

00781
24

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO

LAS SISTEMATICAS CAUSALISTA Y FINALISTA
EN EL DERECHO PENAL

T E S I S D O C T O R A L

Autor: Licenciado Julio Eduardo Arango Escobar .

México D.F. julio 1984

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

I N D I C E

Página

PREAMBULO		
CAPITULO I.	LA SISTEMATICA CAUSALISTA.....	1
	A) El concepto natural de acción.....	1
	B) Materialización del concepto de acción.....	4
	EVOLUCION DEL CONCEPTO NATURAL DE ACCION	6
	A) Acción en sentido amplio.....	6
	B) La conducta como manifestación de voluntad.....	8
	C) Crítica al concepto natural de acción.....	10
	D) El concepto social de acción.....	12
	E) Evolución de la doctrina causalista.....	15
CAPITULO II.	COMPOSICION DEL CONCEPTO CLASICO - DEL DELITO.....	20
	A) La acción como concepto genérico del delito.....	20
	B) La Antijuridicidad.....	22
	C) Antijuridicidad formal.....	23
	D) Antijuridicidad material.....	24
	E) Concepción objetiva y subjetiva de la antijuridicidad.....	25
CAPITULO III.	EL TIPO	29
	A) Concepto.....	29
	B) Doctrina de la tipicidad.....	29
	C) El tipo como indicio.....	33
	D) Función de la tipicidad.....	33

I N D I C E

-2-

	<u>Página</u>
CAPITULO IV. CULPABILIDAD.....	36
A) Referencias históricas.....	36
B) Derecho postclásico Justiniano.....	39
C) Conceptos de responsabilidad en el-- derecho postclásico.....	40
D) Evolución del concepto de culpabili- dad.....	41
E) Doctrinas sobre la culpabilidad.....	42
I. Libre arbitrio.....	42
II. Teoría determinista.....	44
CAPITULO V. EL DOLO.....	47
A) Generalidades.....	47
B) Teorías sobre el dolo.....	47
I. Teorías Voluntaristas.....	48
II. Teorías de la Representación.....	50
III. Teorías Eclécticas del Dolo.....	52
<u>ELEMENTOS PSICOLOGICOS DEL DOLO.....</u>	<u>54</u>
A) Elemento intelectual.....	54
B) Elemento volitivo del dolo.....	55
C) El dolo y el conocimiento de la anti- juridicidad.....	56
D) Clases de dolo.....	56
CAPITULO VI. LA CULPA	59
A) Su denominación.....	59
B) Doctrinas sobre la naturaleza de la- culpa.....	60
C) Clases de culpa.....	63
D) Evolución del concepto de culpa.....	64
CAPITULO VII. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO.....	67
A) Evolución histórico-dogmática (Con - cepto Neoclásico de delito).....	67

I N D I C E

-3-

	<u>Página</u>
B) Autores que impulsan la evolución.....	68
C) Los elementos subjetivos del injusto....	74
<u>CONCEPCION NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD....</u>	<u>76</u>
A) Generalidades.....	76
B) Reprochabilidad.....	76
C) Metodología. Filosofía de los Valores... 81	81
CAPITULO VIII. LA SISTEMATICA FINALISTA. METODOLOGIA... 85	85
A) Positivismo Jurídico.....	85
B) Estructuras Lógico-Objetivas.....	87
C) Aspectos Metodológicos.....	89
D) Desarrollo Histórico Dogmático.....	96
E) El concepto de la Acción Finalista.....	98
F) La acción dolosa.....	104
CAPITULO IX. EL TIPO PENAL..... 107	107
A) La norma.....	107
B) El bien jurídico.....	107
C) Formación del tipo.....	111
D) El tipo en la doctrina finalista.....	113
<u>ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL</u>	<u>117</u>
A) Tipo objetivo.....	117
B) Sujetos del delito.....	118
C) Medios para la realización del tipo -- objetivo.....	120
D) Desarrollo de la acción.....	121
E) Por el lugar de la acción.....	122
<u>ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO</u>	<u>122</u>
A) Elementos de valoración empírico-cultu- ral.....	122
B) Elementos del tipo de valoración jurí- dica.....	123
C) Posición de los penalistas.....	124

I N D I C E

-4-

	<u>Página</u>
<u>ELEMENTOS NORMATIVOS DE LOS TIPOS EN LA LEY</u>	127
A) Elementos normativos estricto sensu..	127
B) Elementos normativos de valoración -- empírico cultural.....	129
<u>RELACION DE CAUSALIDAD</u>	
A) Teorías sobre la causalidad.....	133
B) Teoría de la equivalencia de las condiciones.....	134
C) Teoría de la causalidad adecuada.....	137
D) Expresiones causales en la ley.....	141
<u>EL TIPO SUBJETIVO</u>	143
A) La estructura del dolo.....	146
B) La voluntad.....	148
C) Clasificación del dolo.....	149
D) El dolo directo.....	153
E) Dolo Eventual.....	156
F) Dolo Eventual y Culpa.....	157
<u>EL ERROR DE TIPO</u>	159
A) Concepto.....	159
B) Consecuencias jurídicas.....	159
CAPITULO X. <u>LA ANTIGURIDICIDAD</u>	163
A) Concepto.....	163
B) Desvalor de resultado y desvalor de acción.....	166
<u>LA CULPABILIDAD</u>	167
A) Concepto.....	167
B) Elementos de la reprochabilidad.....	168
C) Error de prohibición.....	169
D) Error y elemento normativos del tipo.....	172

I N D I C E

-5-

	<u>Página</u>
CAPITULO XI. LA CULPA	174
A) Antecedentes.....	174
B) La acción.....	175
C) Los elementos del delito culposo.....	177
I. Acción.....	177
II. Estructura del tipo culposo.....	178
III. Deber objetivo de cuidado.....	178
IV. La imputación objetiva.....	180
D) Desvalor de acción y resultado en los- delitos culposos.....	181
E) Antijuridicidad y culpabilidad.....	182
F) Culpa consciente y culpa inconsciente.	183
G) Preternintención.....	183
 CAPITULO XII. LOS DELITOS DE OMISION.....	 185
A) Concepto.....	185
B) Naturaleza Ontologica de la Omisión...	185
C) Elementos del tipo.....	188
D) La antijuridicidad.....	189
E) La culpabilidad.....	190
F) Delitos propios de omisión.....	191
G) Delitos impropios de omisión c comi -- sión.....	192
 C O N C L U S I O N E S.....	 194
 E B I B L I O G R A F I A	 201

INTRODUCCION

La teoría General del delito es la que se encarga del estudio de los presupuestos jurídicos de la punibilidad de la acción. No implica el estudio de los elementos que describen cada uno de los tipos de delito en particular, sino de aquellos que concurren en todo hecho punible. Vale decir, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, cada uno de estos descompuestos en otros conceptos como son los elementos subjetivos y objetivos del tipo, presupuestos también objetivos y subjetivos de las causas de justificación y elementos positivos y negativos de la culpabilidad, los que ya reunidos en un todo, configuran el hecho punible. Es en consecuencia, la teoría del delito, parte de la ciencia del derecho penal en caminada a la explicación del delito en general y sus características.

La teoría del delito ha pasado por construcciones sistemáticas distintas. La clásica, basada en una estructura sencilla, construida sobre el concepto de acción, concebida como movimiento corporal en sentido naturalístico productora de cambio en el mundo exterior llamado resultado cuyo vínculo era la causalidad. Fue concebida por Beling y Lizst.

La teoría Neoclásica, del delito, es producto de la revisión al sistema de Beling y Lizst. En ella se abandona el contenido de los conceptos sistemáticos de la teoría clásica y se construyen tomando como ba se los fines que tiende a realizar el derecho penal. Aquí se abandona el concepto naturalístico de acción y se le viene a entender como comportamiento voluntario o concepto causal de acción. En esta construcción, la tipicidad descriptiva y libre de valor se erosiona con el descubrimien

to de los elementos normativos y subjetivos del tipo, la concepción material de la antijuridicidad entendida como dañosidad social que a la vez aparejaba creación de causas de justificación más allá de las puramente legales -supra legales-, y el concepto normativo de la culpabilidad marca un desarrollo trascendental de la teoría del delito. Justo es decir, también, que contribuyó a ello, el tratamiento que de manera accidental dio Schmidt a la acción que calificó de social porque entendía que la misma se da en la realidad. Por último, la teoría finalista construida por Welzel en la que la acción humana es la base de la teoría del delito y el acto humano pasa a ser categoría del ser diferente al proceso causal. Vale decir, como ejercicio de actividad final, concibiéndose a la acción en su concepto óntico, como se da en la realidad en la que queda incluida la finalidad, razón por la cual, el dolo en tanto que intención se ubica en el campo de la acción típica, ya no en la culpabilidad, pues ésta, pasa a ser simplemente reprochabilidad. La antijuridicidad como consecuencia, no quedó exenta de modificación con el exilio del dolo de la culpabilidad por lo que el concepto material ya no se agota en la dañosidad social sino que viene a ser ejecución forzosa socialmente relevante del hombre, concepto en el cual se mezcla la voluntad criminal de la acción y el resultado del hecho.

La teoría finalista del delito es producto de la corrección total que hace Welzel de las contradicciones y lagunas con las que operaba la teoría dominante, las que supera indiscutiblemente. En la reelaboración de estos conceptos, Welzel toma en cuenta aspectos latentes en la teoría dominante, pero inadvertidos por la dogmática.

Actualmente, el estudio de la teoría finalista y su aplicación

se extiende por muchos países, en Europa ha tomado carta de naturaleza hecho que no extraña por su construcción científica. En Hispanoamérica, avanza con paso seguro a pesar que el penalista tradicional se opone a ella esgrimiendo críticas sin fundamento. Para los tratadistas cobijados en el alero de la teoría dominante, adoptarla constituiría la desaparición de su obra, y otros, con argumentos que rayan en el desconocimiento, aducen su origen foráneo, como si los países latinoamericanos que hemos adoptado las bases de la teoría del delito de Von Lizst y Ernest Beling, no lo hubieramos tomado de España a donde lo llevó Jiménez de Asúa y posteriormente el planteamiento neoclásico tomado de la obra de Mezger lo introduce años más tarde Rodríguez Muñoz cuando traduce su obra. En Argentina, Sebastián Soler traduce la obra de los autores alemanes y pronto se despliega hacia el resto de países latinoamericanos e influencia su dogmática.

Ahora bien, es cierto, que cada país debe construir la teoría del delito y como consecuencia su propia dogmática de acuerdo a su realidad e idiosincracia, pero la integración de un equipo multidisciplinario para ello, requiere de una fuerte inversión que corrientemente nuestros países por razones obvias no pueden hacer, razón por la cual, como países periféricos tendremos que ser recipiendarios de un sistema científico jurídico penal altamente desarrollado, que por cierto, -desde hace muchos años- nos han aportado su estructura y terminología conceptual difíciles de variar. Por otra parte, para que el penalista pueda no sólo hacer la crítica con respecto a la teoría finalista necesita tener profundo conocimiento de la teoría clásica y neoclásica del delito.

aún cuando no en forma pura -como siempre sucede-. Omitimos de manera intencional, señalar las críticas que se hacen a la doctrina finalista, por que en principio buscamos despertar el interés en su conocimiento y discusión.

Por lo tanto, sin presunciones de erudcción porque somos huérfa -nos de ella, pero si buscando orientar al estudiante en la ampliación de sus conocimientos y afanes de investigación, citamos a los más notables Ius penalistas que hemos consultado para la elaboración de nuestra tesis.

Consta la misma de doce capítulos, y en los primeros se enfoca la sistemática causalista, partiendo del concepto natural de acción, propia de los primeros penalistas, para quienes no requería explicación. La materialización posterior del concepto en sentido causalista y ciego. La antijuridicidad, el tipo, y la culpabilidad con sus especies de dolo y culpa, con un desvío en la exposición a manera de evocación histórica o de paleontología jurídica -valga la expresión-. Posteriormente, estudiamos -el avance cualitativo que se produce en la teoría del delito con los aportes de la Teoría normativa de la culpabilidad y el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto para rematar con los aspectos metodol^ogicos que influenciaron el desarrollo de nuestra moderna ciencia Jurídico-Penal.

Al desarrollar la sistemática finalista, la iniciamos apuntando sus aspectos metodológicos y bases filosóficas, cuyo conocimiento es importante para no caer en el simple manipuleo de conceptos. La acción en su construcción lógico objetiva; la acción dolosa con su finalidad actual; el tipo con sus distintos elementos y la forma como están contenidos en la

Actualmente en España, José Cerezo y Juan Córdova Roda, son impulsores del conocimiento de la teoría finalista. En Argentina, Bacigalupo y Zaffaroni, quienes a la vez han difundido el pensamiento de Welzel entre penalistas y maestros costarricenses. En Chile, el distinguido maestro Alvaro Bunster, Cousiño Mac Iver y Bustos. México, el Doctor Moisés Moreno, Bunster, Zaffaroni y Righi desde la docta cátedra - en el postgrado.

El autor, discípulo de ellos, pretende mediante este trabajo iniciar el conocimiento y discusión de la teoría moderna del delito en Guatemala, en la inteligencia, de que a pesar de los muchos años de existencia de la teoría finalista no llega tarde a mi país porque aún operamos y estudiamos las corrientes naturalistas y psicologistas y cada norma de nuestros códigos penales, derogado y vigente está formado con retazos de la teoría clásica, neoclásica y a veces sin advertirse por la influencia que tuvieron ius penalistas en la estructuración del código penal tipo para latinoamérica en alguna institución con ribetes finalistas producto de un simple trasplante.

Podría pensar que mi trabajo llega tarde, habida cuenta que, la atracción actual de los ius penalistas se centra en el estudio de las corrientes criminológicas que estudian las consecuencias de la pena; creo que ello no es así, porque los códigos penales son viejos aún, y continúan bajo la influencia de corrientes psicologistas; las categorías penales son vírgenes, ávidas de que se les someta al estudio y análisis, amén de que nuestros países son jóvenes -especialmente el mío- en el campo de la investigación.

En el desarrollo del trabajo, utilizamos el método comparativo,

ley; los medios y la relación de causalidad. La antijuridicidad, la culpabilidad y los delitos culposos. En las conclusiones sostenemos las causas que motivaron la revisión de fondo de la doctrina tradicional y la forma diferente como operan los conceptos de una y otra.

Creemos que el trabajo de tesis cumple el propósito perseguido, esto es, iniciar al estudiante en el conocimiento de la doctrina finalista y a la vez interpretar de manera correcta los conceptos de la teoría tradicional. Con esto, también, el autor inicia el cumplimiento de un compromiso con su casa de estudios, y con la Universidad Nacional Autónoma de México que consiste en transmitir e informar sobre los avances de la ciencia jurídico penal y ciencias afines.

CAPITULO I

LA SISTEMATICA CAUSALISTA

A) EL CONCEPTO NATURAL DE ACCION:

Los primeros tratadistas de Derecho Penal que se dedicaron al estudio sistemático de la construcción de la teoría del delito, entendieron a éste, como acción del hombre; pero dejaron fuera de su estudio, el contenido de la misma por considerar no sólo que era abstracta, sino que al go natural.

Dos son las posiciones tradicionales. Una el sistema Grolman, que contó con algunos seguidores, quienes examinaron el delito desde el punto de vista de su naturaleza objetiva, o sea, conforme al tipo objeti vo, como acto, encajando dentro de él, todos aquellos problemas relacionados con la antijuridicidad, la consumación, la tentativa y en algunos casos agregando la autoría y la participación. El tipo subjetivo lo enfocaron como acto interno de voluntad, éste es, dolo, culpa e imputabili dad.

