la explicación del mundo. La previsión está basada en que todos los hechos de la naturaleza están subordinados a leyes naturales inmutables, que justamente la observación permite descubrir”*.¹⁵

Con esto surgía la ciencia positiva del siglo XIX, que frente a la razón oponía la observación. Lo básico era la observación, ya que sólo sobre ello podía erigirse un pensamiento científico; por el contrario un sistema erigido sobre la pura razón o el pensamiento, era simplemente especulativo o metafísico, con lo cual fueron duramente criticados los iluministas.

La designación de Escuela Positiva no deriva del sistema filosófico de Augusto Comte, sino únicamente de la aplicación de un método de observación y experimentación en el campo de las Ciencias Penales, naciendo ésta, en contraposición de todas aquellas ideas que le antecedieron.

La Escuela Positiva tuvo el mérito de haber destacado en la ciencia penal la figura del delincuente y atraer la atención del estudioso sobre el aspecto real del delito, aspectos que habían sido olvidados por los clásicos.

El fundador de la Escuela Positiva italiana fue Cesare Lombroso, siendo el primero en cambiar el enfoque del delito como ente jurídico, para dirigirlo hacia el delincuente como hecho observable. Por otra parte tenemos a Raffaello Garofalo, quien pretende estudiar el delito no como ente jurídico, sino como un fenómeno natural o social. Pero quien sin duda, ha logrado una gran influencia en el ámbito del Derecho Penal es Enrico Ferri. Todos ellos son los padres de la criminología.

¹⁵ Ibidem, pág. 384

1.2.1. Características de la Escuela Positiva.

Cesare Lombroso es el principal expositor de la Escuela Positiva italiana y elabora lo que él llamaría Antropología Criminal, ya que un día *“estando observando el cráneo de un delincuente famoso (Villega), observó una serie de anomalías que le hacen pensar que el criminal lo es por ciertas deformidades craneales y por su similitud con ciertas especies animales”*,¹⁶ estableciendo que el delincuente es un enfermo con malformaciones craneales.

Por otra parte, Raffaello Garofalo, el jurista napolitano, *“representa la tendencia jurídica frente al biologismo antropológico lombrosiano y al sociologismo ferriano, logrando con esto el equilibrio de la Escuela Positiva entre Lombroso y Ferri”*,¹⁷ además de que sin su participación la Escuela Positiva no hubiera llegado a ser una verdadera escuela jurídico – penal, ya que en un principio faltó la elaboración jurídica, siendo su mérito, establecer algunos principios que serían pilares del positivismo, y son: prevención especial y prevención general y peligrosidad.

El último de ellos, es Enrico Ferri, quien en sus inicios minimizaba el estudio jurídico del delito, ya que el derecho penal apenas era parte de la sociología criminal, siendo el derecho un capítulo de ésta, pero es él, quien logra conjugar la dirección antropológica – biológica de Lombroso con una concepción sociológica del delincuente. Empieza por reconocer las aportaciones de los clásicos, sin restarles su mérito, pero al mismo tiempo plantea la superación de dicha escuela.

El centro de la investigación lo coloca en el delincuente, el cual es olvidado por los clásicos, siendo éste un ser anormal, ya que el normal es aquel que se adapta a la vida social, por lo que, el que no se adapta, que es el delincuente, es un sujeto anormal por diversos factores.

¹⁶ RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS. *Criminología*, Porrúa, S.A. México 1998, pág. 212.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 240.

Este autor, *“refiere que existen tres tipos de factores; el primero de ellos es el antropológico los cuales refieren a su constitución orgánica (anormalidades en el cráneo), la constitución psíquica (anormalidades en la inteligencia) y sus características personales (raza, sexo, profesión). Los factores físicos comprenden el clima, la temperatura, etc., y los sociales resultan del medio ambiente, de la familia, de las costumbres etc. Sobre estas bases hace una clasificación de los delincuentes”*.¹⁸

Después de haber planteado la anormalidad del delincuente y su determinación por diversos factores, resulta por tanto, negado el libre albedrío, principio que no puede demostrarse científicamente, motivo por el cual fue rechazado por los positivistas.

Por lo que, *“el criterio básico que se ha de tener en cuenta por las leyes penales no es la entidad del delito, sino la peligrosidad social del delincuente. Este será entonces para el positivismo el criterio fundamental que hay que considerar al aplicar la ley penal”*.¹⁹

La escuela Positiva italiana significó, una verdadera revolución en el ámbito del Derecho Penal, desarrollándose durante mucho tiempo lo que se llamó la lucha de escuelas, entre los clásicos y los positivistas, la cual se calma una vez aceptado el sistema de *“doble vía”*, es decir, un sistema penal tanto de culpabilidad como de peligrosidad y medida, siendo ésta idea, una aportación de la Terza Scuola, la cual analizaremos en el siguiente apartado.

1.2.2. Postulados fundamentales de la Escuela Positiva.

Para concluir, podemos señalar como postulados fundamentales de la Escuela Positiva los siguientes:

¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ JUAN, op. cit., pág. 386.

¹⁹ Ibidem, pág. 387.

1. Al Derecho Penal y a las ciencias penales, hay que aplicarles el método de las ciencias naturales y por tanto las leyes que lo rigen, y en cuanto al método, la observación del delincuente como una entidad total antropológica y social, es decir, utilizan el método inductivo – experimental.
2. Se traslada la atención del delito, como ente jurídico, al delincuente como realidad del mundo natural, siendo éste un ser anormal, en razón de diversos factores, con lo cual se niega el libre albedrío y se rechaza el concepto de imputabilidad, ya que este supone la normalidad del delincuente.
3. El delito es tanto un ente jurídico como un ente de hecho, ya que uno y otro resultan insuficientes si no se integran; el delito es un signo o expresión de la personalidad socialmente peligrosa del delincuente, siendo éste un fenómeno de la naturaleza, siendo un ente real, actual y existente.
4. El fundamento de castigar reside en la responsabilidad social, ya que todo hombre por el solo hecho de vivir en sociedad, debe responder de su modo de comportarse. Con esto se sustituye la imputabilidad moral, por el principio de responsabilidad social.
5. Desaparece la distinción entre pena y medida de seguridad, ya que aquella no puede tener por finalidad la retribución, sino la readaptación social al igual que la medida, por lo que el derecho a imponer sanciones pertenece al Estado a título de defensa social, siendo más importantes los substitutivos penales que las penas.
6. Las cárceles deben convertirse en establecimientos que logren la readaptación social del delincuente, olvidando así el carácter represivo de los centros de reclusión.

1.3. Tercera escuela (terza scuola).

*“De la lucha entre los juristas puros, reunidos en la Escuela Clásica y los representantes de la Escuela Positiva, surgen una serie de intentos de conciliación, sea aceptando parcialmente los postulados de cada una, sea tratando de combinarlos”.*²⁰ El enfrentamiento con los sostenedores de ambas posturas fue la base de la lucha de escuelas, que cubrió un período por más de medio siglo en Italia.

El límite temporal de la denominada lucha científica *“va desde la aparición de la obra de Lombroso hasta pocos años antes de la segunda guerra mundial. En general fue una lucha de políticas penales asentadas sobre criterios filosóficos diversos”.*²¹

La Tercera Escuela, trata de trazar una línea de convergencia entre las otras dos escuelas, ya que tanto la Escuela Clásica como la Positiva, imponen sus conceptos en bloque, era complicado renunciar a algún postulado de determinada posición, sin renunciar a los demás, ya que se trata de dos esquemas cerrados, de una construcción casi perfecta, donde un concepto lleva lógicamente a los demás.

Fue por lo anterior, que surgieron algunas tentativas de conciliación entre ambas escuelas, lo cual contribuyó a oscurecer más las cosas en Italia. Una de estas series de tentativas de unificación, correspondió a la conocida como la *“terza scuola”* en la cual *“se reunían autores heterogéneos, todos los cuales tuvieron como característica común sólo el empeño por lograr una teoría unitaria, aunque rechazaban la calificación de eclécticos”*²², siendo sus más notables representantes Gugliermo Sabatini, Bernardino Alimena, Impallomeni y Emmanuele Carnevale.

²⁰ RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS, op. cit., pág. 244.

²¹ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Editorial Cárdenas, México 1988, pág. 226.

²² Ibidem, pág. 228.

*“El epicentro del debate político penal fue Italia, pero el positivismo tuvo también su versión germana, donde fue representado por Franz von Liszt, en abierta lucha contra el grupo cuyas cabezas visibles eran Karl Binding y Birkmeyer”.*²³

Ahora, mencionaremos brevemente, algunas de las ideas fundamentales de cada uno de los exponentes más representantes de ésta escuela intermedia.

1.3.1. Características de la Tercera Escuela

Dicha escuela, reúne en el género *“coacción criminal las penas y las medidas de seguridad”* el cual se basa en la capacidad para ser sujeto de la relación jurídico – penal, y no en el libre arbitrio, como lo hizo la escuela clásica, por tanto distingue entre sujetos imputables e inimputables, fincando la imputabilidad en la capacidad para sentir la intimidación de la pena y considera que a los sujetos inimputables, es necesario aplicarles medidas de seguridad, rechazando la idea de hacer responsables a estos sujetos

Por otro lado, se afirma que la naturaleza de la pena debe ser la coacción psicológica, por lo que debe ser necesaria y suficiente, debiendo alcanzar el máximo de defensa social con el mínimo de sufrimiento individual, por lo que considera que las tesis retributivas requerían un equilibrio, inclinándose al parecer, por la postura de la intimidación en un sentido parecido al de Fevrbach, por ello otorgaba gran importancia al reforzamiento por los sustitutivos penales, sosteniendo que la pena tiende a desaparecer, dulcificándose los sentimientos del hombre frente al criminal. Sin embargo, el reemplazo por los sustitutivos penales no está próximo ni puede ser inmediato.

Niega la posibilidad de que el Derecho sea absorbido por la Sociología y ve la necesidad de la Sociología, de la Estadística, de la Antropología y de la Psicología para complementar la Dogmática, es decir que el Derecho requiere de más ciencias para su complementación.

²³ Ibidem, pág. 227.

Asimismo, se introduce el concepto de dirigibilidad, *“la acción penal tiene sentido respecto de sujetos dirigibles, y resulta improcedente para aquellos que no presenten tal característica; lo que no quiere decir que respecto de ellos no sea posible ningún medio defensivo, por el contrario, respecto de ellos se puede actuar con medios no penales, es decir, las medidas de seguridad”*.²⁴

Propugna un mayor respeto a la personalidad del derecho penal como ciencia autónoma y jurídica, rechazando la rotura de sus límites y su confusión con otras ciencias.

La Terza Scuola se coloca en un punto intermedio entre los clásicos y el positivismo. Por una parte *“no acepta el libre albedrío y sí el determinismo, con lo cual acoge postulados del positivismo; pero al mismo tiempo con su concepción de dirigibilidad evita sacar las consecuencias a que llega el positivismo y logra un criterio en cierto sentido de responsabilidad, diferente del de los clásicos y del positivismo”*²⁵ que le permite hacer una distinción entre imputables e inimputables.

Por lo que hace a las sanciones penales, éstas tienden a excluir el fin de la prevención especial, que sería lo propio de la medida de seguridad. Las penas deben de tener un carácter aflictivo y de prevención general.

“De cualquier manera, creemos que los autores de esta llamada terza scuola, el pensamiento más vigoroso fue el de Carnevale, quien, acertó en atacar al positivismo donde debía ser atacado”.²⁶

Uno de los méritos de esta posición radica en romper esos esquemas monolíticos y crear algo diferente, realizando más que una composición de dispersos elementos de las dos escuelas, concretar un método unitario; y la clara distinción entre ambas ciencias, es decir, entre el Derecho y la Criminología como entre ambos métodos.

²⁴ BUSTOS RAMÍREZ JUAN, op. cit., pág. 405.

²⁵ Ídem.

²⁶ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, op. cit., pág. 229

Así, cada posición que surgía de la lid, era calificada como “escuela”, por lo que dicha lucha escolástica llegó a extremos, donde la superproducción de escuelas motivó serias y enconadas críticas. Sin embargo, *“difícilmente se pueden considerar como escuelas, originales, sino como corrientes intermedias que toman fundamentos y métodos de una y de otra parte”*.²⁷

1.3.2. Postulados fundamentales de la Tercera Escuela.

Por último y después de haber analizado los postulados fundamentales de los exponentes más representativos, podemos concluir que los principales enunciados de la Tercera Escuela son:

1. Hace la distinción entre Derecho Penal y Criminología en cuanto al método, en el primero debe ser lógico abstracto y en el segundo causal explicativo, dándole así su autonomía al Derecho Penal como ciencia jurídica.
2. Señalan que deben existir tanto penas como medidas de seguridad, siendo la naturaleza de la pena la coacción psicológica y la medida aplicada para los inimputables.
3. Señalan que la finalidad de la pena, no sólo debe ser el castigo o la retribución, sino que debe tener una función correctiva y educativa.
4. La imputabilidad está basada en la dirigibilidad de los actos del hombre, distinguiendo entre los sujetos imputables e inimputables.

²⁷ RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS, op. cit., pág. 244.

1.4. Escuela de Marburgo.

*“La función del Derecho penal depende de la función que se asigne a la pena y a la medida de seguridad, como medios más característicos de intervención del Derecho penal”*²⁸. Por tal razón, examinaremos brevemente las llamadas teorías de la pena, para entender la importancia de las ideas de Franz von Liszt.

1.4.1. Teorías de la pena.

a) Teorías absolutas.

Es la concepción más tradicional de la pena ya que le asigna la función de la retribución exigida por la justicia, por lo que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar su merecido.

El contenido retribucionista de la pena se encuentra plasmado básicamente en las ideas de dos de los más grandes filósofos de la cultura europea, me refiero a Immanuel Kant y Hegel. *“Para Hegel la pena es la negación de la negación del derecho”*²⁹, cumpliendo ésta, sólo un papel restaurador o retributivo, y según sea el quantum o intensidad de la negación del derecho, así también será el quantum o intensidad de la nueva negación, que es la pena.

Para Kant, la pena tiene una fundamentación ética y señala que *“la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto, ése es su único fundamento”*³⁰. Y menciona que *“la pena no se justifica por el fin, porque el hombre no puede ser considerado como medio para cumplir un fin al modo de otros objetos de derecho real”*³¹ ya que es éticamente inadmisibles, fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social, es decir, anteponiendo al individuo, en vez de la sociedad, por lo que la ley penal se presenta como un imperativo

²⁸ MIR PUIG, SANTIAGO. Derecho Penal. Parte General, Editorial Tecfoto, S.L., España 1996, pág. 45

²⁹ HEGEL, citado por BUSTOS RAMÍREZ, op. cit., pág. 90.

³⁰ KANT, citado por BUSTOS RAMÍREZ, Ídem.

³¹ ANTON ONECA, JOSÉ. Derecho Penal, Editorial Akal, España, 1986, pág. 39.

categorico, esto es, como una exigencia incondicionada de la justicia, la cual se impone con carácter absoluto.

b) Teorías relativas.

Estas teorías asignan a la pena la misión de prevenir los delitos como forma de protección de determinados intereses sociales, teniendo ésta una función utilitaria, siendo necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. No justifican la pena como mero castigo, ya que la retribución mira al pasado y la prevención mira al futuro.

Reciben el nombre de relativas, debido a que, *“a diferencia de la justicia, que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales”*.³²

Dentro de las teorías absolutas, existen dos corrientes:

1. Prevención General.

Feverbach es para los alemanes el fundador de su ciencia penal nacional y siguiendo a Beccaria, señala que la pena debe tener una finalidad utilitaria, siendo insuficiente la coacción física, debiendo cambiarla por la psicológica, debiendo servir como amenaza dirigida a todos los ciudadanos, para que se abstengan de cometer delitos.

La prevención intimidatoria constituye la llamada *prevención general negativa*; y el aspecto de afirmación del Derecho penal se denomina *prevención general positiva*.

2. Prevención Especial.

Este tipo de prevención no se dirige a la colectividad, tal como lo hace la general, sino que tiende a prevenir los delitos que pueda proceder de una persona determinada, es decir, se refiere al sujeto que ha delinquido, por lo que la pena tiene la finalidad de evitar que quien la sufre vuelva a delinquir,

³² MIR PUIG, SANTIAGO, op. cit., pág. 49.

operando ésta en el momento de la ejecución de la pena;³³ por ejemplo un sujeto que ha sido condenado por sentencia ejecutoriada a compurgar una pena privativa de libertad.

La prevención especial o individual, se extendió a finales del siglo XIX, presentándose como una alternativa nueva, la cual fue defendida por la escuela positiva en Italia y por la dirección moderna de Von Liszt en Alemania.

Liszt consideró que la pena sólo podía justificarse por su finalidad preventiva, de ahí su concepto de pena final en su famoso Programa de Marburgo, el cual abordaremos más adelante, en el cual sentó el siguiente programa político criminal:³⁴

1. La pena correcta, es decir, justa, es la pena necesaria, la que se determina con arreglo a la prevención especial.
2. La finalidad de prevención general se cumple de forma distinta según las tres categorías de delincuentes que muestra la criminología:
 - a) Frente al delincuente *ocasional* necesitado de correctivo, la pena constituye un recordatorio, que le inhiba de posteriores delitos;
 - b) Frente al delincuente *no ocasional* pero corregible, debe buscarse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena y:
 - c) Frente al delincuente *habitual* incorregible, la pena ha de conseguir su inocuización a través de un aislamiento que puede llegar a ser perpetuo.

³³ Cfr. Ibidem, pág. 52.

³⁴ Ibidem, pág. 53.

“Tras este programa se halla una concepción del Derecho penal como instrumento de lucha contra el delito, lucha dirigida a las causas empíricas del delito, las cuales se reflejarían en la personalidad del delincuente”³⁵, siendo su objetivo la protección de los bienes jurídicos.

c) Teorías Mixtas o unitarias.

Las exigencias planteadas por la escuela sociológica de Liszt, no fueron bien aceptadas, razón por la cual surgió la denominada lucha de escuelas, entre la tendencia moderna y la clásica. La lucha de escuelas tiene significación *“cuando la corriente clásica se manifestó contra la pena final y a favor de la pena jurídica de carácter retributivo y a la inversa, cuando Liszt y sus partidarios defendieron la equiparación de la pena ligada a un fin con la pena necesaria y por ello justa”³⁶*.

Es de esta manera, como surgen las llamadas teorías eclécticas, las cuales a partir de Liszt, *“trataron de combinar junto al criterio fundamental retributivo, la aplicación de medidas, esto es el planteamiento de la doble vía en el derecho penal, reconociéndole una naturaleza retributiva, con criterios preventivo especiales”³⁷*.

1.4.2. Principios fundamentales de Franz Von Liszt.

Después de haber expuesto brevemente las teorías de la pena, analizaremos ahora las ideas de Franz Von Liszt, ya que es el autor que logró universalizar la prevención especial, dándole un cambio radical a la ideas de la pena, teniendo aplicación hasta hoy en día.

³⁵ LISZT, citado por MIR PUIG, *Ibidem*, pág. 54.

³⁶ MAURACH, REINHART, *op. cit.*, pág. 98.

³⁷ BUSTOS RAMÍREZ. Control social, *op. cit.*, pág. 107.

Liszt nació en Viena el 2 de marzo de 1851 y muere el 21 de junio de 1919, y es uno de los representantes más serios del positivismo en Alemania, siendo el Programa de Marburgo, uno de sus más importantes trabajos, mismo que lleva por título *“la idea del fin en el derecho penal”* el cual se publicó en 1882.

Maurach señala que el sistema de derecho penal de Liszt se encuentra dividido en dos campos: el primero de ellos es el campo de las consecuencias jurídicas del hecho, siendo éste un sistema de sanciones orientadas a la adecuación a un fin y; el segundo campo es el la dogmática jurídico penal, dentro del cual se encuentran las instituciones jurídicas ligadas a presupuestos objetivos, ya que establecen los límites del poder del Estado³⁸.

Franz von Liszt, fundador de la llamada escuela sociológica, aplica las ideas de Ihering sobre el fin en el derecho y levanta bandera por las teorías relativas, las cuales justifican la pena en virtud de su fin, siendo éste la defensa social. Por otro lado, fue el primero en *“explicar al delito y la pena como fenómenos reales de la vida social pertenecientes al destino de cada ser humano particular, haciendo posible un nexo entre derecho penal y criminología, las que eran ajenas hasta entonces”*.³⁹

La concepción e ideología político – criminal básica, se encuentra plasmada por primera vez en su ensayo titulado *“la idea del fin en el derecho penal y en el Programa de Marburgo”*, significando dichos trabajos un intento por superar las teorías penales absolutas de la pena, ya que con la frase de que el Derecho penal es la Carta Magna del delincuente, *“admite que no protege a la comunidad sino al individuo rebelado contra ella, garantizándole el derecho a ser castigado únicamente bajo los presupuestos legales y dentro de sus límites legales”*.⁴⁰

³⁸ Cfr. MAURACH, op. cit., pág. 98 y 99.

³⁹ MAURACH, REINHART. Derecho Penal, Parte General, tomo 1, Editorial Astrea, Argentina, 1994, pág. 97.

⁴⁰ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, op. cit., pág. 239.

Sin embargo, la posición de Liszt también recibió severas críticas. Así Bustos Ramírez menciona que respecto a la función resocializadora de la pena *“el punto más crítico de una pena resocializadora reside en el cuestionamiento de para qué y a qué sociedad”*⁴¹. Lo anterior no significa que a quien se pretende resocializar no esté socializado, pues otras veces la socialización será perfecta; y respecto a la legitimación misma del Estado para adoptar tales medidas Roxin, se pregunta *¿que es lo que puede legitimar a una mayoría para subyugar a una minoría?, ya que al sujeto no se le puede instrumentar para lograr los fines del Estado, ya que de lo contrario se estaría perdiendo el respeto por la dignidad humana, siendo ésta, uno de los pilares del Estado de derecho.*

No obstante, la anterior crítica a los pensamientos de Liszt, la prevención especial tiene el acierto de haber puesto énfasis sobre el individuo considerado como tal, sin referirse a él, como un ser abstracto e indefendible, tal como lo hizo la teoría retributiva y la general. Por otra parte *“despoja a la pena del carácter tradicional, mítico moralizante, ya que ahora de lo que se trata, es simplemente de poder adecuar la pena a las particularidades del sujeto, para volverlo una persona útil para la sociedad o por lo menos para que no vuelva a delinquir y no perjudique a la misma”*⁴².

Con ello, podemos decir, que la prevención especial es un planteamiento que se adecúa más con un Estado de Derecho, preocupado por la suerte de todos los individuos que participan en ella, la cual pretende transformar las estructuras y las relaciones sociales, con el objeto de tener una sociedad mejor, ya que pone mayor acento en la concepción preventivo especial de la pena, repudiando el pensamiento de la pena – retribución, a favor de la pena – finalidad.

⁴¹ BUSTOS RAMÍREZ. Control social..., op. cit., pág. 104.

⁴² Cfr., Ibidem, pág. 106.

1.5. Escuela de Kiel

*“El surgimiento de la llamada Escuela de Kiel en el Derecho Penal, no sólo es explicable en razón del cambio político ocurrido en Alemania, sino también porque en lo interno del Derecho Penal se había producido una evolución que allanaba el camino a una tal teoría”.*⁴³ Por lo tanto, para poder entender esta escuela, no basta con tener en cuenta únicamente antecedentes políticos y de teoría del Estado, sino que también, es necesario analizar los que tienen un carácter estrictamente penal.

Hans Welzel, señala que *“en cuanto a la suerte del Derecho Penal en el Tercer Reich, pueden diferenciarse tres líneas evolutivas”.*⁴⁴

- a) La mayor parte de las penas privativas de libertad y de muerte, impuestas por el Estado, se llevaron a cabo sin garantías judiciales.
- b) El Derecho Penal sufrió una considerable alteración en su estructura fundamental, ya que introdujo leyes meramente políticas, como las leyes de protección de la raza y contra la infidelidad.
- c) Se mantuvo una línea de desarrollo jurídico apolítico, sobre la base de antiguos proyectos de reforma.

Para entender más claramente los postulados de la Escuela de Kiel, analizaremos en primer lugar los antecedentes históricos, los cuales nos darán el panorama histórico, a través del cual se desarrollaron las ideas de esta escuela; y en segundo lugar se analizarán las aportaciones dogmáticas de sus máximos representantes.

⁴³ BUSTOS RAMÍREZ JUAN, op. cit., pág. 419.

⁴⁴ WELZEL, HANS. Derecho Penal Alemán, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1969, pág. 14.

- **Marco histórico.**

El nacionalsocialismo, también conocido como nazismo, es un movimiento político alemán que se constituyó en el año de 1920, con motivo de la creación del Partido Nacionalsocialista Alemán del Trabajo, llamado partido nazi.

Las raíces del nacionalsocialismo eran típicamente alemanas, porque fue constituido por el partido nazi comandado por Hitler, (como sabemos Hitler fue el político alemán propiciador de la segunda guerra mundial), la expansión militar de la herencia prusiana, la tradición alemana que se oponía al racionalismo, al liberalismo y a la democracia, y por un lado doctrinas racistas, según las cuales los pueblos nórdicos eran no sólo físicamente superiores a otras razas, sino también cultural y moralmente; y por otro lado, diversas doctrinas filosóficas, entre los que se encuentra Friedrich Nietzsche, que idealizaban al Estado o exaltaban el culto a los individuos superiores.

Sin embargo, el origen inmediato del nacionalsocialismo debe buscarse en las consecuencias de la derrota alemana en la Primera Guerra Mundial (1914 – 1918), por lo que la República de Weimar, empezó a sufrir una crisis económica, ya que dejó de recibir el flujo de capital extranjero, aumentando el desempleo, entre otras cosas, por lo que empezó la caída del II Reich.

A partir de este momento se inicia la creación del Estado nacionalsocialista, siendo un sistema de gobierno autoritario y autocrático (se trata de la Alemania fascista, gobernada por un solo partido político, que era el partido nacionalsocialista alemán, comandado por Hitler) instituido bajo un sistema de partido único, ya que todas las demás agrupaciones políticas se consideraban delito, por lo que los nacionalsocialistas pasaron a ser la única organización política legal, bajo el mando de Adolfo Hitler, quien elimina la oposición de las clases trabajadoras y de todos los demócratas.

La creación del nuevo orden permitió resolver el desempleo y proporcionar un nivel de vida aceptable, y a medida que crecía este orden, los nazis avanzaban política y diplomáticamente en la creación de la Gran Alemania.

Con el establecimiento del nacionalsocialismo se abrió campo a la Escuela de Kiel. Para ellos el bien jurídico estaba constituido por la dañosidad social de las conductas, la cual estaba en relación directa con los fines e intereses del Estado, de manera que todo aquello que atentara contra el sano sentimiento del pueblo alemán era delictivo. La defensa del Estado nazi y la pureza de la raza aria, se convierten en bienes jurídicos que irradian todo el sistema y *“sólo algunas de las profundas modificaciones que el totalitarismo produjo en Derecho Penal están todavía vigentes”*.⁴⁵

Después de lo anterior, podemos decir que el nacionalsocialismo solucionó algunos conflictos ante los que la República de Weimar se mostró impotente y transformó a la débil república en un Estado industrial y políticamente poderoso. Pero esta reconstrucción condujo a la Segunda Guerra Mundial, siendo el enfrentamiento bélico más cruel de la historia de la humanidad. El nacionalsocialismo es más que un simple movimiento de protesta de la postguerra guiado por un eficaz agitador de masas como Hitler, sirviendo la caída del nazismo, para acabar con los defensores de estas posturas.

- **Marco dogmático.**

Durante la época del nacionalsocialismo, hubieron manifestaciones en Alemania, a favor de un Derecho penal autoritario, como el propagado por los representantes de la Escuela de Kiel, que *“condujeron a la negación de ciertos principios y conceptos fundamentales característicos del Derecho penal liberal y un Estado de derecho y, por tanto, a la obstaculización de la construcción dogmática”*.⁴⁶

Los representantes más importantes de esta escuela son Georg Dahm y Fridrich Schaffstein; ambos intentaron dar contenido a un nuevo modelo de la teoría del delito. *“La Escuela de Kiel, con el objeto de fundamentar su teoría*

⁴⁵ JESCHECK, HERINRICH. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Bosch, Casa editorial, S.A. España, 1981.

⁴⁶ MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS. Revista Mexicana de justicia N. 2. Vol. III. Abril – Junio, México 1985, pág. 53.

del delito requería de la negación del concepto de bien jurídico en su contenido material, tal como se había propuesto por von Liszt".⁴⁷

Es así como Schaffstein sustituye el planteamiento del delito como un ataque a bienes jurídicos por el de una lesión del deber. *"Mediante el concepto de deber, es posible entonces superar la división tradicional entre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y señalar que la esencia y lo concreto del injusto es la lesión del deber"*.⁴⁸ Pero al mismo tiempo logra un centro de unión entre antijuridicidad y culpabilidad.