El otro sistema es el que corresponde a los seguidores de Feurbach. Ellos, dividen las características del delito en: necesarias o e senciales, que corresponden a la antijuridicidad y cognoscibilidad exter na, y en características alternativamente necesarias o no esenciales, dentro de las que comprende: autoría, participación, consumación, tenta

tiva, dolo y culpa. 1/

En el sistema Grolman, figuran como características de la acción el acto en la parte objetiva y la voluntad en la subjetiva cohesionando el dolo y la culpa. Sin embargo, la tercera característica que comprende la relación de la voluntad con el acto no encuentra lugar adecuado en el sistema. 2/ De manera que aún cuando el concepto de acción no figura como el concepto más alto dentro del sistema, sus dos características; acto y voluntad, devienen como conceptos superiores del mismo, lo que hace decir a Radbruch, que: "Aún cuando el concepto de acción no juega papel alguno en el sistema, no es menos verdad que despliega tanto mayor eficiencia entre los bastidores del mismo. 3/

A diferencia del sistema de Grolman, en la construcción Feurbach aparecen ya todas las características de la acción, incluso de la relación de voluntad con el acto, pero dicha relación situada donde no correspondía, es decir, como condición necesaria del delito, pues en ella sólo considera el acto y al que la voluntad que debió servir para integrar el concepto superior del dolo y culpa a efecto de que devinieran en características necesarias del delito. Los enfoca Feurbach en cada una de las

1/ Cfr. José Arturo Rodríguez Muñoz. La doctrina de la acción finalista. Universidad de Valencia. Segunda Edición, 1977. Pág. 19.

2/ Conclusión a la que se arriba cuando se contrapone lo objetivo y lo subjetivo del delito, negándose toda vinculación entre ambos y solo mediante la interpretación, se arriba a la conclusión de que se integran en un todo en el concepto de acción. Cfr. Ibidem. Pág. 19.

3/ Ibidem. Pág. 20.

dos formas de culpabilidad como características alternativamente necesarias lo que produce como consecuencia que la relación entre voluntad y acto aparezca al extremo del sistema, esto es, "en la doctrina de la ley penal que sitúa Feurbach después de las doctrinas del delito y de la pena. Es aquí, donde aparece la imputación como "aplicación de la ley", entendida como relación entre una acción punible: efecto. Y una determinación volitiva contraria a la ley penal: causa". 4/ Es así, como en el sistema de Grolman se encuentra una orientación hacia el concepto de acción, el cual se impone a la postre al sistema de Feurbach, pero toma de éste el concepto de imputación el que le servirá para establecer la relación entre los aspectos externos e internos del delito considerados hasta ese momento, como elementos independientes, y en la inteligencia, que la doctrina del delito no encuentra su momento último en la ley, pues debe aparecer completa y cerrada en sí misma. La imputación se traslada a la doctrina del delito, pero independiente del tipo objetivo y subjetivo ya que en esa forma puede cumplir su función de relación entre la voluntad y el acto, cosa que no sucedería, si quedara subordinada a uno de ellos.

4/ Era fundada la posición de Feurbach al referirla a la aplicación de la ley. "La imputación es un hecho procesal, una acción judicial; pero la fusión de los dos lados objetivo y subjetivo del delito, no tienen lugar sólo en el proceso. Una sentencia judicial no puede ser característica del tipo delictivo. Pero ciertamente la situación fáctica que la sentencia judicial comprueba pertenece al tipo del delito. Y esta situación fáctica es la acción. Ibidem. Pág.20.

B) MATERIALIZACION DEL CONCEPTO DE ACCION:

El mérito de la materialización del concepto de la acción se atribuye a los Hegelianos, específicamente, a los discípulos de ABBEG y en seguida a BERNES y KOSTLIN. Antes de ellos, dice Radbruch, " el concepto de la acción deambulaba como un espíritu sin nombre y sin forma a través del sistema penal " 5/ En este momento, la acción se incorpora al sistema penal, no libre, por supuesto, de deficiencias, pues para ellos, imputación es sinónimo de juicio mediante el cual se afirma el acto como acción porque está contenido en ella, y existe correspondencia entre ambos, de ahí, que hasta donde llega la acción, llega también la imputación 6/. Estos penalistas se dividieron en dos grupos: los que encontraban en la imputación la existencia de un juicio sobre la relación de voluntad y resultado y la antijuridicidad de este; y los que relacionan la culpabilidad al resultado. Sin embargo, el problema para ellos estaba en la distinción entre el delito doloso y culposo, pues si su concepto de acción se dirigía al delito doloso, no era congruente con respecto a la culpa cuyo resultado no es querido. Ante este problema, en oposición a

5/ Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, traducida y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid, 1955. Pág. 189.

6/ Esta forma en que concebían los Hegelianos la acción, era la dominante en los años 1880, al grado de que había sido aceptado por tratadistas como : TEMME, VON VACTCHER, WAHLBERG, HUGO MAYER, BIDING y GELER. Se pensaba que nada podría perturbarlo" Rodríguez Muñoz. Ob. Cit. Pág. 21.

las premisas sentadas originalmente por Hegel, ^{7/} afirman que en el delito culposo el resultado es querido, ^{8/} y tratan incluso, de hacer - desaparecer las contradicciones que se operaban entre dolo y culpa esforzándose en explicar su aproximación diciendo que no es querido el resultado en las acciones culposas, o en todo caso que el mismo es indirectamente querido, pues en la culpa sólo es querida una condición del resultado y la acción culposa es realizada de propósito. Quizá lo más delicado de sus argumentos era la identificación que hacían de la relación de culpabilidad y causalidad, ya que sólo era causado por la voluntad aquello que era querido por ella, motivando la extensión de la acción más allá de la culpabilidad deviniendo ésta en pleonasma, y la acción no culpable en un CONTRADICTION IN ADJECTO. Además, la conducta de los inimputables no se consideraban como acciones, ni como acciones antijurídicas.

Estas contradicciones restaron valor permanente al concepto de acción de los Hegelianos, amén de que, el mismo no es un concepto descriptivo, libre de valoración "natural" ... "Se trate más bien de un puro concepto valor, y en tal sentido encierra en sí la total idea de la imputación penal pues acción e imputación penal son una misma cosa para él.

^{7/} Para Hegel " en todos los casos de imputación, lo sucedido ha sido querido por el agente"; posición ésta que limita la imputación al dolo quedando como consecuencia toda referencia a la culpa descartada". Ibidem. Págs 21 ss.

^{8/} Cfr. Ibidem. Pág. 22.

Sólo lo que es imputable es acción y lo que es acción es también imputable, o dicho en otras palabras empleadas por aquellos autores: la acción es el juicio por el que se expresa que el acto es acción" 9/

Como consecuencia, para resolver estos problemas que ocasionaba el concepto de acción: -acción igual imputación; imputación igual acción, se elabora un concepto de acción en sentido amplio por medio del cual se puede distinguir la causación por la voluntad (causalidad psicofísica), y es aquí donde hace su ingreso Ernest Beling y Van Liszt con sus aportaciones y contradicciones.

EVOLUCION DEL CONCEPTO NATURAL DE ACCION

A) ACCION EN SENTIDO AMPLIO:

Fundador de la teoría causalista fue Von Liszt. Considera a la acción como causalidad humana y la define como "la causación o no evita

9/ Edmund Mezger. Tratado Tomo I, Pág. 190. "Binding concibe el concepto jurídico penal de la acción como concepto valorizado" Lo que fuera de la órbita jurídica es o se llama acción es indiferente para el Derecho. Para el ordenamiento jurídico, la acción no es otra cosa que la realización de una voluntad jurídicamente relevante. La ley no concibe la acción desde el aspecto realista, sino como un todo ideal. Para el jurista "el concepto de acción -- del lenguaje común no existe siquiera". Para Graf Zu Dohna, apoyándose en la tesis de Binding, un puro concepto natural de la acción fracasa frente a la culpa y la omisión, la única característica común del delito es el carácter de infracción a la norma que reviste la conducta del hombre"... "La acción es infracción a la norma y, en consecuencia un concepto valorizado" Sauer, igualmente considera la acción como un concepto valorizado de antemano "Hay que partir --dice-- del concepto del Derecho; pues de lo que se trata es de reconocer los objetos que poseen relevancia jurídica y que han de ser valorizados desde el punto de vista penal"

ción de un resultado derivado de una manifestación volitiva" ^{10/} concepto al que posteriormente le agrega las omisiones para concretar la misma como "comportamiento voluntario en el mundo exterior háyase causado por comisión o por omisión, considerando el resultado como una mutación en el mundo físico: La muerte de la víctima en el homicidio, la tensión de la atmósfera y procesos fisiológicos del sistema nervioso del ofendido en los delitos de injuria verbal". ^{11/} Este concepto, es luego recogido por Beling para la formación de su concepto y luego decir que: "para afirmar que existe una acción basta saber que el sujeto volitivamente ha actuado o ha permanecido inactivo; el contenido de la voluntad sólo tiene importancia para el problema de la culpabilidad" ^{12/} criterio mediante el cual se introduce el elemento que servirá para alcanzar la unidad del concepto, esto es, la inactividad, que integrará el concepto superior de conducta, ya que en su forma original estaba construido sobre la base de la corporeidad y voluntariedad lo que no era suficiente para que todas las conductas fueran captadas por el Derecho penal. De ahí, que su reunión lógica y terminológica se hiciera indispensable para amalgamar bajo el concepto básico de conducta, las distintas formas de acción jurídica penal, es decir, el hacer y omitir. ^{13/}

^{10/} Franz Von Liszt. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, Págs. 285 y ss.

^{11/} Ibidem. Pág. 288 ss.

^{12/} Ernest Beling. Citado Juan Córdova Roda en Culpabilidad y Pena. Pág.12.

^{13/} Cfr. Armin Kaufmann, Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna. Pág. 32.

B) LA CONDUCTA COMO MANIFESTACION DE VOLUNTAD:

Von Liszt entiende por manifestación de voluntad, toda conducta voluntaria, es decir, aquella que libre de violencia (Zwang), física o psicológica, está determinada (motivada) por las representaciones (Vorstellungen). La volición, que en este caso caracteriza la manifestación de voluntad, y por consiguiente el acto, significa simplemente en el sentido de esta concepción el impulso de la voluntad (Willensimpuls), a la que puede definirse como inervación muscular y a la vez concebirse psicológicamente como aquél fenómeno de conciencia por el cual establecemos las causas. ^{14/} El vocablo "voluntaria", servía como factor determinante para establecer la diferencia entre la acción del hombre y los procesos naturales. Por ejemplo: el rayo que mata y el animal que causa lesiones. Era pues, una acción entendida como puro factor de causalidad y que fue el fundamento del denominado en Alemania sistema clásico del delito. Conforme a este sistema, sólo se requiere la causalidad de la voluntad para el movimiento corporal y como movimiento corporal prescinde por completo de las representaciones o motivos que han determinado a la misma, o sea del contenido de la voluntad ^{15/}, en cuyo caso, no interesa la investigación acerca de las representaciones o motivos para llegar a la determinación del concepto de acción, basta sólo, la valoración del elemento subjetivo del delito. El dolo y la culpa.

^{14/} Franz Von Liszt. Ob. Cit. Págs. 285 y ss.

^{15/} Antoliossei, Francesco. La acción y el resultado del delito Pag.61 Según este autor, Belling da con precisión el concepto de acción, cuando afirma que para el concepto de acción no importa determinar qué cosa ha querido el agente: basta constatar que ha sido voluntariamente activo o inactivo.

De acuerdo con este razonamiento, el resultado de la acción no reviste importancia alguna, habida cuenta que, suficiente es, con que el agente haya realizado el movimiento corporal, posteriormente, se analizará el vínculo causal para determinar si la causa es adecuada al resultado y así establecer la responsabilidad penal. Si el resultado se aparta de lo normal y común no existe relación de causalidad.

El hecho de que el delito sea acción, no interesa aquí en primera línea, sino más bien el hecho de ser una acción de determinada especie, éste es el punto de partida del examen ulterior. ^{16/} Se presenta pues, la acción, en dos formas, una que podemos llamar positiva que se refiere a un hacer, y, la otra negativa que consiste en un no hacer y es la omisión. Esta, se considera como acción porque se le conceptúa como un hecho exterior del hombre ya que no sólo la acción es conducta en movimiento capaz de producir el cambio del mundo exterior, sino que también el no cumplimiento de la acción que se esperaba. "La omisión es la conducta inactiva — dice Cuello Calón— más no toda inactividad es omisión, esta es inactividad voluntaria" ^{17/} se trata de dos formas de la manifestación de voluntad humana, "acción en sentido lato". ^{18/}

^{16/} Franz Von Liszt. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, Pág. 300. "Lo que haya de entenderse por acción aparece a primera vista tan natural e indudable, que incluso cuando se trata de determinar el concepto jurídico penal de acción creemos que el contenido de la misma no es otro que el que nos ofrece nuestra percepción sensorial y definir la acción con arreglo a su resultado perceptible "como la modificación material del mundo exterior perceptible por los sentidos".

^{17/} Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Pag. 328.

^{18/} Francesco Antolisei. Ob. Cit., Pág. 28.

C) CRITICA AL CONCEPTO NATURAL DE ACCION:

Radbruch, ^{19/} se pregunta si conforme a los postulados de la doctrina dominante puede llegarse a la elaboración de un concepto uni tario de acción. De inmediato encuentra el obstáculo lógico en la doc trina de la acción natural, ya se le llame acción en sentido amplio o conducta humana, pues dolo y culpa, hacer y omitir como característi - cas alternativas del delito se excluyen cuando una de ellas se afirma. Por ejemplo, mediante una apropiada definición de la culpabilidad se puede suplir la ausencia del concepto unitario de referencia respecto del dolo y la culpa, en tanto que respecto a la acción y omisión, no se pueden referir a un concepto fundamental y común de acción, como conse cuencia de que el concepto de omisión en contraste con el hacer, no con lleva la exigencia de la causalidad respecto del acto, incluso, ni la voluntad de acto, pues es la negación de la acción. Total, el hacer y no hacer no pueden fundirse en un concepto superior de acción. Mezger, trató de explicar la omisión como "una conducta corporal del sujeto cau sada por un acto de voluntad" y de modo análogo a como lo hizo Von Liszt, sostuvo que esta conducta en contraste al hacer activo, no con siste en "un movimiento corporal", sino que en una "no actividad". Esta conducta — dice — no es un proceso interanímico como el acto de vo luntad..., sino un proceso en el mundo exterior perceptible por los sen tidos o una referencia a él. De todas maneras, si la acción natural en cuentra su base en los elementos de corporeidad y voluntariedad; el pri mero representa un obstáculo insalvable frente a la omisión, que no pue

^{19/} Citado por Rodríguez Muñoz. Ob. Cit., Pág. 24.

de vencerse con construcciones ficticias, ni con los desplazamientos del problema desde el área de la acción al de una ulterior característica del delito ". 20/

El concepto naturalístico de acción, en esencia pre-jurídico se ideó tomando en cuenta que de acuerdo con la total neutralidad como se manifestaba podía establecerse un concepto superior de acción, es decir, sería la base común de los delitos culposos y dolosos, y lógicamente, la teoría recibió el calificativo de natural por su pretensión de querer introducir las leyes de la naturaleza en el Derecho Penal, donde, la realización del tipo no era más que consecuencia condicionada por el proceso causal precedente. 21/ Así las cosas, a la acción corresponde todo lo que de acuerdo a la concepción naturalista produce el resultado típico o sea "acción es la causación de un resultado con fuerzas mensurables según las leyes de la naturaleza" 22/ Proceso causal originado por la voluntad en el mundo exterior, efecto de la voluntad pero sin considerar si el mismo ha sido querido o si ha sido so

20/ Mezger se opuso a la crítica de Radbruch pues la consideró no correcta en sus conclusiones. Tratado. Tomo II. Pág. 54. Igual posición asume Maihofer, que ve imposibilidad lógica de elaborar un concepto superior que observe el hacer y omitir. Citado por Rodríguez Muñoz. Ob. Cit. Pág. 24.

21/ Hans Welzel. La teoría de la acción finalista. Pág. 25. A finales del siglo pasado, bajo la influencia de las ciencias mecánicas, penetró en la ciencia del derecho penal esa teoría que dividió la acción en partes constitutivas distintas: el proceso causal externo por un lado y el contenido puramente subjetivo de la voluntad por el otro. Según esta teoría, el contenido de la voluntad es solamente el reflejo subjetivo del acontecer exterior en la psiquis del autor"

22/ Reinhart Maurach. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, Pág. 198.

lamente previsto, en cuyo caso, éste último que constituye el contenido de la voluntad no tiene importancia, se le elimina de la acción y posteriormente en la culpa, cobra relevancia. Es aquí, en donde, ya sea como formas o clases de la culpabilidad, como dolo o culpa, la imputabilidad es condición previa de aquella. Entonces, el dolo, queda fuera del contenido de la voluntad, y la antijuridicidad y la culpa constituyen la parte objetiva y subjetiva del delito. La antijuridicidad como suceso exterior objetivo comprende la lesión causal de los bienes jurídicos y la culpa la relación psíquica entre autor y resultado.

D) EL CONCEPTO SOCIAL DE ACCIÓN:

Actualmente la teoría del delito con sustento naturalista ya no es la misma, para su evolución lo constituye el concepto social de acción, ^{23/} para el cual la acción no depende de la causación natural, porque aquella encuentra su configuración social como resultado de la realidad social. Como consecuencia, sostiene que sólo las acciones con sentido social interesan jurídico-penalmente, pues sólo entre el mundo social lleno de sentido, y el derecho, es donde pueden establecerse relaciones de cambio, más no entre el derecho y la naturaleza; sobre todo en el sentido causal y empírico de los puros datos del ser. Schmidt dice que de la naturaleza de las cosas no puede presumirse traba alguna-

^{23/} La teoría de la Acción Social, fue expuesta por Eberhar Schmidt, en el año de 1932. Parte de la naturaleza de las cosas para elaborar su concepto, y rechaza las posiciones de la lógica objetiva y las Jurnaturalistas, para concluir que de la naturaleza de las cosas no puede deducirse traba alguna para el legislador y para el juez. Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. El concepto Social de Acción en el Derecho penal. Revista Jurídica Veracruzana, enero-junio 1974, Pág. 8.

para el legislador, ni para el juez. ^{24/} Acepta a la vez que en el concepto social de acción es el hombre el fundamento de toda la construcción del delito lo que veda que la misma pueda ser definida exclusivamente por las leyes de la naturaleza, es decir, con exclusión del derecho. En este caso, del Derecho penal. Incluso, su importancia no se encuentra en el hecho que produzca un cambio en el mundo exterior físico, ni tampoco porque conlleve una relación valorativa con el mundo circundante social, con lo que se demuestra que la acción no es determinada por las leyes de la naturaleza sino que por los requisitos del derecho.

Es con la inclusión en el Derecho penal del pensamiento teleológico valorativo cuando se objeta que el concepto general de acción concebido en sentido causal pueda cumplir su papel sistemático de ser punto de arranque de los restantes elementos del delito y "sólo la acción concebida como un puro proceso natural puede servir de base a una valoración jurídico-penal" ^{25/} El problema para esta concepción está en que al entenderse de tal manera la acción, el querer y el hacer no puede referirse a valoraciones jurídico-penales, ni mucho menos a atributos concretos. Sólo producida la acción se puede hacer referencia a su contenido sin limitarse a su cualidad de acción. Toma pues, el concepto social de acción como punto de partida una valoración que no pue-

^{24/} "El rayo electrizante, la marejada destructora, no son objeto de valoración jurídica." Con la expresión en cuanto a que el legislador no puede hacer recaer la valoración jurídica sobre lo que le da la gana, acepta la traba que niega. Zaffaroni. Ob. Cit., Pág. 4.

^{25/} Wilhelm Gallas. La teoría del delito en su momento actual. Pág. 22.

de ser jurídica sino que sustancialmente social, pues entiende por ella las conductas humanas con tal significado, lo que conduce a considerar que será motivo de prohibición sólo aquello que tenga significado social, más no los hechos que trascienden del individuo, generándose con ello una extensión del concepto de acción, ya que la misma debe comprender no sólo la realización querida del hecho, sino que a la vez la no querida, lo importante es que su producción sea voluntaria: " en la vida social es de importancia no sólo lo que el hombre ejecuta conforme a la meta por él querida, sino que también lo que realiza contrariamente a sus propios fines". 26/

Con esta definición se marca el alejamiento parcial del concepto de acción natural propio de Liszt y Beling, parcial, porque en el fondo continúan subsistiendo características de la misma en el concepto social, conclusión a la que se arriba fácilmente, cuando se considera que la acción es producción de un resultado relevante socialmente con lo que producción es resultado típico. Se marcan las semejanzas, cuando se incluye el resultado en la acción, con lo que se extrae la dirección de la voluntad del concepto de acción, luego, la acción es conducta voluntaria relevante jurídicamente con lo que algo se haya querido, pero sobre lo que se ha querido ninguna explicación dará el concepto de acción social. 27/

26/ Bockelman, citado por Maurach en Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Pág. 202. "La enmienda del concepto natural de acción de --- Liszt es mérito debido, en primer lugar a Eb. Schmidt, que definió a la acción como "conducta voluntaria dirigida hacia el mundo exterior social". Las definiciones de otros autores parten en mayor o menor grado de la definición de Eb. Schmidt".

27/ Ibidem. Pág. 202.

Como consecuencia, para la teoría social de la acción, ésta será considerada estrictamente en sentido jurídico ajena a la que se produce en la vida y así el contenido de la voluntad, es decir, el dolo existiendo separado de la acción se le instalará en la culpabilidad, como lo hace la doctrina causalista, sólo después de examinada la culpabilidad, podrá establecerse si se ha cometido un delito. No se dirá que hay injusto si antes no se practica un juicio de desvalor sobre el autor ^{28/}

E) EVOLUCION DE LA DOCTRINA CAUSALISTA:

Hemos visto como los Hegelianos se preocuparon por encontrar un concepto de acción que reuniera condiciones de precisión, el que - al final expresaron desde la base del proceso voluntario encaminado a la producción del resultado. La crítica, atacó el formalismo representado en este concepto, que no obstante, tuvo el mérito de ser el - que señaló la importancia de la voluntad en el actuar humano.

Binding, que al decir de Mezger es el más brillante defensor del método jurídico, restó importancia a la acción considerada como concepto genérico de valor universal y la redujo a su alcance jurídico, y Von Liszt, fundador del causalismo que entendía la acción como

^{28/} La semejanza entre ambos conceptos de acción-social y causal - se ejemplifica de la manera siguiente: "acción es en el asesinato no sólo la causación del resultado, sino que también el disparo producido en dirección a la víctima. Pero la meta final (finis=meta) del asesino no será ya elemento integrante de la acción; la cuestión de si el autor quería matar no es objeto de la teoría de la acción sino examen de la culpabilidad. Ibidem -- Pág. 203.

"causalidad humana" y como "movimiento corporal voluntario por medio del cual se causa el resultado", amplió posteriormente el mismo incluyendo las omisiones ^{29/} La relevancia en el nuevo concepto de Liszt, está en la aclaración que hace respecto del concepto de acción y sobre todo porque lo convierte en un concepto genérico a consecuencia de lo cual las acciones delictivas constituyen la especie. Es al Derecho Penal, — dice Liszt— al que corresponde realizar la tarea del concepto de delito, determinando en principio la diferencia específica que lo distingue del género próximo (acciones jurídicas). Así para el Derecho Penal, no es lo importante dar respuesta a la pregunta de qué es acción, sino que determinar cuál es la que constituye — el punto de partida a efecto de establecer la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, tomando en cuenta que el delito es acción, antijurídica y culpable combinada con una pena por el Estado. En definitiva, no es el problema planteado con Binding el que ha traído la separación entre causalistas y no causalistas, sobre todo si recordamos que la idea de un concepto superior de acción como el natura --

29/ La diferencia entre el pensamiento de Binding y Liszt, se centra en la naturaleza de la acción en vista de que para el primero -- es concepto jurídico; en tanto para el segundo naturalístico. El divorcio ideológico se hace más patente al señalar Binding los problemas que surgen cuando una acción única provoca varios resultados. Liszt, responde a este planteamiento reprochándole a Binding el haber desconocido en forma tal el significado del concepto de acción y que su definición del delito como infracción -- de la norma le ha enturbiado la vista. Cfr. Mac. Iver. Pág. 456. Derecho Penal Chileno, Tomo I.

lista ha quedado superado y que actualmente los seguidores de esta doctrina sostienen el concepto jurídico penal de acción sin tomar en cuenta elementos sustentados por las ciencias causal explicativas; cosa -- que no puede ser motivo de sorpresa si tomamos en consideración, que la dogmática jurídico-penal en su concepción del delito requiere de una acción legalmente estructurada. Lo anterior se puede observar en expresiones de Radbruch, para quien "solamente puede ser punible una acción antijurídica culpable, legalmente culpable, tan sólo una acción antijurídica y únicamente puede ser antijurídica una acción, conforme el correcto pensamiento de que no puede darse una antijuridicidad (puramente objetiva). La acción constituye así también para la clasificación de los delitos, su más alto concepto genérico la principal unidad de todos los fenómenos del derecho penal" ^{30/}

Ahora bien, este concepto en nada difiere del de Von Liszt, es decir, el del género próximo y la diferencia específica, con la diferencia de que Radbruch subordina los elementos del delito del concepto superior de acción jurídico penal y los elementos específicos: la antijuridicidad y la punibilidad ^{31/}

^{30/} Citado por Mac Iver. Ob. Cit., Pág. 458.

^{31/} Erick Wolf, citado por Mac Iver, dice que con esto se buscaba la concepción de un sistema jurídico penal de círculos concéntricos en donde el concepto más amplio era el de la acción. La acción antijurídica culpable todavía más pequeño. Ibidem. Pág. 458 Véase gráficamente en Eduardo Novoa Montreal. Causalismo y Finalismo en Derecho Penal. Pág. 67.

Por otra parte, Beling, se identifica con el concepto de acción como causa del resultado, pero no acepta el sistema jerárquico y se pronuncia por la separación de los restantes elementos, porque —según él— tal y como se le concibe conduce a confusión, que es en definitiva a lo que se llega cuando se generaliza. Por ejemplo: cuando se dice "el delito como acción", dentro de la expresión se -- incluyen puntos que no se relacionan con la acción y que en cambio -- si corresponden a los elementos.

El más brillante partidario de la doctrina causalista es Mezger, y recientemente ha modificado en forma sustancial su original concepto de acción. Ha llegado a sostener la naturaleza final de la acción aún cuando en su construcción sistemática del delito toma el - injusto como aspecto objetivo y a la culpabilidad como aspecto subjetivo, concepción que hace impropcedente la misma. En las últimas ediciones de su obra ha señalado que el concepto de acción es totalmente jurídico positivo. Considera que lo que se trata de establecer es, que se entiende por acción en el Derecho vigente y argumenta que este concepto de acción de la ley, como concepto legal, reposa en lo ontológicamente dado al ser humano, lo que amarra al legislador ^{32/}

Tal parece conforme al contenido de la expresión anterior, como si Mezger hiciera suya la estructura final de la acción en oposición al concepto causalista, más no es así, pues continúan influyendo

32/ Mezger, citado por Mac Iver. Ibidem. Pág. 462 y 22.

en él la original posición de Von Liszt, cuando éste expresa que la acción como fundamento de la pena, transforma en objeto de apreciación jurídico penal un suceso natural-real del mundo de la experiencia y como consecuencia el concepto jurídico penal es especie de él. El concepto jurídico se extrae de los tipos de donde la valoración de la antijuridicidad y culpabilidad no pueden realizarse sobre el concepto ontológico de acción.

Más parece que Mezger, no pudo desprenderse de los resabios propios del concepto clásico del delito, producto jurídico del positivismo científico, que entendía el Derecho Reducido al Derecho Positivo y a su interpretación y pretendió enfocar sus problemas con apoyo estricto de conceptos jurídicos, desechando valoraciones filosóficas, psicológicas y sociológicas, de los cuales indefectiblemente no puede estar huérfano.

CAPITULO II

COMPOSICION DEL CONCEPTO CLASICO DEL DELITO

A) LA ACCION COMO CARACTER GENERICO DEL DELITO:

Hemos visto a grandes rasgos, como la dogmática jurídico-penal ha sostenido como fundamento de su sistemática la separación en tre aspecto externo (objetivo) y el aspecto interno (subjetivo) del delito. El aspecto externo se explica como la causación que produce un cambio en el mundo exterior como consecuencia de una conducta cor poral querida. Comprende pues; conducta, resultado y modalidades de la acción. Todo esto representa al tipo, en tanto otras normas jurí dicas no se opongan, incluye también la antijuridicidad. El aspecto interno, abarca por completo la culpabilidad, entendida como nexo psicologico del autor con el aspecto externo del hecho, adquiriendo la relación psíquica las formas de dolo y culpa, quedando establecida como condición previa para que las mismas operen, la imputabili -
dad. En definitiva, se presentan en forma de confrontación, lo obje tivo con lo subjetivo y la antijuridicidad con la culpabilidad. La tentativa, consumación, autoría y participación quedan como formas de aparición del delito.

De acuerdo a esta construcción jurídica del delito, la ac -
ción es sustantivo en tanto los elementos restantes como: típica, an

tijurídica y culpable son adjetivos que devienen en predicado. 33/

En este caso, la acción es típica si se puede clasificar en un tipo, o sea, en una de las descripciones legales del aspecto externo de la conducta punible, pero hasta este momento no se ha pronunciado juicio de valor alguno, ello se dará hasta cuando se afirme la antijuridicidad formal de la conducta, cuando se establezca la oposición entre el comportamiento del sujeto y las exigencias del ordenamiento jurídico. La operación se realizaría de la siguiente manera: siendo el tipo neutro valorativamente, no se funda ya, la antijuridicidad desde el preciso momento en que la conducta es descrita como delictiva, será por regla general objeto de prohibición. Se dice por regla general, habida cuenta que, existe la posibilidad de oncurrencia de causas de justificación.

Hasta el último peldaño de la escala lógico-valorativa se o procederá a considerar a la acción como culpable, si ella puede atribuirse subjetivamente a su autor tomando en cuenta la relación psíquica existente entre el hecho realizado y él, ésto es, cuando ha cometido el hecho doloso o culposamente. Queda como consecuencia, pues, la

33/ Igual punto de vista sostiene Mezger, para quien acción es indicativo de conducta humana, de donde "la ley" es el punto de partida universal de la observación jurídico penal. Tratado de derecho penal. Tomo I, Pág. 86. El planteamiento es un tanto errónico pues la naturaleza ontológica del delito lo constituye el hecho y no olvidemos por otra parte que existen delitos que no se producen por acción entendida ésta como manifestación de voluntad. De ahí que algunos penalistas eviten por ello la definición de la acción y en cambio lo hagan tratándola como realización típica.

acción reducida a una conducta volitiva como un comportamiento humano no indeterminado; podríamos decir "un hacer sin saber para qué" en donde lo que interesa establecer es la voluntad de la acción, que el sujeto no haya obrado mecánicamente, la dirección de la voluntad no importa. Por ejemplo: el causar la muerte, en cuyo caso no es relevante saber si el autor quiere o no causar la muerte prescindiéndose como consecuencia del contenido de la voluntad pues el mismo - se establecerá hasta en la culpabilidad.