La proposición de Schaffstein es *"la supresión del concepto garantizador del bien jurídico por el de deber, que en verdad significa el deber del individuo con el Estado, y por eso, implica entonces llegar al sacrificio del individuo en aras de la comunidad"*.⁴⁹ Con lo anterior, Bustos Ramírez señala que *"se desmontaban las garantías fundamentales que se habían construido desde el iluminismo para el reconocimiento y aseguramiento de los derechos del individuo frente al Estado"*.⁵⁰

Los planteamientos aportados por Schaffstein se relacionan con los aportados por Dahm, quien concibe al delito como una traición, ya que parte, para dicha concepción, del delito de alta traición y de traición a la patria, señalando que *"el delito no consiste en la lesión de un bien jurídico, como lo señala el Derecho Penal liberal, sino en la afectación de un deber de fidelidad"*,⁵¹ por lo que siempre el delito va a constituir una traición del individuo respecto de su pueblo; de ahí que el delincuente sea calificado como un traidor, siendo lo único relevante los sentimientos del pueblo y la raza, teniendo la pena la finalidad de eliminar a los elementos de la población perjudiciales para ésta.

⁴⁷ BUSTOS RAMÍREZ JUAN, op. cit., pág. 421.

⁴⁸ Ibidem, pág. 423.

⁴⁹ SCHAFFESTEIN, citado por BUSTOS RAMIREZ, JUAN, op. cit., pág. 424.

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ Ídem.

Otra consideración importante es que se concibe el Derecho penal de autor, que no sólo sanciona al acto como forma externa de la conducta, sino que pune la manera de ser del autor y no al acto en sí, con lo que no se limita la función punitiva del Estado, sino que se pretende una ideología totalitaria. Como ejemplo, “basta mencionar la anulación del principio fundamental en el Estado de Derecho *“nullum crimen, nulla poena sine lege”*. Conforme a ello, ya no se podía castigar un hecho solamente cuando había sido declarado como delito por la ley, sino que *“también cuando el hecho merece pena según la idea fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento popular”*⁵², abriendo con ello, las puertas a la manipulación del Derecho Penal.

La Escuela de Kiel critica al racionalismo y trata de captar la realidad de la vida social, ya que para ello, no sirve ni la razón ni los conceptos, sino una aprehensión intuitiva, conforme a la representación del pueblo, de la esencia de las cosas. Al racionalismo se opone un planteamiento irracionalista. Por tanto, el delito no puede conocerse ni a través de las leyes, ni lograrse tampoco por un conocimiento lógico, mediante la elaboración del esquema de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, pudiendo conocerse el delito, sólo mediante una aprehensión de su esencia total, a través de la representación del pueblo.

Respecto a esta Escuela, Antón Oneca menciona que *“esta ideología que puso a la ciencia penal al servicio de la autoridad del Estado, entraña una política de urgencia que tendía, a conservar la disciplina mediante la intimidación general y la eliminación de los inadaptados”*.⁵³ Algunas de las características más importantes de la Escuela de Kiel, que menciona Antón Oneca son:⁵⁴

⁵² ROXIN, CLAUS. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Civitas S.A. España 1997, pág. 120.

⁵³ ANTON ONECA, JOSÉ. op. cit., pág. 42.

⁵⁴ Cfr. Ídem.

- Frente al legalismo de la dirección dogmática se proclamó fuente del derecho penal el sano sentimiento jurídico del pueblo alemán, debiendo predominar sobre la antijuridicidad formal, la material, es decir, que sobre la ley están, los intereses vitales del pueblo alemán y los fines del Estado y contra el dominio de la razón, está el de la intuición.
- El delito se concibe no como ataques jurídicos, sino como infracción del deber de fidelidad del pueblo, apareciendo alado de los tipos de hechos, los tipos de autor, en los cuales se imponen penas, incluso la pena de muerte, por la peligrosidad del sujeto. Se llega a ver, por tanto, en el derecho penal de autor, un método general de interpretación.
- Se realizó una crítica sistemática a la prevención especial, teoría propuesta por Von Liszt y en su lugar, se recomendó el regreso a la teoría de la expiación y la prevención general.

Podemos concluir, tal como señala Roxin, que *“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”*.⁵⁵

1.6. Análisis a nuestra legislación.

La mención de las escuelas penales señaladas con anterioridad, tiene como finalidad conocer los postulados más fundamentales de cada una de ellas, con el objeto de entender la evolución del Derecho Penal. En razón de que el ordenamiento jurídico está constituido por un conjunto de normas, las cuales se dividen en dos clases *“en sentido amplio y en sentido estricto; en este último sentido está considerada la norma penal, abarcando el precepto y la sanción y en sentido amplio, cualquier precepto del restante ordenamiento jurídico penal”*⁵⁶, razón por la cual es preciso utilizar la interpretación de la ley penal y los métodos de integración de la misma; consistiendo la primera en

⁵⁵ ROXIN, CLAUS, op. cit., pág. 119.

⁵⁶ PORTE, PETIT, op. cit., pág. 141.

buscar la voluntad de la ley y la integración para cubrir las lagunas legales, que se den en relación a las normas en sentido amplio, ya que en relación a las normas en sentido estricto, no puede afirmarse la existencia de lagunas, por la limitación establecida por el principio de legalidad, siendo cada zona no inculpada una zona de libertad.

Por tal razón y atendiendo a la interpretación histórica de la ley penal, es necesario conocer entre otras cosas, los postulados o principios fundamentales de las escuelas más importantes que se han desarrollado a lo largo de la historia, para crear una legislación penal, que cumpla con las necesidades de los individuos, y que los ayuden para llevar una vida en sociedad, de ahí la importancia de conocer las escuelas a través de las cuales ha ido evolucionado la dogmática penal.

Para determinar que lineamientos toman en cuenta los legisladores, para la creación de un ordenamiento legal, lo recomendable es examinar en primer lugar la exposición de motivos, ya que por un lado, en ella se expresan, las razones que se tuvieron en cuenta para derogar, modificar o sustituir las disposiciones legales, y por otro lado se determina la opinión de la mayoría sancionada y dada a conocer oficialmente.

De esta manera, es importante mencionar las legislaciones penales, que anteceden al actual, para encontrar el alcance y origen de nuestro Código Penal. En esta tesitura, tenemos que el Código de 1871 (conocido también como el Código de Martínez de Castro) se fundamenta en los postulados de la escuela Clásica, admitiendo un leve sentido positivo. El Código de 1929 (conocido también como el Código de Almaraz), intentó plasmar algunos postulados de los positivistas, no logrando su objetivo. El Código de 1931 representa una tendencia ecléctica entre la escuela Clásica y la Positiva, ya que se considera que ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal, puede

servir para fundar la construcción de un Código Penal, razón por la cual se sigue una tendencia ecléctica y pragmática.⁵⁷

Considero que hasta el día de hoy, no se ha logrado una evolución del ordenamiento penal, ya que el Código Penal Mexicano de 1871, está tomado íntegramente del Código Español de 1870, del que se copiaron hasta las faltas de ortografía, siendo éste a su vez, transcrito del Código Napoleónico, por lo que entonces es el que nos rige actualmente.

Por otro lado, la creación del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en el año 2002, por el entonces Jefe de Gobierno, el señor Andrés Manuel López Obrador, es una reproducción textual del Código de 1931, esto es, si revisamos el artículo 24 del Código Penal Federal y el artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal, notaremos que se transcribió íntegramente lo concerniente a las “Penas y Medidas de Seguridad” lo cual nos da todavía más fundamento, para afirmar que no hemos avanzado en nada en materia penal; aparte de que la mención de Nuevo Código Penal, era totalmente errónea, ya que el Código subsecuente, por tanto, tendría que ser el Nuevo del Nuevo, constituyendo tal denominación algo ilógico.

Es por lo anterior, que resulta de gran importancia para conocer las ideas más trascendentales de cada escuela, las cuales nos deben ayudar para en el futuro formular una legislación eficaz acorde a las condiciones sociales de ese momento. Ya que no debemos olvidar que “el avance de un pueblo, se puede notar en su sistema de justicia penal”, porque es la manifestación más expresiva de un sistema político, es decir, en el cual se respetan los derechos fundamentales de los gobernados de manera efectiva; en mi opinión se está ante la presencia de un Estado Democrático de Derecho. En cambio, en un sistema penal de corte autoritario (como el nuestro) se está en presencia de un Estado autoritario, antidemocrático.

⁵⁷ Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Hacia una reforma del sistema penal, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, número 21, México, 1985.

CAPITULO 2.

CORRIENTES DEL DERECHO PENAL.

2.1. Consideraciones Generales.

El esquema clásico del delito es aquel que corresponde a la dogmática penal de los primeros años del siglo XX y es conocido también como el esquema Liszt – Beling, ya que fueron ellos los máximos representantes de esta postura dogmática. Liszt es quien toma como pensamiento científico el de las ciencias naturales, con una adhesión al positivismo naturalista, el cual trata de aplicarlo al campo de la teoría del delito.

Dicho esquema parte de la acción como concepto fundamental de la teoría del delito, *“acción que para acarrear sanción penal debía encajar en una descripción legal, no estar amparada por una causa de justificación y ser realizada por una persona imputable, con capacidad de determinación y que hubiese obrado con culpabilidad”*.⁵⁸

De todos los elementos necesarios para la configuración del delito, este esquema los concibió, unos de manera objetiva y otros de manera subjetiva. Partió de una afirmación simple: *“en el delito existen dos partes una objetiva y otra subjetiva, la parte objetiva está conformada por la acción, la tipicidad y la antijuridicidad; la parte subjetiva por la culpabilidad”*.⁵⁹

El maestro Celestino Porte Petit, señala que los elementos del delito en su aspecto positivo, son los siguientes: *“una conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y a veces alguna condición objetiva de punibilidad y la punibilidad”*.⁶⁰

⁵⁸ AGUDELO BETANCUR, NÓDIER, op. cit., pág. 23.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ PORTE PETIT, CELESTINO, op. cit., pág. 248 y 249.

Y después de haber mencionado el concepto dogmático del delito, diremos que los elementos del delito en su aspecto negativo son: la ausencia de conducta, atipicidad, las causas de licitud, la inimputabilidad, la inculpabilidad, la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias.

Para entender de manera más clara el esquema clásico, analizaremos cada uno de los elementos del delito, tanto en su aspecto positivo, como negativo.

2.1. Aspectos positivos del delito.

1.2.1. La conducta o hecho.

La conducta consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario. Dentro de este término quedan comprendidas dos formas de conducta: la acción (hacer) y la omisión (no hacer), asumiendo de esta manera, un aspecto positivo y uno negativo.

- **La acción**

“El concepto de acción aparece por primera vez en el Manual de Albert Friedrich Berner en el año de 1857”⁶¹. La acción es para Liszt, “la modificación voluntaria del mundo exterior perceptible por los sentidos”.⁶² Siendo éste, un concepto en el cual lo importante es la modificación del mundo exterior, causada de manera voluntaria. Para Beling la acción es “un comportamiento corporal voluntario”.⁶³

⁶¹ ROXIN, CLAUS, op. cit., pág. 196.

⁶² VON LISZT, FRANZ, citado por NODIER AGUDELO BETANCUR, op. cit., pág. 24.

⁶³ VON BELING, ERNST, op. cit., pág. 20.

Hans Welzel, padre del finalismo, con base en Aristóteles, parte de la observación de la acción y considera que de ella hace parte la voluntad como algo esencial, y afirmó que la acción humana es ejercicio de actividad final, por eso la acción es, acontecer final y no solamente causal y la finalidad se basa en que el hombre gracias a su saber causal, puede prever las consecuencias posibles de su actividad, de tal manera que oriente el acontecer causal exterior a un fin, por tal razón afirma que la finalidad es vidente y la causalidad ciega. La dirección final de la acción se lleva a cabo en dos etapas, la interna que transcurre en la esfera del pensamiento, que comprende la anticipación del fin, la selección de los medios y la consideración de los efectos concomitantes; y la externa que ocurre en el mundo fáctico, ya que se traduce en la realización del fin en el mundo exterior.⁶⁴

Después de haber conceptualizado a la acción en ambos sistemas, es importante destacar los elementos de la acción. Para la mayor parte de los doctrinarios son:

a) La manifestación de la voluntad.

Es la voluntad que debe manifestarse frente al mundo exterior.

b) El resultado.

Respecto a este elemento, existen dos concepciones a través de las cuales puede analizarse. La primera de ellas, es aquella que lo estudia desde una concepción *naturalística*, la cual señala que *“existe resultado material cuando se produce una mutación en el mundo exterior de la naturaleza física, anatómica, fisiológica, psíquica o económica, descrita por el tipo”*⁶⁵.

⁶⁴ Cfr., WELZEL, op. cit., pág. 39, 40 y 41.

⁶⁵ PORTE PETIT, op. cit., pág. 326.

Para Antolisei, el resultado es el efecto natural de la conducta humana relevante para el derecho penal".⁶⁶ La segunda concepción es la *jurídica*, según la cual el resultado consiste en la mutación en el mundo jurídico o inmaterial, al lesionarse o ponerse en peligro el interés protegido por el derecho.

Son dos concepciones distintas ya que, el resultado entendido como modificación del mundo exterior, es una entidad que se agrega a la conducta del hombre, es decir, natural, distinta del comportamiento del sujeto; mientras que la ofensa al bien jurídico es el hecho humano mismo.

Habiendo analizado las dos concepciones del resultado, Antolisei define el resultado como *"el acaecimiento que se presenta vinculado a otro hecho mediante un nexo causal"*.⁶⁷

Por último, respecto a la función del resultado en la teoría del delito, Porte Petit señala que *"es una consecuencia de la conducta (acción u omisión) y elemento constitutivo del hecho, el cual a su vez, es elemento objetivo del delito, cuando se describe un resultado material"*.⁶⁸

c) La relación de causalidad.

"La relación causal consiste en un nexo entre un elemento del propio hecho (conducta) y una consecuencia de la misma (resultado material) que viene a ser igualmente un elemento de hecho".⁶⁹ Es un nexo naturalístico, que permite la imputación del resultado al autor de la conducta.

⁶⁶ ANTOLISEI, FRANCESCO, op. cit., pág. 159

⁶⁷ Ibidem, pág. 158.

⁶⁸ PORTE PETIT, CELESTINO, op. cit., pág. 330.

⁶⁹ Ibidem, pág. 335.

La relación de causalidad es el presupuesto mínimo en los delitos de resultado, por lo que antes de imputar un resultado, es necesario establecer el nexo causal (principio de la causalidad).⁷⁰

Para resolver casos complicados se han elaborado diversas teorías,⁷¹ las cuales se dividen en *teorías individualizadoras* que intentan diferenciar entre las distintas condiciones aquellas que son realmente la causa del consecuente, y *teorías generalizadoras*, conforme a las cuales todas las condiciones son iguales y son causa del resultado o consecuente siendo las más importantes las siguientes:

Respecto a las teorías individualizadoras, se encuentran las siguientes:

a) Teoría de la última condición.

Ortmann sostiene que causa es la condición que determina por el fin el resultado, es decir, la *ultima condición* realizada.

b) Teoría de la condición más eficaz.

Birkmeyer es su representante y afirma que causa “*es la condición que más contribuye a la producción del efecto, o lo que es lo mismo, la condición más eficaz*”.⁷² Distingue la causa de la condición y de la ocasión.

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, quinta edición, España 2002, pág. 226.

⁷¹ *Ibidem*, pág. 227. En muchos casos no existe duda acerca de la causalidad entre una acción y un resultado determinado; sin embargo, no todas las relaciones causales son sencillas de resolver, por ejemplo, A hiera a B y éste muere al ser trasladado a la casa de socorro para que lo atienda, o por una infección a causa de la herida, o por una mal tratamiento médico. Es por esta razón que se han elaborado diversas teorías para resolver estos casos tan complejos.

⁷² ANTOLISEI, FRANCESCO, *op. cit.*, pág. 166.

La causa es la fuerza que produce un efecto; la condición es lo que permite a la causa operar; y la ocasión es una coincidencia, una circunstancia.⁷³

c) Teoría de la causa eficiente.

En Italia, Stoppato sostuvo que *“para la existencia de la relación causal es necesario que el hombre haya sido causa eficiente del resultado”*.⁷⁴

Y por lado se encuentran las teorías totalizadoras, entre las cuales se pueden mencionar las siguientes:

a) Teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación.

Surge en Alemania y es proclamada por Johannes Von Kries. Según esta teoría, *“no toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, sino solo aquella que generalmente es adecuada para producir el resultado”*.⁷⁵

Considera que una acción será adecuada cuando una persona normal, colocada en la misma situación, hubiera podido prever el resultado, esto es la *previsibilidad objetiva*, lo que significa que el sujeto se representa la posibilidad de un resultado derivado de su conducta, dadas las circunstancias que rodean al hecho, es decir, el sujeto activo pudo realizar una valoración de su conducta en relación al posible resultado, pero previsible es casi todo, por eso recurre a otro criterio limitador el de la *diligencia debida*, ya que si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente.⁷⁶

⁷³ Cfr. Ídem.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ MUÑOZ CONDE, Teoría..., op. cit., pág. 18.

⁷⁶ Cfr. Ídem.

De esta manera, *previsibilidad objetiva* y *diligencia debida* son, “los dos criterios selectivos para precisar cuando una acción es adecuada para producir un resultado y es causa del mismo”.⁷⁷

Aplicando la teoría a un caso concreto, se puede ejemplificar de la siguiente manera: Juan conduciendo su automóvil, de manera diligente y cuidadosa, es decir, observando el deber objetivo de cuidado (norma) atropella a Margarita, porque ésta no respetó la luz roja del semáforo que le obligaba a esperar que cambiara a verde, para que pudiera atravesar la calle. Para la teoría de la equivalencia de las condiciones, la acción sería causa del resultado (muerte de Margarita); en cambio, para la teoría de la adecuación o teoría de la causa jurídicamente relevante, la acción de Juan, es causa de resultado, (muerte de la transeúnte) pero no es una conducta antijurídica; ya que Juan al conducir diligentemente su vehículo, al ir conduciendo observó su deber objetivo de cuidado, que lo obligaba a conducir las reglas de tránsito, sin embargo, Margarita incrementó el riesgo en su perjuicio, al no observar las normas que le obligaban a esperar su turno y cruzar de manera cuidadosa la calle.

Por consiguiente, no se puede considerar que la acción de Juan provocó un resultado atendiendo a una simple relación causal entre conducta y resultado, ya que era necesario tomar en cuenta la idoneidad o adecuación de la conducta para producir el resultado. Lo que hace necesario según esta teoría, realizar un juicio de valoración sobre la causa que no es otra que la conducta desplegada por el sujeto activo.

b) Teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine que non*.

Von Buri es quien la enuncia por primera vez y “*debe considerarse causa toda condición del resultado, o sea todo antecedente sin el cual no se hubiera*

⁷⁷ MUÑOZ CONDE, Derecho..., op. cit., 228.

producido el resultado".⁷⁸ Se denomina de la equivalencia, porque considera equivalentes todas las condiciones en cuanto hace al derecho, las cuales pueden ser, preexistentes, simultáneas o subsiguientes. Para comprobar la relación causal o la falta de ella, establece la fórmula de la *supresión mental*, la cual señala que *"una condición es causa cuando suprimida mentalmente implica al mismo tiempo que desaparezca el resultado"*.⁷⁹

Por otro lado, Porte Petit, señala que los elementos de la acción son:

- **La voluntad.**

La voluntad se refiere a la voluntariedad inicial, querer la acción, por lo que se requiere el nexo psicológico entre el sujeto y la actividad.

- **La actividad.**

Es la actividad del sujeto materializada en el mundo exterior.

- **Deber jurídico de abstenerse.**

Se basa en el deber que tiene el sujeto de no obrar, de no realizar determinada conducta.

⁷⁸ ANTOLISEI, FRANCESCO, op. cit., pág. 167.

⁷⁹ BUSTOS RAMIREZ, Manual..., op. cit., pág. 171. Ejemplo: A dispara contra B hiriéndolo, si se suprime el disparo, no se produce el resultado, luego esa condición es causa, pero también las otras como pueden ser, el paro cardíaco, la hemofilia, etc. Cfr. MUÑOZ CONDE, Teoría...Op.cit., pág. 19. Esta teoría tiene el error de retrotraer las condiciones hasta el infinito, cayendo en el absurdo de considerar por ejemplo que los padres del asesino son causa del homicidio, al procrear al asesino, o que el causante del estupro es también el carpintero que construyó la cama donde se consumo el delito, incluso hasta dios, quien fue el que permitió que naciera el árbol para producir la madera.

Podemos decir que, la acción es un fenómeno natural en el que el proceso causal aparece como decisivo, razón por la cual se afirma que el esquema clásico profesa un concepto causal de acción, bastando que el sujeto hubiese tenido un comportamiento corporal, siendo la voluntariedad el elemento necesario, para que exista acción y que no haya sido determinado el sujeto por una vis absoluta o no haya situación de absoluta inconsciencia. Reduciéndose la acción a una simple constatación, al no implicar ningún tipo de valoración, de ahí que se diga, que la acción es neutra e incolora; mejor dicho un *“fantasma sin sangre”* según Beling.

De acuerdo a la orientación del maestro Porte y después de haber analizado las formas de conducta (acción y omisión), debemos señalar que la conducta puede constituir el elemento objetivo del delito, cuando describe una mera conducta o hecho. *“Por hecho entendemos a la conducta, el resultado y el nexo de causalidad”*,⁸⁰ siendo éstos sus elementos.

- **La omisión.**

La omisión constituye una de las formas de conducta y su *“verdadera esencia está precisamente en no haber actuado de un modo determinado: en no haber realizado determinada acción”*.⁸¹

La omisión es la no realización de la acción mandada y ésta se divide en dos:

- **Omisión propia o pura.**

“Consiste en el no hacer, voluntario o involuntario, violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico”.⁸²

⁸⁰ PORTE PETIT, CELESTINO, op. cit., pág. 327.

⁸¹ ANTOLISEI, FRANCESCO, op. cit., pág. 157.

⁸² PORTE PETIT, CELESTINO, op. cit., pág. 306.

En estos delitos, el contenido típico está constituido por la simple infracción del deber de actuar. Sus elementos son: la voluntad o no voluntad, la inactividad, el deber jurídico de obrar y el resultado típico. Ejemplo: el artículo 156 del Código Penal para el Distrito Federal, señala que: *“Al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma teniendo la obligación de cuidarla...”*.

- **Omisión impropia o de comisión por omisión.**

“Existe un delito de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario, violando una norma preceptiva y una norma prohibitiva”.⁸³ Sus elementos son: la voluntad o no voluntad, la inactividad, el deber jurídico de obrar y de abstenerse y el resultado típico y material. Ejemplo: el artículo 335 en relación con el 339 del Código Penal Federal, señalan que:

Artículo 335 refiere que *“al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona, teniendo la obligación de cuidarlos...”*. Y el artículo 339 señala que *“si del abandono a que se refieren los artículos anteriores, resultare alguna lesión o la muerte...”*.

Para poder ejemplificar los casos de omisión en comisión por omisión, se puede citar el siguiente ejemplo: el padrastro de un niño se encuentra leyendo su periódico en un área cercana a la piscina de su casa, y escucha que al niño cae al agua y el padrastro sigue leyendo su periódico despreocupadamente y decide dejar que el niño muera ahogado, ya que lo tenía fastidiado y considera que es el momento para deshacerse del niño, dejándolo que muera ahogado, pudiendo haberlo salvado sin ningún riesgo para su integridad física.

⁸³ BETTIOL, citado por PORTE PETIT, op. cit., pág. 311.

Se trata de un homicidio doloso, en comisión por omisión, ya que este tipo de delitos, se producen tratándose de tipos penales de resultado material, lo anterior con fundamento en el artículo 7 del Código Penal Federal que en su parte conducente (segundo párrafo) señala que *“en los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerara que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente”*.

- **Posición de garante.**

Además de producir un resultado material, es necesaria que la conducta no realizada sea impuesta como un deber, ya que no basta con la simple constatación del resultado producido, es preciso que este sujeto tenga la obligación de impedir la producción del resultado, en virtud de determinados deberes, los cuales debe cumplir. Esta obligación especial convierte al sujeto en garante de que no se manifieste el resultado.

Para saber ahora que significa *“garante”* es necesario remitirnos al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, mismo que expresa que garante significa el que da garantía.⁸⁴

El maestro Porte Petit al respecto, refiere que: *“el deber puede emanar de un precepto jurídico, de una obligación o sea de una anterior aceptación del deber de obrar y de un actuar o acción precedente que no sean dolosos”*.⁸⁵ El deber puede emanar por tanto, de un precepto jurídico, ya sea de naturaleza penal o de otra rama del Derecho; hay obligación de obrar, cuando se acepta

⁸⁴ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, vigésima segunda edición, tomo I, España 2001, pág. 1117

⁸⁵ PORTE PETIT, op. cit., pág. 315.

un deber, derivado de una ley, en virtud de un contrato; y cuando el deber deriva de una precedente actividad propia no dolosa.

Muñoz Conde señala que son varias las fuentes que pueden fundamentar la “posición de garante, las cuales se pueden reducir a dos grupos.”⁸⁶

1. Función protectora de un bien jurídico.
 - a. En virtud de una vinculación natural, que se da en el ámbito familiar.
 - b. Una comunidad de peligros, que se da en la práctica de deportes colectivos.
 - c. Una aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras, que se da al asumir de forma expresa o tácita la obligación.

2. Deber de vigilancia de una fuente de peligros.

Destaca la idea del actuar precedente o de la injerencia y se da cuando el activo da lugar al peligro inminente de un resultado, teniendo la obligación de impedirlo. Ejemplo: el artículo 270 fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal, señala que: “Al servidor público que indebidamente niegue o retarde a los particulares la protección, el auxilio o el servicio que tenga la obligación de otorgarles...”.

Una vez desarrollado el tema de la conducta, pasaremos al estudio de la tipicidad.

1.2.2. La tipicidad.

El tipo es parte del aspecto objetivo y es la descripción de las características del comportamiento, el cual fue creado por Ernst von Beling en el año de 1906 en su monografía la teoría del delito. El delito - tipo de Beling es *“precisa y solamente el esquema común para los elementos del delito, un*

⁸⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Teoría...* op. cit., pág. 28 y 29.

cuadro solamente regulativo para los elementos de la figura”,⁸⁷ siendo así, únicamente la copia de un hecho externo sin referencia a lo interno del actor, siendo su sello característico el verbo en el contenido.

“*La tipicidad resulta así una característica totalmente objetiva, sin asomo alguno de valoración o subjetividad (sin sangre)*”,⁸⁸ ya que lo único que importa es constatar el resultado por la acción y la relación de causalidad, sin valoración, ya que ésta se efectúa hasta la antijuridicidad. Por lo tanto la tipicidad es meramente *objetiva – descriptiva*. Por ejemplo el artículo 302 del Código Penal Federal que estipula que “...*comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro...*”.

Respecto a la relación que tiene la tipicidad con la antijuridicidad, se puede decir, que la primera apenas tiene un sentido indiciario, esto quiere decir, que aquélla indicaría ésta, siendo la tipicidad la base del conocimiento de la antijuridicidad (*ratio cognoscendi*).

Por lo que concluimos que la tipicidad es entonces la adecuación de la conducta al tipo. Y no como en el lenguaje coloquial se denomina como el encuadramiento de la conducta, porque encuadrar significa poner en un cuadro o marco. Pasando a desarrollar los elementos del tipo, diciendo que tipo es la norma que describe al delito, con sus respectivos elementos, que lo son el precepto o supuesto de hecho y la sanción o consecuencia jurídica.

1.2.2.1. Elementos del tipo penal.

- **Sujeto Activo.**

Es el que interviene en la realización del delito como autor o partícipe, a los cuales analizaremos en el respectivo capítulo de la autoría y participación.

⁸⁷ VON BELING, ERNST, op. cit., pág. 51.

⁸⁸ BUSTOS RAMIREZ, Manual de Derecho Penal Español, Editorial Ariel S.A. España 1984, pág. 159.

- **Sujeto Pasivo.**

Es el titular del bien jurídico tutelado por la ley; sin embargo, Bettioli refiere que en todo delito existen dos sujetos pasivos, uno *constante* que es el Estado – administración, que se halla presente en todo delito, por cuanto todo delito es violación de un interés público estatal ya que es el titular de todo interés penalmente tutelado; y uno *eventual* dado por el titular del interés afectado por el delito.⁸⁹

Así como se ha demostrado que existe un sujeto pasivo de la conducta y otro del resultado. Esto es A le presta su bicicleta a B, quien sufre un robo. En este ejemplo tenemos entonces un sujeto pasivo de la conducta que sería A y el del resultado B. Y dada la concepción de Bettioli, con la que estamos de acuerdo, tenemos entonces que son tres los sujetos pasivos.

- **Bien Jurídico.**

El concepto de bien jurídico se entiende a partir de dos direcciones. La primera es la *trascendental*, en donde el término de bien jurídico es acuñado por Birnbaum en el año de 1834, señalando que el Estado con el delito protegía determinados objetos que surgían de la naturaleza de las cosas. La segunda es la de la *inmanencia* sustentada por Binding, en donde se plantea que son inmanentes a la norma, esto es, que cada norma tiene y determina su bien jurídico. Después de mencionar los dos criterios, sostenemos que el adecuado es el trascendental, del cual dio cuenta por primera vez el iusnaturalismo.⁹⁰

⁸⁹ Cfr. BETTIOLI, op. cit., Pág. 607 a 610.

⁹⁰ BUSTOS RAMIREZ, Colección..., Tomo II, op. cit., págs. 132 y 133.