B) LA ANTIJURIDICIDAD:

La antijuridicidad fue concebida como un elemento autónomo del delito, o sea, distinto de la acción y de la culpabilidad. De esta manera se trataba de encontrar la diferencia entre ambos conceptos llegándose a considerar a la antijuridicidad como la expresión de elementos objetivos y a la culpabilidad como expresión de los elementos subjetivos. Así establecía Ihering, la diferencia y posteriormente se adhirió a ella Von Liszt, y más tarde Beling con la variante de que no consideraron al elemento objetivo llanamente como tal, sino que como objetivo formal, adicionándole Liszt, un aspecto material. De esta manera se ha pretendido responder a la pregunta: "¿De qué depende que se pueda afirmar que una conducta es no antijurídica? ¿De su forma o de su contenido? 34/

No obstante que puede contestarse la pregunta diciendo que actualmente tal problema se encuentra superado, su conocimiento des-

de el punto de vista histórico es importante.

C) ANTIJURIDICIDAD FORMAL:

Esta dirección está representada por Binding y Von Liszt. Para el primero "el conocimiento del injusto exige la representación de su formal antijuridicidad" ^{35/} Von Liszt le agregó un aspecto material considerando que la reprobación jurídica que recae sobre el acto es doble; "porque en primer lugar el acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es transgresión de una norma jurídica establecida por el Estado, de una prohibición o de un mandato del orden jurídico, y, segundo, porque el acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial). Además — dice Liszt— puede existir contradicción entre la ilegalidad formal y material pero no hace pronunciamiento alguno de la relación existente entre tipicidad y antijuridicidad, pues "para el conocimiento del injusto se exige que el sujeto subsuma su conducta en la norma descrita por el legislador" ^{36/} En este aspecto la posición de Liszt es contraria a la de Binding, ya que éste, consideraba a la tipicidad y antijuridicidad operando en forma independiente y pensaba que para el conocimiento del injusto era suficiente "que el sujeto sepa que su conducta viola cualquier norma" ^{37/}

^{35/} Juan Córdova Roda. El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito. Pág. 89.

^{36/} Franz Von Liszt. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Pág. 36

^{37/} ~~FFA~~ Juan Cordova Roda. Ob. Cit., Pág. 89.

La tendencia a adoptar una solución formalista se halla íntimamente vinculada a la finalidad que se asigna al Derecho Punitivo, o sea, que si el ordenamiento penal tiene como cometido el fin de prevención general — la coacción psicológica debe evitar la comisión del delito— se deberá exigir el conocimiento de la punibilidad de la conducta. Esta posición es desde todo punto de vista insostenible a tal grado que hace decir a Beling que "de ser cierta la afirmación, sólo podría delinquir el jurista" ^{38/}

D) ANTIJURIDICIDAD MATERIAL:

La dirección de la antijuridicidad formal originó fuertes polémicas de carácter crítico, las que se dividieron en dos fases: una caracterizada por un criterio teleológico y referida a valores que arrancó de la moderna escuela del Derecho Penal — en lo que se refiere al aspecto político criminal— y segunda, en la filosofía de los valores del sudoeste alemán — en lo que afecta al método—. Este criterio asume una posición contraria al formalismo, así como también al naturalismo de la dominante teoría del delito. El resultado de la polémica trajo consigo el desplazamiento del concepto formal de antijuridicidad cuyo objeto era la naturaleza antinormativa de la infracción y en su lugar se establece el concepto material que se orienta hacia un fin de protección jurídica. "El delito — dice Gallas— constituye un injusto en cuanto lesiona o pone en peligro bienes protegidos por el ordenamiento jurídico, ^{39/} produciéndose

^{38/} Edmund Mezger. Ob. Cit., 135.

^{39/} Wilhem Gallas. La teoría del delito en su momento actual Pág.8

conforme a su expresión un reconocimiento a la naturaleza material del injusto y requiriéndose para que opere la representación de la antijuridicidad, el conocimiento de la antisocialidad de la conducta, "contrariedad al deber, inmoralidad del comportamiento, o de la lesión de un interés " 40/ En tanto, para Sauer "el conocimiento del injusto no exige la representación de una prohibición legal positiva, sino sólo el conocimiento de la peligrosidad y dañosidad social. 41/

Según Maurach, las discusiones suscitadas por estas dos direcciones - la formal y la material - tenían sustentación falsa desde su mismo punto de partida, hecho que ambas recíprocamente se endilgaban; ni los partidarios de la antijuridicidad formal se limitaban a reconocer las causas de justificación legales; ni los representantes de la antijuridicidad material laboraban con criterios extrajurídicos 42/.

E) CONCEPCION OBJETIVA Y SUBJETIVA DE LA ANTIJURIDICIDAD:

Para establecer si una conducta es antijurídica de acuerdo a

40/ Juan Cordova Roda Ob. Cit. Pág. 90.

41/ Wilhelm Sauer. Derecho Penal. Parte General. Pág. 253. Para este autor "dentro del reconocimiento necesario para el dolo se incluye el de la tendencia socialmente dañosa"... "mientras el conocimiento de las leyes, de los diversos caracteres del tipo, así como de la ordenación de los hechos bajo estos (conocimiento de subsunción), no puede ser esperado del autor del conocimiento del injusto material concreto, es decir, que la norma concreta de configuración puede ser exigida puesto que las representaciones ético-sociales concretas son las mismas en todos los hombres imputables.

42/ ^{FFF} Reinhart Maurach. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Pág. 359. -

la dirección subjetiva, es necesario que acudamos a establecer el contenido de la conducta del autor. Las leyes para esta dirección se componen de imperativos y de órdenes.

Destinatarios de las mismas son los sujetos de determinado orden jurídico, siempre y cuando se encuentren en condiciones de comprenderlo. En esta dirección se encuentran vinculados con la teoría de los imperativos para la cual la antijuridicidad dependía de que el sujeto que obrara contra lo prescrito por el derecho y hubiera tenido la capacidad de comprender lo prohibitivo de su acción en el mismo momento de obrar, ya que de lo contrario, faltaría la contradicción entre conducta y ordenamiento jurídico, motivo por el cual, dejaría de ser destinatario de ella. 43/

En tanto, la teoría de la antijuridicidad objetiva, logró imponerse aún en contra de la autoridad de Adolfo Merkel que sostenía la no capacidad de acción cuando el agente era incapaz (inimputable). La posición objetiva se compone de dos momentos; en el primero, la norma objetiva de prohibición determina un criterio por medio del cual no es la persona como súbdito del derecho, sino que el juez el que determina si existe o no contradicción con el orden jurídico, esto es, la norma se dirige al juez. El otro momento es el subjetivo de determinación y aquí la norma ya no tiene como des ---

43/ ^{E.F.C.} Ibidem. Pág. 359. "lo cierto es que existía acuerdo en cuanto a que las causas de justificación deben extraerse de la totalidad del derecho positivo, como no positivo, y, en que del espíritu del ordenamiento jurídico cabe derivar la regla de que no puede ser antijurídica una acción que salvaguarda, de modo adecuado intereses predominantes.

tinatario al juez, sino que al súbdito con el objeto de lograr moti - varlo para que actúe conforme a las prescripciones del derecho. Ejem- plo: en la norma que establece "no matar" este constituye el punto de vista objetivo y "no debes matar a otro", el subjetivo.

En fin, como ya dijimos, estas direcciones actualmente sólo poseen valor histórico y su conocimiento es importante en cuanto que nos señalan el desarrollo que ha ido teniendo la ciencia penal.

Ha sido también motivo de polémica el considerar, o no, como elemento del delito a la antijuridicidad y al respecto, hay autores que le niegan tal carácter por considerarla como esencia del mismo y que de no ser así se rompería su unidad. 44/

44/^{F.F.R.} Vincenzo Manzini. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Pág. 14. Precisa este autor los elementos del delito, y a la antijuridicidad no la reconoce como elemento integrante del concepto, los que si tienen naturaleza de elementos para él son los llamados materiales o psíquicos. Los primeros entendidos como modalidades de la conducta (acción u omisión), los segundos corresponden a la causalidad voluntaria que sirven de base a la imputación". Francesco Carnelutti. Teoría del Delito, Pág. 19. "Lo-jurídico que contiene la expresión antijurídico, no significa regulado por el derecho, sino conforme a él; únicamente así podrá entenderse como el delito puede ser justamente un hecho jurídico y un hecho antijurídico". Guisepe Maggiore. Derecho Penal. Tomo II. "El delito no es acción, más antijuridicidad, más culpabilidad, sino según el aspecto por el cual se considere, es toda acción, todo antijuridicidad, todo culpabilidad". Guisepe Bettiol. Derecho Penal. Pág. 166. El delito es una - "entidad que no permite que se le escinda en elementos diversos, que, para usar una expresión vulgar, no se deja cortar en tajadas".

CAPITULO III

EL TIPO

A) CONCEPTO:

El tipo cumple en toda la doctrina del delito sin distinción de escuela y autor, una función relevante, esto es, genera garantía, libertad y seguridad jurídica. De estos valores que garantiza se desprende que nadie puede ser condenado a una pena por un hecho que no se encuentre previamente señalado en la ley como delito.

Para el causalismo, es el legislador a quien corresponde construir los preceptos que aparejan la sanción sobre la base de una descripción lo más precisa posible de las conductas para originar en principio una responsabilidad. Comúnmente se dice que esa descripción, recae sobre las características materiales y exteriores de la conducta por lo que para determinar si un hecho es antijurídico se deberá acudir a la ley, que es para ellos el criterio decisivo. Si el hecho encaja dentro de alguna de las figuras de delito ya descritas en el texto legal, hay posibilidades de que sea penalmente antijurídico. Son pues posibilidades, no seguridad, porque en su realización pueden concurrir causas de justificación.

B) DOCTRINA DE LA TIPICIDAD:

Fundador de la teoría de la tipicidad, ^{45/} fue Von Beling, la que desarrolló en 1906, como producto de la lucha sostenida por el liberalismo del siglo XVIII, contra la influencia que ejercían los prácticos en cuanto a que podía castigarse todo hecho antijurídico y culpable aún cuando la acción no se considerara punible. Como consecuencia, del común denominador de la ilicitud, fueron re cortados y extraídos determinados tipos delictivos como: asesinato, hurto, etc. Para cada tipo se previó una pena concreta y determinada, quedando como punible ciertas formas de obrar antijurídico que no correspondían a los tipos enumerados, determinando así que sólo "ciertos modos de obrar antijurídico, los típicos, son relevantes para la retribución pública" ^{46/} Así, esta teoría representa un aporte de magnitud para el principio de legalidad de los delitos *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege*, que corresponde a la noción

^{45/} Luis Cousiño Mac Iver. Ob. Cit., Pág. 397. "Para el estudio de la tipicidad deben distinguirse dos procesos iguales en sustancia, pero diferentes desde el punto de vista empírico. El primero es relativo al análisis de los tipos, o descripciones legales abstractas contenidas en la parte especial del Código, que es en donde se señalan las hipótesis delictuales, pues estos tipos enumeran toda suerte de componentes, ya normativos, o simplemente descriptivos cuya concurrencia es indispensable para la autonomía estructural de los mismos. El segundo proceso se refiere a la calidad de típico que debe revestir el hecho para ser constitutivo de delito".

^{46/} Ernest Von Beling. Esquema de derecho penal Pág.37 y ss.

de tipo y la exigencia de su adecuación, ^{47/} para la procedencia de la punición. El tipo abarca para Beling, el conjunto de características externas del delito contenidos en la respectiva disposición legal. Constituye el tipo, una figura objetiva, entendiéndose por objetividad todo aquello que puede ser apreciado sin necesidad de recurrir a una contemplación de la esfera anímica del acto. La relación existente entre autor y hecho tipificado pertenece a la culpabilidad. El tipo es para Beling, no sólo autónomo, sino que además sin vínculos subsidiarios, es simple, y a la vez, huérfano de tiempo, espacio y existencia ^{48/}

La desestimación que mantiene Beling de los elementos subjetivos no constituye sino una consecuencia de su concepción de la tipicidad basada en el concepto de tipo puramente objetivo y en la acción causal de Liszt — la acción como causación o no evitación del resultado derivada de una manifestación volitiva—, de donde también, según Beling, para afirmar que existe una acción basta saber que el sujeto volitivamente ha actuado o ha permanecido inactivo; el contenido de la voluntad sólo tiene importancia para la culpabilidad.

47/ Autores como Sebastián Soler le llaman "adecuación típica". Derecho Penal Argentino. Pág. 167. Pedro Ortiz le denomina "encuadrabilidad". Nociones de Derecho Penal. Pág. 24.

48/ Igual criterio sostiene Luis Jiménez de Asúa. "La abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito". Tratado de Derecho Penal Pág. 745.

Esta forma de concebir a la acción es producto de la causalidad mecánica extendida en el derecho penal por el positivismo desde la ciencia de la naturaleza a la esfera cultural y de la expulsión de todo contenido psíquico ideal de la vida particular y de la sociedad ^{49/} y constituirá la base de la futura dogmática enraizada en la filosofía de los valores de la Escuela sudoccidental alemana. Como consecuencia, la configuración valorativamente neutra y descriptiva del tipo llevará a Beling a la consideración del tipo objetivo. Por otra parte, la construcción dogmática debemos entenderla en dos fases distintas. En su primera concepción, el tipo del delito (Tatbestand) estaba formado no por el conjunto de todos los elementos integrantes, sino que tan sólo por los elementos objetivos descritos en el precepto legal con exclusión de los de tipo subjetivo. Así el tipo se concebía como toda la parte externa objetiva del delito ^{50/} Dice al respecto Rodríguez Muñoz "que la posición de Beling contraria a la admisión en el tipo de elementos subjetivos del injusto, es tan sólo la consecuencia lógica y metódica del concepto del tipo legal formulado en sus últimos trabajos y de la distinción en ellos establecida entre dicho tipo legal y el tipo de delito" ^{51/}

^{49/} Hans Welzel. Citado por Juan Córdova Roda. Una Nueva concepción del delito. Pág. 12.

^{50/} Para Beling, el tipo abarca el conjunto de características externas del delito contenidas en la respectiva disposición legal. Constituye pues una figura objetiva, entendiéndose por objetivo todo aquello que puede ser apreciado sin necesidad de recurrir a una contemplación de la esfera anímica del acto. Esquema de Derecho Penal. Pág. 38 y ss.

^{51/} Nota de Rodríguez Muñoz. Tratado de Derecho Penal. Mezger, Tomo I. Pág. 340.

Sin embargo, y no obstante esta pura concepción objetiva del tipo, que lógicamente rechaza del mismo tipo toda clase de elementos subjetivos, presenta sus excepciones, como son aquellos casos en que la antijuridicidad depende del fin perseguido por el autor y correspondería aquellas autorizaciones concedidas por la norma jurídica. Ejemplo: La antijuridicidad de la obediencia a un mandato militar depende de que el subordinado conociera, sin lugar a dudas, que se le exigió la comisión de un delito grave o menos grave.

La segunda fase corresponde a la nueva doctrina en donde se recogen dos conceptos del tipo de delito (DELIKTYPUS) y la figura rectora (LEITBILD). El tipo de delito persigue la confirmación de las modalidades de conducta punible y se compone de características externas e internas constituyendo las primeras el "tipo de injusto" y las internas el "tipo de culpabilidad". Aparejado al tipo de delito, se encuentra el tipo rector en el que se comprenden sólo los elementos sobre los que se extiende el dolo, se corresponde como consecuencia la figura rectora con el antiguo concepto de tipo de la primera fase de su doctrina y su función es el módulo que guía al aspecto objetivo y subjetivo de la especie delictiva.