Cobo del Rosal lo define como “todo valor de la vida humana protegida por el derecho”.⁹¹ Por su parte, Jescheck, señala que son *“juicios de valor positivos sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en Sociedad que son, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado, representado por la pena pública”*.⁹² Dichos valores se convierten en jurídicos, gracias a que son incorporados a la esfera de protección de la ley. Para nosotros el bien jurídico es todo valor elemental de la sociedad jurídicamente protegido, elevado a rango constitucional, para lograr la convivencia social. Ejemplo: Artículo 14 segundo párrafo dice que *“nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedad, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en que se cumpla las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”*.

- **Objeto Material.**

“También conocido como objeto de la acción, pues es precisamente sobre el que recae la acción descrita en el tipo”.⁹³ Y pueden ser materiales, se pueden apreciar a través de los sentidos e inmateriales aquellos que no se pueden apreciar a simple vista, además de que pueden ser plurisubjetivos y monosubjetivos.

- **Nexo causal.**

Es la vinculación entre la acción o la omisión y resultado producido, el cual ya fue explicado en supra líneas.

⁹¹ COBO DEL ROSAL, citado por HERRERA BAZAN, SIMON. La imputación objetiva en el juicio de tipicidad, México 2005, pág. 309.

⁹² JESCHECK, HERINRICH. Tratado..., tomo I, págs. 11 y 12.

⁹³ *Ibidem*, pág. 206.

- **Medios utilizados.**

No se encuentran en todos los tipos penales, pero deben acreditarse cuando el tipo los requiera y son *“los medios utilizados en la realización de la acción que produjo la lesión o el peligro del bien jurídico protegido”*.⁹⁴ Ejemplo artículo 174 del Código Penal del Distrito Federal refiere: *“Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo...”*.

- **Circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión.**

Las referencias espaciales son aquellas que fijan determinados lugares de comisión del delito; las referencias temporales, son circunstancias en orden al tiempo y las referencias de modo son aquellas que mencionan alguna modalidad o circunstancia de ocasión.

Ejemplo, el artículo 220 en relación con el 224, en su fracción V, del Código Penal para el Distrito Federal que señalan lo siguiente:

Artículo 220 señala *“Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo...”*.

Artículo 224, fracción V refiere *“En despoblado o lugar solitario”*.

- **El elemento subjetivo del injusto.**

Que consiste en los ánimos, tendencias, fines, propósitos. Ejemplos:

Artículo 220 del Código Penal para el Distrito Federal, señala *“Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo...”*.

Artículo 163 del Código Penal para el Distrito Federal, estipula que *“Al que prive de la libertad a otro, con el propósito de obtener rescate...”*

⁹⁴ Ibidem, pág. 207.

Artículo 149 del Código Penal para el Distrito Federal, refiere que *“A quien disponga de óvulos o espermias para fines distintos a los autorizados...”*⁹⁵.

- **Dolo y culpa.**

Nuestro Código Penal Federal establece en su artículo 9 que *“obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley”*.

Y respecto a la culpa refiere en el mismo artículo que *“obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”*.

1.2.3. La antijuridicidad.

Antes de entrar al estudio de la antijuridicidad, es menester referirnos al término que se emplea con relación a este elemento del delito, ya que se ha empleado erróneamente el término *antijuridicidad*, siendo una palabra que suprime la sílaba *di* y que no aparece en ningún diccionario de la lengua latina, la cual quedaría justificada si el adjetivo fuera *jurico*; por lo que estamos de acuerdo con el maestro Porte Petit, al elegir la palabra *antijuridicidad* como la correcta, ya que es un vocablo que deriva del adjetivo *jurídico*, siendo este término más exacto y más propio.⁹⁶

⁹⁵ Ibidem, pág. 29.

⁹⁶ PORTE, PETIT, op. cit., págs. 373 y 374.

La tesis de la antijuridicidad objetiva de Ihering es trasladada al ámbito penal, razón por la cual se concibe a la antijuridicidad como *“la relación de contradicción objetiva entre la conducta del sujeto y el total ordenamiento jurídico”*.⁹⁷ De lo que se trata en este estrato del delito, es de valorar la relación de contradicción entre ese proceso causal con todo el ordenamiento jurídico, ya que la antijuridicidad no es otra cosa que un juicio acerca de un hecho, mismo que realiza el juez, el cual reconoce que el hecho es contrario a un precepto del ordenamiento jurídico. Por ende, al tener un concepto valorativo de la antijuridicidad, valoración realizada desde una perspectiva objetiva, sin considerar elemento subjetivo alguno, es por lo que se dice que está estructurada de forma *objetivo – normativa*.

“El injusto, como concepto que engloba a la acción típica y antijurídica, tiene carácter fundamental el de la objetividad en el ámbito de lo objetivo, ya sea objetivo – descriptivo si se trata de tipicidad o bien objetivo – valorativo si se trata de la antijuridicidad”.⁹⁸

Para Hans Welzel *“la misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético – social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares”*.⁹⁹ Así la acción humana puede ser valorada en sí misma, sin consideración a su resultado, *valor de acto*, o valorada según su alcance *valor de resultado*. Para realizar la protección de dichos bienes, lo que se hace es prohibir los desvalores de acto, reforzando la conciencia ético – social para que los respete, con lo cual se hace notar el acento que pone Welzel en el *desvalor de acto*.

⁹⁷ Ibidem, pág. 30.

⁹⁸ BUSTOS RAMIREZ, Manual... op. cit., pág. 159.

⁹⁹ WELZEL, op. cit., pág. 77.

Para Welzel “*lo esencial en la determinación de la antijuridicidad no es que exista un desvalor de resultado, sino la existencia de un desvalor de acción: es ésta la doctrina del injusto personal*”.¹⁰⁰ Con lo anterior podemos concluir diciendo, que para la doctrina finalista de la acción “*la antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado*”,¹⁰¹ ya que independientemente de que se produzca o no un resultado desvalioso, la antijuridicidad existe.

Dentro de la antijuridicidad, encontramos dos aspectos:

a) Antijuridicidad formal.

Es la simple contradicción entre un comportamiento humano y el ordenamiento jurídico.

b) Antijuridicidad material.

Es la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger, la cual puede consistir en un daño o una puesta en peligro del bien jurídico. El *daño* es la efectiva lesión del bien jurídico, constituyendo la destrucción de un objeto material; y el *peligro* es una probabilidad de que un bien pueda ser lesionado, pero no es un daño efectivo, sino potencial.¹⁰²

1.2.4. La imputabilidad.

Ahora bien, al entender la culpabilidad como la relación psicológica del hecho con el autor, requiere de éste condiciones de madurez y de salud

¹⁰⁰ AGUDELO, op.cit., pág. 79.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Cfr. BETTIOL, op. cit., .pág. 263.

psíquica. Ese conjunto de condiciones determinan la imputabilidad o capacidad de culpabilidad de una persona.

La imputabilidad por consiguiente, constituye un presupuesto de la culpabilidad, ya que la: *“imputabilidad es la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles”*,¹⁰³ es decir, capacidad de culpabilidad. La imputabilidad *“es la capacidad de libre determinación de la voluntad, es decir, de autodeterminación en la decisión y en el impulso de la voluntad”*.¹⁰⁴

Es una definición *bio - psicosocial lógica* la que se encuentra en el Código, toda vez que el autor del delito según la ley civil tiene madurez psicológica hasta los 18 años porque se ha desarrollado psicológicamente en estado de conciencia.

Teniendo esta definición su origen en la necesidad de distinguir al menos en la esfera de lo delictivo penal, diferenciado del derecho penal común, el cual compondría no un ordenamiento jurídico, sino comprensivo de aspectos psicológicos, sociológicos y pedagógicos. De esta manera el fenómeno de la criminalidad juvenil adquiere su importancia en la medida en que las perspectivas sociológicas y psicológicas se integren con una consideración de los problemas jurídicos que se insertan en el problema de la delincuencia.¹⁰⁵

Así, el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, interpretado a contrario sensu refiere que hay imputabilidad cuando *“al momento de realizar el hecho típico, el agente tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión...”*.

¹⁰³ MEZGER, EDMUND. Derecho Penal Parte General, Cárdenas editor y distribuidor, México 1990, pág. 201.

¹⁰⁴ SAUER, GUILLERMO. Derecho Penal, Parte General, Casa Editorial Bosch, España 1956, pág. 285.

¹⁰⁵ D`ANTONIO, DANIEL HUGO. El menor ante el delito, segunda edición, editorial Astrea, Argentina 1992, pág. 3.

1.2.4.1. La acción libre en su causa (*actio libera in causa*).

El que se halla en estado de inimputabilidad no puede ser castigado, ya que no posee la capacidad requerida; sin embargo la *actio libera in causa* constituye una excepción, en razón de que, “*se considera también imputable al sujeto que al tiempo de cometer sus actos no lo era, pero sí en el momento en que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica*”.¹⁰⁶ Antolisei refiere que no es verdad que en este tipo de acciones se castigue un comportamiento anterior a la ejecución del delito, sino que “*la ejecución del delito no está constituida solamente por la actividad que realiza inmediatamente el hecho previsto en la norma incriminadora, sino por todo acto exterior que tienda a realizarlo*”.¹⁰⁷

Por el contrario, Muñoz Conde afirma que “*la imputabilidad aquí va referida a la acción precedente, a la acción típica y es esta acción precedente la que fundamenta la exigencia de responsabilidad*”.¹⁰⁸ El criterio de punibilidad de estas acciones se basa en el principio de que: *la causa de la causa, es causa de lo causado*.

1.2.5. La culpabilidad.

La culpabilidad constituye el aspecto subjetivo del delito, siendo ésta una relación psicológica entre el hecho y su autor. La culpabilidad (sistema clásico) es una realidad psíquica, existente en el individuo, por lo que el dolo y la culpa son las únicas formas en las que puede manifestarse; dolo y culpa son la culpabilidad misma, aunque también se habla de clases o especies o grados de culpabilidad. La culpabilidad por tanto, es *subjetivo – descriptiva*. Respecto a las formas de la culpabilidad, se mencionaran cada una ellas.

¹⁰⁶ MUÑOZ CONDE. *Teoría...* op. cit., pág. 117.

¹⁰⁷ ANTOLISEI, FRANCESCO, op. cit., pág. 440 y 441.

¹⁰⁸ MUÑOZ CONDE. *Teoría...* op. cit., pág. 118.

Para distinguir el dolo eventual de la imprudencia, se han formulado dos teorías:

➤ **La teoría de la probabilidad.**

Parte del elemento intelectual del dolo y admite la existencia de dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello actúa, admita o no su producción; y si la probabilidad es muy lejana habrá culpa con representación.

➤ **La teoría de la voluntad o del consentimiento.**

Parte del elemento volitivo y aquí no es suficiente que el autor se plantee el resultado como probable, sino que es necesario que diga: *aun cuando fuera segura su producción, actuaría* (fórmula de Frank); y habrá culpa si de haberse representado el resultado, deja de actuar.

▪ **El dolo**

El dolo exige que, tanto el comportamiento como el resultado sean queridos, por lo que *“el acto de la voluntad, tiene que ir dirigido, no sólo al cumplimiento de la acción o la omisión, sino también a la realización del resultado”*.¹⁰⁹ Es la forma de realización normal.

El dolo se compone de dos elementos:¹¹⁰

¹⁰⁹ ANTOLISEI, FRANCESCO, op. cit., pág. 240

¹¹⁰ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Teoría general del delito, segunda edición, Editorial Temis S.A. Colombia, 2004, pág. 43 y 44.

1. El elemento intelectual. El sujeto debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan objetivamente su acción como típica (elementos objetivos del tipo).
2. El elemento volitivo. Para actuar dolosamente no basta con conocer los elementos objetivos del tipo, sino que es necesario querer realizarlos.

Además de los dos elementos mencionados anteriormente, se requiere para la existencia del dolo, un elemento más, ya que no puede hablarse de dolo si falta la conciencia de cometer una acción contraria a la ley penal.

Existen diversas clases de Dolo:

1. Dolo Directo.

*“El autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad).”*¹¹¹ Ejemplo, el homicidio.

2. Dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias.

*“El autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende.”*¹¹² Como ejemplo, podemos mencionar los atentados terroristas en lo que mueren varias personas, además del destinatario del atentado.

¹¹¹ Ibidem, pág. 45.

¹¹² Ídem.

3. Dolo indirecto o eventual.

*“El sujeto se representa el resultado como de probable producción y aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual realización”,*¹¹³ es decir, aceptando el riesgo. Ejemplo: un francotirador que tiene como intención privar de la vida a una madre, la cual lleva a su hijo en brazos.

- **La culpa.**

“Mientras que la imputación a título de dolo es de carácter normal, la que se hace a título de culpa es de carácter excepcional”.¹¹⁴ “En la culpa, dice Antolisei que *“el sujeto tenía la posibilidad y el deber de ser cauto y atento, pero ha actuado con ligereza; ese modo de comportarse justifica la sanción del delito culposo”.*¹¹⁵

Hay dos especies de culpa:

1. Consciente o con representación.

Se da cuando el agente ha previsto el acontecimiento sin haberlo deseado.

2. Inconsciente o sin representación.

“Se da cuando el sujeto no ha previsto lo que con diligencia y cuidado hubiese podido prever; la culpa inconsciente es imprevisión de lo previsible y se le cobra al sujeto su negligencia”.¹¹⁶

¹¹³ Ídem.

¹¹⁴ BETTIOL GUISEPPE. Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, Colombia, 1965, pág. 397.

¹¹⁵ ANTOLISEI, FRANCESCO, op. cit., pág. 257.

¹¹⁶ AGUDELO BETANCUR, AGUDELO, op. cit., pág. 44

Después de haber señalado las especies de culpa, es menester destacar las formas de culpa, que son tres:

1. Negligencia.

“Consiste en una conducta omisiva, contraria a las normas que imponen determinada conducta, solícita, atenta y sagaz, encaminada a impedir la realización de un resultado dañoso o peligroso”,¹¹⁷ es una forma de desatención o descuido.

2. La imprudencia

Es una forma de ligereza, es decir, cuando se obra sin las precauciones debidas.

3. La impericia

*“Consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada (profesión o arte)”.*¹¹⁸ Se funda en la ignorancia, el error y la inhabilidad.

▪ Culpabilidad psicológica

Es aquella teoría creada por Franz von Liszt, la cual tiene su fundamento en el positivismo decimonónico; entendiendo por culpabilidad la relación psicológica que existe entre el autor y el resultado, entendiendo al dolo y a la culpa como formas de culpabilidad, en donde la imputabilidad es presupuesto de ésta.

¹¹⁷ VIDAL citado por ALTAVILLA, ENRICO. La culpa, Editorial Temis S.A., cuarta edición, Colombia, 1987, pág. 5.

¹¹⁸ Ibidem, pág. 7.

- **Culpabilidad normativa.**

El fundador de la teoría normativa de la culpabilidad es *Reinhard von Frank*, (1907) ya que parte, por un lado, de que el estado de necesidad disculpante no era explicable mediante la concepción psicológica, porque el autor sabe lo que hace y no hay culpabilidad; y por otro lado no puede explicar la culpa inconsciente, ya que en ella no existe relación psicológica y sin embargo se predica la culpabilidad, por lo que surge la *reprochabilidad*. Además niega que la imputabilidad sea presupuesto de la culpabilidad, porque un enfermo mental puede querer la acción e incluso saber que su conducta es delito, por lo que la ubica en la culpabilidad.

Así, Frank llega a la conclusión de que la culpabilidad se integra por a) la imputabilidad, b) el dolo o imprudencia y c) la normalidad de las circunstancias en las que actúa el sujeto o circunstancias concomitantes ¹¹⁹ “*Hay dolo sin culpabilidad y la culpabilidad es reprochabilidad; estos son los dos pilares fundamentales de la teoría de Frank*”.¹²⁰

Junto a Frank se encuentra *James Goldschmidt* (1930), quien desarrolla de mejor manera la reprochabilidad de Frank y lo hace distinguiendo entre normas jurídicas y normas de deber, refiriendo que el elemento normativo de la culpabilidad es la contravención al deber.

El tercer autor que contribuye a la formación de la teoría normativa es *Berthold Freudenthal* (1922) quien para cubrir el espacio entre culpabilidad e inculpabilidad que deja Frank, introduce como criterio para limitar el reproche, *la exigibilidad de otra conducta adecuada a derecho*; siendo él quien amplía la

¹¹⁹ Cfr. ROXIN, op. cit., pág. 794 Y 795.

¹²⁰ ZAFFARONI, op. cit., tomo IV, pág. 21. Pongamos el ejemplo de la Tabla de Carneades, en donde dos naufragos quedan desamparados en el mar y tienen una tabla que puede sostener únicamente a uno de los dos, por lo que uno de ellos da muerte al otro para salvarse. En este ejemplo, hay nexo psicológico pero no se predica culpabilidad.

aplicación de dicha teoría a los delitos dolosos, ya que Frank sólo la aplicó para los delitos culposos.

A pesar de ser ellos, los fundadores de esta concepción de la culpabilidad, es Mezger el gran divulgador y entiende que la culpabilidad *“es una situación de hecho psicológica, que la valoración decisiva jurídico – penal determina como contraria al deber y reprochabilidad”*.¹²¹

El concepto normativo de culpabilidad experimentó una modificación a través de la doctrina finalista, al ubicar la acción en el tipo de dolo y la infracción del deber de cuidado en los delitos imprudentes, quedando como los tres elementos de la reprochabilidad, a) la imputabilidad b) la conciencia de la antijuridicidad y c) la exigibilidad de una conducta conforme a la norma. Dicho cambio se apoyó en la tesis de Alexander Graf Zu Dohna, quien acepta la existencia del tipo objetivo y el tipo subjetivo, señalando que la antijuridicidad es la valoración del tipo objetivo y la culpabilidad es la valoración del tipo subjetivo y éste consiste en la existencia o no del dolo.

Alexander Graf Zu Dohna distingue claramente entre el *objeto de valoración* y la *valoración en el objeto*, sin embargo, es Welzel quien afirma: *“si el dolo es lo valorado, no puede ser la valoración misma; si la culpabilidad es la valoración del dolo, el dolo no puede ser parte de la culpabilidad”*,¹²² por ende, no pueden estar en un mismo plano lógico, la valoración y el objeto de valoración. Así tenemos que es Graf Zu Dohna quien da el argumento de porque no podía ubicarse al dolo en la culpabilidad, pero no fundamentó su cambio al injusto.

¹²¹ MEZGER, op. cit., pág. 190.

¹²² AGUDELO, op. cit., pág. 57.

2.2.5.1. Infracción del deber objetivo de cuidado.

En el año de 1930 Engisch señala que entre la relación causal de la acción imprudente con el resultado y la culpabilidad, había un tercer elemento, sin el cual no podía fundamentarse el delito imprudente; éste elemento era el *deber objetivo de cuidado*. El concepto de cuidado objetivo, es un concepto objetivo, porque no interesa cual es el cuidado en específico que pudo emplear el autor; y normativo ya que surge de la comparación entre la conducta que hubiese realizado un hombre razonable y la observada por el autor.¹²³ Así nos dice Jescheck que *“toda norma que sanciona un comportamiento imprudente “demanda de cada uno la aplicación del cuidado objetivamente debido que resulte necesario para evitar, mediante un querer correcto, la realización del tipo”*.¹²⁴

En síntesis, después de una larga evolución dogmática, donde la culpabilidad en el sistema clásico se entendía como el vínculo psicológico entre autor y el resultado (teoría psicológica), en la cual el dolo y la culpa eran entendidas como formas de culpabilidad, es decir, eran la culpabilidad misma; por otro lado, en el sistema finalista se entiende a la culpabilidad ya no como un vínculo psicológico, ya que es preciso que exista reprochabilidad del comportamiento, es decir, *“la culpabilidad existirá cuando el sujeto estaba frente a una situación normal de motivación que hacía posible obedecer la prescripción legal y no lo hizo”*¹²⁵ (teoría normativa). Dicha teoría alcanza su pureza cuando es eliminado de su contenido el objeto que se somete al juicio de culpabilidad, o sea, cuando el dolo y la culpa se ubican en el injusto; siendo importante la liberación del dolo de la consciencia de la antijuridicidad para su reubicación en el tipo.

¹²³ Cfr. MUÑOZ CONDE, Teoría... op. cit., pág. 56 y 57.

¹²⁴ JESCHECK, HERINRICH. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Editorial Comares, cuarta edición, Granada, 1993, pág. 524.

¹²⁵ AGUDELO, op. cit., pág. 42.

Al concebir el sistema finalista a la culpabilidad, como reprochabilidad y al haber trasladado el dolo y la culpa al tipo y consecuentemente al injusto (tipicidad y antijuridicidad), se dijo que Welzel padre del finalismo, había vaciado el concepto de culpabilidad, sin embargo, lo que hace Welzel es ubicarlos en un lugar más apropiado, debido a la estructura final de la acción. En la teoría final de acción tenemos que la culpabilidad se compone de los siguientes elementos: de la imputabilidad (capacidad de culpabilidad), la conciencia de la antijuridicidad, que había sido elemento del dolo del cual se escinde, enviándose el dolo como elemento del tipo y la exigibilidad de otra conducta, que consiste en que al sujeto activo de la conducta típica se le reprocha que no haya actuado de manera diferente, respetando la determinación normativa, esto es, prohibición o mandato que en la misma se consigna.

Para explicar este último elemento, explicamos el suceso de la tabla de Carneades, en el cual dos náufragos se disputan la posesión de una tabla a la deriva del mar para salvar su vida y uno de ellos priva de la vida a otro para salvar la propia. Si bien la conducta es típica y antijurídica (injusto), el sujeto activo es imputable (tiene capacidad de culpabilidad) ya que no presenta algún trastorno mental o enfermedad mental alguna transitoria o permanente, es decir, tiene capacidad de culpabilidad, lo que quiere decir, que el sujeto podía haberse motivado en la norma de prohibición contenida en el tipo penal de homicidio pero no lo hizo.

Sin embargo, no se le puede exigir que renuncie a su vida para salvar la de otro. Por consiguiente estaríamos ante la presencia de un injusto penal, pero en presencia de una causa de inculpabilidad, lo cual excluye la culpabilidad y su conducta, a pesar de ser típica y antijurídica no es culpable, y se da la impunidad, esto es, que no se le impone pena.

En mi opinión, comparto la estructura de la teoría normativa de la culpabilidad, porque, me parece más lógica y más congruente por como dice Graf Zu Dohna, una cosa es el objeto de valoración y otra el objeto de valoración, es decir, que el dolo no podía valorarse a si mismo, esto es que el objeto de valoración y la valoración del objeto no podían estar en un mismo plano, por lo que es razonable que sea comprendido como elemento del tipo y parte integrante de la conducta, así como la culpa.

2.2.5.2. Elementos de la culpabilidad.

a) Imputabilidad

El primer elemento del concepto de culpabilidad es la salud mental y psíquica del autor, la cual ya fue planteada anteriormente.

b) Conciencia de la antijuridicidad

Junto a la capacidad de culpabilidad, la conciencia de la antijuridicidad constituye, dentro del esquema finalista, el elemento principal de la culpabilidad y el que le da su razón de ser. *“Quien realiza dolosamente un tipo penal actúa, con conocimiento de la ilicitud de su hacer”*,¹²⁶ con lo que podemos decir que la realización dolosa de un tipo penal casi siempre va acompañada de la conciencia de que se hace algo prohibido.

Sin embargo, la conciencia de la antijuridicidad, no significa que el sujeto deba tener al momento de cometer el hecho, una conciencia exacta de que está prohibida su conducta, sino que es suficiente, de acuerdo a su formación y a su nivel cultural y social, que se represente dicha ilicitud como posible y a pesar de ello, actúe.

¹²⁶ MUÑOZ CONDE, *Teoría...*, op. cit., pág. 121.

c) Exigibilidad de otra conducta.

El punto de partida lo constituye el caso del *trabarriendas o del caballo resabiado*; en el cual un cochero había viajado con un caballo de que sabía que tenía tendencia a desbocarse, sin embargo el cochero al obedecer las órdenes de su patrón, se dirige al mercado y el caballo al ver tanta gente, se espanta y al no poder controlarlo causa efectivamente la lesión de un transeúnte, por lo cual el Tribunal Alemán lo absolvió, ya que de no obedecer, hubiera perdido su puesto de trabajo. Después de observar la resolución del tribunal, Frank se percató de que el tribunal toma en cuenta las *circunstancias concomitantes*, es decir, *“las condiciones bajo las cuales el acusado se encontraba en el momento crítico, constituyendo así la base para la no exigibilidad de otra conducta, como causal de exclusión de la culpabilidad”*.¹²⁷ Frank en un inicio, aplicaba el criterio de la no exigibilidad para delitos culposos y creía que no podía aplicarse para los delitos dolosos. Al hacer mención respecto al tercer elemento de la culpabilidad, dice Jescheck, que *“el reproche de culpabilidad presupone la normalidad de las circunstancias acompañantes”*.¹²⁸

2.2.6. Las condiciones objetivas de punibilidad.

Son circunstancias objetivas las que condicionan la imposición de la pena o la extensión de la misma; es cuando la ley condiciona la punibilidad y Antón Oneca las define como *“ciertos hechos ajenos a la acción y a la culpabilidad, necesarios para que la acción sea punible o para que se aplique determinada agravación de la pena”*,¹²⁹ no son requisitos anímicos o subjetivos, sino en todo caso materiales, que impiden que se pueda imponer sanción al sujeto activo;

¹²⁷ AGUDELO, op. cit., pág. 46 y 47.

¹²⁸ JESCHECK, op. cit., pág. 387

¹²⁹ ANTON ONECA citado por RAYO MARES, JUAN CARLOS, El robo en el Nuevo Código Penal del Distrito Federal, Editorial Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México 2003, pág. 138.

en cambio, las condiciones objetivas de procedibilidad no condicionan la reacción penal sino su persecución, siendo supuestos del proceso, es decir, condiciones que determinan la posibilidad del procedimiento.¹³⁰ De esta manera, *“cuando falta un requisito de procedibilidad, el proceso no existe porque no puede iniciarse, cuando falta la condición objetiva de punibilidad, hay proceso pero la pena no puede imponerse”*.¹³¹

2.2.7. La punibilidad.

*“La punibilidad no es otra cosa que la aplicación de la pena, esto es, la posibilidad jurídica de irrogar sanción”*¹³² y *“es una consecuencia del delito, y no puede considerarse, por tanto, elemento de él”*.¹³³

La *penalidad* es la nota específica que diferencia al delito de otras especies de infracción jurídica y tiene su contenido en el sistema del delito. Por penalidad se entiende *“el conjunto de los presupuestos positivos de la pena según la ley o la sentencia”*.¹³⁴ La penalidad legal se denomina general y la penalidad prescrita se denomina concreta.

La *pena* según el diccionario de la lengua española es *“el castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta”*.¹³⁵

Una vez analizados los elementos positivos del delito, pasaremos a enunciar el aspecto negativo de cada una de esos elementos.

¹³⁰ BUSTOS RAMIREZ, *Colección*, op. cit., pág. 1019 y 1020.

¹³¹ RAYO MARES, op. cit., pág. 140.

¹³² ANTOLISEI, FRANCESCO, op. cit., pág. 524.

¹³³ Ídem.

¹³⁴ SAUER, op. cit., pág. 36.

¹³⁵ *Diccionario de la Lengua Española*, op.cit., pág. 1719.

2.3. Aspectos negativos del delito.

2.3.1. Ausencia de conducta.

Al analizar la conducta, la cual abarca tanto a la acción como a la omisión, *“la ausencia o falta de aquélla, abarca la ausencia de acción o de omisión, es decir, el aspecto negativo entra la actividad y la inactividad no voluntarias”*.¹³⁶

- **Causas de ausencia de conducta:**

- **Fuerza física irresistible o vis absoluta.**

Se da cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violencia física humana e irresistible, que no quería ejecutar.

- **Vis maior.**

Es cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad por una fuerza física irresistible, sub – humana, la cual puede provenir de la naturaleza o de los animales.

- **Movimientos reflejos.**

Son aquellos que tienen lugar sin la participación de la voluntad; son procesos en que *“el impulso externo actúa por vía subcortical, periférica, pasando directamente de un centro sensorio a un centro motor, todo ello sin intervención primaria de la conciencia”*.¹³⁷

¹³⁶ PORTE PETIT, op. cit., pág. 405

¹³⁷ SILVA SANCHEZ, citado por MIR PUIG, SANTIAGO, op. cit., pág. 190.

- **Sueño.**

El que está dormido, no tiene dominio sobre su voluntad, razón por la cual, constituye un aspecto negativo de la conducta. El sueño según el diccionario de la Real Academia Española significa el *“acto de representarse en la fantasía de alguien, mientras duerme, sucesos o imágenes”*.¹³⁸

- **Sonambulismo.**

“Dicho de una persona, que mientras está dormida tiene cierta aptitud para ejecutar algunas funciones correspondientes a la vida de relación exterior”.¹³⁹

- **Hipnotismo.**

“Método para producir el sueño artificial, mediante influjo personal, o por aparatos adecuados”.¹⁴⁰

2.3.2. Ausencia de tipicidad o atipicidad.

*“Si la tipicidad consiste en la conformidad al tipo y éste puede contener uno o varios elementos, la atipicidad existirá cuando no haya adecuación al mismo, es decir, cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito por la norma”*¹⁴¹, y puede darse el caso de que cuando el tipo requiera más de un elemento, haya adecuación a alguno de los elementos exigidos, pero no a todos los que el tipo requiere.

¹³⁸ Diccionario de la Lengua Española, op.cit. tomo II, pág. 2105.

¹³⁹ Ibidem, pág. 2090.

¹⁴⁰ Ibidem, pág. 1216.

¹⁴¹ PORTE PETIT, op. cit., pág. 475.

Según sea el contenido del tipo, así será la extensión de la atipicidad, por lo que bastará colocarnos en el aspecto negativo de cada uno de los elementos que integran el tipo. Por consiguiente, las causas de atipicidad son: ausencia de la calidad del sujeto activo; ausencia de la calidad del sujeto pasivo; ausencia del objeto material; ausencia del bien jurídico; ausencia de las modalidades de la conducta (referencias temporales, espaciales y medios empleados); ausencia del elemento normativo (cuando lo requiera el tipo) y ausencia del elemento subjetivo del injusto.

Por lo que concluimos que la no integración del tipo, se da cuando falta alguno de los elementos del delito. Por ejemplo en el delito de estupro, se exige que el sujeto pasivo sea menor de 18 años, que haya seducción o engaño, etc. faltando uno de estos elementos hay atipicidad.

2.3.2.1. Error de tipo.

Es el desconocimiento o error sobre la existencia de alguno de los elementos del aspecto objetivo del tipo, sean de naturaleza descriptiva o normativa, bastando que tenga respecto a éstos últimos una *valoración paralela en la esfera del profano*; por ende, el error no es otra cosa que la falta de representación requerida por el dolo. De esta manera, Zaffaroni refiere que *“cuando el aspecto cognoscitivo del tipo no abarca el aspecto objetivo en la forma típicamente requerida, la conducta no será dolosa, no habrá dolo y será atípica”*,¹⁴² por lo que el error de tipo siempre da lugar a la atipicidad dolosa, ubicando al dolo en el aspecto subjetivo del tipo. Debemos distinguir el error de tipo en vencible e invencible.¹⁴³

¹⁴² ZAFFARONI, op. cit., tomo III, pág. 337.

¹⁴³ Cfr. Ibidem, pág. 339.

- ✓ Habrá *error vencible* cuando el sujeto podía salir del error en que se hallaba, aplicando el cuidado debido, el cual se sanciona a título de culpa, si existe el tipo culposo.

- ✓ Habrá *error invencible* cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, no hubiese podido salir del error en que se hallaba, evitando el resultado, por lo que conducta será atípica, aunque exista el tipo culposo.

2.3.2.2. Otros tipos de errores.

El error puede recaer sobre distintos elementos típicos, entre los cuales se encuentra:

a) Error sobre el objeto de la acción. (error in persona vel in objecto).

Es irrelevante la persona o la cualidad del objeto de la acción, es decir, es irrelevante que A se apodere del automóvil de B, creyendo que es de propiedad de C.

b) Error sobre la relación de causalidad.

Son irrelevantes las desviaciones del nexo causal, que no afecten a la producción del resultado querido por el autor, por ejemplo A dispara a B queriendo privarlo de la vida, pero sólo lo lesiona, muriendo B a causa de las heridas.

c) Error en el golpe (aberratio ictus).

Es cuando el hecho yerra la meta, y el que se da sobre todo en los delitos contra la vida y la integridad corporal, por ejemplo; A dispara contra B y por su mala puntería priva de la vida a C.

d) Dolus generalis.

En este caso, el autor cree haber consumado el delito, cuando realmente dicha consumación se produce por un hecho posterior, existiendo dos actos, por ejemplo A estrangula a B y al creer que está muerto, lo tira por un barranco para ocultar dicha conducta, siendo que la víctima estaba solamente desvanecida, muriendo a causa del golpe en la caída.

d) Error sobre los elementos accidentales.

Es aquel error que opera cuando no se alcanzan a apreciar las circunstancias atenuantes o agravantes, de un tipo privilegiado o cualificado.

El autor debe conocer los elementos objetivos que integran el tipo objetivo; por ende cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de alguno de estos elementos excluye el dolo si el error es invencible y si es vencible puede imputarse a título de culpa.

2.3.3. Causas de licitud o causas de justificación.

Las causas de justificación o causas de licitud, constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad. De esta manera, va a existir una causa de justificación, cuando la conducta realizada siendo típica, se encuentre amparada o justificada por el ordenamiento jurídico. Las causas de justificación son: la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

- **La legítima defensa.**

*“Es aquella requerida para repeler de sí o de otro una agresión actual e ilegítima”.*¹⁴⁴

¹⁴⁴ WELZEL, op.cit., pág. 100.

El Código Penal Federal establece en su artículo 15 fracción IV que existe legítima defensa cuando *“se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos...”*.

- **El estado de necesidad.**

Se refiere a la colisión de dos bienes jurídicos, donde sólo el bien jurídico de menor valor puede ser sacrificado para la mantención de uno de mayor valor.¹⁴⁵ El Código Penal Federal, en la fracción V del artículo 15, señala que habrá *estado de necesidad* cuando se *“obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado...”*.

- **Cumplimiento de un deber.**

Se trata del cumplimiento de un deber jurídico, el cual no surge de relaciones de subordinación, sino directamente del ordenamiento jurídico, siendo aquel que se realiza dentro de los límites legales y conforme a derecho, el cual se encuentra señalado en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal.

- **Ejercicio de un derecho.**

Un derecho jurídicamente reconocido y es aquel realizado conforme a derecho y la fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal estipula que operará, al igual que el cumplimiento de un deber, *“...siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho...”*¹⁴⁶

¹⁴⁵ Cfr. WELZEL, op.cit., pág. 109.

¹⁴⁶ Ídem

2.3.4. Inimputabilidad.

Al conjunto de facultades mínimas requeridas para poder considerar a un sujeto culpable, por haber realizado una conducta típica y antijurídica, se le llama imputabilidad; por consiguiente quien carezca de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente o por haber sufrido graves alteraciones psíquicas, no puede ser considerado culpable.¹⁴⁷

La doctrina clásica se basó en la libertad de voluntad; *“ésta libertad se basa en la capacidad de entender y querer lo que se está haciendo; el que carece de esta capacidad no actúa libremente y no puede ser considerado culpable de lo que hace”*.¹⁴⁸

2.3.5. Inculpabilidad.

En el sistema clásico, para que haya culpabilidad es necesaria la imputabilidad del sujeto. Si éste no ha alcanzado todavía un suficiente desarrollo intelectual o es enfermo mental. La razón es que el juicio acerca de la culpabilidad, implica una reprobación moral al sujeto y si no son susceptibles de valoración ética, no se puede ver en ellos una voluntad culpable.¹⁴⁹

2.3.5.2. Error.

El error es una falsa representación de la realidad y para la teoría causalista éste siempre ha sido un problema de la culpabilidad, como negación del elemento subjetivo del delito, por lo que se distinguen dos clases de error, *el error de hecho y el error de derecho*.

¹⁴⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE. Teoría... op. cit., pág. 107.

¹⁴⁸ Ídem.

¹⁴⁹ Cfr. ANTOLISEI, FRANCESCO, op.cit, pág. 227.

Así, *“el error que vicia la voluntad, además, puede referirse, ya a los elementos de hecho que conciernen al delito, ya a una norma jurídica”*.¹⁵⁰

Existen dos clases de errores:

a) Error de hecho.

Por *error sobre el hecho* que constituye el delito refiere Antolisei que *“se entiende el error que recae sobre uno (o varios) de los elementos que se exigen para la existencia del delito,”*¹⁵¹ siendo un error esencial, en el cual es necesario que el agente suponga que se encuentra en tal situación de *hecho*, que de existir realmente, actuaría conforme a derecho; y dado que la exclusión del dolo no significa siempre exención de responsabilidad, se distingue entre culpable e inculpable.

b) Error de derecho.

*“El error en que incurre el sujeto puede referirse a la norma jurídica”*¹⁵², el cual puede adoptar también la figura de una completa ignorancia de la ley penal. Sin embargo, no debe confundirse el error de derecho con el delito putativo, ya que en el primero la norma existe objetivamente, pero la desconoce el individuo y en el delito putativo, el sujeto actúa con la convicción de la existencia de una norma penal, la cual no existe, sino en su imaginación.¹⁵³

¹⁵⁰ ANTOLISEI, FRANCESCO, op. cit., pág. 288.

¹⁵¹ Ibidem, pág. 291. Por ejemplo cuando en el delito de robo, el agente cree que la cosa sustraída es propia, siendo ajena; o en incesto, cuando el agente desconoce la relación de parentesco o afinidad del sujeto pasivo.

¹⁵² BETTIOL, op. cit., pág. 433

¹⁵³ Cfr., Ibidem, pág. 436 y 437.

El error puede ser vencible o invencible¹⁵⁴:

- Es culpable (vencible) el error que podía haberse evitado usando las debidas precauciones; el cual se sanciona como delito culposo, si la ley lo prevé.
- Es inculpable (invencible) el error que se produce en los demás casos, cuando ningún reproche puede dirigirse al agente y éste queda exento de responsabilidad ya que no hay dolo, porque el dolo es querer la realización de un hecho con conciencia de la antijuridicidad.

Dentro de la teoría finalista de la acción tenemos al error de prohibición, pero antes de abordar éste, analizaremos las teorías que trataron de ayudar a explicar el error de prohibición.

a) Teoría del dolo.

Dentro de esta teoría, es importante recalcar, que el conocimiento de la antijuridicidad pertenece al dolo, pero existen dos posturas al respecto:

- **Teoría estricta del dolo.**

*“El dolo comprende tanto el conocimiento actual de los elementos objetivos del tipo, como el conocimiento actual del injusto”*¹⁵⁵. Esto quiere decir que el error de tipo y el error de prohibición tienen las mismas consecuencias, ya que ambos afectan al aspecto cognitivo del dolo, distinguiéndose únicamente dos cosas:

- Si el error sea de tipo o de prohibición, es invencible no hay responsabilidad, ya que se descarta el dolo y la imprudencia.

¹⁵⁴Cfr., ANTOLISEI, op.cit., pág. 292.

¹⁵⁵BUSTOS RAMIREZ. Colección..., op. cit., pág. 1162.

- Si el error es vencible y la conducta imprudente está tipificada, se sanciona a título de culpa.

- **Teoría limitada del dolo.**

Esta teoría surge como reacción a la anterior y en ella se exige para existencia del dolo un *conocimiento potencial* del injusto, en la cual se justificaba la sanción de los delitos no dolosos, como dolosos.

La posición que sostiene que el dolo implica la conciencia de la antijuridicidad, se le llama *teoría del dolo*, la cual se divide en dos posturas, la estricta y la limitada. Así el dolo es parte de la culpabilidad como forma o grado de culpabilidad (teoría psicológica) o como elemento de ella (teoría psicológica – normativa).

- b) Teoría de la culpabilidad.**

Aquí la culpabilidad deja de ser un mero nexo psicológico, como lo era en la teoría causalista, ya que la culpabilidad es un reproche que se hace al sujeto imputable, ya que no se comportó conforme al derecho debiéndolo respetar. La conciencia de la antijuridicidad no forma parte del dolo, ya que éste como *dolo natural* es parte de la acción, es tipo subjetivo y la conciencia de la antijuridicidad es parte del juicio de reproche. También se dividen en dos vertientes¹⁵⁶:

- **Teoría estricta de la culpabilidad.**

Es aquella que sostiene que la conciencia de la antijuridicidad es un componente de la reprochabilidad y el dolo se encuentra en la tipicidad, la cual

¹⁵⁶Cfr., ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, op.cit., tomo IV, pág. 86 y 87.

es sostenida por los partidarios de la teoría normativa de la culpabilidad. Conforme a esta teoría, se distinguen dos situaciones¹⁵⁷:

- Si el error de prohibición es invencible se elimina la culpabilidad, no el dolo ni la culpa.
- Si el error es vencible sólo atenúa la culpabilidad.

- **Teoría limitada de la culpabilidad.**

Es aquella que sitúa a la conciencia potencial de la antijuridicidad entre el dolo y la antijuridicidad. Esta teoría se adecúa a la sistemática que admite la teoría de los elementos negativos del tipo.

La teoría de la culpabilidad, es una teoría que atribuye a ambas clases de error una trascendencia práctica y sistemática distinta, ya que *“el error de tipo invencible excluye el dolo, y si es vencible se castiga por imprudencia; y el error de prohibición si es invencible, excluye la culpabilidad, y si es vencible permite atenuarla, pero no afecta nada el tipo de injusto”*.¹⁵⁸

2.3.5.3. Error de prohibición.

Existe error de prohibición *“no solo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho”*.¹⁵⁹ Zaffaroni refiere que el error de prohibición es aquel que *“recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad”*.¹⁶⁰ El error de prohibición puede ser de dos tipos:

¹⁵⁷Cfr., BUSTOS RAMIREZ, Colección, op. cit., pág. 1163.

¹⁵⁸ MUÑOZ CONDE. Teoría... op. cit., pág. 123.

¹⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Teoría..., op.cit., pág. 122.

¹⁶⁰ ZAFFARONI, Op. cit., tomo III, pág. 337.

a) Error directo de prohibición.

Cuando se refiere a la existencia de la norma prohibitiva, ya que el autor desconoce la existencia de la norma que prohíbe determinado hacer.

b) Error indirecto de prohibición.

Aquel que se refiere a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, por lo que también recibe el nombre de error sobre las causas de justificación, en el cual el autor sabe que su hacer esta prohibido, pero cree que existe una causa de justificación que justifica su conducta, o que actúa dentro de los límites de la misma.

Es importante insistir en que no se puede, ni debe identificarse al error de tipo con el error de hecho y al error de prohibición con el error de derecho, ya que son conceptos diversos¹⁶¹, por lo que la afirmación de Hellmuth Mayer resulta infundada.

En cambio, al estar estructurada la culpabilidad en la doctrina finalista por tres elementos, como ya se mencionó anteriormente, podemos decir, que existirá la inculpabilidad siempre y cuando no acredite la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad o la no exigibilidad de otra conducta, la cual explicaremos brevemente.

2.3.6. No exigibilidad de otra conducta.

Esta teoría surge en Alemania en la República de Weimar, a principios de los años 20, en una época de crisis, como forma de exclusión de la culpabilidad de personas que por miedo a perder su empleo o por otras causas, se veían obligados a cometer delitos. Años mas tarde, en el período nacionalsocialista, fue rechazada porque era incompatible con el modelo de superhombre.

¹⁶¹ Cfr., Ibidem, pág. 341 y ZAFFARONI, op. cit., tomo IV pág. 189.

Sin embargo, tras la Segunda Guerra Mundial, resurge como argumento para exculpar a médicos y altos mandos nazis que habían ejecutado o participado en medidas exterminadoras en campos de concentración, alegando que lo hicieron por miedo a perder sus trabajos.¹⁶²

La no exigibilidad de otra conducta, afirma que la culpabilidad se excluye cuando el agente se encuentra en condiciones que, humanamente no podía pretenderse de él un comportamiento distinto al realizado, por lo que no se le puede exigir una conducta distinta. Dogmáticamente se encuentra señalada en el Código Penal Federal y para el Distrito Federal, en los artículos 15 fracción IX y 29 fracción IX respectivamente.

2.3.7. Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.

Este aspecto negativo se obtiene a contrario sensu, de aquellos casos en los cuales la ley penal no exija alguna condición objetiva de punibilidad.

2.3.8. Excusas absolutorias.

La penalidad de un sujeto puede ser excluida en casos, en donde el legislador considera que es conveniente no imponerle una sanción a un sujeto, a pesar de darse una conducta, típica, antijurídica y culpable. *“se trata de causas vinculadas a la persona del autor y que sólo afectan a él y no a los demás participantes en el delito”*.¹⁶³ Ejemplo artículo 248 del código penal del Distrito Federal.

¹⁶²Cfr. MUÑOZ CONDE, Derecho..., op. cit., pág. 403. De hecho algunos de los acusados por estos hechos llegaron a decir en su defensa que al interpretar restrictivamente las órdenes, salvaron la vida a muchas personas, por ejemplo, que en lugar de matar a 10 000 personas, conforme a las instrucciones, mataron sólo a 8 000.

¹⁶³ ANTOLISEI, op. cit., pág. 135.

2.4. Crítica a los aspectos positivos y negativos del Causalismo.

La omisión constituye el punto débil de este esquema clásico, ya que ésta no constituye un movimiento corporal y no puede ser explicada a partir de la constatación de la realidad, sino a partir de valoraciones.

- Aparecieron los denominados elementos subjetivos y normativos del tipo, por lo que el tipo no se compone de elementos únicamente objetivos.
- Aparecieron críticas al concepto objetivo de la antijuridicidad.
- Aparecen críticas al concepto de culpabilidad como nexo psicológico, el cual resultaba insuficiente para explicar la culpa inconsciente o el estado de necesidad disculpante.
- Con relación a la tentativa, la cual es considerada como una forma de ampliación del tipo, se ponía en peligro el bien jurídico, pero había ausencia de resultado material, con lo que no podía sostenerse ni la causalidad ni la tipicidad de la conducta, por lo que tenía que llegarse hasta la culpabilidad, sin haberse verificado los elementos anteriores.

2.5. Crítica a los aspectos positivos y negativos del Finalismo.¹⁶⁴

- La concepción final de la acción sólo fue capaz de explicar las conductas dirigidas hacia un objetivo específico, es decir, las conductas dolosas, pero fue insuficiente para explicar las conductas culposas en donde es irrelevante el fin perseguido por el autor.
- También no pudo explicar los delitos de omisión en donde la finalidad no guía al proceso causal, por lo que cambió su planteamiento inicial por la

¹⁶⁴ DIAZ ARANDA, ENRIQUE. Teoría del Delito (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos), Editorial Straf, México 2006, págs. 44 a 53.

llamada acción potencial, el cual fracasó ya que debía renunciar “a la finalidad” como eje de su sistema.

- La crítica mas fuerte del sistema final de la acción es que deja vacía de contenido a la culpabilidad, al haber trasladado al dolo y a la culpa al injusto, ya que eran en el sistema clásico la culpabilidad misma; sin embargo en opinión de Enrique Díaz Aranda la culpabilidad no queda vacía ya que quedaría conformada por otros elementos.

2.6. Sistema funcionalista.

Aproximadamente desde 1970 se ha producido un cambio importante en la teoría penal, por lo que se han desarrollado nuevas soluciones para superar las críticas realizadas al sistema finalista, entre las que se encuentra: *“la síntesis neoclásico – finalista por Gallas, Jescheck y Wessels; el sistema racional – final, denominado también teleológico o funcionalismo político criminal de Claus Roxin y; el sistema funcionalista normativista de Günther Jakobs”*.¹⁶⁵

Estos nuevos proyectos mantienen la estructura del delito con la conducta como presupuesto del delito, con sus tres categorías: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; sin embargo cada categoría experimenta un pequeño cambio. Por ejemplo, se sustituye la concepción final de acción y se fundamenta la conducta, ya sea en criterios valorativo – sociales (Roxin) o en criterios normativos (Jakobs).

Las dos exposiciones sistémicas del funcionalismo más representativas en Alemania son aquellas postuladas por Claus Roxin y Günther Jakobs, las cuales explicaremos a continuación.

¹⁶⁵ DIAZ ARANDA, op.cit., pág. 53.

2.6.1. Sistema racional – final, teleológico o moderado de Roxin.

El sistema del funcionalismo de Claus Roxin no es un fenómeno nuevo, sino que por un lado, es un fenómeno que representa la ruptura de aquella “barrera infranqueable” entre la política criminal y derecho penal constituido por Von Liszt del que nunca pudo pasar y, por otro lado enlaza con los fundamentos metodológicos del neokantismo y neo hegelianos, los cuales habían quedado interrumpidos en el período de entreguerras (nazismo), los cuales desarrolla sistemáticamente bajo las bases de la política criminal y de la moderna teoría de los fines de la pena, los cuales se enmarcan dentro de los principios rectores de un Estado social y democrático de derecho.

Por lo que hace a los fundamentos metodológicos, tal parece que los orígenes de la teoría de Claus Roxin se encuentran en el pensamiento sociólogo norteamericano, siendo Robert Merton y Talcott Parsons los autores en los cuales se inspiró Claus Roxin para formular su teoría funcionalista. Para Roxin el fin de la pena es la prevención tanto general (positiva o integradora) como especial, pero, en aras a la libertad limitada por el principio de culpabilidad.¹⁶⁶

La creación o el surgimiento del funcionalismo data de 1962, ya que es justamente cuando la nueva teoría funcionalista de Roxin adquiere vigencia, a partir del momento en que cuestiona a la doctrina final de la acción de Hans Welzel, siendo la primera vez que polemiza con el padre del finalismo, la cual se vino a consumar cuando el 13 de mayo de 1970, pronuncia Roxin su conferencia magistral titulada “Política Criminal y Sistema de Derecho Penal”.

¹⁶⁶ Cfr. JIMENEZ MARTÍNEZ, JAVIER. La teoría funcionalista del delito, División Editorial Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México 2004.

- **Estructura.**

Para Roxin la dogmática no debe sustentarse en desarrollos lógicos y normativos exclusivamente, sino que debe atender a la realidad social ofreciendo soluciones conforme a los conocimientos ofrecidos por la política criminal, ya que intenta superar por una parte, la división entre finalistas y causalistas y por otra, el análisis puramente sistemático del concepto de delito, introduciendo como criterio rector final para la resolución de problemas dogmáticos la Política criminal; siendo dos sus innovaciones centrales en este nuevo sistema de la teoría del delito: la primera de ellas es la imputación objetiva y la segunda innovación es, la tercera categoría del delito denominada responsabilidad, la cual se compone de culpabilidad y de la necesidad de imponer la pena.¹⁶⁷

- **La imputación objetiva.**

Roxin refiere que para todos aquellos delitos comisivos debe darse la causalidad entre la acción del autor y el resultado, pero que además de esto, es necesario seleccionar con criterios de valoración, de entre las conductas causales para el resultado, aquellas que se puedan considerar acciones que produzcan un daño. A la constatación de estos presupuestos con los cuales es viable considerar que un resultado es obra de un determinado sujeto se le denomina *imputación al tipo objetivo*. Esto implica que para imputarse un resultado debe acreditarse primero el nexo causal con base en las teorías de la causalidad y ya acreditado el nexo causal, debe pasarse al estudio del siguiente nivel, que son los presupuestos de la imputación al tipo objetivo.

Los presupuestos para poder atribuir un resultado a un sujeto, son criterios de carácter normativo que crea Roxin con base en la doctrina de la imputación

¹⁶⁷ DIAZ ARANDA, op.cit., pág. 56.

objetiva elaborada por Richar Honig, cuyo denominador común se basa en el *principio del riesgo*. Estos presupuestos son los siguientes:¹⁶⁸

- La creación de un riesgo no permitido.
- La consiguiente realización del riesgo no permitido.
- Producción del resultado dentro del ámbito de protección de la norma.

El primer criterio nos ayuda a resolver casos en lo que no existe creación ni incremento del riesgo, ya que el resultado se hubiera producido aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida. Ejemplo: el automovilista que conduciendo a una velocidad más alta de la permitida, atropella al ciclista que va en estado de ebriedad, que igualmente hubiera sido atropellado aunque el conductor hubiera conducido a la velocidad permitida.

El segundo criterio nos sirve para poder excluir la imputación de resultados que han sido consecuencia de cursos causales atípicos. Ejemplo: si A dispara un arma de fuego en contra de B, es verdad que crea un riesgo no permitido de la producción de la muerte; sin embargo, si la víctima muere en un accidente de la ambulancia que lo llevaba al hospital o si muere ya estando en hospital a causa de un incendio, A no responderá del resultado de la muerte de B, porque éste no ha sido consecuencia del riesgo creado con el disparo.

El tercer y último criterio sirve para poder solucionar ciertos casos en los cuales, el autor ha creado o incrementado un riesgo que se transforma un resultado lesivo, sin embargo éste no debe ser imputado al no haberse producido dentro del ámbito de protección de la norma penal. Ejemplo: el que deja una pistola al alcance de un depresivo que se suicida con ella o la puesta en peligro aceptada por un tercero, es decir, la muerte del copiloto en una carrera de automóviles.

¹⁶⁸Cfr. MUÑOZ CONDE. *Derecho...* op.cit., pág. 230.

Estos casos se plantean sobre todo en los delitos imprudentes, ya que es en ellos, en donde la mala suerte y una serie de circunstancias que no son previsibles, determinan la producción de un resultado a veces distinto al pretendido por el causante. En cambio, en los delitos dolosos el problema apenas se plantea, o se plantea de forma diversa, porque aquí el sujeto hace lo posible para producir el resultado.

A diferencia de Von Liszt, Claus Roxin entiende por política criminal *“no sólo la elección de las sanciones preventivo especiales, más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los aspectos fundamentales que según nuestra Constitución y el Código Penal debe prescindir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad así como de las sanciones”*.¹⁶⁹

Al respecto Moisés Moreno refiere que *“para que la política criminal se enmarque dentro de la propia Constitución, ella debe poseer una determinada fisonomía, debe procurar reflejar siempre la imagen de la concepción filosófica y política que inspira la Ley Fundamental”*¹⁷⁰, por lo que una política criminal no puede estar exenta de ideología, ya que es esta la que le da sentido, como sentido le da a toda decisión política. Por consiguiente, *“La política criminal comprende los siguientes campos o sectores: el legislativo, el judicial y el ejecutivo, en los cuales se ejercita el ius puniendi que corresponde a cada uno de los órganos del Estado”*,¹⁷¹ la cual es necesaria en virtud del fenómeno de la criminalidad, que es su razón de ser y en virtud de que las medidas que se tienen para proteger los bienes jurídicos son infuncionables.¹⁷²

¹⁶⁹ JIMENEZ MARTINEZ, op. cit., pág. 4

¹⁷⁰ MORENO HERNANDEZ, MOISES, op. cit., pág. 77.

¹⁷¹ Ibidem, pág. 470.

¹⁷² Cfr. Ídem.

- **La conducta.**

El funcionalismo rechaza las concepciones de la conducta causalista y finalista, ya que la conducta no puede vincularse a realidades ontológicas, sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho Penal y lo que propone en ocasión a la polémica del concepto ontológico de acción de Welzel, un concepto completamente normativo, que ha denominado “teoría personal de acción”, la cual abarca las formas de manifestación de la personalidad es un sentido amplio, es decir, del hacer y del omitir.¹⁷³

- **La tipicidad.**

La teoría funcionalista interpreta las conductas descritas en los tipos penales en función de la necesidad abstracta de la pena y no basado en la personalidad del sujeto. El tipo tiene la función de enviar un mensaje al raciocinio del individuo para que sepa cuales son las conductas prohibidas con el fin político criminal de que las evite. Por lo que hace al tipo objetivo, éste debe interpretarse de forma teleológica, estableciendo si la conducta está dentro del radio de prohibición que el legislador quiso plasmar en el tipo penal. Y por lo que respecta al tipo subjetivo, éste se conforma con el dolo o la culpa y los elementos subjetivos distintos del dolo.

- **La antijuridicidad**

Molina Fernández señala que *“la antijuridicidad vuelve a tener un papel primordial en la doctrina teleológica o funcional, principalmente en su variante menos radical como es la defendida por Roxin y su escuela”*.¹⁷⁴

¹⁷³ JIMENEZ MARTINEZ, op. cit., pág. 11.

¹⁷⁴ MOLINA FERNANDEZ, FERNANDO. Antijuridicidad Penal y Sistema del delito, Editorial Bosch, España, 2001, pág. 45.

Para Roxin una acción es formalmente antijurídica en la medida que contraviene el ordenamiento jurídico y es materialmente antijurídica en la medida que lesiona un bien jurídico.

- **La responsabilidad.**

La culpabilidad como cuarta categoría del delito, es sustituida por la responsabilidad, la cual se conforma con la culpabilidad y la necesidad de la pena, acuñando dicho concepto desde un punto de vista político criminal por la teoría de los fines de la pena. El fundamento básico utilizado por Roxin es que la culpabilidad normativa no ha podido ni podrá explicar la capacidad de poder actuar de un modo distinto, de ahí que construye el término responsabilidad, siendo lo decisivo aquí, ya no el poder actuar de otro modo, sino que el legislador desde puntos de vista jurídico penales hace responsable al autor de su actuación.¹⁷⁵

El sistema racional – final, teleológico o funcional de Roxin, considera a la conducta como el primer elemento del delito, esto es, que los elementos del delito son: la conducta, la tipicidad, antijuridicidad y la responsabilidad. Esta última

La culpabilidad en el esquema de Roxin va a estar conformada por la imputabilidad, por el conocimiento de la antijuridicidad y la normalidad de las circunstancias en que se actúa; y la necesidad o merecimiento de la pena se refiere a la necesidad desde el punto de vista político criminal para imponer una sanción penal. Por consiguiente, únicamente cuando estos dos elementos se den conjuntamente habrá responsabilidad penal (*concepto funcional de culpabilidad*).

¹⁷⁵ Cfr. ROXIN, CLAUS, op. cit., pág. 792.

En resumen, podemos decir que las principales aportaciones de Roxin son:¹⁷⁶

- Se reorienta la teoría del delito bajo criterios de política criminal, basados en los fines de la pena.
- La conducta se fundamenta en su significado social.
- El tipo objetivo se delimita a través de criterios de imputación normativa.
- Se engloba a la culpabilidad y a la necesidad de la pena en una categoría del delito, denominada responsabilidad.