En esta segunda fase, Beling no sólo hace uso de nuevos conceptos, sino que también de terminología, pero en lugar de que sirvan para aclarar su pensamiento, más bien conducen a confusiones. ^{52/}

^{52/} Dice Jiménez de Asúa al respecto "acaso muchas de sus concepciones son de gran acierto, pero el uso de nuevas expresiones técnicas complica el tema en vez de ilustrarlo". Tratado. Tomo II. Pág 757.

Observamos como consecuencia, que en el concepto causal de acción, el tipo se estructura tomando como base fundamentalmente la descripción de los elementos objetivos de la conducta y cuando estos concurren podemos decir que existe acción típica. "La acción punible (delito en sentido amplio), es aquella acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, que no se haya cubierta por una causa material de exclusión de pena.

C) EL TIPO COMO INDICIO:

Esta teoría se orientó hacia la búsqueda de una elaboración de la doctrina del tipo que enemendara la posición puramente descriptiva de Beling, como consecuencia le atribuye valor indiciario a la antijuridicidad de la conducta o hecho encuadrada en el tipo, -en tanto no se pruebe lo contrario. Pero para esta estimación, Mayer pide cautela porque los indicios también pueden llevar a engaño, de tal suerte que sólo estando acreditado lo contrario vendrá acertado el indicio de la antijuridicidad que surgirá de la tipicidad.

D) FUNCION DE LA TIPICIDAD:

En tanto para Mezger, la tipicidad no se concreta a la RATIO COGNOSCENDI de la antijuridicidad: "el tipo en el sentido propio jurídico penal significa más bien, el injusto descrito concretamente por la ley", y — aclarando, dice— que no corresponde a este concep

to aquellos presupuestos de la pena, aquellas características del - delito pertenecientes no al injusto sino a la culpabilidad" 53/

Entiende la tipicidad como "fundamento real y de validez (RATIO ESCENDI) de la antijuridicidad, aunque a reserva siempre, que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal cosa ocurre, la acción no es antijurídica a pesar de su antijuridicidad. 54/

Este tratamiento, consistente en el ensamble que hace Mezger de los conceptos de tipicidad y antijuridicidad ha sido seguida por muchos tratadistas, entre ellos Erick Wolf, que la considera como "Aquella conquista de la moderna dogmática jurídica penal, en la que dice versa una verdad jurídica, no simplemente complementadora, sino "Básica", como una doctrina desde la que se ha abierto al espacio vital jurídico de la formación conceptual jurídico penal dotándola de un horizonte de realidad " 55/ Posición en contra, asume Jiménez de Asúa, pues para él "no es que el tipo sea la RATIO ESCENDI, de lo injustos, como cree Mezger, tesis que como hemos dicho nos llevaría a la falsa posición de una ANTIJURIDICIDAD PENAL que concreta lo injusto o lo señala" 56/

53/ Edmund Mezger. Tratado. Tomo I. Pág. 366.

54/ ~~FF~~ Ibidem. Pág. 376.

55/ Ibidem. Pág. 376.

56/ Luis Jiménez de Asúa. Tratado. Tomo III. Pág. 773.

Este sistema se encuentra estructurado sobre la base del tipo hacia el cual se dirige la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad. Y la valoración ya sea normativa, o subjetiva no se hará sobre el tipo, se hará en la antijuridicidad y culpabilidad. E j e m p l o: el delito de hurto se cumple mediante la acción de apoderamiento, pero el ánimo de lucro se determina en la antijuridicidad.

Años más tarde, específicamente en 1930, Beling modifica de manera sustancial su teoría ampliando la que expuso en 1906. creando el DELIKTSTYPUS mediante el cual el Tatbestand pierde su carácter de elemento del delito que opera en forma independiente para adjetivarse, esto es, "la acción punible (delito en sentido amplio) como ya vimos supra.

CAPITULO IV

CULPABILIDAD

A) REFERENCIAS HISTORICAS:

En el Derecho romano se observa que el elemento subjetivo (culpabilidad) como base de la responsabilidad no es tomado en consideración en los primeros tiempos, así como también que no se matizan los varios grados de culpabilidad una vez que ésta es admitida; viniéndose a hacer posteriormente.

En el Derecho primitivo anterior a las Doce Tablas, parece ser que se distinguió entre acto doloso y premeditado del no doloso, y, algo que es muy característico en materia de homicidio, es un precepto jurídico antiquísimo por medio del cual el Rey Numa redujo la calificación de homicida (parricida) al que dolosamente y a sabiendas produce la muerte de un hombre libre. Sólo para este delito intencionado se exigía la sanción de la muerte del autor y si ella no era causada de manera consciente, bastaba la aplicación de otra norma — también de Numa— que establecía la composición mediante el sacrificio de un carnero.

Más tarde, en las Doce Tablas, la causación involuntaria aparece definida de manera positiva y peculiar: no hay homicidio —se decía— si el arma va más lejos de lo que el autor la ha arrojado.

Para casos fuera del homicidio, las Doce Tablas trataron diversamente los actos dolosos intencionales y los no dolosos, sin embargo, todos los actos dolosos eran tomados sin distinción: igual expiación correspondía al causante de un daño por culpa que al que lo producía por caso fortuito. Se presume no obstante, que no exigía cierta suma en concepto de indemnización, de manera que la indemnización correspondía a la simple causación, desprendiéndose de ello que la causalidad de la omisión no tuvo relevancia para las Doce Tablas. ^{57/}

Es en la fase del derecho clásico donde se vislumbra la tendencia al predominio del elemento subjetivo, originándose así la separación entre la causación culposa y la debida al caso fortuito.

Aparece también, un criterio por medio del cual se produce la extensión de la responsabilidad a la causalidad mediata.

Dentro de la responsabilidad por delito se aprecia un profundo avance en el tratamiento de la culpabilidad por daños en las cosas, cuyo punto de partida lo establece la "Lex Aquilia" (S. III a - de E), de donde el daño antijurídico (inuria) establecido por dicha ley (inuria occidere, urere, frangere, rumpere), se dirimía por la interpretación en época republicana, del principio de que la responu

^{57/} Basta observar cómo prueba de estas suposiciones, que en la Ley Aquilia, mucho más moderna, se exige el nexo físico y el objeto dañado para que exista daño. (Damnum corpore datum). Diccionario Privado. Pág 1320.

sabilidad por daños en las cosas exigía que se hubieran causado de manera culpable (damnum culpa datum). De ahí, la culpabilidad no se producía únicamente por el hecho doloso (dolus malus) sino que también en aquel producido mediante culpa o negligencia, quedando como consecuencia la causación por caso fortuito fuera de la órbita de la responsabilidad.

Posteriormente, evoluciona el concepto de responsabilidad, cuando por impulso del jurista C. Aquilio Galo — tiempos de Cicerón— concede una acción penal conocida como actio de dolo, y una excepción exceptio doli para quienes hubieran resultado perjudicados por engaño de otro. Aquilio Galo y sus continuadores explicaron a la vez el concepto de dolo sobre el cual se construyeron estos medios de defensa, recogiendo el sentido primitivo del término, es decir, como conducta deliberadamente mala encaminada a defraudar, embaucar, o sorprender a otra persona. (engaño).

Por otra parte, la variedad de posibilidades que existía de aplicar no sólo el actio doli sino también la exceptio doli, fueron puntos de arranque para una ulterior extensión del concepto de dolus, hecho al que concurrió decididamente el empleo que de él se hacía en los iudicia bonae fidei. ^{58/} Se determinó también, por el Derecho romano la responsabilidad por caso fortuito y por culpabilidad (culpa), comprendiendo así el dolo y la culpa y cuando

58/Ibid. Pág. 1321.

los juristas clásicos pretendieron la unificación de la antitesis dolo-culpa, encontraron dificultades para ello, pues la terminología sobre responsabilidad se encontraba plagada de contradicciones heredadas de la época clásica antigua, al grado que impedía la construcción de una teoría que aclarara los conceptos. Este problema subsistió así hasta el último período de la época clásica, y no es sino mediante los trabajos de unificación de los últimos tiempos del Derecho romano, cuando se da impulso definitivo a la construcción del sistema sobre la culpa en tanto índice de responsabilidad, el que, no obstante quedar corto en cuanto a su punto de vista lógico-práctico, es completo en su pensamiento y particularmente característico en su estructura.

B) DERECHO POSTCLASICO Y JUSTINIANO:

La diversidad del Derecho clásico en materia de responsabilidad era ininteligible para los intérpretes y refundidores postclásicos, ni la limitación que venía de una antigua tradición de la actio legis Aquilae a los supuestos de DAMNUM CORPORE CORPORI DATUM, ni los particulares requisitos creados para la procedencia de la responsabilidad en las distintas clases de acciones, eran para ellos hechos actuales o comprensibles; motivo por el cual se justifica el valor e importancia que dieron a sus intentos por distinguir los conceptos referentes a la culpabilidad asentados en la obra de los clásicos. Su posición moralizadora, en cuanto les lleva a considerar en los actos el aspecto subjetivo o de voluntad,

les indicaba a guisa de clave para interpretar toda la materia sobre responsabilidad el momento de la culpabilidad, y como consecuencia de tal proceder, desarrollan el concepto de culpa como idea central en sus diversas clasificaciones. En las glosas, paráfrasis e interpolaciones justinianeas, se encuentra como concepto general la idea de culpa, lo que ha traído como cauda la desfiguración de las fuentes de conocimiento que llegan a nosotros ^{59/}

De manera pues, que la responsabilidad por el resultado en la forma que la consideraba el derecho clásico (con causas típicas de exoneración), pasa a ser la consecuencia del incumplimiento de un deber de vigilancia cuidadosa.

C) CONCEPTOS DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO POSTCLASICO:

Son considerados mas que todo como conceptos fundamentales y entre ellos tenemos: a) El dolo, entendido de la misma manera que lo hacía el Derecho clásico; éste es, como una conducta intencionalmente mala y desleal. b) Causa, que corresponde a todo acontecimiento que se produce por azar, paradigma es el caso fortuito que no genera responsabilidad para el autor. c) La Culpa, que es la conducta no dolosa, pero si culpable, cuya esencia es la negligencia, que en

^{59/} Ibid. Págs. 1322 y ss.

tendida en sentido restringido sustituye el significado de dolo y culpa.

D) EVOLUCION DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD:

Hemos visto como en el antiguo Derecho romano se concedió escasa importancia al elemento subjetivo del delito, ya que por - regla general solamente se apreciaba para valorar la conducta del autor, el daño producido, más no la causalidad espiritual.

También en el Derecho germánico primitivo, el resultado del hecho se consideraba decisivo para la graduación de la pena; esto es, que objeto de pena era el hecho dañoso y no la acción culpable, habida cuenta que la noción de culpabilidad era desconocida, por no decir ignorada por completo. ^{60/} Ello hace decir a Mayer que la dignidad del Derecho tiene por fundamento el abandono de la responsabilidad a base del resultado y el reconocimiento de la culpabilidad, ^{61/} o sea que tal dignidad se produce cuando el Derecho Penal objetivo, que fundaba la responsabilidad sobre la base del resultado, toma en cuenta para la valoración de la conducta el aspecto subjetivo, fundando la responsabilidad en la causalidad psíquica, hecho con el cual se produce un gran avance en la construcción de la teoría de la culpabilidad, debido - según Mayer- no só-

^{60/} Citado por Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal. Parte General. Pág. 444.

^{61/} Ibid. Pág. 403.

lo al flujo del cristianismo sino también el resurgimiento del De recho Romano, que convergiendo instauraron en la esfera de la cul pabilidad una nueva etapa.

E) DOCTRINAS SOBRE LA CULPABILIDAD:

Esa nueva etapa a la que hemos hecho referencia, se verificó durante la Edad Media y se distinguió porque la penalidad se estrecha o corresponde con la responsabilidad moral y fue precisamente obra de los Teólogos. Así, el libre arbitrio se trocó - en el eje del Derecho Penal.

I. El Libre Arbitrio:

Entre las doctrinas que se dedicaron al estudio de la culpabilidad y que tomaban a la imputabilidad como elemento de la culpabilidad, está la del libre arbitrio. Hemos dicho ya, considerada como eje del Derecho Penal y su mérito mayor se encuentra en la elaboración del principio que perdura hasta nuestros días, que establece que sin libre arbitrio no es posible penalidad; ^{62/} esto es, que el sujeto ha de ser responsable y culpable, y se re

^{62/} Ibid. Pág. 403. "Los teólogos de la edad media, al fundar el libero-arbitrismo, hundieron las raíces del delito pecado-en el alma humana subrayando así la inmoralidad de la acción. Raúl Carrancá y Trujillo. Derecho Penal Mexicano, parte ge neral. Pág. 388.

quiere que el mismo en el momento de la ejecución del hecho, posea no sólo la inteligencia sino a la vez el discernimiento de sus actos ^{63/}. Todo hombre — dice Carrara— "tiene la posibilidad de es coger lo bueno y lo malo y la fuerza moral del delito", ^{64/} y en otros casos se identifica a la imputabilidad moral con la criminal radicando su diferencia solamente en cuanto al contenido, o sea, que para la primera es el acto humano y para la segunda el delito ^{65/} y el vínculo entre persona y delito — la imputabilidad— se establece mediante una relación de causalidad psíquica, en tanto la responsabilidad es resultante de la imputabilidad. Como consecuencia, la acción, para que pueda ser atribuida al autor, además de ser antijurídica, debe ser culpable: pero culpable sólo será si es imputable. "La imputabilidad — dice el maestro Carrancá y Trujillo— es una situación psíquica en abstracto, la culpabilidad es — la concreta capacidad de imputación legal, declarable jurisdiccionalmente, por no haber motivo legal de exclusión con relación al — hecho que se trate". ^{66/}

^{63/} Ibid. Pág. 404. Se requiere además "que goce de la libertad de su voluntad, de su libre arbitrio, es decir, de la facultad de poder escoger entre diversos motivos de conducta — que se presentan ante su espíritu y determinarse libremente mediante la potencia de su voluntad.

^{64/} Citado por Manuel Luzón Domingo. Tratado de la culpabilidad. Pág. 30.

^{65/} Ibid. Pág. 31 y ss.

^{66/} Raúl Carrancá y Trujillo. Ob. Cit., Pág. 389.

II. Teoría Determinista:

En la teoría del libre arbitrio, la ideología religiosa violentaba la ciencia, es decir, la degradaba al extremo de convertirla en sierva de la teología, pues afirmaba que la providencia divina es la que determina la marcha del mundo. Con su concepción, ponía frente a frente al mundo espiritual con el mundo material y lógicamente al hombre con la naturaleza. Es producto de ésta concepción, la esencia con la cual se elabora el dogma del libre arbitrio. Ahora bien, la necesidad del desarrollo de una ciencia mediante la cual se generalizarán las propiedades de los cuerpos físicos y coadyuvarán al desarrollo de las ciencias naturales, condujeron al dominio del hombre sobre la naturaleza, es decir, a su sometimiento, hecho que determina también un avance cualitativo de la filosofía de la época, pues a partir de entonces se concibe a la ciencia como única base de la visión del mundo. Esta corriente filosófica denominada filosofía de la ilustración razonaba en el sentido que todo debía probar su derecho a la existencia ante el tribunal de la razón, o en su caso, renunciar a su existencia. A sí, la razón pensante se trocó en el único criterio válido de todo ^{67/}Significa, que el siglo de las luces aceptó la posición materialista, aún cuando en forma encubierta.