2.6.2. Sistema funcionalista normativista o funcionalista radical de Jakobs.

El método funcionalista normativista parte de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann el cual concibe a la Sociedad como un sistema *autorreferente* (quiere decir que le sirve al sujeto social, de guía para interactuar e internalizar las normas y valores a los que pertenece) y *autopoiético* (que el propio sistema es capaz e idóneo para configurar su propia estructura y crear sus propios elementos integrantes), que se integra de expresiones de sentido de comunicaciones. Para analizar esta definición debemos partir de que Luhmann parte de la existencia de tres clases de sistemas: los *sistemas vivos*, los *sistemas psíquicos o personales* y los *sistemas sociales*, los cuales se distinguen en la forma de auto reproducción (operación autopoiética); en este tenor los sistemas vivos adoptan como operación la propia vida, los sistemas psíquicos o personales tiene como operación la conciencia; y por último los sistemas sociales se caracterizan por la expresión del sentido, es decir, por la comunicación.

Los tres tipos de sistemas no se encuentran aislados, sino que están interrelacionados entre sí (*acoplamiento estructural*), de manera que cada uno de ellos puede explicarse, sólo si pueden existir los demás.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Cfr. DIAZ ARANDA, op. cit., pág. 59.

- **Funcionalismo.**

Así, mientras que su maestro Welzel, consideró de manera indispensable construir como una base lógico – real, Jakobs lo sustenta normativamente, de ahí que conceptos como causalidad o bien jurídico quedan circunscritos a las necesidades de la regulación jurídica, razón por la cual se le califica como un funcionalista normativista, el cual en palabras de Jakobs “*se concibe como aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad*”.¹⁷⁸ Del concepto y del objeto de funcionalismo de Jakobs se desprenden las siguientes unidades de análisis.

- **La sociedad.**

El hecho de que la sociedad se conciba como un sistema alude a una global conexión entre diferentes elementos, por lo que la diferencia de la clase de relación entre los elementos de un sistema se encuentra, por un lado en el concepto de “*comunicación*”, y por otro marcando el límite entre “sistema” y “entorno”, entendiendo al sistema como el ámbito en el cual se producen comunicaciones socialmente relevantes y el resto no es sistema, sino el entorno; los cuales no pueden explicarse uno sin el otro, ya que están interrelacionados, con lo que el entorno sólo alcanza su unidad sólo a través del sistema sólo en relación al mismo.

En este contexto, Jakobs señala que la mera reunión de individuos no configura una sociedad, sino que una sociedad comienza, con la vigencia de la primera norma que obliga a las personas a adoptar una conducta determinada; la sociedad no es más que un tipo de los sistemas sociales que se caracteriza por el modo de autorreproducción, que es la comunicación. Luhmann por su

¹⁷⁷ Cfr. POLAINO NAVARRETE, MIGUEL. Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal, Porrúa, México 2001, págs. 23 a 31.

¹⁷⁸ JAKOBS, citado por DIAZ ARANDA, op. cit., pág. 54.

parte, señala que la sociedad no se compone de individuos o seres humanos aisladamente considerados, sino precisamente de comunicaciones.¹⁷⁹

- **Autopoiésis**

El concepto de Luhmann de autopoiésis que incorpora a la teoría de los sistemas, proviene de la Biología, y significa que las propias células tienen capacidad de autorreproducirse, es decir, que son sistemas vivos capaces de configurar su propio medio de vida; y en el campo de la Sociología, significa que el sistema puede dotarse de una estructuración¹⁸⁰

- **La comunicación.**

Como ya se mencionó, la comunicación es el mecanismo autopoiético del sistema social, por lo que la sociedad esta compuesta por comunicaciones, de expresiones de sentido con relevancia comunicativa, por lo tanto, donde hay comunicación hay sociedad y donde hay sociedad es necesario que exista comunicación. La comunicación es por consiguiente, la operación que define los elementos del sistema social.¹⁸¹

- **La persona.**

La base sociológica de la sociedad, en la cual los individuos ceden parte de su soberanía al Estado para el ejercicio del poder en beneficio del pueblo es sustituida por una concepción de la sociedad como un sistema de comunicación de reglas que garantizan su desarrollo armónico (normativa), en donde, a diferencia del individuo, la persona es para Jakobs un concepto autorreferente, autopoiético y auto - funcional, integrante y constitutivo de la sociedad, que se define por la función que cada sujeto desempeña en la

¹⁷⁹ POLAINO NAVARRETE, op. cit., págs. 25 y 26.

¹⁸⁰ Cfr. Ibidem, pág. 27

¹⁸¹ Cfr. Idem.

sociedad, es decir, por el rol social que tiene encomendado, por ello persona es quien debe prestar fidelidad al derecho.¹⁸²

- **La pena**

Por lo que respecta a la pena, ésta constituye una reacción frente a un hecho que supone el quebrantamiento de una norma, con lo cual se abandona la concepción tradicional que sustenta a la pena como una reacción frente a un hecho que lesiona un bien jurídico, erigiéndose como el medio a través del cual se confirma la vigencia de la norma violada (*prevención general positiva*). Por consiguiente, el delito es la afirmación que contradice la norma y la pena es respuesta que confirma la norma.¹⁸³

- **El bien jurídico.**

Y por lo que hace al bien jurídico, para Jakobs no cualquier objeto de regulación de una norma se considera bien jurídico, sino que va a ser aquel que va a desempeñar alguna función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, razón por la cual afirma que bien jurídico son: *unidades funcionales valiosas*.¹⁸⁴

2.6.3. Crítica al Sistema Funcionalista.

El sistema funcionalista es la corriente que predomina hoy en día en Alemania y en algunos países de Europa como Austria o Suiza; sin embargo, a diferencia de los sistemas anteriores, clásico o finalista, el funcionalismo no cuenta con un método lógico para analizar o estudiar los delitos en particular.

¹⁸² Cfr. Ibidem, pág. 34.

¹⁸³ Cfr. JAKOBS, GUNTHER. Derecho Penal, Parte General, fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. segunda edición, Madrid 1997, pág. 8 y 9.

¹⁸⁴ Cfr. Ibidem, pág. 50.

El sistema clásico señala, que para realizar el estudio de un delito debe estudiarse la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad. El sistema finalista por su parte señala que debe analizarse la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

En cambio el sistema funcionalista no cuenta con un esquema como el establecido por los sistemas anteriores, además de que los representantes del funcionalismo conciben algunos aspectos del delito de manera diversa en su contenido; tal es el caso de la culpabilidad que es denominada responsabilidad para Claus Roxin la cual se compone de culpabilidad, siendo sus elementos, la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la normalidad de las circunstancias en que se actúa y de la necesidad de la pena; no obstante, para Jakobs la culpabilidad encuentra su fundamento en dos supuestos, la constitución de la sociedad y del fin preventivo de la pena, entendiendo a la culpabilidad como el “déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico”¹⁸⁵, por lo que le denomina ya no culpabilidad, ni responsabilidad como Roxin, sino infidelidad al derecho, la cual es resultante de los fines de la pena y de la constitución de la sociedad y se compone de 4 elementos: a) comportamiento antijurídico del autor, b) la imputabilidad, c) La falta de respeto al fundamento de validez de la norma y d) la existencia de especiales elementos de culpabilidad.

El funcionalismo es la corriente más actual o “de moda” (porque es la última concepción de la teoría del delito), razón por la cual existen autores que a pesar de no conocer a profundidad dicho sistema, se declaran partidarios de ella, por lo que resulta necesario discutir si dichas posturas son compatibles o no con nuestra realidad. De ahí que toda construcción sistemática, antes de que se adopte a la realidad mexicana debe ser previamente analizada, desde la perspectiva de sus fundamentos y de la realidad en que se las quiere implantar, para así, poder determinar si es factible como instrumento para

¹⁸⁵ Cfr. JAKOBS, citado por JIMENEZ MARTINEZ, op. cit., pág. 85.

conformar la vida de la sociedad y para orientar la política criminal que deba regir en nuestro país.¹⁸⁶

La corriente del funcionalismo, surgida en oposición a las ideas del finalismo y de su metodología, ha seguido dos vías: una encabezada por Claus Roxin (funcionalista racionalista) y la seguida por Jakobs (funcionalista normativa) señalando que en ambos se observan influencias del pensamiento neokantiano de la filosofía de los valores, además de una base sociológica, por lo que le dan importancia al aspecto normativo o teleológico de los diferentes conceptos en torno a la estructura del delito y a los presupuestos de la pena, por lo que dicha concepción ha procurado llevar a su culminación a aquel sistema teleológico (funcional) del Derecho Penal que se inició a principios del siglo XX, consistente en construir las categorías del sistema orientándolas a los fines político – criminales del Derecho Penal, la cual se ajuste a las exigencias de los Estados democráticos de Derecho.

Uno de los aspectos fundamentales que hacen diferente y separan al finalismo del funcionalismo es lo relativo al método, ya que el finalismo parte de consideraciones ontológicas, a su vez, parte de una concepción del hombre como persona y como un ser responsable; Schönemann, discípulo de Roxin, que también se adhiere al funcionalismo, siempre ha considerado los aspectos ontológicos; sin embargo, Jakobs estudia a los diferentes conceptos de la estructura del delito y a los presupuestos de la pena desde la perspectiva normativista, rechazando toda consideración material.

Debe decirse que, el afirmar la necesidad de considerar datos de la realidad o datos ontológicos (datos reales) en la dogmática penal, no implica la exclusión de las consideraciones normativistas o teleológicas ya que es obvio que no puede prescindirse de éstas, si se acepta que trabajamos con un objeto

¹⁸⁶ Cfr. MORENO HERNÁNDEZ, MOISES. Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (ontologismo y normativismo), Editorial Ius Poenale, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, México 2002, págs. X y XI.

del conocimiento que es normativo, como es el Derecho penal, por tanto resulta incuestionable que no puede prescindirse de la consideración de los datos de la realidad.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Cfr. Ídem.

CAPITULO 3.

AUTORIA Y PARTICIPACION.

Como se analizó anteriormente, un hecho punible puede ser realizado por una persona o por más de una, por lo que ante la situación de la intervención plural en el delito, un sistema penal puede reaccionar imponiendo a todos los intervinientes la misma pena, sin importar cual fue su contribución en el delito. Por el contrario, puede valorar las diferentes formas de intervenir en el delito y así distinguir entre autores y partícipes, con lo cual establecería penas diferentes proporcionales a la importancia de su aporte a la realización del delito.

Los sistemas penales que no distinguen por tanto entre autores y partícipes postulan un *concepto unitario de autor*, como es el caso de nuestra legislación, la cual no distingue entre dichas formas de intervención del delito.¹⁸⁸ Esta postura tiene sus bases en el sistema positivista y se fundamenta en la igual o semejante peligrosidad tanto del que es autor de hecho, como del que se simplemente auxilia. Es por esta razón, que resulta conveniente diferenciar entre autoría y participación.

3.1. Diferencias entre autoría y participación.

Desde un punto de vista dogmático, resulta de gran importancia realizar la distinción entre la autoría y la participación. *“La participación en sí misma no es nada, sino un concepto de referencia que supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido”*.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Cfr. BUSTOS RAMIREZ. Colección...op.cit., pág. 1065.

¹⁸⁹ MUÑOZ CONDE. Derecho... op.cit., pág. 447.

Esto quiere decir en pocas palabras, que la conducta de participación es accesoria a la conducta principal de autoría, por lo que la conducta de participación no puede tener una existencia independiente de la autoría que al contrario, si puede tenerla; por consiguiente la responsabilidad del partícipe siempre va a estar sujeta o condicionada por los actos realizados por el autor. Sólo hay participación en la autoría.

Hasta el día de hoy, se han expresado diversas teorías que tratan de delimitar autoría y participación, sin embargo, todas y cada una de ellas muestran insuficiencias dada la complejidad de dicha problemática en determinados casos en concreto. Las teorías que han intentado diferenciar la autoría y la participación, se dividen en extensivas y restrictivas, comprendiendo la primera a la teoría subjetiva del autor y la segunda a la teoría objetiva formal, a la teoría objetivo material y a la teoría del dominio del hecho.

3.2. Teorías de la autoría y participación.

Las teorías extensivas son aquellas que se encuentran próximas a un concepto unitario de autor y parten de la teoría de la equivalencia de las condiciones, al afirmar que *“todos los sujetos que aportan alguna intervención que afecta al hecho son igualmente causas del mismo y por consiguiente autores”*.¹⁹⁰ En ellas, todas las intervenciones en el hecho, eran conductas de autoría y sólo por razones político – criminales se restringía la pena para los cómplices. De ahí que esta teoría haya sido defendida por la dirección moderna que basa el Derecho penal en la peligrosidad del delincuente y por la corriente nacionalista de la Escuela de Kiel, que partía de un Derecho penal de la voluntad.

¹⁹⁰ MIR PUIG, op. cit., pág. 359.

1. Teorías extensivas.

- **La teoría subjetiva.**

Dicha teoría fue defendida por V. Buri y se basa en el ánimo concreto que el sujeto tenga en la realización del delito, es decir, si el sujeto actúa con ánimo de autor, será autor cualquiera que sea su contribución material del delito; y en cambio, si el sujeto actúa con ánimo de partícipe, será siempre partícipe. Pero esta teoría falla en no considerar algún aspecto material en la contribución del delito, por lo que al ser insuficiente, la distinción tenía que buscarse en un criterio objetivo material. De esta manera, *“si el ánimo de actuar es en interés propio se trata de un autor (animus auctoris) y si lo es en interés ajeno, se trata de un partícipe (animus socii)”*.¹⁹¹

Estas teorías resultan contradictorias ya que o dejan entregado el hecho totalmente a lo que diga el sujeto, o bien, a lo que determine el juez respecto del ánimo del sujeto, siendo totalmente arbitrarias.

Un ejemplo de esta teoría subjetivista, se puede reflejar en el Derecho Penal nazi de la escuela de Kiel, la cual atiende sólo a la voluntad de contravenir al deber, al ánimo de traidor, y en dicho sentido, también llega a un concepto unitario de autor, pues cualquier contribución al hecho expresa este ánimo traidor.¹⁹²

2. Teorías restrictivas.

A diferencia de las teorías extensivas, esta teoría *“parte de que no todo el que es causa del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo, causación no es igual a realización del*

¹⁹¹ BUSTOS RAMIREZ. Colección... op. cit., pág. 1067.

¹⁹² Cfr, ídem.

delito”;¹⁹³ por lo que plantean, que no todos los intervinientes en el delito tienen la calidad de autores, sino sólo algunos de ellos. Por consiguiente, los preceptos que regulan la participación simplemente fundamentan una extensión de la punibilidad que básicamente es la del tipo prevista para el autor del delito. Dentro de estas teorías restrictivas se encuentran tres direcciones, la teoría objetivo – formal, la teoría objetivo - material y la teoría del dominio del hecho.

- **La teoría objetivo – formal.**

Esta teoría señala que es autor quien realiza por sí mismo total o parcialmente algún acto ejecutivo típico. Esta teoría obliga a vincular la autoría con los tipos penales de la parte especial. Con esto, podemos decir que su gran mérito consistió en deslindar claramente entre autor y partícipe y su gran defecto fue que no permitió considerar dentro del concepto de autor al autor mediato, ni tampoco ciertos supuestos de la coautoría.¹⁹⁴

- **La teoría objetiva – material.**

Esta teoría intenta evitar los defectos de la teoría objetivo – formal, por lo que se remite a un criterio material, más allá de la mera descripción típica, es decir, la importancia objetiva de la contribución, siendo por consiguiente autor, el sujeto que aportase la contribución objetivamente más importante. Santiago Mir Puig le formula dos críticas a esta teoría, por una parte, se funda en que desconoce la importancia de lo subjetivo para caracterizar el papel de cada contribución al hecho, y por otra parte, señala que de poco sirve como criterio delimitador de autoría y participación la remisión a una fórmula vaga como mayor importancia objetiva.¹⁹⁵

¹⁹³ MIR PUIG, op. cit., pág. 362.

¹⁹⁴ Cfr. BUSTOS RAMIREZ. Colección, op. cit., pág. 1070.

¹⁹⁵ Cfr. MIR PUIG, op. cit., pág. 363.

- **La teoría del dominio del hecho.**

Dada la ineficacia de las dos teorías anteriores y al haberse afirmado que para realizar de forma correcta la distinción, era preciso buscarla en un criterio objetivo material, dicho criterio era el *dominio final del acto*, el cual se empezó a desarrollar a partir de la teoría de la doctrina final de la acción de Hans Welzel y por un amplio grupo de penalistas alemanes, entre los que se encuentra Claus Roxin. La teoría del dominio del hecho o del acto es la más apta para delimitar quien es autor y quien es partícipe, porque está claro que solo quien tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no, debe ser considerado como autor; y es gracias a esta teoría que, siendo la dominante actualmente en Alemania, no confundimos autor con ejecutor permitiendo con ello fácilmente incluir al autor mediato y llegar a una comprensión del coautor; sin embargo, es una teoría que sólo es aplicable a los delitos de comisión dolosa, mientras que los delitos imprudentes se caracterizan por la pérdida del control final del hecho.¹⁹⁶

Esta teoría refiere que es autor *“quien tiene realmente el poder o el dominio final sobre la realización del hecho descrito en el respectivo tipo legal”*.¹⁹⁷ Por tanto *“autor es el que tiene poder o dominio final sobre el hecho, pues sólo él es el dueño de la realización del tipo y puede, en virtud de ese dominio de la situación, conducir el curso típico y entre otras cosas interrumpir su realización; el partícipe, en cambio, sólo auxilia en un hecho que es dominado por el autor.”*¹⁹⁸

¹⁹⁶ Cfr. MIR PUIG, op. cit., pág. 267. En Alemania los defensores de la teoría del dominio del hecho excluyen a los delitos imprudentes y limitan a los delitos dolosos el ámbito de aplicación de la misma. Por esta razón es que la doctrina alemana maneja dos conceptos distintos de autor: en los delitos dolosos el concepto restrictivo basado en la teoría del dominio del hecho y; en los delitos imprudentes un concepto unitario de autor que impide distinguir entre autoría y participación.

¹⁹⁷ BUSTOS RAMIREZ. Colección... op .cit., pág. 1070.

¹⁹⁸ Ídem.

Pero no basta para esta teoría con el dominio del hecho para ser considerado como autor, sino que es necesario que concurren en él las características especiales que para ser autor del delito exija el tipo penal respectivo.

Por último, para Jescheck la teoría del dominio del hecho tiene las siguientes consecuencias:

- Es autor quien ejecuta por su propia mano todos los elementos del tipo.
- Es autor quien ejecuta el hecho utilizando a otro como instrumento (autoría mediata).
- Es autor el coautor que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global (dominio funcional del hecho).

3.3. El concepto de autor.

A lo largo de la historia del Derecho Penal moderno, son diversos los planteamientos doctrinales que han procurado dar una definición de autor que comprenda las diferentes formas de aparición de la autoría, esto es, de la autoría directa, de la coautoría y de la autoría mediata. Las posturas doctrinales que han surgido se puede agrupar en dos categorías: *teorías extensivas* y *teorías restrictivas*, las cuales ya mencionamos con anterioridad.

En este tenor, las teorías que analizamos resultan de gran importancia para poder entender la diferencia entre autoría y participación y también porque dichas teorías se proponen: *“establecer a priori criterios firmes a partir de los cuales poder determinar en cada caso concreto quien tendrá la calidad de autor y quien la de partícipe”*.¹⁹⁹ Después de haber mencionado cada una de las teorías, analizaremos ahora, cada una de las formas o clases de autoría.

¹⁹⁹ BUSTOS RAMIREZ. *Colección...* op.cit., pág. 1068.

3.3.1. Autoría directa o inmediata.

Es autor directo el que realiza personalmente el delito, es decir, el que de un modo directo y personal realiza el hecho. Este concepto se encuentra implícito en la descripción que del sujeto activo se hace en cada tipo delictivo de la parte especial, ya que el sujeto realiza la ejecución de propia mano, teniendo en consecuencia el dominio del hecho.²⁰⁰ Por su parte, el artículo 13 del Código Penal Federal en su fracción II se refiere al autor material, al expresar “los que los realicen por sí”.

3.3.2. Autoría mediata.

*“Es aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable (un inimputable o una persona que se encuentre bajo el error, ya sea de tipo o de prohibición que es quien lo realiza)”.*²⁰¹ Este tipo de autoría es difícil de fundamentarlo con una teoría objetivo – formal, por lo que cuando alguien se sirve, como instrumento de realización del delito, de otra persona, se debe buscar un criterio que permita sancionar al autor real y no al instrumento, este criterio es el del dominio del hecho. *“El dominio del hecho requiere en la autoría mediata que todo el suceso aparezca como obra de voluntad rectora del hombre de atrás”.*

Por otra parte, lo que si resulta difícil de fundamentar es la autoría mediata en los casos en donde el autor se vale de un inimputable, ya que no siempre el que realiza el hecho tiene el dominio del hecho. Con esto, la figura de la autoría mediata no es de aplicación ilimitada, ya que termina allí donde el instrumento mismo es un autor plenamente responsable, de forma que sólo cabe considerar la intervención del hombre de atrás en la forma de participación en el dominio del hecho.

²⁰⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE. Teoría... op. cit., pág. 156.

²⁰¹ MUÑOZ CONDE. Derecho... op. cit., pág. 449.

Por su parte el Código Penal Federal se refiere a esta clase de autoría en la fracción IV del artículo 13, en la cual señala *“los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro”*.

- Tipos legales que no admiten la autoría mediata

La figura de la autoría mediata va a quedar excluida cuando el tipo exige la realización personal del hecho en todos los casos (*delitos de propia mano*) o cuando falta en el hombre de atrás la especial cualificación (*delitos especiales propios*), en cambio si cabe en tales delitos la autoría mediata por parte de un sujeto cualificado; y por último en casos de *imprudencia*, ya que en ella, debido a la ausencia de una voluntad no es posible el dominio de éste.²⁰²

- Dominio superior sobre el sujeto en que existe responsabilidad del autor mediato y también del inmediato.

Son aquellos casos en donde los sujetos pertenecen a un aparato organizado de poder, en el cual el autor inmediato (subordinado) actúa dentro de ella conforme a las órdenes superiores. De esta manera, no sólo el autor mediato es responsable, sino también el inferior, pues en ambos casos se da un dominio sobre el hecho. La estructura organizativa de poder es la que le da superioridad sobre el sujeto; sin embargo, no es suficiente para dejar impune al autor inmediato, ya que tiene la posibilidad de abandonar la organización o no cumplir la orden.²⁰³

Con lo anterior, se afirma que *“en la autoría mediata el núcleo de ella consiste en la degradación de un ser humano a la categoría de medio material,*

²⁰² Cfr. JESCHECK, op. cit., pág. 605.

²⁰³ Cfr. BUSTOS RAMIREZ. Colección... op.cit., pág. 1078.

no libre, para la obtención de los fines que se ha propuesto el hombre de atrás".²⁰⁴

3.3.3. Coautoría.

Es importante señalar que el coautor es autor, de modo que le corresponden todas las características de autor, es decir, debe tener el codominio del hecho y las calidades exigidas para el autor. Su peculiaridad reside en que ha habido un acuerdo de distribución funcional de las labores a cumplir respecto a la realización del hecho.²⁰⁵ Para Edgardo A. Donna *"son coautores los que toman parte en la ejecución del hecho, codominándolo"*²⁰⁶ y por su parte para Bustos Ramírez *"es coautor aquel autor que tiene el dominio de la realización del hecho conjuntamente con otro u otros autores, con los cuales hay un plan común y una distribución de funciones en la realización de mutuo acuerdo"*.²⁰⁷ La legislación penal federal, hace referencia a esta figura en la fracción III del artículo 13 del Código Penal Federal, al referir *"los que lo realicen conjuntamente"*.

"Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que en virtud del principio del reparto funcional de papeles, asumen por igual la responsabilidad de su realización".²⁰⁸ Sin embargo, el simple acuerdo previo no basta, ya que es necesario que se contribuya de algún modo en la realización del delito, de tal manera que dicha contribución se estime como un eslabón de todo el acontecer delictivo.²⁰⁹

²⁰⁴ DONNA, EDGARDO ALBERTO. La autoría y la participación criminal, Rubinzal – Culzoni Editores, segunda edición, Argentina 2002, pág. 4.

²⁰⁵ Ibidem, pág. 47.

²⁰⁶ Idem

²⁰⁷ BUSTOS RAMIREZ. Colección... op.cit., pág. 1079.

²⁰⁸ MUÑOZ CONDE. Teoría... op.cit., pág. 157.

²⁰⁹ Cfr. Idem.

En la coautoría no rige por tanto el principio de la imputación mediante la accesoriedad, sino la reciprocidad directa de todas las contribuciones al hecho realizadas. La razón radica en que la coautoría aporta en sí misma su contenido del injusto y no lo deriva de un hecho ajeno.²¹⁰

- **Coautoría funcional.**

El dominio del hecho de cada uno, no se basa en la ejecución de propia mano, sino que se encuentra en la división del trabajo, sin la cual la comisión del tipo penal sería irrealizable. Por ello, cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho, a través de su función específica, porque tal como el plan concreto incluye su aporte, si éste no hace su parte, el hecho fracasa. Esta es la razón por lo cual se exige en la coautoría un dominio funcional del hecho.²¹¹

Desde esta perspectiva la posibilidad de la coautoría se limita a los hechos dolosos. *“De este modo, sólo puede ser coautor quien sea autor, es decir, aquel que tenga el dominio final del hecho”*.²¹²

- **Elementos de la coautoría.**

Podemos señalar como elementos de la coautoría las siguientes:²¹³

²¹⁰ Cfr. JESCHECK, op. cit., pág. 616.

²¹¹ DONNA, op.cit., pág. 42 y 43.

²¹² WELZEL citado por DONNA, ídem.

²¹³ Cfr. Ídem.

- **La decisión común al hecho.**

Es el acuerdo recíproco, expreso o tácito, sobre la perpetración común del evento delictivo, hasta su consumación, donde cada autor responde sólo hasta donde alcanza el acuerdo, no existiendo responsabilidad por el exceso de otro.

- **La ejecución común del hecho.**

Se requiere que cada coautor debe de manera subjetiva, ser coportador de la decisión común del hecho, y de forma objetiva, completar con su aportación los aportes de los demás, es decir, debe alcanzar una determinada importancia funcional.

- **La división de funciones.**

Es aquella en la cual cada uno de los intervinientes en la realización del hecho típico se dividen las tareas, es decir, cada sujeto activo en el delito va a desempeñar una función determinada, la cual es esencial para la consumación del delito que han planeado cometer.

Para terminar podemos decir que, *“la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho, donde todos deben responder como autores,”*²¹⁴ en donde cada autor sólo responde por el plan común, es decir, no va más allá del acuerdo producido, de manera que si uno de los coautores decide cometer otro delito distinto, el resto no es coautor en ese hecho, de forma que el dominio del hecho tiene que ser común, de manera que *“la cooperación de cada cual en papel que le correspondiera constituya una pieza esencial en la realización del plan conjunto (dominio funcional)”*.²¹⁵

²¹⁴ Cfr. BUSTOS RAMIREZ. Colección... op.cit., pág. 1079.

²¹⁵ JESCHECK, op. cit., pág. 614.

3.4. El término de participación.

Es preciso aclarar que el término de participación puede entenderse en un sentido amplio o en un sentido específico. Desde el punto de vista *amplio*, comprende en forma genérica a todos los intervinientes en un hecho delictivo. Desde una perspectiva *específica*, son sólo partícipes aquellos que no son autores, es decir, aquellos cuya actividad se encuentra en relación de dependencia del autor, tal como lo hemos señalado anteriormente, como por ejemplo la inducción, ya que de acuerdo al principio de accesoriedad limitada, si el autor material decide no cometer la conducta típica, el inductor tampoco recibirá pena, ya que su responsabilidad penal, depende de la conducta típica dependiente de la desplegada por el autor material.

*“La participación es la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno”,*²¹⁶ esto es, que la participación no constituye un concepto autónomo, sino que depende del concepto de autor, tal como se mencionó anteriormente, siendo por ende, un concepto de mera referencia, ya que supone la existencia de un hecho ajeno, ya sea de un autor material o de un coautor o de un autor mediato, a cuya realización el partícipe contribuye. De esta manera, sólo en base al autor puede castigarse la conducta del partícipe.

o Principios rectores de la participación.

No debemos olvidar que, todo delito tiene un determinado autor que surge respecto de la realización del tipo penal y que su comportamiento constituye el hecho principal, de tal forma que, cualquier otro comportamiento de otro interviniente habrá de realizar una actividad accesorio. La *accesoriedad*, para Bustos Ramírez, significa *“que para la existencia de la participación es indispensable que se dé un hecho principal, que es el realizado por el autor”*.²¹⁷

²¹⁶ MJUÑOZ CONDE. *Teoría...* op.cit., pág. 159.

²¹⁷ BUSTOS RAMIREZ. *Colección...* op. cit., pág. 1082.

Ahora bien, para determinar cuando nos encontramos ante un hecho principal, debemos considerar dicha problemática desde dos perspectivas. La primera es desde el punto de vista *externo*, en el cual el delito ha de encontrarse en grado de tentativa, es decir, tiene que haber un principio de ejecución del hecho principal por lo menos; por consiguiente no puede existir participación en un acto preparatorio y tampoco puede haber participación después de la consumación de un hecho, pues ya el hecho principal ha sido agotado o realizado. La segunda es desde el punto de vista *interno* del delito, el cual se refiere a los requisitos del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad); y al respecto han aparecido diferentes posturas.

La primera de ellas es la llamada *accesoriedad máxima* que predominó por mucho tiempo, la cual exigía todos los requisitos para que hubiese un hecho principal, es decir, que existiera tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La segunda es la llamada teoría de la *accesoriedad mínima*, para la cual basta con la realización de un hecho típico, sin que se exigiera que fuera antijurídico. La tercera postura es la *accesoriedad limitada* (posición dominante), para la cual basta que exista un hecho principal y que éste constituya un injusto, esto es, que sea un acto típico y antijurídico.²¹⁸

Después de establecer la evolución del principio de la accesoriedad, debemos señalar los principios que se requieren para poder hablar de participación; así, cuando el delito por el cual pueden ser enjuiciados los distintos sujetos que intervinieron en la realización es el mismo para todos (*unidad del título de imputación*), pero cuando la responsabilidad del partícipe se encuentra subordinada al hecho principal cometido por el autor (*accesoriedad de la participación*), y para que pueda hablarse de participación es menester, que exista un hecho por lo menos típico y antijurídico, cometido por un autor (*accesoriedad limitada*).²¹⁹

²¹⁸ Cfr. *Ibidem*, pág. 1083 y 1084.

²¹⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE. *Derecho...* op. cit., pág. 455.

“La participación sólo es punible en su forma dolosa, es decir, el partícipe debe conocer y querer su participación en la realización del hecho típico y antijurídico de otra persona, que es el autor”²²⁰ y no puede haber participación en una participación, ya que sólo puede darse en un hecho principal y tampoco puede haber participación en un acto preparatorio, porque todavía no es un hecho principal. Lo que quiere decir que la autoría material es el hecho principal, y la participación en ese hecho, es accesoria, significa que la punibilidad del partícipe esta condicionada a la realización del autor principal.

Por lo que hace al dolo del partícipe, es importante señalar que no sólo el autor debe actuar con dolo, sino también el partícipe, quien debe realizar su aporte en forma dolosa. El dolo del partícipe debe estar dirigido a la producción de la consumación del hecho típico principal, de manera que siempre deberá hablarse de un dolo en referencia a un tipo penal determinado. Por lo tanto, debe existir la conciencia y la voluntad de cooperar en un hecho delictivo de otro.²²¹

Habiéndose precisado el concepto de participación y los principios de la misma, es conveniente, estudiar las diferentes formas de participación en el delito: la inducción y la complicidad, siendo éstas frente a la autoría, causas de extensión de la pena.

3.4.1. Inducción.

Hruschka afirma que es en el año de 1825 cuando aparece por primera vez el término de instigador, siendo Anton Bauer quien utiliza dicho término para todos aquellos que han inducido a otro en forma premeditada a la perpetración del delito.²²²

²²⁰ MJUÑOZ CONDE. Teoría... op.cit., pág. 159.

²²¹ Cfr. DONNA, op.cit., pág. 99.

²²² HRUSCHKA citado por DONNA, op. cit., pág. 122.

La inducción se caracteriza porque el inductor hace surgir en otro llamado inducido la idea de delinquir o de cometer un delito, pero quien decide y domina la realización del mismo es el inducido, ya que de lo contrario, estaríamos hablando de autoría mediata; por lo que decimos que se trata de la corrupción de un hombre libre.²²³ Jescheck al respecto, refiere que “inducción es determinar dolosamente a otro al hecho antijurídico cometido dolosamente por el mismo”.²²⁴ Con esto, el inductor lo que hace es que otra persona adopte la resolución de voluntad de llevar a cabo una acción típica y antijurídica.

*“En síntesis, lo que define a la inducción es la libertad del autor o sujeto inducido, de manera que la decisión tomada por el propio autor elimina la posibilidad de otro autor detrás de él; si el autor toma las riendas del hecho pasará a ser coautor o autor”.*²²⁵

- **Elementos de la inducción.**

El artículo 13 del Código Penal Federal, en su fracción V se refiere al inductor al estipular *“los que determinen dolosamente a otro a cometerlo”*. En este artículo nuestra legislación emplea la expresión determinar a otro; término que según Jakobs es de interpretación difícil, razón por la cual consideramos importante dejar en claro la denominación usada por nuestra legislación.

En un sentido literal, determinar presupone ejercer influencia sobre la dirección del comportamiento de otra persona, y en el mismo sentido, se han expresado Maurach y Gôssel al afirmar que determinar presupone la influencia sobre la dirección del comportamiento de otra persona, de modo que ésta

²²³ Cfr. MUÑOZ CONDE. Teoría... op. cit., pág. 161.

²²⁴ JESCHECK, op. cit., pág. 25.

²²⁵ DONNA, op.cit., pág. 125.

última oriente su conducta a la meta mencionada por el inductor, que consiste en la lesión al bien jurídico.²²⁶

La responsabilidad del inductor, depende como se ha venido mencionando, del autor principal; por lo cual, la pena va a depender de hasta donde ha llegado el delito, es decir, si se consumó tendrá pena de delito consumado, si se quedó en grado de tentativa, tendrá esa pena, pero debe haber tenido el hecho principal un comienzo de ejecución, en caso contrario quedaría impune la inducción, ya que no existe tentativa de inducción.²²⁷

- **Medios de inducción.**

Nuestra legislación no señala los medios de inducción; sin embargo, es posible considerar como idóneo cualquier medio en virtud del cual se pueda ejercer una influencia psíquica sobre la dirección de la voluntad del sujeto a inducir (inducido), por lo que las formas o medios de inducción pueden ser: el convencimiento, el ruego, la promesa de una recompensa, por consejo, por amenazas, por regalos, etc.²²⁸

- **El dolo del inductor.**

La determinación dolosa de otro al hecho antijurídico dolosamente cometido por el inducido presupone lo que se ha denominado *doble dolo*. El dolo del inductor debe dirigirse a una o varias personas determinadas, exigiendo de esta manera siempre un destinatario, sin embargo, esto no significa que el inductor deba conocer personalmente al autor o al inducido.²²⁹

²²⁶ Cfr. DONNA, op. cit., pág. 126.

²²⁷ Cfr. Ibidem, pág. 124.

²²⁸ Cfr. Ibidem, pág. 128.

²²⁹ Cfr. Ibidem, pág. 129. De este modo, habrá inducción cuando mediante una carta secreta un presidiario motive a su desconocido vecino de celda a intentar una huida violenta.

A pesar de lo anterior, resulta conveniente distinguir entre los casos en los que el autor realiza un hecho diferente de aquel al que le quiera determinar el inductor (exceso cualitativo) y aquellos otros en los que el autor realiza más de lo pretendido por el inductor (exceso cuantitativo).²³⁰

3.4.2. Complicidad.

Para Bustos Ramírez, *“la complicidad es la colaboración dolosa en un hecho doloso determinado por actos anteriores o simultáneos a la realización”*.²³¹ Para Donna el cómplice *“es aquel que interviniendo de cualquier manera en el hecho, sin el dominio funcional ni con las características de autor idóneo, participa en el hecho de otro y es cómplice”*.²³²

De esta manera, el cómplice es aquel sujeto que se limita a favorecer un hecho ajeno, sin participar en el dominio del hecho, siendo éste el punto que diferencia a esta figura con la coautoría, puesto que ésta última requiere el dominio del hecho, sobre la base de una resolución común de cometerlo.

El hecho al que se presta auxilio tiene que haberse consumado o al menos, debe haberse conducido a una tentativa conminada con pena y respecto a la pena correspondiente al cómplice, ésta se determina según la conminación penal prevista para el autor. Asimismo, también cabe la complicidad por omisión, en tanto el cómplice tenga un deber de garante.

o El dolo del cómplice.

El cómplice debe actuar dolosamente, esto es, debe saber que presta un aporte a la ejecución de un hecho punible, el cual debe referirse tanto a la

²³⁰ Cfr. JESCHECK, op. cit., pág. 628.

²³¹ BUSTOS RAMIREZ. *Colección...* op. cit., pág. 1087.

²³² DONNA, op.cit., pág. 107.

ejecución del hecho principal como a su favorecimiento, de modo que el dolo ha de ser doble, igual que en la inducción, por ende, la complicidad debe ser dolosa y dirigirse a un hecho doloso ajeno; y al igual que en la inducción no existe complicidad culposa en un hecho ajeno.

- **Elementos objetivos de la complicidad**

La complicidad presupone una conexión principal y la acción del cómplice, sin en cambio, la legislación no menciona los medios de la complicidad, ya que ésta puede consistir en consejos o en ayuda material, por ello, es necesario distinguir entre complicidad intelectual o psíquica y complicidad técnica o física. La legislación distingue dos especies de cómplice, el primario y el secundario, por lo que es menester analizar cada uno de ellos.

3.4.2.1. Cómplice primario o cooperador necesario.

*“El cómplice o el cooperador necesario es el que en la etapa de la preparación o ejecución del hecho aporta una contribución, sin la cual el delito no hubiere podido cometerse”.*²³³ Por lo tanto, el elemento que caracteriza a esta forma de complicidad es la intensidad objetiva de su aporte al delito, ya que sin ésta aportación no habría podido cometerse de la forma en que se realizó. Un ejemplo para detallar de mejor manera esta forma de complicidad, es aquel en el cual el gerente de un banco que brinda a los autores, antes de la ejecución, la clave de la cerradura de la bóveda, que éstos usaran para el robo.

Esta forma de complicidad se encuentra expresada en el artículo 13 del Código Penal Federal en su fracción VI la cual señala: *“los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión”.*

²³³ DONNA, op. cit., pág. 113.

3.4.2.2. Cómplice secundario o complicidad sub secuens.

Frente a la complicidad primaria o cooperación necesaria se encuentra la cooperación no necesaria o *complicidad*, la cual se encuentra estipulada en la fracción VII del artículo 13 de la legislación penal federal, al expresar *“los que con posterioridad a su ejecución auxilién al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito”*. De esta manera podemos decir que *“cómplice secundario es quien ha prestado una colaboración que no es indispensable para la comisión del delito”*.²³⁴ Un ejemplo para entender esta forma de complicidad, es aquel en el cual un sujeto entrega a otro una pistola con la cual se priva de la vida a otro sujeto; no obstante, es difícil precisar si la entrega del arma fue necesaria para la comisión del delito, ya que el sujeto pudo obtener el arma de otra forma o incluso privarlo de la vida de con otro instrumento.

Es por lo anterior, que este tipo de complicidad ha generado algunos problemas, ya que es imposible precisar con nitidez cuando la contribución aportada es necesaria e imprescindible para la comisión del delito, además de que no se sabe que es lo indispensable y que no lo es. Sin embargo, es Enrique Gimbernat Ordeig quien parece dar solución al problema, por lo que acude a la teoría de la escasez o de los bienes escasos, la cual señala que *“será cooperación necesaria aquella que es difícil de conseguir en relación con las circunstancias (fuertes sumas de dinero, máquinas para fabricar dinero etc); complicidad, la contribución que se puede conseguir fácilmente”*.²³⁵

En síntesis, podemos decir que *“cómplice necesario* es quien pone condiciones sin las cuales el resultado delictivo no hubiera podido llevarse a cabo y *cómplice secundario* sería sólo el que puso una condición que afectaba a la forma de realización del delito”²³⁶ y de igual forma Zaffaroni afirma que en

²³⁴ DONNA, op. cit., pág. 114.

²³⁵ MUÑOZ CONDE. *Teoría...* op.cit., pág. 162.

²³⁶ DONNA, op. cit., pág. 115.

la complicidad secundaria, la cooperación no debe ser necesaria para la comisión del hecho”.²³⁷

3.5. Análisis a la Legislación Penal Mexicana.

Para la determinación del concepto de autor existen dos vertientes:

- Aquella que considera autor a cualquier sujeto que haya cooperado de alguna manera en el hecho delictivo, sin hacer ninguna diferencia entre los distintos intervinientes.

- Aquella que distingue varias formas de intervención según el grado e importancia material de los aportes realizados.

Después de haber expuesto los dos caminos para poder determinar el concepto de autor, podemos decir que nuestra legislación penal adopta un concepto unitario de autor, ya que no realiza ninguna diferencia entre los distintos partícipes del delito (sentido amplio) considerando a autores a todos aquellos intervinientes que aportan una contribución causal a la realización del tipo. Uno de los defensores de esta postura es Kienapfel y según él, la figura jurídica de autoría aprende toda forma imaginable de la colaboración en el acontecer típico, sin distinción alguna (autoría mediata, coautoría, inducción, complicidad).

Esta posición doctrinaria tiene su fundamento en la teoría de la equivalencia de las condiciones que fue formulada por von Buri, según la cual todas las condiciones de un resultado son equivalentes y cada una de ellas se debe considerar como causa del mismo. En este sentido, todos los que aporten alguna intervención en el hecho deben considerarse causantes del mismo y por consiguiente, autores.²³⁸

²³⁷ Ibidem, Zaffaroni citado por DONNA, pág. 120.

²³⁸ Cfr. DONNA, op.cit., pág. 13 y 14.

De esta manera, el artículo 13 de nuestro Código Penal Federal, al señalar que “*son autores o partícipes del delito...*”, no hace ninguna diferencia entre autores y partícipes, adoptando por consiguiente un concepto unitario de autor. Siguiendo con los mismos lineamientos el Código Penal del Distrito Federal.

En resumen, bajo la rúbrica *autoría y participación* nuestra legislación, regula todas las formas de intervención en el delito y las describe conforme a elementos generales. Sin embargo, la autoría y la participación no se encuentran ubicadas en un mismo plano, ya que la línea divisoria discurre entre el autor, el coautor y el autor mediato por un lado; y por otro, al inductor y al cómplice.

Respecto a los autores, podemos mencionar que tanto el coautor y el autor mediato realizan la acción punible como autores, el primero en colaboración con otro autor, y el segundo a través de otra persona como instrumento; y por lo que hace a los partícipes, podemos afirmar que la inducción y la complicidad presuponen siempre la autoría de otro, es decir, participan en un delito ajeno. La dependencia (la punibilidad del partícipe está condicionada a la realización del hecho típico por el autor principal; en el homicidio el que realiza la conducta de matar es el autor principal y el que solo interviene de manera accesoria es el partícipe) de la participación respecto al hecho principal se denomina *accesoriedad*, por lo que la inducción y la complicidad sólo pueden ser castigadas como una forma de intervención dolosa en un hecho ajeno. El dolo del partícipe depende del dolo del autor, pudiendo ser dolo directo, de consecuencias necesarias o eventual.

CAPITULO 4.

INTERVENCION OMISIVA, POSICION DE GARANTE Y PROHIBICIÓN DE SOBREALORACION DEL APORTE.

Una vez analizados los conceptos de la teoría del delito y de la autoría y participación, para mejor comprensión del presente trabajo de investigación, se pasará a desarrollar el capítulo correspondiente a nuestro tema de estudio. En capítulos anteriores, se dijo que la omisión constituye una de las dos formas en las cuales se puede manifestar una conducta, caracterizándose la omisión, por no haber actuado del modo en que se esperaba o como lo prescribía la ley, de manera que *“los delitos omisivos se distinguen de los delitos de comisión, por infringir deberes de actuar, infracción que consiste precisamente en una omisión”*.²³⁹ Al respecto Silva Sánchez señala que *“la omisión surge en virtud de un juicio de imputación que se produce en el tipo. Mediante dicho juicio se atribuye (imputa) a la conducta del sujeto la no realización de una prestación positiva estimada ex ante como necesaria para la salvaguarda de un bien jurídico”*.²⁴⁰ Enrique Gimbernat Ordeig respecto del delito de omisión, señala que la omisión es una especie del género no hacer, porque de entre todos los comportamientos pasivos u omisivos, se seleccionan únicamente aquellos que merecen un juicio axiológico negativo, por ende, la omisión es un no hacer que se debería hacer.²⁴¹

²³⁹ KAUFMANN, ARMIN. Dogmática de los delitos de omisión, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. España 2006, pág. 108.

²⁴⁰ SILVA SANCHEZ, JESUS M. El delito de omisión, concepto y sistema, segunda edición, editorial, Julio César Faira- Editor, Argentina, 2006, pág. 195.

²⁴¹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. Estudios sobre el delito de omisión, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, pág. 14.

Como se expuso en el segundo capítulo, respecto al estudio de los delitos de omisión, éstos se clasifican en dos: los delitos de omisión propia y los delitos de omisión impropia. Los delitos de omisión propia son aquellos en los cuales “*el autor es indiferenciado, o sea, puede ser cualquiera que se halle en la situación típica, pues en ellos la obligación de actuar en esa situación deviene de su mera condición de habitantes y por especiales relaciones jurídicas*”.²⁴²

Los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión se han definido como el relativo a una clase de realizaciones típicas caracterizadas, por la equivalencia con la comisión activa de delitos de resultado. Como consecuencia de que la estructura omisiva es equiparada a una estructura activa, requiere una afectación del bien jurídico de la misma forma que en el caso de la estructura activa, por lo que sus autores son siempre calificados, limitando la ley el círculo de autores a quienes se hallan en una particular relación jurídica que se considera fuente de la obligación en la situación típica.²⁴³

Así, podemos decir que la *omisión impropia* se caracterizaría por que el autor infringiría una norma prohibitiva (la madre que no alimenta a su hijo estaría conculcando la prohibición: no matarás), mientras que en la *omisión propia* la norma conculcada sería una de mandato (como el que omite socorrer a otra persona) al cual no se le va a imputar la muerte del sujeto, sino la norma de mandato, que se refiere a auxiliar a las personas desvalidas.²⁴⁴

²⁴² ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. ALAGIA, ALEJANDRO. SLOKAR, ALEJANDRO. Derecho Penal, Parte General, Porrúa, México 2001, pág. 547.

²⁴³ Cfr. Ídem.

²⁴⁴ Cfr. Ibidem, pág. 304.

4.1. Los fundamentos para un correcto tratamiento de la intervención omisiva.

Es de suma importancia la noción que tengamos de la omisión para poder determinar si a ciertos casos de intervención por omisión, pueden aplicarse las reglas de la intervención activa, por lo que resulta necesario delimitar si el delito de omisión se diferencia del de comisión y también si la posición de garante exigida para poder fundamentar la responsabilidad por una conducta omisiva es necesaria en la comisión.

- **Equivalencia entre la acción y la omisión.**

La literatura antigua limitaba únicamente a movimientos corporales concretos la posibilidad de configurar el hecho, es decir, a la acción. En cambio, la doctrina moderna ha señalado las consecuencias que conlleva el reducir la responsabilidad a un movimiento corporal. Por ello es, que en la doctrina alemana se habla de unas “fronteras desdibujadas entre la acción y la omisión a través de la técnica moderna” o de la “*posibilidad de un intercambio entre la acción y la omisión*”, en donde en ciertos casos la equivalencia entre la acción y omisión se presenta claramente, lo cual no impide afirmar que dicha equivalencia rige en cualquier forma de configuración del mundo exterior.²⁴⁵

- **Equivalencia entre el delito activo y el delito omisivo.**

Siempre se ha afirmado que en un Estado liberal, el omitir es un fenómeno de menor importancia en el ámbito jurídico – penal en relación con la comisión; en este sentido, la omisión se asocia a un deber de solidaridad y por ello se diferencia de la comisión. Se dice también que la omisión implica una mayor

²⁴⁵ SANCHEZ- VERA, GOMEZ – TRELLES, JAVIER. Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobre valoración del aporte, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colombia, 1997, pág. 18. Cfr. JIMENEZ MARTINEZ, op. cit., pág. 63 a 66.

exigencia para el individuo, razón por la cual es lógico que se apliquen unas reglas distintas para los delitos de comisión.²⁴⁶

Al respecto, no se debe olvidar que el ciudadano tiene libertad de organizar libremente, pero como contrapartida se le exige el control, y en forma de expectativa social, sobre los peligros por él creados, o respecto de peligros que, si bien él no ha creado, sin embargo ha asumido. Por ende, libertad de organizar presupone responsabilidad, es decir, si organizo soy responsable de las consecuencias, que no son otras, sino que, de mi organización no se deriven daños en esferas de libertad ajenas,²⁴⁷ es decir, que los sujetos intervinientes en una conducta típica y antijurídica y culpable sólo responden según su participación en la comisión delictiva y no trasciende la responsabilidad a sujetos que no hayan intervenido en dicha comisión, es decir, que *“con el ejercicio del rol no se hace más que cumplir con las expectativas sociales y con ello con la norma jurídica”*.²⁴⁸

Pero ¿Por qué hablamos de libertad de organizar? El rol fija o determina un ámbito o esfera de competencia personal, es decir un ámbito o segmento del mundo social que cada uno debe realizar de acuerdo a su rol. Si lo hace de manera correcta, entonces se adecúa a las expectativas sociales, pero si no lo hace, la sociedad se lo demandará imputándole una responsabilidad por la gestión realizada de manera incorrecta del segmento asociado al rol que le corresponde a dicho sujeto.²⁴⁹

Por ejemplo: el Estado al ser garante de la vida de sus ciudadanos, en caso de menores de edad, delega el deber de protección de ese menor a una esfera de competencia ajena, es decir, a aquellos sujetos en quienes recaiga el rol, ya sea de padre o de madre.

²⁴⁶ Cfr. FISSORE, GUSTAVO. La omisión en el derecho penal, editorial jurídica nova tesis, Argentina 2000, pág. 14 a 20.

²⁴⁷ Cfr. SANCHEZ- VERA, GOMEZ – TRELLES, JAVIER., op. cit., pág. 21.

²⁴⁸ CARO JOHN JOSÉ ANTONIO, POLAINO ORTS MIGUEL., op. cit., pág. 94.

²⁴⁹ Ibidem, pág. 67.

El rol de padre o madre, queda definido por la relación paterno – filial, de manera que en aquel es en quien va a recaer la obligación de evitar la muerte de sus progenitores, de manera que, si ejerce con acierto el rol de padre, la sociedad se lo premia, pero si lo hace de forma incorrecta, la sociedad se lo demandará, y si lo hace, es porque gestionó defectuosamente su ámbito de competencia, de manera que si el padre o la madre no alimenta a su hijo y éste muere, su muerte se ha producido dentro del ámbito de organización del padre o de la madre.

Dentro de la esfera de competencia de cada individuo impera un criterio de libertad, lo cual significa que “*cada sujeto es libre de adecuar su conducta a las expectativas vinculadas a su rol o no, esto es, cada sujeto es libre de cumplir con su rol o no*”.²⁵⁰ El rol define la posición que cada sujeto cumple en la sociedad y delimita además la medida de su propia esfera de competencia, razón por la cual se habla de libertad.

De manera ejemplificativa podemos decir que, si de forma imprudente se hiera a otra persona como consecuencia de haber disparado un arma de fuego, a la cual además no se le prestó ayuda, por lo cual se agravan sus lesiones, es por ello que surge la cuestión de saber ¿Por qué debo responder?, ¿Qué es lo que he organizado, el disparo únicamente o también me incumbe la gravedad de las lesiones por haber omitido prestarle ayuda? Y si le socorrí antes de que empeorasen las lesiones, ¿Me he comportado solidariamente?, o ¿Estaba obligado a ello?, o ¿Qué era esperado de mí, jurídico penalmente? Por todas estas interrogantes es preciso aclarar y dar respuesta a las mismas.

En una sociedad tan compleja como la nuestra, el derecho penal no pretende sino ser un medio a través del cual sean posibles las relaciones sociales. Por ello se trata de determinar qué hechos sociales, roles, instituciones, son de tal valor en sociedad que su quebranto impida la convivencia mínima, en otras palabras, qué cae dentro del ámbito de

²⁵⁰ Ídem.

protección del derecho penal. En términos de la sociología jurídica de Niklas Luhmann, se trata mediante el Derecho de reducir complejidad para facilitar orientación, para poder convivir.

Así, siguiendo la teoría de Luhmann, dicha complejidad se reduce mediante la formación de sistemas sociales; estos sistemas, como el Derecho, reducen la complejidad mediante la creación de expectativas, no se espera todo de todos. Por ello, para reducir esta complejidad hay que reducir las posibilidades mediante la creación de expectativas, sin olvidar que toda interacción humana se encuentra estructurada con base en expectativas.²⁵¹ Quien puede esperar algo, se orienta mejor. Por ejemplo: se sabe que pese a la existencia de semáforos se producen atropellos.

Es el problema de la contingencia, es factible que la conducta real no coincida con la esperada; por *contingencia* entendemos que las posibilidades mostradas de futura experiencia pueden suceder de distinta forma a la esperada. Las expectativas son abiertas y son expectativas porque no existe certeza, porque existe riesgo de defraudación y en una sociedad es imposible renunciar a este tipo de defraudación: por ejemplo: el no renunciar a usar el automóvil para ir a trabajar lleva aparejado que la expectativa de no resultar atropellado pueda verse defraudada.

En lo que al Derecho se refiere, ejemplificativamente el Derecho no se ocupa de si yo puedo esperar, por ejemplo no ser alcanzado por un rayo durante una tormenta, sino por ejemplo, de si se puede esperar no ser asaltado en la calle. En Derecho se acepta a otra persona como alter ego, lo cual significa que lo considero igual a mí, por consiguiente para poder facilitar la interacción social no es suficiente con que cada uno tenga experiencia, sino que ha de poder esperarse lo que alter espera de cada uno. Sin embargo, es indudable que no podemos esperar en todo momento cualquier esperar (expectativa) de los otros; hay que compaginar los dos planos; lo que yo espero

²⁵¹ Cfr. POLAINO NAVARRETE, MIGUEL., op. cit., pág. 23 a 25.

y lo que los otros esperan de mí. Las expectativas de expectativas deben generalizarse.

Las expectativas se caracterizan por estar generalizadas de manera temporal, material y socialmente.²⁵²

1. *Temporalmente* las expectativas se generalizan cuando mediante su estabilización se les dota de resistencia frente a las defraudaciones. Dicha generalización responde a la cuestión de por qué seguir confiando en una expectativa que ya ha sido defraudada. Según sea esta estabilización las expectativas se dividen en dos clases, las *cognitivas* que son aquellas en las cuales el expectante debe aprender de la realidad y modificar la expectativa para el futuro; y las *normativas* son aquellas que no deben ser modificadas, por lo cual no deben ser adaptadas a la realidad, debiendo mantenerse. Con esta división debemos decir que, las expectativas jurídico penales son normativas puesto que no interesa adaptarlas a la realidad. La norma penal incluye por consiguiente, como reacción en caso de frustración, el mantenimiento de la expectativa, por medio de la imposición de la pena. La propia expectativa ya posee un mecanismo contra la frustración; la *pena* es entendida entonces, como la estabilización contrafáctica (contra – hecho) frente a la defraudación de una expectativa normativa asegurada jurídica - penalmente. Por ende, toda defraudación hace peligrar la continuidad de la expectativa.

2. *Materialmente* son generalizadas las expectativas mediante la identificación de su sentido y de su fundamento, con independencia de la situación en concreta; y mediante esta generalización, no es necesario tener presente en todo momento las expectativas de las demás personas, ya que esto resulta imposible en sociedades tan complejas como la nuestra. Por esta razón, es que se crean principios de identificación sobre los cuales basar las expectativas, las cuales logran que dicha expectativa permanezca indiferente ante el caso concreto.

²⁵² Cfr. *Ibidem*, pág. 30 a 35.

Según sea el grado de la complejidad de determinado sistema social, existen diversas posibilidades de identificar las expectativas. El problema radica en saber con que plano deben ser identificadas. En derecho penal, por ejemplo, se toma a la persona como punto de referencia, entendiendo por tal a la persona física; sin embargo, según Sánchez – Vera Gómez – Trelles, este criterio es inadecuado, debiendo ser sustituido por otro principio de identificación más adecuado, es decir, el rol.

Cuando el esperar esta relacionado con una persona, la expectativa se encuentra vinculada con lo que pueda ser imputado a dicha persona como su experiencia y su actuar. Sin en cambio, para poder esperar con seguridad que no se defraude la expectativa, debemos conocer a la persona y además las expectativas que se tengan de una persona basadas en su experiencia, no pueden ser transferidas a otras. Por ello no puede tomarse como punto de referencia la persona, ya que la generalización no es factible, sino su papel en la Sociedad, el rol que desempeña.

Tomando como punto de identificación el rol, debemos entender según nuestro diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que rol “*es la función que alguien o algo cumple*”.²⁵³ El rol es “*como la etiqueta colocada en la solapa de cada sujeto, que le identifica socialmente y le indica su posición en el mundo social*”,²⁵⁴ por ejemplo, como el hecho de ser abogado y desempeñar esa función dentro de la sociedad en general, todo mundo reconoce a ese profesionista conforme al rol que desempeña (función) en el ámbito social.

Los seres humanos se encuentran en el mundo social en función de portadores de un rol, por ejemplo, hay sujetos a los que en función de su posición en el mundo social (ente colectivo gestionado por un grupo limitado, pero numeroso de personas) les corresponde desempeñar el rol de juez, de

²⁵³ Diccionario de la Lengua Española, op.cit., Tomo II, pág. 1984.