67/ Federico Engels. Del Socialismo utópico al socialismo científico. Tomo II. Pág. 94.-

Esta concepción científica de la sociedad no sólo descarta la influencia de la divina providencia, sino que a la vez sustituye el dogma del libre arbitrio, proclamando en su lugar el principio del determinismo, es decir, se entiende a la acción humana regida por las leyes.

Esta corriente filosófica es recogida por la Escuela Positiva Italiana y como consecuencia lógica, influencia su construcción dogmática jurídico penal. Niega la existencia del libre arbitrio porque la voluntad se encuentra sometida por completo a las influencias de orden psicológico y físico, razón por la que para fundar su concepción se remite a la fisiología y psicología, e incluso a la estadística en la que —según dice— se acredita la sujeción de la voluntad al medio físico y social, ya que la responsabilidad penal es producto de la responsabilidad social, pues el hombre es imputable por el hecho de vivir en sociedad ^{68/}

La libertad de querer que sostenía la doctrina del libre arbitrio, es negada por los deterministas. Explican que "si es verdad que el querer es el motor de la conducta, a su vez está

^{68/} Eugenio Cuello Calón. Ob. Cit., Pág 405. Dicen los sostenedores de esta teoría que "la conducta humana está determinada por la personalidad física (temperamento) y por la psíquica (carácter), ambas producto a la vez de la herencia psicológica y fisiológica y además por influjo del medio físico.

determinado por otros motivos naturales sociales e individuales ^{69/}
La base para la existencia de la imputabilidad, es la facultad -
normal de determinarse. O sea la capacidad del sujeto activo de
conocer la antijuridicidad de su hacer y de orientar su actividad
conforme a dicho conocimiento, resulta excluida por causa de mino
ría de edad, enajenación permanente o transitoria y sordomudez,
la presencia alternativa de dolo o culpa —entendida esta como im
prudencia—, y la ausencia de causas de no exigibilidad de una ac
ción adecuada a derecho, entre las que se incluyen por lo regular,
el llamado estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable
y la obediencia debida. ^{70/}

^{69/} Carranca y Trujillo Ob. Cit. Pág. 390.

^{70/} Juan Córdova Roda. Culpabilidad y Pena. Pág 16 y ss.

CAPITULO V

EL DOLO

A) GENERALIDADES:

Para la doctrina clásica del delito existen dos formas posibles de culpabilidad: dolo y culpa. En el dolo el sujeto realiza la conducta típica y antijurídica queriéndola como tal, bien sea porque se ajuste al fin que persigue, o por que tenga voluntad de realizar el movimiento corporal que producirá el resultado, mismo que acepta. Este dolo no es el contractual de los romanos, pues ellos utilizaron el dolus malus de extracción netamente civilista, aplicable por cierto en algunos casos a las agravantes específicas, como por ejemplo en la alevosía.

B) TEORIAS SOBRE EL DOLO:

Desde la aparición del dolo en el Derecho romano, hasta nuestros días, como consecuencia de distintas teorías, el dolo ha experimentado efectiva evolución y puede decirse que entre los representantes o seguidores de las diversas teorías no se ha producido desaveniencia de fondo. Todo ha sido, inclinaciones hacia una u otra, hecho que se constata cuando vemos que se alinean a la posición que centra sus esfuerzos y análisis en la "determinación del

elemento volitivo del querer "o bien en la que toma el "saber como elemento intelectual".

I. Teorías Voluntaristas:

La teoría voluntarista está considerada como la primera que se relaciona con el Derecho penal; su origen se encuentra en las posiciones de naturaleza civilista que consideran el dolo como voluntad de algo, aún cuando no se sepa en qué consiste ese algo y por añadidura, si el mismo es intencional. Impulsor de ésta teoría es Adolfo Merkel, para quien "el dolo en su relación con el delito es la dirección de la voluntad a la comisión de una de las acciones previstas en las leyes penales" ^{71/}

En Italia, destaca Carrara con su concepción del dolo como intención que se refleja en el acto de manifestación de voluntad y lo define como "intención más o menos perfecta de ejecutar un hecho que se conoce contrario a la ley", concepto de dolo no basado en la VOLUNTAS SCCELERIS — voluntad dirigida a la ejecución de un delito, dice Carrara—, sino aquella que en forma anticipada sabe que se viola la ley. ^{72/}

^{71/} Adolfo Merkel. Derecho Penal. Tomo I. Pág. 116.

^{72/} Francesco Carrara. Programa del curso de Derecho Criminal. Pág. 71. Al concepto se le critica el hecho de tomar en cuenta las representaciones mentales; lo que no aprueba Jiménez de Asúa ya que según él, cuando Carrara dice que en la "acción en forma anticipada sabe que se viola la ley", en ella se encuentra contenida la representación. Tratado. Tomo V. Pág. 319.

Otros penalistas italianos encuentran en el dolo solo la voluntad de algo, lo que no es suficiente para delimitarlo, así Bucciatti, lo define como "violación dirigida a infringir la ley plenamente determinada y consciente de los hechos externos". Rogmanosci, como "conciencia de contravenir aquello que la ley prohíbe o manda. Como conocimiento de violar la ley desde el momento en que es libre de violarla" ; Sarverio Arabia, nos dice que el dolo "es voluntad movida por la inteligencia que ordena el delito" y la conceptúa como criminalidad interna, como delito moral. Filangieri, entiende por dolo la "voluntad que acompaña a la violación de la ley"; Paganò, dice que es voluntad de dañar y ofender a los derechos de otros garantizados por la ley; y Nani, que el dolo es "la voluntad de realizar el acto prohibido" ^{73/}

Existe otro grupo de tendencia voluntarista que ve en el dolo no sólo la voluntad de una conducta, sino que a la vez el conocimiento de una injusticia e ilegalidad, son ellos: Molinar, para quien "consiste en la voluntad, en la intención de realizar un acto que se sabe culpable y punible, según disposiciones de la ley (culpabilidad en sentido de responsabilidad).

Vidal, describe el dolo criminal como una acción delictiva, sabiendo que está castigada; y para Civoli, es "un crimen que es cometido con dolo cuando una persona se propone la producción del crimen resultante de su acción, siendo al mismo tiempo conocedor

^{73/} Estos autores son citados por Luzón Domingo, Treat. de D. P. Ob. Cit. Pág. 126.

de la ilegalidad y de la culpabilidad de esta decisión. 74/

II. Teoría de la Representación:

Encuentra el elemento básico del dolo en el conocimiento y previsión del resultado. Se sitúa pues, frente a la teoría de la voluntad y ha llegado a ser calificada por Bataglini y Von Liszt de notable, siendo éste último uno de sus más importantes sostenedores. Jiménez de Asúa, la encuentra también acertada y argumenta en su favor que "una definición del dolo apoyada únicamente en la voluntariedad, no habría de definir el dolo eventual. 75/ sin embargo, la paternidad de esta teoría corresponde a Fank que trató el problema entre la representación y la voluntad en la moderna teoría del delito, afirmando que no es suficiente para entender el dolo, el enfocarlo como querer el resultado, pues es necesario para el tratamiento de casos difíciles acudir a la ayuda de la teoría de la representación. Niega Frank, que la esencia del dolo se encuentra en la voluntad, en la resolución o en la decisión, sino que está en la previsión y la representación. Sus investigaciones sobre el contenido del querer el resultado le conducen a negarle sustancia al mismo, es decir, que aún cuando se le someta a análisis haciendo uso de los elementos que parecen las posiciones positivas o negativas de la voluntad, no es dable llegar a la posi

74/ Ibidem. Pág. 120.

75/ Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el delito Pág. 366.

bilidad de justificar lo que se entiende por "querer el resultado" con ausencia de la representación. Define finalmente el dolo, como "la previsión (la conciencia) del resultado de mi acción, unida al conocimiento de aquellas circunstancias que tornan punible la acción" 76/

La concepción de Frank fue objeto de duras críticas, lo que lo llevó años más tarde a rectificar y a admitir la posible existencia de un error en su construcción cuando no admitía el "querer el resultado", como realidad anímica. Pero pareciera —dice— que existe una contraposición entre la teoría de la voluntad y la representación, como si en ellas vertieran dos distintas concepciones del mundo, aún cuando dije para designar dicha contraposición una breve frase: "empleo a continuación las expresiones, teoría de la voluntad, teoría de la representación" 77/ Desde el punto de vista de la doctrina finalista, Frank se hubiera obviado la crítica, habida cuenta que para ella la voluntad como requisito de la acción es suficiente para fundar el dolo; pero como militaba en las filas de la teoría tradicional para la cual el dolo es elemento de la culpabilidad y la manifestación de voluntad es ajena como

76/ Reinhart Frank. Estructura del Concepto de Culpabilidad. Pág. 59

77/ Ibidem. Pág. 54 y 55. Originalmente había dicho Frank que las relaciones psíquicas en las cuales se encuentra el actuar doloso con su hecho son caracterizadas ya con la expresión voluntad ya con la representación, o también de previsión de intención (Wissens) de conocimiento"

requisito del dolo, o sea, que en la manifestación de voluntad sólo se quiere la acción y en la acción sólo el resultado. En el querer la acción se comprenderán los delitos dolosos y en la voluntad los culposos, es decir, en éste último sólo el resultado^{78/}

III. Teorías Ecléticas del Dolo

Se les conoce como ecléticas por el hecho de que evaden el análisis sobre los requisitos de la voluntad y representación en la integración del concepto de dolo. Entienden además, que ambos conceptos se ensamblan y que una voluntad sin representación no es tal, es en todo caso, "veleidad", acto inintencional, espasmo muscular, tic nervioso, etc. De igual manera representación sin voluntad es fenómeno psíquico, ejemplo de las fuerzas conscientes o inconscientes que poseen los hombres de donde por sí sólo no pueden causar un hecho doloso^{79/}

78/ Ibid. Pág. 25. Dice además Frank que la "doctrina dominante fija el concepto de culpabilidad de manera que ella solamente comprende los conceptos de dolo y de imprudencia. Por el contrario, es preciso concebirlo de tal modo que tomen en consideración las circunstancias concomitantes y la imputabilidad. — agrega en seguida— "si con ellos se consideran completos los requisitos del concepto de culpabilidad, entonces los momentos indicados son sus caracteres constitutivos, o bien diría más brevemente sus elementos. Imputabilidad, dolo o imprudencia, circunstancias concomitantes, serán consideradas en lo sucesivo como elementos de la culpabilidad.

79/ Guiseppe Maggiore. Derecho Penal. Tomo I. Pág. 575. Piensa — este autor que es necesaria la vinculación de voluntad y conciencia en el hecho doloso. Define el dolo como libre y consciente determinación de la voluntad encaminada a causar un resultado contrario a la ley penal" Pág. 576.

Como una variedad de esta teoría se conoce la del asentimiento, que viene a constituir una variedad de la eclética, porque acepta parcialmente la igualdad entre manifestación del resultado y voluntad alejándose de ella en los casos en que se presume que la simple representación del resultado conlleva su aceptación, pues entiende que para que se produzca el dolo es requisito esencial el asentimiento o consentimiento de aquél, — el dolo —.

Por ejemplo: El cazador que previamente a disparar contra el venado se representa la posibilidad de dar muerte a un campesino que muy cerca de la pieza labra la tierra. No hay acción dolosa por el simple hecho de disparar y causar el resultado, será necesario que se produzca el consentimiento del resultado en la mente del autor. Sin esa representación no hay dolo, habida cuenta -- que se da la posibilidad que el agente haya rechazado la representación tomando en cuenta su habilidad y puntería. Entonces, para que se produzca el dolo, es necesario que acepte eventualmente el resultado y por lo mismo que lo acepte mentalmente. En este momento se produce el asentimiento. El ejemplo citado encaja dentro de la figura del dolo eventual y fue así precisamente como lo entendió Beling, cuando formuló esta teoría; la diferencia se encuentra en el hecho de que consideró que en el dolo eventual existe vicio de la voluntad que se basa en el autor: A) se ha representado (o al menos dado como posible), las circunstancias del hecho típicamente relevantes y la antijuridicidad de su conducta,

y b) A lo menos ha asentido, si es que no directamente ha querido o se ha propuesto esa calidad de conducta ^{80/} Igual criterio sostiene Mezger ^{81/} y Sebastián Soler ^{82/}.

ELEMENTOS PSICOLOGICOS DEL DOLO

A) ELEMENTO INTELECTUAL:

Para quienes consideran que el dolo es elemento o especie de culpabilidad, no significa que el mismo, sea únicamente el saber y querer la acción, es necesario el conocimiento del hecho antijurídico que mediante la acción injusta se realiza. Para que tal cosa suceda no se requiere que el agente conozca que su hecho se enmarca dentro del verbo rector del tipo, como tampoco el conocimiento de la pena que trae aparejada; suficiente es que posea la conciencia que realiza algo prohibido. Sólo así puede declararse la existencia del dolo. ^{83/} Tal conocimiento debe ser real sin que implique que el conocimiento del mismo constituya delito. Ejemplo: el que mata, o el que roba, actúa con dolo; pero en definitiva no sabe que su hecho constituya delito. Concepto erróneo pues, el agente no conoce la relevancia jurídico-penal de-

80/ Ernest Beling. Esquema de Derecho Penal. Pág. 82

81/ Edmund Mezger. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Pág. 91 Criterio parecido al de Beling, pues para él "actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado".

82/ Sebastián Soler. Derecho Penal Argentina. Pág. 107 Finca el dolo no en el sentir, sino en el consentir, consentimiento que se presta junto con el advertir, esto es, junto con la representación".

83/ Eugenio Cuello Calón. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 418.

su acción. Por otra parte, el conocimiento de los hechos debe abarcar a la vez la descripción que hace cada tipo de cosas y objetos, vale decir, los elementos normativos y subjetivos del tipo y el conocimiento de la cadena causal.

B) ELEMENTO VOLITIVO DEL DOLO:

Se le denomina también elemento emocional ^{84/} y elemento afectivo. Su esencia la constituye el querer, ésto es, el saber y conocer la significación de la acción, más no así la significación del contenido de la voluntad. Dice Mezger al respecto que "el conocimiento que el dolo exige debe ser contenido de la voluntad de acción (denominado elemento emocional del dolo); el simple conocimiento no constituye aún el dolo, es preciso que aparezca en relación a la voluntad del autor." ^{85/} Es así como sa-ber y querer se complementan para formar el dolo, complementación que puede decirse no es irreversible, habida cuenta que se quiebra en el dolo eventual, no queriéndose decir con ello que el concepto de dolo es divisible, o sea, que unas veces se trabaja con el elemento intelectual y otras con el volitivo. No, su separación será en todo caso lógico-jurídico, lo que no implica por supuesto radicar su esencia ya en el saber, ya en el querer.

^{84/} Luis Jiménez de Asúa. Tratado. Tomo II. Pág. 421.

^{85/} Edmund Mezger. Tratado. Tomo II. Pág. 95.

Características del elemento volitivo es el querer. Los caracteres del tipo objetivo y que se dé significación a la acción delictiva que ha de ser abarcada no sólo por la representación, sino también por la voluntad. 86/

C) EL DOLO Y EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD:

La doctrina clásica se pronuncia por el conocimiento. Debe tener el autor tanto de los caracteres objetivos de la acción como del conocimiento de lo injusto de la acción por entender que ésta lesiona el ordenamiento jurídico. Esta posición es mayoritaria en tratadistas como Von Liszt, para quien no sólo requiere el saber que se realiza el hecho que es contrario a la ley, sino además, que se tenga conocimiento de que se obra antijurídicamente. Plantea incluso, la "necesidad de la presunción de que los hechos sean previstos por la ley" 87/

D) CLASES DE DOLO:

Son muchas las clasificaciones que se hacen del dolo. Todas ellas revelan en su mayoría los diferentes grados psicológicos que el mismo encierra. Así por ejemplo, se habla de dolo en cuanto a su nacimiento que comprende el dolo inicial o preterito.