²⁵⁴ CARO JOHN JOSÉ ANTONIO, POLAINO ORTS MIGUEL. Derecho Penal funcionalista aspectos fundamentales, flores Editor y Distribuidos, S.A. de C.V. México 2009, pág 64.

taxista, de policía, de bombero, de padre de familia, de hijo etc, por lo que cada sujeto no gestiona en el mundo social en general, sino únicamente en una parte muy limitada de su realidad, por ejemplo: el policía no responde por el hecho de que se dicten sentencias injustas, ni el bombero es responsable de que los policías no hagan cumplir las reglas de tránsito. Por ende, en la medida que se reconozca el rol que cada persona se ocupa, o se determine la etiqueta que tiene cada sujeto colocada en la solapa, es como se podrá determinar a quien hemos de responsabilizar por dictar sentencias injustas.²⁵⁵

“*El rol social que cada uno desempeña nos da la medida de su responsabilidad en la gestión de cada parcela social*”.²⁵⁶ Así, los titulares de dichos roles al quebrantarlos responden a título de autores, ya que están obligados de manera directa frente a la víctima a mantener un ámbito común, lo cual significa que el rol social no es algo que sólo sirve para el titular del mismo, y para saber cuando se le puede responsabilizar por una determinada conducta, sino que también sirve para los demás sujetos, porque por ejemplo, al saber el padre de familia el rol que desempeña un juez, puede saber cuando he de reclamarle el incumplimiento de su rol.

Conforme a esta forma de participar en el mundo social, el rol se compone de un *aspecto formal* (es una máscara, o la etiqueta en la solapa) y de un *aspecto material*, el cual se conforma de un haz de derechos y deberes asociados a ese rol, de tal manera que, el rol (máscara) sin el contenido (derechos y deberes) es como un papel mojado. Dicha estructura (formal – material) sienta las bases para la comunicación social.²⁵⁷

Jakobs afirma que la responsabilidad jurídico penal siempre va a tener como fundamento el quebrantamiento de un rol, existiendo dos clases de roles. Por un lado, están los *roles especiales*, que son los roles que una determinada persona tiene porque debe configurar con otras personas un mundo común,

²⁵⁵ Cfr. Idem.

²⁵⁶ Cfr. Idem.

²⁵⁷ Cfr. CARO JOHN JOSÉ ANTONIO, POLAINO ORTS MIGUEL, op. cit., pág. 65 y 66.

éste es el caso de los padres (que deben formar con los hijos una comunidad), o del cónyuge (que junto a su esposo o esposa construye un mundo conyugal común) etc. Estos roles, son referidos a personas de las instituciones que confieren a la sociedad su configuración fundamental específica, por ello no son deberes de solidaridad mínima, sino deberes de garante, porque generan una incumbencia específica o determinada.²⁵⁸ Como por ejemplo, el rol de funcionario público, o el rol de padre.

Por otro lado, se encuentran los roles sin características especiales, esto es, los *roles comunes*, que afectan a todo sujeto en la Sociedad, o dicho de mejor manera, se trata del quebrantamiento del único rol común que existe, el rol de comportarse como una persona de Derecho, respetando los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios. Se trata de un rol de solidaridad mínima, a afecta a todo ciudadano que se encuentre en el mundo social. Para delimitar esta clase de competencia frente a la competencia institucional, se habla de competencia por organización.²⁵⁹ El rol común asiste a todo el mundo y el rol específico a determinadas personas.

El rol identifica a cada persona en la Sociedad, dando la medida para la propia responsabilidad, por lo que delimita o determina un ámbito o esfera de competencia personal, (en función de los derechos y deberes de cada uno) un ámbito en el cual cada sujeto es gestor de ese segmento de la realidad, de acuerdo a su rol. Pero dentro de esta esfera de competencia personal de cada sujeto, impera un criterio de libertad, esto significa, que cada sujeto es libre de adecuar su conducta a las expectativas vinculadas a su rol o no, es decir, cada sujeto es libre de cumplir con su rol o no.²⁶⁰

Este rol común tiene el contenido de constituir a la persona como persona de Derecho, interesando el deber de no lesionar a otros: no lesiones a otro,

²⁵⁸ Cfr. JAKOBS, GUNTHER. La imputación objetiva en el Derecho Penal, Editorial Civitas, S.A., España 1996, págs. 145 a 148.

²⁵⁹ Cfr. CARO JOHN JOSÉ ANTONIO, POLAINO ORTS MIGUEL, op. cit., pág. 68.

²⁶⁰ Cfr. Ibidem, págs. 66 y 67.

puesto que también ese otro es partícipe del ordenamiento jurídico; en esta medida debe tenerse en cuenta que no se vive solo, sino junto al otro en un mismo mundo. Por tanto el quebrantamiento de un rol común implica la infracción de aquellas normas que imponen a todos respeto frente a sus congéneres. (No mates, no robes, no lesiones).²⁶¹

Después de haber mencionado las clases de roles, se afirma que el *rol* es un haz de expectativas cuya extensión está delimitada por el hecho de que, aunque no son ejecutadas por personas, no se encuentran unidas necesariamente a éstas, sino que van dirigidas al titular de una determinada posición social según lo que se espera de tal posición. Así, los roles van a definir que se espera por ejemplo de un médico, de un chofer, etc., es decir, cómo deben de comportarse dichos sujetos,²⁶² razón por la cual el ejercicio del rol excluye la responsabilidad penal, ya que crea un espacio de libertad y de seguridad personal para el portador del mismo, ya que al ejercer cada persona su respectivo rol, no hace más que cumplir con las exigencias normativas.²⁶³

Una persona puede desempeñar tantos roles como grupos (sistemas) a los que pertenezca, aunque no todo lo que se espera de un rol puede ser relevante desde un punto de vista jurídico – penal. Con lo anterior, podemos decir que las expectativas de que se trata en derecho penal se dirigen “*no al, no quebrantamiento del rol con que se participa en la interacción, sino a que nadie mediante dicho quebrantamiento lesione esferas jurídicas ajenas*”.²⁶⁴

Lo anterior quiere decir que, por ejemplo, no se espera de otra persona que respete mi propiedad, sino que de su rol de ciudadano, esto es, de otra persona en su rol de ciudadano, o de una persona que ha aceptado las reglas mínimas de la interacción respete mi propiedad. La expectativa no se dirige al comportamiento de un hombre como es, sino como debe ser, ya que es

²⁶¹ Cfr. JAKOBS, GUNTHER., op. cit., págs. 145 a 148.

²⁶² Cfr. Ibidem, pág. 63.

²⁶³ Cfr. CARO JOHN JOSÉ ANTONIO, POLAINO ORTS MIGUEL, op. cit., pág. 94.

²⁶⁴ SANCHEZ- VERA, GOMEZ – TRELLES, JAVIER., op. cit., pág. 40.

imaginado como portador de un rol, como ciudadano perfecto. El rol, es sólo parte del comportamiento del hombre y más concreto que la persona, con lo cual no se espera todo de cada persona, sino que de cada persona se espera su rol y no sus especialidades como persona.

Como ya se señaló, el rol mínimo con el que se puede actuar en Sociedad es el de ciudadano, el cual resulta suficiente como respuesta al problema de la doble contingencia: yo puedo esperar que el otro como ciudadano, espere de mí lo mismo que yo espero de él: la no extralimitación de la esfera de libertad propia a costa de la de los demás. La determinación de la expectativa es pues formulada de manera negativa: no inmiscuirse en el ámbito ajeno.²⁶⁵

3. Respecto a la tercera forma de generalizar, la generalización *social* de expectativas tiene lugar mediante la institucionalización. Cuando una expectativa ha sido institucionalizada, el expectante puede partir de un consentimiento sin tener que revisar opiniones y motivos individuales, la expectativa goza de consenso. Sin embargo, un conceso fáctico total sobre este esperar de expectativas es imposible en un sistema tan complejo, incluso mediante la institucionalización, ya que no se puede pensar en todo momento lo que los demás esperan y viceversa. Una de las formas de institucionalización en derecho penal es la *asunción*, esto es, es el propio que asume quien reduce complejidad; el sistema reduce complejidad precisamente con base en el que asume.

En resumen, el Derecho comprende la generalización en las tres dimensiones, (temporal, material y social), con lo cual se trata de facilitar el comportamiento en un mundo complejo y contingente, generalizando expectativas. Temporalmente se generalizan cuando a pesar de la frustración permanecen estables, por medio de la pena. Materialmente se generalizan dotándolas de puntos de referencia abstractos, como son los roles. Socialmente se generalizan mediante el consenso.

²⁶⁵ Cfr. CARO JOHN JOSÉ ANTONIO, POLAINO ORTS MIGUEL., op. cit., pág. 70.

- **Libertad de organizar.**

Debemos recordar que las expectativas al estar referidas como mínimo al rol – ciudadano y éste viene definido en el Estado liberal en un sentido negativo (no dañar) y precisamente porque hemos definido el Derecho con base en expectativas, podemos decir que la forma en que una expectativa sea defraudada, ya sea por acción o por omisión, es totalmente irrelevante, ya que lo que cambia es la forma de la defraudación (activa u omisiva) pero no la expectativa. La expectativa defraudada es siempre la misma, por lo que se espera que mediante la regulación normativa cada ciudadano se comporte de acuerdo con esos límites.²⁶⁶

El Derecho como sistema, tiene su propio código y por ello no se ve afectado por su ambiente ni por otros sistemas, hasta que él tematiza lo recibido de fuera como comunicaciones, mediante este código. Un código propio es lógico y necesario. Este código se basa en expectativas; el sistema jurídico interpreta comunicaciones con base en expectativas y no en acciones u omisiones.

Con base en lo anterior, se advierte que una diferencia entre acción y omisión carece de relevancia; lo relevante será si se defraudaron las expectativas y no cómo éstas fueron defraudadas, ya fuere mediante una acción o mediante una omisión. Jakobs al respecto señala que el concepto de acción no se busca antes de la sociedad ni después de la sociedad, sino dentro de ella, ya que no es la naturaleza la que señala lo que es la acción, como pretendía el causalismo, ni tampoco puede extraerse de la ontología como sostuvo Welzel, sino que para encontrar el concepto de acción, debemos interpretar la realidad social y hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el derecho penal, por ende, un concepto jurídico penal de acción debe combinar sociedad y derecho penal.

²⁶⁶ Cfr. Ibidem, op. cit., pág. 73.

En este sentido, al no existir entre acción y omisión diferencias sustanciales, Jakobs prefiere utilizar el término comportamiento como supraconcepto, el cual sirve tanto para la acción como para la omisión.²⁶⁷

Jakobs afirma que “a partir del concepto de acción como causación evitable del resultado y del de omisión como no evitación evitable de un resultado, se puede formar un supraconcepto de comportamiento que en la respectiva diferencia de resultado, evitable, abarque la comunidad entre actuar y omisión”.²⁶⁸

Existe una discusión sobre la posibilidad de establecer una diferencia entre la comisión y la omisión, argumentando que son conceptos pertenecientes a planos distintos, esto es, que la acción pertenecería al plano ontológico y la omisión al normativo, sin embargo resulta errónea, ya que la acción penalmente relevante no pertenece a la esfera ontológica, sino la acción en sentido normativista. Por su parte, la omisión penalmente relevante tampoco es, el comportamiento pasivo de la esfera ontológica, sino en cualquier caso la omisión igualmente en sentido normativo.

Se entiende que entre los conceptos de acción y omisión, no se trata como lo señalo Radbruch de A y de no – A, sino que los conceptos de acción y omisión son B y B, siendo B el comportamiento que interesa al Derecho penal (por la existencia de una posición de garante).

Debemos recordar que Gustav Radbruch (penalista y filósofo alemán)²⁶⁹ señaló desde 1930 la imposibilidad de establecer a la acción como concepto genérico comprensivo también de la omisión; y afirmó que si la acción era un comportamiento positivo y la omisión era un comportamiento negativo, por tanto, la acción no podía abarcar los dos, ya que los dos conceptos estarían

²⁶⁷ Cfr., JIMENEZ MARTINEZ, op. cit., pág. 65.

²⁶⁸ JAKOBS, op. cit., pág. 177., Cfr. FISSORE GUSTAVO., op. cit., págs. 14 y 15.

²⁶⁹ JIMENEZ DE ASÚA, LUIS. Teoría del delito, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2003, pág. 85.

confrontados en su esencia misma, por consiguiente, así como es cierto que positivo y negativo no pueden ser colocados bajo un concepto superior común, de la misma manera, la acción y la omisión deben de permanecer independientes una de la otra, por tanto, acción y omisión se comportan como A y no A.²⁷⁰

- **Fuentes de la calidad de garante.**

Como ya se señaló anteriormente, para Jakobs la calidad de garante no solo es requerida en los delitos de comisión por omisión, sino también en los delitos de acción. A diferencia de la opinión que encuentra el origen y fundamento de la posición de garante en la ley, en el contrato y el actuar precedente (injerencia), para Jakobs dichas fuentes formales solo adquieren un lugar secundario en la clasificación que propone. Así, siguiendo a Jakobs el fundamento de la posición de garante podemos encontrarla en dos instituciones.²⁷¹

- a) **Delitos en virtud de una responsabilidad por organización.**

“En los deberes en virtud de responsabilidad por organización, la responsabilidad aparece por la configuración de un ámbito de organización”²⁷², el cual tiene sus fuentes en tres aspectos:

- o **Deberes de aseguramiento.**

Estos deberes *“se refieren al aseguramiento de una fuente de peligros, es decir, el obligado tiene que preocuparse de que su ámbito de organización no tenga efectos externos dañinos”²⁷³* Ejemplos: el conductor de un vehículo debe evitar chocar con los ciclistas que se aproximan a su vehículo tambaleándose por que se encuentran en estado de ebriedad; o el empresario ha de detener la actividad de sus obreros que se encuentran derribando un muro incluso

²⁷⁰ Cfr. AGUDELO BETANCUR, NÓDIER, op. cit., pág. 35.

²⁷¹ Cfr., JIMENEZ MARTINEZ, op. cit., pág. 94 y 95.

²⁷² JAKOBS, citado por JIMENEZ MARTÍNEZ, JAVIER., op. cit., pág. 94.

²⁷³ JAKOBS, op. cit., pág. 973.

cuando están en peligro personas que no han respetado el cerramiento reglamentario.

- **Deberes de salvación.**

Los deberes de salvación *“consisten en deberes de inhibir cursos causales peligrosos, que ya salen del ámbito de organización del alcance señalado, e incluso pueden haber alcanzado el de la víctima”*.²⁷⁴ El ámbito de organización se determina a través de las consecuencias de la relación con cosas y de las consecuencias del comportamiento, es decir, a través de los resultados delictivos potenciales²⁷⁵ Sin embargo, no cualquier comportamiento que condicione el peligro da lugar a un deber de salvación, ya que el comportamiento previo ha de haber sido objetivamente contrario al deber.

- **Asunción de deberes.**

*“Existe asunción cuando el autor no sólo promete una prestación expresa o concluyentemente, sino además cuando da a entender que él, a causa de su promesa, espera y considera adecuado el abandono de otras medidas de protección, lo que en efecto ocurre”*²⁷⁶. Ejemplo: el maestro anima a un alumno débil de natación a que pruebe su capacidad donde el agua es profunda; un guía de montaña acompaña a un turista inexperto por una ruta difícil. En esta forma de deber, lo relevante no es el vínculo contractual, sino la conexión fáctica, de la que hay que responder, entre el ámbito de organización propio y uno ajeno.

*“En los delitos de omisión en los que se actúa en contra de un deber en virtud de responsabilidad por organización, la distinción de las formas de intervención hay que llevarla a cabo al igual que en el delito de omisión”*²⁷⁷

²⁷⁴ Ibidem, pág. 981.

²⁷⁵ Ídem.

²⁷⁶ Ibidem, pág. 990.

²⁷⁷ Ibidem, pág. 1023.

b) Delitos en virtud de una relación institucional: solidaridad especialmente asegurada.

En este tenor, junto a la responsabilidad en virtud de un ámbito de organización, se encuentra como segundo fundamento de la responsabilidad, la incumbencia en virtud de una competencia institucional, la cual aparece cuando se trata de deberes de llevar a cabo determinada prestación sobre otro, y se trata de las relaciones paterno filiales y sus sustitutos (adopción y tutela), de las relaciones matrimoniales, de las relaciones del Estado con sus ciudadanos, etc. Se trata de aquellas formas de relación sociales respecto a las cuales no existe ninguna alternativa de organización.²⁷⁸

En general, la responsabilidad en estos casos se basa en que la Sociedad considera determinadas instituciones de tal peso, que al ciudadano que se encuentra inmerso en ellas, se le exige una protección directa del bien jurídico, independientemente de cómo se haya organizado.



²⁷⁸ Ibidem, pág. 993 y 994.

4.2. La posición de garante en los delitos activos.

La comisión de propia mano de un delito conduce a la autoría, o generalizando, a la responsabilidad penal. Esta relación entre autoría y realización de propia mano es el supuesto normal, más no el necesario; sin embargo, hay supuestos en donde esto no es así, ya que hay casos en los que a pesar de una realización de los elementos externos del tipo, no se responde, ni como autor, ni como partícipe.²⁷⁹

Lo anterior es consecuencia de lo expuesto sobre la imputación con base en la defraudación de expectativas y la tematización que el Derecho realiza mediante su código. De lo que se trata, es de la aplicación al delito de comisión, de criterios que en un principio se pensaron para la omisión; más exactamente, de la utilización tanto en las formas de defraudación por omisión, como en las comisivas, de un concepto utilizado para las primeras, es decir, *la posición de garante*.²⁸⁰

En efecto, en un principio se construyó el delito de omisión basándose en el delito de comisión, y actualmente sucede lo contrario, empleándose en la comisión, las categorías de la omisión. Así, este normativismo que en la comisión omisiva resulta necesario, debe por consiguiente presidir en la comisión activa, en otras palabras, en la comisión es siempre necesaria la posición de garante como base de la responsabilidad.²⁸¹ Por consiguiente, *“la calidad de garante no solo se requiere en los delitos de comisión por omisión sino también en los de acción”*.²⁸²

²⁷⁹ Cfr. Ibidem, pág. 40.

²⁸⁰ Cfr. JIMENEZ MARTINEZ, op. cit., pág. 93.

²⁸¹ Cfr. SANCHEZ- VERA, GOMEZ – TRELLES, JAVIER., op. cit., pág. 56 y 57.

²⁸² JIMENEZ MARTINEZ, op. cit., pág. 94.

Como se señaló, la posición de garante resulta importante y necesaria en la omisión. Por ello, una mera constatación de que no se está haciendo nada, no tiene significado penal alguno, ya que para que lo tenga, se debe poner a esa omisión en relación con un deber de actuar. Y bien, lo mismo sucede con la comisión. Esto quiere decir, que lo relevante no es el cambio en el mundo exterior o el no – cambio en el mundo exterior, sino que lo importante es si se han defraudado las expectativas que los roles sociales conllevan y que se encuentran jurídico – penalmente protegidas. Debido a que entre la acción y la omisión no se encuentran diferencias sustanciales, es que se prefiere usar el término “*comportamiento*” como *supraconcepto*, el cual abarca ambas formas de comisión delictiva, de ahí que la única distinción entre la acción y la omisión es de contenido técnico, por lo que dicha distinción afecta a como hay que organizar para satisfacer el deber partiendo del estado actual.²⁸³

Lo anterior significa, que “a partir del concepto de acción como causación evitable del resultado y del concepto de omisión correlativo como no evitación evitable de un resultado, se puede formar un supraconcepto de comportamiento que en la respectiva diferencia de resultado, evitable, abarque la comunidad entre actuar y omisión”.²⁸⁴ Por ejemplo: si A causa evitablemente la muerte de otro, o no impide, de modo evitable, (ya sea de forma dolosa o imprudente) la muerte de C, a pesar de la diferencia entre acción y omisión, éstas coinciden en la diferencia evitable entre ambas alternativas.

De esta manera, sólo el que se encuentre en posición de garante puede defraudar expectativas, y ello mediante una acción o una omisión. Así, dicha defraudación se produce cuando el garante extiende su ámbito de organización de forma no permitida.

²⁸³ Cfr. *Ibidem*, pág. 65

²⁸⁴ Cfr. JAKOBS, GUNTHER. Derecho Penal... op cit., págs. 176 y 77.

Para concluir, se afirma que existe posición de garante cuando la Sociedad tiene sobre el sujeto, depositadas una serie de expectativas. La posición de garante en los delitos de comisión suele estar fundamentada por la acción, porque se ha actuado, pero esto no es siempre.

Como podemos darnos cuenta, la posición de garantía en el comportamiento comisivo ha sido olvidada, lo cual resulta sorprendente, ya que si se identifica la posición de garante en la omisión con un deber de evitar el resultado, y, si el autor de un delito de comisión no se le exige ser garante, no está obligado a evitar el resultado; entonces, ¿cómo es posible que responda?, ya que si no estaba obligado a evitar el resultado, ¿por qué responde? Este olvido de la posición de garante en los delitos de comisión, es comprensible, porque en la mayoría de los supuestos no es problema, aunque no es justificable. En la mayoría de los casos, la posición de garante en los delitos de comisión viene determinada por la realización de propia mano; y se fundamenta por tanto la incumbencia del sujeto en el momento en que éste actúa, puesto que dicha actuación supone la extensión de su ámbito de organización de forma no permitida, es decir, quebrantando su rol.

Por último, es menester no dejar de mencionar la posición de garante en la participación, ya que en efecto, la falta de posición de garante como “partícipe” se produce con más frecuencia que en la autoría. Por ejemplo, el dueño de una tienda de caza puede vender una escopeta bajo la condición de que el comprador posea la licencia correspondiente. Si más tarde, el comprador utiliza dicha arma para asesinar a un tercero, el vendedor no responde como partícipe a pesar de haber facilitado el arma, ya que el vendedor no es garante y se ha mantenido dentro de su rol. Por ello, las expectativas serían, que la escopeta funcione, que su precio sea acorde con la calidad del arma, de lo cual si es garante el vendedor, pudiendo ser responsable de un fraude si extiende ese ámbito de forma no permitida.

4.3. Intervención omisiva.

En la primera parte de este capítulo, se mencionó que para el tratamiento de la intervención omisiva, ésta se rige por las mismas reglas que la intervención comisiva. *“Roxin sostiene que el supraconcepto debe abarcar o comprender todas las formas de manifestarse la conducta punible, es decir, tanto la acción como la omisión, y los hechos dolosos y culposos, al que denomina como elemento básico”.*²⁸⁵

Sin en cambio, en el ámbito de los delitos de organización, no existe diferencia entre la acción y la omisión, es decir, son equivalentes y por tanto, tampoco puede existir diferencia alguna en cuanto a las reglas que se apliquen para resolver la intervención comisiva u omisiva; aunque las soluciones hasta ahora aportadas para resolver esta problemática por la doctrina coinciden en que las reglas de la intervención activa no son de aplicación en la omisión, ya que ésta se rige por sus propias reglas.

Partiendo de que el comportamiento omisivo se debe tratar según las reglas generales de la autoría y la participación, debemos determinar todavía las fronteras de dicha intervención, es decir, delimitar por un lado la autoría y la participación, y por otro, decidir quién responde como coautor, como cómplice o como inductor.

Ahora bien, nos referiremos a la cuestión del *encadenamiento temporal de las realizaciones activa y omisiva*, y de las pautas que se deben aplicar a esta sucesión cronológica. Lo habitual, aunque no lo obligado, es que la comisión preceda a la omisión, por ejemplo: A dispara a B dolosamente (acción), dejando después que muera sin socorrerlo (omisión). Por lo general, este tipo de problemas no resultan problemáticos, ya que cuando A dispara tiene dolo y es autor, y esto se mantiene con posterioridad. Sin embargo, cuando la acción

²⁸⁵ FISSORE GUSTAVO., op. cit., pág.15.

precedente y la omisión posterior no coincidan en aspectos como autoría y participación, o dolo e imprudencia, la situación resulta más complicada.

Siguiendo el mismo ejemplo, si el sujeto que disparó el arma, es decir, A lo hizo imprudentemente; o si en lugar de disparar, lo que hizo fue facilitar el arma (complicidad), en ambos casos dejando morir a la víctima B, sin haberle prestado ayuda. Pero ¿y si ambos supuestos se combinan?, así, ¿Qué pasará si facilitó el arma (complicidad) sin saber que lo hacía, esto es, de manera imprudente, y con posterioridad A no impide el hecho o no socorre a la víctima tras su comisión?. Para ejemplificar de mejor manera esta problemática: A da una bolsa a B que contiene un arma, desconociendo esta circunstancia; A se da cuenta de su error cuando descubre que B quiere asesinar a C con el arma; de todas formas A no hace nada para impedir que B asesine a C. Entonces, en este supuesto, ¿responderá A por la acción de facilitar el arma, o por la omisión de socorrer?, y de hacerlo, ¿lo hará como autor, o como partícipe?; y como autor ¿imprudente o doloso?, o incluso, ¿Cómo partícipe imprudente? Esta serie de interrogantes es a lo que llamaremos *prohibición de sobrevaloración del aporte*, lo cual se intentara resolver a continuación.

4.4. Prohibición de sobrevaloración del aporte en la comisión activa. Planteamiento del problema.

Se encuentra la siguiente disyuntiva: el partícipe que facilita la realización del hecho principal se encuentra inmerso en una posición de garante derivada de su actuar precedente (*injerencia*); a pesar de ello resulta indiscutido que la posterior omisión de impedir el hecho principal no implica responsabilidad omisiva. Para centrar de mejor forma esta problemática, se le ha denominado *prohibición de sobrevaloración del aporte*. Y como definición provisional, decimos, que según esta prohibición, “*el aporte realizado por el partícipe no se debe sobrevalorar en virtud de una omisión posterior, de forma que el partícipe se convierta en autor omisivo, y ello a pesar de la existencia en su persona de una posición de garantía según el pensamiento de la injerencia*”.²⁸⁶

²⁸⁶ SANCHEZ- VERA, GOMEZ – TRELLES, JAVIER., op. cit., pág. 84.

Para ejemplificar nuestra problemática, analizaremos un ejemplo: E encargado de una fábrica de material pirotécnico, facilita al terrorista T, quebrantando las normas sobre la venta de explosivos, la carga suficiente de los mismos como para cometer un atentado. T coloca los explosivos en la casa de X, quien se encuentra de vacaciones fuera de la ciudad. Por ello, la bomba dispone de un temporizador de forma que ésta, explotará en una semana. Durante este tiempo tanto E como T esperan dicha explosión. E, que sabe que la bomba tardará una semana, pudo en todo momento impedir el atentado, ya sea llamando a la policía, previniendo a X o desactivándola.

Tal como el ejemplo muestra, el que ha prestado la colaboración tiene también la posibilidad de impedir el resultado. Así, tanto E como T pudieron en todo momento impedir el resultado. Su posterior omisión resulta irrelevante a la hora de determinar la intervención de ambos. Por ello, es insostenible que T, tan sólo por haber omitido impedir el atentado, en vez de responder por un homicidio comisivo, deba responder por un homicidio en comisión por omisión; y lo mismo se puede decir de E, y ello a pesar de que ambos, tanto E como T, tenían una posición de garante en virtud del comportamiento anterior (injerencia).

4.5. Soluciones propuestas por la doctrina.

Una primera explicación ha sido aquella sostenida por Grünwald quien afirma que la omisión de evitar posteriormente el resultado, se corresponde con la omisión del que se encuentra en una posición de garante en virtud de un actuar precedente (injerencia). Sólo se diferenciaría del caso normal de injerencia, en que en los casos de prestación de ayuda el partícipe, ahora omitente, ha creado el peligro de forma dolosa. Por el contrario, el caso normal de injerencia se produce cuando el actuar precedente es imprudente.

La posterior omisión del partícipe es por ello mas grave (o, por lo menos, no menos grave) que la omisión del que ha creado el peligro de forma imprudente y después omite.²⁸⁷

Lo que afirma Grünwald, puede ser explicado mediante un ejemplo: el que imprudentemente dispara a otro en una cacería, debe socorrerlo (caso claro de injerencia). Por otro lado, el que ha facilitado dolosamente el arma para la comisión del hecho, es también injerente a raíz de su actuar precedente que supone su aporte. De esta manera, si en el supuesto imprudente lo es, con mayor certeza debe serlo en el supuesto doloso. Si no se tiene en cuenta esa posterior omisión del partícipe, es porque la intervención omisiva, es una forma de intervención en el delito con un desvalor menor al de la complicidad. De esta forma, para Grünwald, existen tres tipos de intervención delictiva, que ordenados de mayor a menor gravedad, son: autoría, participación y como forma menos grave, la intervención omisiva.

Una segunda explicación es la expuesta por Claus Roxin, quien se cuestiona si la mera posibilidad de impedir el resultado significa estar ya en posesión del dominio del hecho. Asimismo, señala que si se quisiese sostener el dominio de hecho de aquél que teniendo en el suceso un significado secundario podría evitar el resultado mediante un actuar positivo, entonces ni habría lugar para la complicidad ni para la instigación, ya que casi siempre se estaría ante una autoría, porque ésta se asiente en el dominio del hecho. Por ello no puede decirse que un concepto de dominio del hecho sea acertado al aplicarlo a los delitos de omisión, puesto que el que ayuda activamente, solo puede responder como cómplice, debido a que le falta el dominio del hecho.²⁸⁸ Con ello, afirma Roxin que “el concepto de dominio del hecho carece de importancia para la autoría en la omisión, ya que no puede captar atinadamente su alcance”.²⁸⁹

²⁸⁷ Cfr. GRÜNWARD citado por SANCHEZ- VERA, GOMEZ – TRELLES, JAVIER., op. cit., pág. 85.

²⁸⁸ Cfr. ROXIN, CLAUD. Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. España 2000, séptima edición, pág. 503.