86/ Ibidem. Pág. 95.

87/ Franz Von Liszt. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Pág. 103.

el que se presenta desde el inicio de la acción delictuosa hasta que se produce el resultado; y, el dolo subsiguiente, que aparece poco después de realizada la acción.

Otra clasificación se refiere a su extensión y lo divide en dolo determinado e indeterminado. El primero se produce cuando el autor posee con precisión la identificación de la persona, o bien, que pretende dañar. El segundo existe cuando no se da la precisión en la persona o en el bien sobre cual recae la conducta delictiva.

Se habla también de dolo en cuanto a la modalidad que comprende: 1o. Dolo directo (dolus directus) mediante el cual el agente se representa el resultado y lo quiere para sí, realizándolo. Contiene como consecuencia representación y voluntad. 2o. Dolo específico, denominado por Jiménez de Asúa dolo con intención ulterior. Se expresa en un fin como por ejemplo: el rapto, que es el robo de una mujer para casarse con ella o para corromperla.^{88/} 3o. Dolo eventual, en el que el agente se representa el resultado o bien que no lo quiera pero lo acepta, dado el caso de que llegara a producirse. Estas tres clases de dolo son las que actualmente se toman en consideración por las distintas doctrinas, el resto

^{88/} Jiménez de Asúa. La ley y el delito. Pág. 366. Al dolo eventual también lo denomina como de consecuencia necesarias. "Podemos— dice— no desear el resultado, pero si lo que queremos se llega a otro efecto, que nos representamos inexorablemente unido a nuestro deseo, al realizar este tenemos que acatar las otras consecuencias delictuosas que entran así en nuestra intención.

como resabio de la elaboración propia del Derecho común, han sido relegadas.

CAPITULO VI

LA CULPA

A) SU DENOMINACION:

La culpa es la otra especie de la culpabilidad. En su sentido clásico y general es la ejecución de un acto que pudo y debió ser previsto y que por falta de previsión en el agente se produce. Esta forma de concebir la culpa se basa en la teoría de la volun-tad, pues la de la representación se funda en la conducta del sujeto sin la representación del resultado típico, o en su caso, cuando se da la representación del evento, puede existir la esperanza de que el resultado no se produzca. 89/

Se ha entendido como culpa a la conducta que no es dolosa pero si culpable. Su esencia es la negligencia, término restrin- gido que sustituye casi completamente el sentido equivalente a culpabilidad o comprensivo de dolo y culpa. En sus fuentes se le ha definido por los post-clásicos como "omisión de la diligencia propia de un buen padre de familia cuidadoso" 90/

89/ Cfr. Luis Jiménez de Asúa. La ley y el delito. Pág. 366.

90/ Eugenio Cuello Calón Ob. Cit. Tomo I, Pág. 444 y ss.

(diligens pater familias). Fue considerado por ellos, como algo opuesto a la diligencia (diligentia), y constituye la base de la responsabilidad tanto en aspecto contractual, como también en -- los delitos. Dicha, diligencia opera no sólo como acción, sino también como omisión, ésta se equipara a la primera ^{91/}

Ese deber de diligencia se encuentra en las fuentes del concepto de culpa lata que es la que se produce cuando el "evento dañoso hubiera podido preverse por todos los hombres, y levis cuando el resultado hubiera podido preverse" ^{92/} Sin lugar a dudas esta graduación de la culpa no es simple invención de los juristas postclásicos, sino derivación de distinciones clásicas cuyo fin era presumiblemente delimitar la extensión de la BONA FIDES en cada uno de los BONAE FIDEI-IUDICIA y los postclásicos no hicieron otra cosa más que generalizarlos. ^{93/}

B) DOCTRINAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA CULPA:

La doctrina clásica considera como elemento esencial de la culpa la previsibilidad, y encuentra la razón de su criminalidad en un vicio de la voluntad. "Se ha omitido -- dicen -- voluntariamente la diligencia que debía prever lo posible." ^{94/}

^{CNFR}
91/ ^V Diccionario de Derecho Privado. Pág. 1320.

92/ Eugenio Cuello Calón. Ob. Cit., Pág. 444

^{CNFR}
93/ ^V Diccionario. Pág. 1323

94/ Carrara, citado por Eugenio Cuello Calón. Ob. Cit. Pág. 372.

Ahora bien, entre las teorías que han tratado de explicar la naturaleza de la culpa, se encuentran unas que consideran que la misma se castiga por excepción y ~~en otros casos~~ porque entienden que existe presunción de dolo.

Jiménez de Asúa, transcribe en la ley y el delito las definiciones de culpa proferidas por varios autores, tales como: Al - mendingen, que no habla de vicio de la voluntad sino de vicio de la inteligencia porque los actos culposos "son vicios de la inteligencia por falta de reflexión, y todo acto de la facultad cog - noscitiva está por completo privado de elección", de donde como - consecuencia, se deduce que la culpa no debe ser penada por la -- ley. Para Ferri, la responsabilidad penal por hechos culposos se encuentra en la responsabilidad social, en el carácter antisocial del acto y en la temibilidad del delincuente. Alfredo Anglioni, previos estudios sobre la red nerviosa y central de las neuronas, emite una definición físico-psicológica y entiende que la culpa "es un defecto de la asociación o un defecto de atención. Von Liszt, mediante la creación de la teoría integral busca reunir las posiciones de la teoría de la previsibilidad y del vicio de la voluntad que considera a la culpa como una falta de atención y la po sición positiva que la entiende como falta de sentido social. En - tonces según él, para que se produzca la culpa se requiere: 1. Fal

ta de precaución; y , 2. Falta de previsión. ^{95/} Para Binding mientras tanto, todo delito culposo es producto de la voluntad y señala que en un número considerable de estos delitos por negligencia, la voluntad se dirige a un acto claramente previsto en su efecto causal, tan exactamente como en el delito doloso con la única diferencia de que en la culpa la antijuridicidad del acto es desconocida. ^{96/}

Esta teoría la encuentra Jiménez de Asúa, ^{97/} como la -

^{95/} Citados por Jiménez de Asúa. La ley y el delito. Págs. 373 y ss. Para Von Liszt, la falta de previsión es la manifiesta --ción de voluntad, es decir, desprecio del cuidado requerido por el orden jurídico y exigido por el Estado de las circuns--tancias. La medida del cuidado se determina, en general se--gún la naturaleza objetiva del acto emprendido, y no según el carácter particular del agente. La no aplicación de la a--tención, el no cumplimiento debido se presenta como falta de voluntad. En la falta de previsión debe haber sido posible el agente prever el resultado como efecto del movimiento cor--poral y reconocer la existencia de los elementos esenciales del hecho.

^{96/} Citado por Jiménez de Asúa. Ibidem. Pág. 373. Otras teorías mencionadas por este autor son: la psicoanalítica de Alexander y Staub; el primero médico y el segundo jurista; tratan de explicar el mecanismo del delito diciendo que "cuando aparece debilitada la dependencia del "yo" que actúa inhibi--toriamente, el "yo" cede a su inclinación natural sucumbien--do a la tendencia del "ello" en la producción de una conduc--ta antisocial. La criminalidad aparece por lo tanto como un defecto de adaptación social.

^{97/} Ibidem. Págs. 377 y s.s.

más acertada y señala que la posición de Mezger fracasa al no abarcar en su construcción la "referencia anímica" que explica el dolo y la culpa. No ofrece —dice— dificultad en cuanto a la culpa consciente, pero no así, en lo que concierne a la inconsciente.

C) CLASES DE CULPA:

Partimos del sistema de culpa en el Derecho romano para seguir su desenvolvimiento. En el Derecho romano común, se establecen categorías como son por ejemplo: el modo. La culpa puede consistir en un acto positivo, caso en el cual se hace algo que no se estaba obligado a hacer (culpa in no faciendo). Por su intensidad: se sigue la tripartición de la culpa, lata, leve y levísima. Conforme a estas categorías de culpa, se hace simple deducir que el antiguo derecho concedió poca importancia al elemento subjetivo del delito y que por regla general consideraba sólo el daño producido, prescindiendo de su causalidad espiritual.

En el Derecho Germánico primitivo, el resultado del hecho es decisivo, pues objeto de pena era el hecho dañoso, más no la acción culpable que se ignoraba por completo. 98/

Como consecuencia el punto de arranque para el desarrollo de la teoría de la culpabilidad se produce cuando el Derecho pe

98/ Eugenio Cuello Calón. Ob. Cit., Pág. 407.

nal objetivo que fundaba la responsabilidad como base al resultado toma en cuenta para la valoración del mismo el aspecto subjetivo; cuando la responsabilidad se basa en la causalidad psíquica. Esto hace decir a Mayer que la "dignidad del Derecho tiene por fundamento el abandono de la responsabilidad a base del resultado y el reconocimiento de la culpabilidad" ^{99/} A partir de este momento, la doctrina moderna trata de la culpa consciente, en la que el agente se representa el resultado, pero confía que el mismo no se producirá, confianza que descansa en la negligencia a un deber concreto que está obligado a realizar, y de culpa inconsciente que se produce cuando el agente ignora las circunstancias del hecho aún cuando existe de su parte previsión.

D) EVOLUCION DEL CONCEPTO DE CULPA:

Frente a la inexistencia de un concepto claro y preciso de culpa, los penalistas clásicos se preocuparon por elaborar una fórmula que abarcara sus características y a la vez estableciera su diferencia con el dolo. Es así como se habla de culpa como voluntaria realización de un hecho, la no previsibilidad del resultado y la falta de diligencia o cuidado. Carrara, entendía al respecto que cuando como consecuencia de un hecho resulta ofensa a la ley, el mismo no se quiso, ni se previó, sino que se quiso so -

^{99/} Ibidem. Pág. 402.

lamente el antecedente. No se produce el dolo respecto de la consecuencia; pero si la consecuencia no querida, ni prevista era --previsible, hay culpa. 100/

No obstante, el problema hasta cierto punto irresoluble se presenta a los autores que buscan precisar el concepto de culpa - en la existencia de contradicción cuando se acepta la acción vo - luntaria como producción de un resultado no querido; así como la -remisión de todos los efectos de la culpa a la culpabilidad. Sin- embargo, la auténtica evolución del concepto de culpa se inicia cuando se reconoce la existencia de un elemento común entre dolo y culpa y si para el dolo se requiere el resultado, ello no será necesario en la culpa, pero eso sí, tanto para la existencia de uno como para el de la otra, factor determinante será la voluntad de acción.

Determinante es, a este respecto, la teoría de la normati- vidad elaborada por Frank, 101/ en la que se concibe la culpabi-

100/ ^{CARRA} Francesco Carrara. Programa. Págs. 78 y ss. Define la culpa como la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho... "El - tripode sobre el cual se asienta la culpa será siempre: 1o. la voluntariedad del acto, 2o. Frustrada precisión del efec- to nocivo y 3o. Posibilidad de preveer"

101/ Reinhart Frank. Ob. Cit., págs. 25 y 26. Dice Frank que la doctrina dominante fija la relación entre culpabilidad, dolo e imprudencia como una relación de género a especie, cuando de hecho es diferente... "...según la doctrina dominante -- los conceptos de culpabilidad por una parte y los de dolo e imprudencia de otra parte se relaciona con el concepto supra ordinado de género al subordinado especie. Desde mi punto de vista, el concepto de culpabilidad es un CONCEPTO COMPLEJO entre cuyos elementos esenciales cuentan entre otros, el dolo y la imprudencia".

lidad como juicio de reproche. La teoría de la normatividad, es producto de la transformación profunda que sufre la teoría del delito. Es decir, el concepto clásico del delito. Esta fase, corresponde ya a lo que se denominó "concepto neoclásico del delito", debido a que no significó el abandono total de los principios sistemáticos del concepto clásico de delito, pero sí reforma profunda del sistema.

CAPITULO VII

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO

a) EVOLUCION HISTORICO-DOGMATICA (Concepto Neoclásico del delito).

Hemos señalado en la teoría de la tipicidad — sistema de Beling— como ella tomó en cuenta únicamente el concepto material externo, objetivo del Tatbestand, por considerar que lo injusto constituía generalmente una instancia objetiva y que el aspecto subjetivo sólo tenía cabida en la culpabilidad. En esta posición original de Beling ninguna influencia ejerce la filosofía de los valores, motivo por el cual el tipo se presenta puramente neutro y descriptivo. Se desplaza de lo real a lo conceptual, ésto es, de lo óntico al campo del Derecho. De ahí que, entre acción y tipo simplemente media una relación de subsunción. No es el tipo para Beling, concepto que conlleve juicio valorativo alguno, hecho que implica que de la tipicidad no pueda derivarse ipso facto la antijuridicidad de la conducta. Los tipos penales así entendidos, configuran tipos de acción neutros valorativamente y como consecuencia, la antijuridicidad deberá encontrar su razón fuera del precepto jurídico. Ahora bien, el hecho de que la antijuridicidad no se derive directamente de la antijuridicidad de la conducta, no

tiene por que privar al tipo de todo carácter valorativo. La subsunción de la conducta en una figura legal puede implicar la existencia de una valoración, aún cuando de tal subsunción se desprenda necesariamente el juicio de antijuridicidad.

Como consecuencia, la afirmación que hace Beling, sobre el carácter valorativo, neutro y descriptivo del tipo, en ningún momento es absoluta, porque la tipicidad en sí, lleva implícita el indicio de la existencia de la norma que en un principio prohíbe la conducta realizada, de donde se produce una contradicción con la neutralidad valorativa del tipo. Por otra parte, las causas de justificación son supuestos negativos de la antijuridicidad, de tal suerte que la apreciación de tal causa no excluye el tipo sino que la antijuridicidad. Entonces, si el juicio de antijuridicidad se produce a guisa de examen para establecer la existencia o no, de una causa de justificación, el tipo nunca podrá ser neutro desde el punto de vista valorativo. Dicho examen determina sin lugar a dudas la presencia de una valoración.

B) AUTORES QUE IMPULSAN LA EVOLUCION:

Entre los autores que impulsan la evolución de los elementos subjetivos del tipo, se destacan: H.A. Fischer, ^{102/}

102/ Citado por Edmund Mezger. Tratado. Tomo I. Pág. 347. Para Fischer "aún cuando no corresponda al Derecho llevar una función de policía sobre los pensamientos, es evidente que en múltiples manifestaciones del Derecho positivo, la determinación del injusto, depende de la concurrencia de ciertos elementos subjetivos".

quien realiza la separación entre injusto y culpabilidad, tomando en consideración el aspecto de la antijuridicidad objetiva. Examina también este autor, las manifestaciones del Derecho Positivo en el Derecho Privado, de donde resulta que la ley no se -- consulta sencillamente para prohibir un hecho objetivo, sino que éste se prohíbe o se permite según la intención o propósito del agente en el momento de la acción.

Por su parte, Hohanes Nagler, ^{103/} citando ejemplos tomados de Bar y Oetker, indica la existencia de elementos subjetivos en la antijuridicidad.

El aporte más importante en este caso, lo proporciona August Heçler, ^{104/} para quien la función de los tipos consiste en describir lo dañoso socialmente, o sea, la lesión de los intereses del Estado que venía a ser el injusto jurídico penal. Como consecuencia, el daño social objetivo de una conducta está condicionado a la existencia de elementos subjetivos, encontrando uno de ellos en la "conducta interna trascendente", en los delitos de intención, en los que no se sanciona cualquier sustracción de cosa mueble ajena, sino la que se realiza mediante apropiación antijurídica, ésto es, que los códigos penales en esta clase de delitos no sancionan cualquier lesión del patrimonio realizada con engaño, sino que aquella que se produce con la intención de obtener beneficio patrimonial en forma antijurídica, motivo por-

103/ Juan Córdova Rode. Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista. Pág. 21

104/ Heçler. Ob. Cit., Pág. 247.

el cual no puede expresarse lapidariamente que lo subjetivo pertenece a la culpabilidad, ni a la antijuridicidad, sólo es objetivo. Hegler, en cambio, toma en cuenta los elementos subjetivos de justificación.