²⁸⁹ Ibidem, pág. 506.

Roxin señala como solución que, cuando el interviniente – omitente no ha facilitado el hecho principal, su punibilidad se rige según las penas señaladas para la complicidad (aminoración de la pena) y ello a pesar de que en realidad dicho interviniente es autor de una omisión. Por otra parte, en caso de que el garante omita impedir el resultado, habiendo colaborado en el delito mediante un hacer positivo, la punibilidad se rige tan sólo como cómplice, es decir, por su hacer positivo, y ello porque resulta más grave ayudar a la comisión del hecho que tan sólo omitir impedir el resultado; la omisión de impedir el resultado que se encuentra junto al aporte positivo, sería subsidiaria.²⁹⁰

4.6. Propuesta de solución.

Si sólo al garante le incumbe el suceso y sólo en virtud de esa incumbencia se responde del delito, resulta evidente el porqué las posteriores omisiones no deben afectar a la forma de intervención en el delito. El motivo por el cual el aporte del partícipe no se sobrevalora con base en estas posteriores omisiones, responde a la forma en que el garante quebranta su posición, la cuál sea el acto de organización mediante el que se desconoce la posición de garantía, y por tanto, en razón de qué comportamiento el interviniente queda unido al suceso. Con ello, se afirma que la forma de intervención en el delito se determina de acuerdo con el comportamiento en virtud del cual el sujeto ha extendido su ámbito de organización.

El interviniente queda siempre vinculado al suceso, y siempre según el aporte realizado; por consiguiente las posteriores omisiones no lo convierten en autor del acontecimiento. El quantum de la intervención sólo puede variar cuando los posteriores comportamientos constituyan una nueva extensión del ámbito de organización. Retomando nuestro ejemplo: T ha extendido su ámbito de organización al colocar la bomba en la casa de X; de esta forma, defrauda la expectativa ligada a su rol. La posterior omisión, mientras no se creen nuevos riesgos, no supone una nueva defraudación de expectativas; por ende, la

²⁹⁰ Cfr. *Ibidem*, pág. 502. Cfr. FISSORE GUSTAVO, *op. cit.*, págs. 14 a 20.

posterior omisión es irrelevante para la determinación de su aporte, ya que siempre se defrauda la misma expectativa. Del partícipe debemos señalar lo mismo; E ha facilitado la bomba a T, por lo cual estamos ante un claro caso de participación, extendiendo de esta manera su ámbito de organización. La posterior omisión de E no crea nuevos riesgos, por lo que no es tenida en cuenta para la valoración del aporte.

Con lo anterior, se afirma que una sobrevaloración del aporte que hace el interviniente al delito, mediante la toma en cuenta de la posterior omisión que casi toda la participación conlleva, no es permitida, es decir, que no puede sobrevalorarse un comportamiento de omisión, el cual es derivado de una conducta de acción. Como se señaló en el ejemplo anterior a E, se le va a responsabilizar por haber facilitado la bomba a T, y no por la posterior omisión de no impedir que T coloque dicha bomba y con eso cause lesiones o inclusive la muerte a X.

Con ello, solo si atendemos al fundamento jurídico por el que se encuentra el interviniente unido al delito, se logra una explicación convincente. El partícipe no se convierte entonces, en autor por omisión, ni en partícipe omitente, por el mero hecho de disponer tras su aporte de una opción e impedir el resultado; y esta conclusión tiene su fundamento en la posición de garante de los delitos de comisión y en la forma en que ésta es defraudada, es decir, en la forma en que se ha extendido el ámbito de organización a costa del de los demás.²⁹¹

Resulta de vital importancia, recalcar que las distintas formas de intervención se determinan según sea esa extensión del ámbito de organización, por lo que, posteriores omisiones, por otra parte inherentes a casi toda forma de participación, no se tienen en cuenta en tanto no fundamenten una nueva defraudación de expectativas. Si retomamos nuestro ejemplo: E es considerado partícipe, pues facilita el explosivo a T; esta forma de intervención en el delito es así determinada, porque la forma de extensión de su ámbito de organización consiste en la puesta a disposición de los explosivos, esto es,

²⁹¹ SANCHEZ- VERA, GOMEZ – TRELLES, JAVIER., op. cit., págs. 91 y 92.

facilitación del hecho ajeno; a su vez, la posterior omisión no varía la forma de intervención, porque durante esa omisión el interviniente se encuentra ligado al hecho también siempre con base a su aporte.

Sin embargo, en contra de lo propuesto se podría argumentar que si el interviniente que tiene esa posibilidad de evitación sigue unido según su aporte al delito, entonces éste, deberá responder por un delito en comisión por omisión y no por una intervención activa. Sin embargo, esta crítica no ha afectado la propuesta a dicha problemática, ya que se demostró que la forma en que produzca la defraudación, ya sea activa u omisiva, es indiferente. Por tanto, la posterior omisión es defraudación de la misma expectativa. Sólo cambia la forma externa de la defraudación: al darle el explosivo, por acción, o al omitir el salvamento, por omisión.

La prohibición de sobrevaloración del aporte en la intervención omisiva; a la vez, la intervención omisiva en general.

Para explicar ahora, la prohibición de sobrevaloración del aporte en la intervención omisiva, vamos a modificar el ejemplo, de manera que se trate de un caso de omisión, o de un caso en donde la expectativa se vea defraudada mediante una omisión. Ejemplo: E, encargado de una fábrica de material pirotécnico, al igual que el ejemplo enunciado, quebrantando las normas que prohíben el libre acceso a terceros a los explosivos, no impide que el terrorista T tome de la misma la cantidad de ellos suficiente como para cometer un atentado. Hasta la explosión de la bomba, E tuvo siempre la posibilidad de impedir el resultado.

Resulta obvio, que la conclusión obtenida para los supuestos de intervención activa (prohibición de sobrevaloración del aporte) también es aplicable a la intervención omisiva. Como ya se mencionó, las formas de defraudación por acción y por omisión son equivalentes, entonces no sólo es posible, tratar la intervención omisiva según los mismos criterios que la activa; los delitos de omisión que se deban equiparar a los delitos de comisión en virtud de una organización, se deben regir bajo las mismas reglas que éstos en

cuanto a la forma de determinación de la intervención, es decir, que para ellos también rige la prohibición de sobrevaloración del aporte.

Retomando el primer ejemplo: De la misma manera que E, responde como partícipe porque extiende su ámbito de organización facilitando los explosivos, así responde E cuando se trata de un caso de omisión, ya que no impedir que T tomase los explosivos que estaban a su cargo, constituye una extensión no permitida de su ámbito. Recordando lo expuesto al hablar de la generalización social de expectativas, decimos que E en su rol de encargado, ha reducido complejidad, por lo que se espera de él la custodia del material pirotécnico; él mismo, asumiendo el cargo, ha creado la expectativa sobre su persona. Puesto que E no se atiene en ninguno de los dos ejemplos a las normas sobre el acceso de terceros a los explosivos, (en el primer ejemplo, por haber facilitado los explosivos y en el ejemplo modificado, por no impedir que tomase T los explosivos), con lo que la defraudación de la expectativa que conlleva el rol de encargado es siempre la misma, y es igualmente defraudada; sólo la forma de defraudación cambia: antes por acción y ahora por comisión.

En resumen, tanto en el primer ejemplo (donde E facilita la bomba a T), como en el modificado (donde E omite que T se apropie de la bomba), resulta que E es partícipe, y ello porque el peso del aporte por el que E queda ligado como incumbente al delito constituye participación; en virtud del principio que prohíbe sobrevalorar ese aporte, permanece también como partícipe aunque en ambos casos E tuviese todavía una posibilidad de impedir el resultado.

En contra del principio de prohibición de sobrevaloración del aporte a la defraudación omisiva, puede alegarse que en los casos de *injerencia*, se tiene en cuenta la posterior omisión, de manera que el omitente no responde por imprudencia, sino que con base en esa posterior omisión, va a responder por un delito de omisión doloso. Ejemplo: X empuja a Y a una piscina sin advertir que éste no sabe nadar; cuando Y pide ayuda, X omite salvarlo. Aquí se condena a X por un delito de comisión por omisión doloso; ya que resulta necesario tener en cuenta la posterior omisión, puesto que de otra forma no habría posibilidad de integrar juntos la acción precedente y el resultado lesivo,

de ahí la importancia de destacar la diferencia que existe entre la injerencia y nuestro principio de prohibición de sobrevaloración del aporte.

La injerencia es una fuente de la posición de garante, en la cual el que mediante un hacer (actuar precedente) crea un peligro de lesión para un bien jurídico, va a responder de esa lesión, igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente omite evitar el resultado típico, en el que va a desembocar la cadena causal puesta en marcha con el hacer precedente, es decir, en los casos de injerencia si se tiene en cuenta la posterior omisión.²⁹²

Por ejemplo, un camionero que después de cargar a su vehículo un objeto de gran peso (hacer precedente) el cual no lo fija o ata de manera adecuada, para que quede inmóvil (omisión del injerente), se desliza y cae sobre una persona, causándole heridas serias. En el ejemplo planteado, se aprecia la posición de garante, en virtud de la injerencia, sin embargo, no todo hacer precedente crea una posición de garante, ya que si así fuera, todo el mundo respondería de todo, con lo cual se llegaría a situaciones absurdas,²⁹³ por ejemplo: el minero cuya labor se enfoca a extraer hierro, respondería de un delito contra la vida en comisión por omisión, si pudiendo hacerlo, no evita el que A priva de la vida a C, con una navaja fabricada con aquel mineral extraído por el minero.

En la injerencia, se trata de un autor único, en donde la única forma posible de intervención es autoría, razón por la cual en dichos supuestos no es necesario hablar de prohibición de sobrevaloración del aporte, ya que un aporte de autoría no se puede sobrevalorar, porque la dogmática no conoce forma más grave que la autoría. Ejemplo: A atropella imprudentemente a B, en donde A va a responder como autor (supuesto tradicional de injerencia), y ese aporte no se sobrevalora a pesar de que no preste ayuda, a consecuencia de lo cual el atropellado muere.

²⁹² Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE., op. cit., pág. 138.

²⁹³ Cfr. Ibidem, pág. 139.

Así, en la injerencia, el injerente es incumbente en todo momento y por ello responde por la comisión omisiva dolosa y no por una comisión imprudente.²⁹⁴

Para entender de manera más clara, los casos de injerencia, es preciso mencionar el siguiente ejemplo: un adulto A, se encuentra jugando con un niño N, el cual lanza al aire y posteriormente lo atrapa, pero cuando vuelve a lanzar al aire al niño, A se acuerda de una travesura que le había realizado el niño, por lo que A decide no atrapar a N, para que se lastime y aprenda la lección, sin embargo, N cae al suelo, se golpea en la cabeza y muere. En este caso, es preciso tener en cuenta la posterior omisión de no atrapar a N, después de haber sido lanzado al aire, ya que cuando A lanza al aire a N, lo hace tratándose de un juego, es decir, sin dolo de lesionarlo o matarlo. Sin embargo, cuando A decide no actuar para impedir que N caiga al suelo, entonces si posee dolo.

En el ejemplo anterior, si se negara una posición de garante en virtud de su actuar precedente, el adulto A respondería como un no garante, esto es, por la omisión de no socórrerlo, después de haber caído al suelo. De ahí la importancia de tomar en cuenta la posterior omisión derivada del actuar precedente, para fijar la responsabilidad del autor, en este caso A.

Vayamos ahora al principio de prohibición de sobrevaloración del aporte, en donde las formas de intervención no resultan alteradas por el hecho de que tras el aporte realizado por el autor o partícipe contase todavía con la posibilidad de impedir el resultado y a pesar de ello omitiese dolosamente esta medida de salvamento. En resumen, se dice que la prohibición de sobrevaloración del aporte como principio limitador de la concepción tradicional de la injerencia, en donde siempre responde el sujeto en calidad de autor.

²⁹⁴ Cfr. Ibidem, pág. 143. Cfr. SANCHEZ- VERA, GOMEZ – TRELLES, JAVIER., op. cit., pág. 100.

4.8. Prohibición de sobrevaloración del aporte y la “facilitación imprudente” de un plan delictivo doloso ajeno.

La prohibición de sobrevaloración del aporte, no hay que olvidar, que rige especialmente en los casos de injerencia en que se facilita imprudentemente un plan delictivo, en donde si el sujeto aclara el error en que consiste la imprudencia, y a pesar de todo no impide el resultado, va a responder de un delito doloso, pero su participación viene determinada siempre según la manera en que haya extendido su ámbito de organización. Por ejemplo: el que de manera imprudente ha dado una bolsa que contiene un arma, de forma que el que ha tenido acceso a ella va a cometer un homicidio, responderá como cómplice doloso en el mismo si aclara el error en el que consistió dicha imprudencia y no impide el homicidio; en otras palabras, si se da cuenta de que en dicha bolsa había un arma, y que el ahora poseedor va a emplearla en sus planes delictivos. Puesto que dicha arma no es un objeto de libre disposición fundamenta una posición de garante que trae consigo un deber de impedir, que aún cuando haya sido imprudente, conlleva un deber de salvar (injerencia) o impedir el resultado.

La manera en que se determina la forma de intervención en el delito resulta, como siempre (prohibición de sobrevaloración del aporte), según como el sujeto extienda su ámbito de organización; en este caso, sería la puesta a disposición del arma.

Lo contrario, es decir, la aplicación de las reglas tradicionales de la injerencia (autoría), sin la limitación que supone el principio de prohibición de sobrevaloración del aporte, nos lleva a resultados sorprendentes; por ejemplo: el que proporciona un arma de manera dolosa, responde como *partícipe*; y el que da en cambio un arma de forma culposa y más tarde no impide la comisión del delito respondería como *autor* (por omisión).

Ejemplificativamente: el que imprudentemente, durante una cacería dispara a un compañero y después no lo socorre, por ejemplo al reconocer en él a su enemigo, dejándolo morir, está tan vinculado al suceso cuando dispara (acción), como cuando omite el salvamento; por ello no hay duda al afirmar que aunque el disparo fue imprudente debe responder por dolo, porque cuando éste surgió (después de disparar, al reconocer en la víctima a su enemigo) estaba igualmente unido al delito: era igualmente incumbente.

Ya se mencionó en los dos ejemplos anteriores, que sucede cuando el sujeto aclara el error; sin embargo, existe una segunda posibilidad de que el sujeto no aclare el error. Por ejemplo: el que imprudentemente facilitó la bolsa con el arma de fuego, no llega a conocer los planes delictivos del tercero. En estos supuestos, el derecho alemán, refiere que se le debe llamar autor a dicho sujeto, por el hecho de que el legislador unificó para los casos de imprudencia todas las formas de intervención en el delito bajo la única concepción de autoría. Por otro lado, no hay que olvidar que la imputación objetiva, no es sólo la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, sino también la consiguiente realización de ese riesgo en el resultado. En otras palabras: puede que el interviniente responda o no, pero si lo hace ¿cómo debe responder el sujeto? El interviniente debe responder como partícipe y no como autor. Ya que entonces, ¿qué sentido tendría llamar cómplice al que con dolo posibilita el hecho, y en cambio llamar autor al que sin dolo lleva a cabo el mismo acto de facilitación. Por ende, no es lo mismo matar, que ayudar a matar. En efecto, ¿Cómo es posible que se puede colocar en peor situación a quien actúa imprudentemente – autoría – respecto del que lo hace con dolo – complicidad? o, reformulando nuestra pregunta ¿Cómo se puede colocar en peor situación al que tan sólo facilita imprudentemente el hecho de un tercero indirectamente – autoría -, respecto del que crea culposamente el resultado, de forma directa – igualmente autoría-?

Después de haber analizado estas dos posibilidades, llegamos a la conclusión de que la forma en que se extiende el ámbito de organización es lo que decide para poder determinar las formas de intervención, y esto no sólo cuando la defraudación se produce por comisión (ejemplo de quien facilita los explosivos al terrorista), sino también cuando se trata de una defraudación omisiva (ejemplo de quien omite que el terrorista se apropie de los explosivos), y además indistintamente en los delitos dolosos o en los imprudentes. De esta manera, al igual que en la defraudación comisiva es aceptada por todos la prohibición de sobrevaloración del aporte realizado, tal principio debe regir igualmente en supuestos de defraudaciones omisivas. La consecuencia inmediata que este principio conlleva es que, en los casos de injerencia en que un comportamiento imprudente favorece los planes delictivos de un tercero, se responda tan sólo por complicidad, y si quien favorece imprudentemente no aclara el error, es partícipe culposo; si lo aclara, la participación es dolosa.

4.9. Propuesta.

Se propone que se reforme el artículo 13 del Código Penal Federal, para agregarle una fracción más después de la VI, para crear y castigar en la legislación penal la participación culposa, en delitos de comisión dolosa, para que no queden impunes, con la finalidad de que el partícipe culposo no sea castigado como doloso, asignándole una pena más baja que la que está establecida actualmente en el artículo 64 bis del Código Penal Federal a la participación dolosa, que establece que *“se castigará la participación dolosa con tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate”*. En la participación culposa se propone una pena privativa de libertad de dos a años, agregándole el siguiente texto, al tenor literal siguiente: *“se impondrá pena de prisión de dos a cinco años al partícipe culposo en delitos de comisión doloso”*.

La propuesta expuesta se realiza con el objeto de darle seguridad jurídica al partícipe culposo en delitos de comisión dolosa, para no exponerlo a una punibilidad que podría ser mayor de acuerdo a la pena establecida en el artículo 64 bis del Código Penal Federal.

4.10. Conclusiones.

1. Derivado del Estado de Derecho, siendo aquel en el cual el poder del estado queda subordinado al orden jurídico vigente por cumplir con el procedimiento para su creación y es eficaz cuando se aplica a la realidad con base en el poder del estado a través de sus órganos de gobierno, se afirma que cada ciudadano posee libertad de organizar. Esta libertad no debe dañar esferas jurídicas ajenas, y ello para no extralimitarnos en ese uso de la libertad. Para delimitar que es lo que pertenece a nuestro ámbito de organización, va a depender de lo que establezca nuestra Sociedad, ya que siempre que se organiza, se hace en Sociedad. Por ello, es preciso saber como lo hace nuestra Sociedad, para saber que es lo que pertenece a nuestro ámbito de organización y por tanto, cuándo nos puede ser imputado un ataque con consecuencias en una esfera jurídica ajena.

2. Como se explicó al principio del presente capítulo, toda interacción social se basa en expectativas, como reducción para poder orientarse en un mundo complejo. Por ende, las expectativas son aquellas que posibilitan la vida en Sociedad, y esto generalizándose temporalmente (a través de la pena), materialmente (mediante su identificación con los roles), y socialmente (mediante el consenso). Por ende, lo que pertenece a nuestro ámbito de organización serán las expectativas ligadas a nuestros roles en el momento de hacer la imputación penal. De esta manera, solo los daños en esferas jurídicas ajenas son imputables, cuando pertenezcan a nuestra organización, es decir, cuando supongan el quebrantamiento de un rol.

3. En un Estado de Derecho, las expectativas vienen definidas de manera negativa, es decir, no dañar esferas jurídicas ajenas, con lo cual podemos hablar de expectativas de omisión. La forma en que una expectativa de omisión puede verse defraudada depende del ámbito de organización, ya sea que el sujeto deba actuar u omitir para no extralimitarse, para cumplir lo esperado de su rol. Por ello se dice, que las formas de defraudación de las mismas, pueden ser activas u omisivas, de tal manera que lo único que varía de modo irrelevante es la forma de defraudación, ya que la expectativa defraudada es la

misma. Así pues, consecuencia de un Estado de Derecho, que como tal permite organizar, es que cuando el sujeto organice no defraude una expectativa, ya sea por acción o por omisión. De esta forma, resulta innecesaria una distinción entre delitos de omisión y de comisión en el ámbito de los delitos de organización, porque la expectativa es la misma, variando únicamente la defraudación.

4. Por otro lado, dado que la generalización material de las expectativas se atiende a roles, es que en los delitos de comisión también es necesaria una posición de garante como presupuesto de la responsabilidad. Tradicionalmente se ha identificado a la posición de garante con un deber de evitar el resultado, y en la comisión no se exige tal posición de garantía, por consiguiente no se explica porque debe hacerse responsable a un autor (en los delitos de comisión) que no tenía deber alguno de evitar lo que hizo. Sólo el que se encuentra dentro de su rol incumbe al sujeto socialmente y por tanto puede suponer una extralimitación a tener en cuenta jurídico – penalmente, y ello independientemente de que el sujeto actúe y omita.

5. De lo anterior, se afirma que en los delitos de organización, como es el caso de los casos de deberes de aseguramiento, de salvación o de asunción de deberes, en que la defraudación se produce mediante una omisión, se admiten todas las formas de autoría y participación, y éstas se rigen bajo las mismas reglas que en la comisión.

6. En las formas de defraudación comisivas es absoluta la doctrina dominante, al menos en sus consecuencias, al postular que las distintas formas de intervención en el delito se determinan según el modo en que el garante extiende su ámbito de organización de forma no permitida. Posteriores omisiones, siempre y cuando no supongan una nueva extensión de dicho ámbito, no modifican la forma de intervención de esta forma determinada, y ello a pesar de que el aporte del partícipe fundamente una posición de garante. Esto es así, porque el garante mediante la extensión de su ámbito de organización, queda vinculado al delito, en virtud del aporte realizado. Por lo que, el quantum de la intervención sólo puede variarse cuando los posteriores

comportamientos (acciones u omisiones) constituyan una nueva extensión del mencionado ámbito.

A este resultado se le ha denominado *prohibición de sobrevaloración del aporte en la comisión*. Si este principio no operará, el aporte del partícipe se sobrevalorase a autoría, ya que cuando el partícipe pudiese evitar el resultado su omisión siempre conduciría a una responsabilidad como autor.

7. En las formas de defraudación omisiva, también opera el principio de prohibición de sobrevaloración del aporte. En primer lugar, porque si dicho principio rige en la defraudación comisiva, también se aplica en la omisiva. En segundo lugar, porque lo relevante es la expectativa y no la forma en que se defrauda. Así, el garante que defrauda por omisión una expectativa que tan sólo le vincula al delito como partícipe, permanece partícipe sin que su aporte se sobrevalore. Queda siempre vinculado, pero siempre en virtud del aporte en que consista la extensión de su ámbito de organización.

8. El fundamento de la injerencia y del principio de prohibición de sobrevaloración del aporte es el mismo, tanto cuando se extiende el ámbito de organización como con posterioridad, el sujeto queda siempre vinculado al suceso. La diferencia radica en que, en casos de injerencia con autor único, no es necesario hablar de prohibición de sobrevaloración del aporte, pues un aporte de autoría no puede ser sobrevalorado; en el supuesto de existir varios intervinientes, la prohibición de sobrevaloración del aporte supone una limitación al pensamiento de la injerencia, por lo que el aporte no se sobrevalora, no todo injerente es autor.

9. Con todo lo anterior, tenemos que cuando se facilita imprudentemente un hecho doloso ajeno, se determina la forma en que se interviene en ese delito doloso, según el garante extienda su ámbito de organización de forma no permitida, (la facilitación). Por tratarse de una facilitación se responderá como partícipe doloso (en cualquiera de sus formas) en el hecho del tercero, si se aclara el error en que consistió la imprudencia, (podría responder como cómplice o coautor). Si dicho error no se aclara, se responderá como partícipe imprudente.

BIBLIOGRAFIA:

1. AGUDELO BETANCUR, AGUDELO. Curso de Derecho Penal, Esquemas del delito, Editorial TEMIS S.A. Colombia, 2002.
2. ALTAVILLA, ENRICO. La culpa, Editorial Temis S.A., cuarta edición, Colombia, 1987.
3. ANTOLISEI, FRANCESCO. Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis S.A. Colombia 1988.
4. ANTON ONECA, JOSÉ. Derecho Penal, Editorial Akal, España, 1986.
5. BECCARIA. Tratado de los delitos y de las penas, Porrúa, México 2000.
6. BETTIOL GUISEPPE. Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, Colombia, 1965.
7. BUSTOS RAMÍREZ JUAN. Colección de obras, Editorial ARA, Perú 2005.
8. BUSTOS RAMÍREZ JUAN. Manual de Derecho Penal Español, Editorial Ariel S.A. España 1984.
9. BUSTOS RAMÍREZ. Control social y sistema penal, Editorial Ara, Perú, 2005.
10. CANCIO MELIÁ, MANUEL. FERRANTE, MARCELO. SANCINETTI, MARCELO A. Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva, Editorial Ad-hoc, Argentina 1998.
11. CARRARA, FRANCESCO. Programa de Derecho Criminal, tomo 1, Editorial Temis S.A. Colombia 1988.
12. CARO JOHN JOSÉ ANTONIO, POLAINO ORTS MIGUEL Derecho Penal funcionalista aspectos fundamentales, flores Editor y Distribuidos, S.A. de C.V. México 2009.
13. D'ANTONIO, DANIEL HUGO. El menor ante el delito, segunda edición, editorial Astrea, Argentina 1992,
14. DIAZ ARANDA, ENRIQUE. Teoría del Delito (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos), Editorial Straf, México 2006.

15. DIAZ ARANDA, ENRIQUE. Derecho Penal, Parte General, (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría funcionalista social), Porrúa, segunda edición, México 2004.
16. DIAZ ARANDA, ENRIQUE. Proceso Penal Acusatorio y Teoría del delito (legislación, jurisprudencia y casos prácticos) Editorial Straf, México 2008.
17. DONNA, EDGARDO ALBERTO. La autoría y la participación criminal, Rubinzal – Culzoni Editores, segunda edición, Argentina 2002.
18. FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO. Teoría de la imputación objetiva, estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución, Angel Editor, México 2000.
19. FISSORE, GUSTAVO. La omisión en el derecho penal, editorial jurídica nova tesis, Argentina 2000.
20. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. Estudios sobre el delito de omisión, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003
21. JAKOBS, GUNTHER. La imputación objetiva en el Derecho Penal, Editorial Civitas, S.A., España 1996.
22. JAKOBS, GUNTHER. Derecho Penal, Parte General, fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., segunda edición, España 1997.
23. JESCHECK, HERINRICH. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Bosch, Casa editorial, S.A. España, 1981.
24. JESCHECK, HERINRICH. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Editorial Comares, cuarta edición, Granada, 1993.
25. JIMENEZ DE ASÚA, LUIS. Teoría del delito, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2003.
26. JIMENEZ MARTÍNEZ, JAVIER. La teoría funcionalista del delito, División Editorial Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México 2004.
27. KAUFMANN, ARMIN. Dogmática de los delitos de omisión, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. España 2006,
28. MAURACH, REINHART. Derecho Penal, Parte General, tomo 1, Editorial Astrea, Argentina, 1994.
29. MEZGER, EDMUND. Derecho Penal Parte General, Cárdenas editor y distribuidor, México 1990,

30. MIR PUIG, SANTIAGO. Derecho Penal, Parte General, Editorial Tecfoto, S.L., España 1996.
31. MIGUEL DIAZ Y GARCIA CONLLEDO. La autoría en Derecho Penal, Editorial PPU, España 1991.
32. MOLINA FERNANDEZ, FERNANDO. Antijuridicidad Penal y Sistema del delito, Editorial Bosch, España, 2001.
33. MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS. Política criminal y reforma penal. Algunas bases para su democratización en México, Editorial Centro de Política Criminal y Ciencias Penales, México 1999.
34. MORENO HERNANDEZ, MOISES. Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (ontologismo y normativismo), Editorial Ius Poenale, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, México 2002.
35. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, quinta edición, España 2002.
36. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Teoría general del delito, segunda edición, Editorial Temis S.A. Colombia, 2004.
37. POLAINO NAVARRETE, MIGUEL. Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal, Porrúa, México 2001.
38. PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Hacia una reforma del sistema penal, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, Número 21, México, 1985.
39. PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, México, Porrúa 1985.
40. RAYO MARES, JUAN CARLOS. El robo en el Nuevo Código Penal del Distrito Federal, División Editorial Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México 2003.
41. RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS. Criminología, Porrúa, S.A. México 1998.
42. ROXIN, CLAUS. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Civitas S.A. España 1997.
43. ROXIN, CLAUS. Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., séptima edición, España 2000.

44. SANCHEZ- VERA, GOMEZ – TRELLES, JAVIER. Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobre valoración del aporte, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colombia, 1997.
45. SAUER, GUILLERMO. Derecho Penal, Parte General, Casa Editorial Bosch, España 1956.
46. SENIOR, ALBERTO F. Sociología, Porrúa, S.A. México 1990.
47. SILVA SANCHEZ, JESUS M. El delito de omisión, concepto y sistema, segunda edición, editorial, Julio César Faira- Editor, Argentina, 2006.
48. VON BELING, ERNST. Esquema de Derecho Penal y La Doctrina del Delito Tipo, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2003.
49. WELZEL, HANS. Derecho Penal Alemán, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1969.
50. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. ALAGIA, ALEJANDRO. SLOKAR, ALEJANDRO. Derecho Penal, Parte General, Porrúa, México 2001.
51. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Editorial Cárdenas, México 1988.

LEGISLACIÓN.

1. Código Penal Federal, Editorial ISEF, 2008.
2. Código Penal para el Distrito Federal, Editorial ISEF, 2008
3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2009.

OTRAS FUENTES.

1. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, tomo II, España 2001.
2. MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS. Revista Mexicana de justicia N. 2. Vol. III. Abril – Junio, México 1985.