Max Ernest Mayer, en cambio, relaciona los elementos -- subjetivos del tipo con la antijuridicidad, sistema que encuentra justificación si se toma en cuenta, su propia configuración teológica de la antijuridicidad, pues a ésta, la entiende como infracción de las normas de cultura; pero se hace patente una contradicción con el valor indiciario de la antijuridicidad que el atribuye al tipo.

Afirma Mayer, "el arranque objetivo de la teoría de la antijuridicidad como indispensable exigencia metódica y agrega que puede afirmarse la antijuridicidad sin tomar en cuenta los fines perseguidos por el autor.

Wilhem Sauer, desarrolla los puntos de vista sostenidos por Hegler y considera al tipo como antijuridicidad tipificada, de donde resulta que es antijurídica toda conducta que por su general tendencia procura más daño que provecho al Estado y a sus miembros. 105/

El desarrollo de los elementos subjetivos se consolida -- con el aporte decisivo de Mezger, considerado como la expresión más perfecta a la que se podría aspirar como sistema influenciado por la filosofía de los valores. Para Mezger, el tipo "es -- tipo de injusto" y este como tal "lesión de intereses". A esta expresión agrega que el "injusto representa una lesión objetiva de intereses, lo que no significa que tal lesión se produzca con independencia de la dirección "subjetiva de la voluntad, lo que conduce al reconocimiento que el injusto no representa una pura lesión causal de intereses, ya que de ser así, el injusto debería ser completo, ajeno a toda clase de elementos subjetivos, ^{106/} y acepta a la vez los elementos subjetivos de justificación que habían sido negados por Hegler y Sauer, pues éstos dice, deben ser objeto de una doble consideración en relación al injusto objetivo como también en la culpabilidad, ^{107/} y, cuando requiere de los g

106/ Cfr. Edmund Mezger. Tratado. Tomo I. Pág. 346. Derecho Penal. Tomo I. Pág. 135. "El injusto es contradicción objetiva con las normas de Derecho..." "... las referencias a nímicas subjetivas del infractor respecto del injusto cometido por él, el saber que infringe el ordenamiento jurídico y el conocimiento de los fundamentos fácticos de dicha infracción, la intención de actuar contra el Derecho son solo de importancia en lo que concierne a la imputación personal del injusto".

107/ Mezger. Tratado. Tomo I. Págs 351 y ss. "Es preciso -- dice -- no exagerar su importancia afirmando que son sólo elementos del injusto en tal caso ofrecería este problema algunos fáciles puntos de ataque; dichos elementos son a la vez elementos de culpabilidad, pues en otro caso, les faltaría la posibilidad de ser imputados personalmente, y por tanto, la relevancia penal"

lementos subjetivos para las causas de justificación, la antijuridicidad deja de ser una lesión objetiva de intereses. Ahora -- bien, Mezger, sostiene una posición material de la antijuridicidad y es lo que hace que acepte los elementos subjetivos del tipo, como tipo de injusto y también es a la vez la razón por la cual no incluye el dolo en el tipo, pues para él la acción ex terra no agrega ninguna novedad al carácter dañoso del hecho, razonamiento con el cual Mezger no da relevancia a la dirección -- subjetiva de la voluntad para la lesión objetiva de los intereses, negando al dolo su importancia y función de complementación de carácter lesivo del hecho, cosa que si acepta en los otros elementos subjetivos ^{108/} Hace también una distinción entre los elementos subjetivos de justificación. Los del tipo dan lugar a la existencia de tres clases de tipo y son: delitos de intención en los que el hecho es querido por el agente como medio subjetivo para actuar posterior (falsificación de moneda). A estos los denomina "delitos mutilados de dos actos". Delitos de tendencia. En los que la acción aparece como manifestación de una tendencia subjetiva (acción deshonestas), el agente realiza la acción con el fin de que se produzca un resultado ulterior. A estos dos denomina "delitos de resultado cortado". Y delitos de expresión. En los que la acción representa la expresión de un proceso animi-

108/ Cfr. Juan Córdova Roda. Ob. Cit., Pág. 23.

co de autor (falso testimonio) ^{109/}

Especial mención merece también Binding, pues mucho tiempo antes del aparecimiento de la filosofía de los valores y del descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo, ya se había pronunciado contra la acción causal y la concepción estrictamente objetiva del tipo. Expresaba que la causa requiere del causante personal y que su potencia radica en forma exclusiva en la voluntad, y así como no puede separarse el momento de la voluntad del de la causa, no cabe desvincular aquel momento volitivo del tipo. La acción encuentra su causa en el querer, y fuera de él, no se encuentra en otro lugar ^{110/} Luego, cuando critique el aspecto puramente objetivo del tipo —dice— "presentar tipos penales que pudieran ser tanto acciones conforme a derecho cuanto antijurídicas carece de todo valor científico y --
^{111/} conduce al poco tiempo a confusión por lo que considera que "si no se sabe constatar con seguridad un suceso como realización de la voluntad humana, será inadmisibles la suposición de que se ha llevado a cabo un tipo objetivo de delito pero quien quiera-

^{109/} Mezger. Tratado. Tomo I. Págs. 252 y ss. Mezger influenció a Grunhut, Englisch, Bon Hipoel, Radbruch y Graf Zu Dhone, para que admitieran en sus construcciones los elementos -- subjetivos en el tipo. Hegler amplió después los mismos. Cordova Roda. Ob. Cit., Pág. 24.

^{110/} Cfr. Córdoba Roda. Ob. Cit., Pág. 25.

^{111/} Armin Kaufmann. Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna. Pág. 24.

dar constancia de un tipo objetivo, debe situar en lugar del querer culpable, el simple querer^{112/} Vemos como consecuencia que Binding, la voluntad la atribuye al tipo, en tanto el desvalor del hecho a la dirección volitiva del sujeto, de manera que al hecho objetivo se le puede interpretar de distintas formas, pero su valor o desvalor lo determinará la dirección volitiva del agente.

C) LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO:

La teoría de los elementos subjetivos del injusto enuncia da por Hegler, Max Ernest Mayer y posteriormente desarrollada -- por Mezger, conduce a la admisión en la teoría penal, de dichos elementos. La base de la idea desarrollada por estos autores -- se encuentra en el hecho de considerar que en la mayoría de los delitos, la esencia del injusto que caracteriza al tipo de delito, sólo puede establecerse mediante el complemento de las características subjetivas. Para valorar la conducta humana desde el punto de vista de la antijuridicidad se toman en cuenta necesariamente las intenciones, o la mentalidad de la que emanan. Como consecuencia, pronto se ve que la definición que da Mezger de la antijuridicidad material, como lesión objetiva de intereses" o co

^{112/} Armin Kaufmann. Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna. Pág. 24.

mo "daño social" en la que los tipos devienen en tipos de injusto y éste equivalente de antijuridicidad, es errónea, pues cuando se hace depender el carácter socialmente dañoso de la conducta del concurso de elementos subjetivos, los que se incluyen a la vez en la antijuridicidad como en el tipo, se produce una contradictio in adjecto, habida cuenta que, "el carácter dañoso no puede depender por su propio concepto — lesión objetiva de intereses— de elementos subjetivos. 113/

Tan pronto como se descubre, 114/ que el injusto no solo es daño social, (desvalor de resultado), sino que también ánimo desvalorado o contrariedad del deber (desvalor de acción), los elementos subjetivos son atribuidos al tipo en razón de su misma función, porque, influyen en el desvalor de acto.

Erick Wolf, realiza un catálogo de los tipos delictivos, omitiendo su enfoque como lesión de intereses, pues lo hace desde el punto de vista de las distintas acciones cuya infracción tiende a un fin, ubicando la punibilidad en la especial peligrosidad de la motivación del agente y en vez de integrarla a la culpabilidad lo hace en el injusto. Con esta sistemática, se hace en adelante imposible sostener la identificación que se venía haciendo entre tipo objetivo y antijuridicidad y la del tipo subjetivo con la culpabilidad. Los pilares que servían de soporte

113/ Cfr. Juan Córdova Roda. Ob. Cit. Pág. 26

114/ Mérito de Erick Wolf, Schaffstein, Dahm y Jelmuth Mayer. Ibidem. Pág.26.

a la teoría clásica del delito y que se creían incommovibles, son erosionados.

LA CONCEPCION NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

A) GENERALIDADES:

La concepción psicológica de la culpabilidad que sostenía que para la acción bastaba con que el hacer y omitir del agente encuentre su origen en la voluntad con lo que poco importaba cuál fuera el contenido de la misma, no resistió al ataque de la crítica. Fueron asimismo, estériles todos los esfuerzos realizados por sus defensores para demostrar que en la culpabilidad se produce una relación psíquica entre autor y resultado. En efecto, los defectos de esta construcción se encuentran en la propia concepción positivista de la acción que la concibe como proceso mecánico, en donde la categoría de la causalidad es integrante de la acción, siendo además esta ciega, porque el contenido del querer es expulsado de ella.

Por otra parte, la antijuridicidad, como simple lesión de bienes jurídicos concuerda con la forma ciega como se concibe la acción. Por tal proceder, justifica el tratamiento que se hace de la culpabilidad consistente en que es un nexo psíquico entre autor y resultado y que el dolo y la culpa son formas de manifestación de culpabilidad, sólo distinguibles por el grado de intensidad de la relación psicológica. Otro problema que se presentó a esta con

cepción, fue la imposibilidad que se encontró en cuanto a poder explicar la relación psíquica entre autor y resultado en la culpa inconsciente, no obstante que se argumentaba que se resolvía el problema de acuerdo a dos modalidades. Una: introduciendo -- en la culpabilidad un elemento normativo que sería el "actuar-- de modo distinto" e incorporando la culpa inconsciente a esta característica y dos: negar definitivamente, a esta especie, su carácter de culpabilidad.

Los esfuerzos fracasaron, motivo por el cual se trató de encontrar una característica genérica común que comprendiera en la culpabilidad el dolo y la culpa como atributos alternativos del delito.

B) LA REPROCHABILIDAD:

Correspondió a Frank, el mérito de resaltar la insuficiencia del nexo psíquico entre autor y resultado (teoría psicológica de la culpabilidad) y elabora su teoría prescindiendo de la concepción que venía haciendo la ciencia penal de considerar la culpabilidad de distintas maneras, es decir, como referencia psíquica a algo determinado, o como referencia posible si la misma es jurídica o fáctica, o también, en la disyuntiva de si la misma funciona como querer o como representación, y centra su atención en la limitación del concepto de culpabilidad a la faz interna y señala que el reproche de culpabilidad depende no solamente del conocimiento del alcance de la acción sino también del conocimien

to de las circunstancias concomitantes, ya que éstas funcionando como presión externa o defecto interno, eliminan la libertad de elegir del agente privándolo del dominio del hecho. Dicha libertad se mueve como elemento constante de la culpabilidad junto al dolo y la culpa, las que ya no se entienden como formas de culpabilidad integrada por el dolo, la culpa, la imputabilidad y las circunstancias concomitantes. ^{115/} Califica a la culpabilidad - pues, como reprochabilidad.

Posteriormente, desarrollaron las ideas de Frank otros autores, entre ellos Goldschmidt, para quien cada norma jurídica-- que requiera de una conducta exterior, supone tácitamente una -- norma de deber a la que el autor debe ajustar su conducta interna ya que su infracción constituye la culpabilidad. De ahí, que la norma se entiende infringida, cuando en razón de las circunstancias concurrentes, es exigible la adecuación de la conducta a derecho. Si ello no se produce no le será exigible. ^{116/}

^{115/} Para Frank, otro de los problemas de la doctrina dominante es considerar "la esencia de la culpabilidad en "una-- referencia al autor, a algo que está fuera de su personalidad" y la coincidencia que media entre el concepto de - culpabilidad por una parte y los de dolo o imprudencia -- por la otra. Ob. Cit., Pág. 11.

^{116/} Cfr. Juan Córdova Roda. Ob. Cit., Pág 28 y ss. Freudenthal dio también su aporte a esta teoría diciendo que la "exigibilidad constituye un requisito general de la culpabilidad, por lo que la no exigibilidad motiva, pese a la concurrencia de dolo o culpa, la exclusión de esta característica".

Esta concepción prueba que la culpabilidad no se establece con - la simple relación psicológica entre autor y resultado, habida - cuenta que, puede establecerse la relación psíquica y no obstante, faltar la culpabilidad. Esta posición conocida como normativa de la culpabilidad que señalaba las debilidades del concepto psicológico de la misma, no produjo la consecuencia que era de esperarse, es decir, la eliminación de los elementos psicológicos, pues la reunión en un mismo concepto de lo psicológico y lo normativo, lo valorado y la valoración se mantuvieron. 117/

Pronto vino la crítica a esta concepción, Von Weber dice: que "si situamos el actuar doloso en la antijuridicidad, extrayéndolo del ámbito de la culpabilidad y rechazamos más el principio de que todo lo objetivo pertenece a la antijuridicidad y lo subjetivo a la culpabilidad, deberemos contestar qué entendemos por culpabilidad: el objeto del reproche integrante de la culpabilidad, o el resultado de la antijuridicidad. Nosotros reprochamos al sujeto que se haya comportado antijurídicamente siempre que hubiera podido actuar conforme a Derecho. De este modo habremos distinguido la antijuridicidad de la culpabilidad ..." la culpabilidad se refiere al PODER, la antijuridicidad al BEDER 118/

117/ Cfr. Ibidem. Pág. 29. "La culpabilidad como característica del delito aparece integrada por elementos heterogéneos: psicológico, como dolo y culpa consciente. Normativos o valorativos como culpa inconsciente, imputabilidad y exigibilidad. Las antiguas formas o modalidades de la culpabilidad, dolo y culpa han pasado a ser elementos de un concepto heterogéneo de culpabilidad"

118/ Ibidem Pág. 30.

Esta construcción constituye el arranque para llegar a un concepto purificado de culpabilidad, pues la inclusión del dolo en la antijuridicidad permite definir materialmente a la culpabilidad como poder, aunque es notoria la relación que se produce entre esta concepción y la heterogena que mencionamos supra; pero no obstante, el aporte de Weber es relevante, sobre todo cuando establece una nítida separación entre antijuridicidad y culpabilidad con la introducción para su determinación de los criterios de deber y poder.

Finalmente, la separación entre valoración y objeto valorado, es producto de la obra de Frank Zu Dolna, pues para él, las dos características del delito, antijuridicidad y culpabilidad deben ser relacionados a la tipicidad, ya que la antijuridicidad descansa en la valoración del tipo objetivo. En este caso, el juicio valorativo se funda en la desaprobación que se dirigirá al agente cuando se determine de manera contraria a su deber, siendo que le venía impuesto un actuar conforme a derecho.

Se hubiera pensado que con estos actos se llegaría a un total entendimiento y aprobación de la teoría normativa de la culpabilidad, que lógicamente desplazaba de la doctrina jurídico penal el incompleto concepto proporcionado por Frank, Goldschmidt y Freundthal, más no fue así, y la configuración heterogénea de la culpabilidad sigue presente en los sistemas de Vons Liszt y Mezger.

Ellos sostienen la concepción de una culpabilidad integrada por la imputabilidad, el dolo, la culpa y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.

C) METODOLOGIA.FILOSOFIA DE LOS VALORES:

La filosofía de los valores, corriente del pensamiento, representada por los Neokantianos, se presenta en el Derecho Penal como complemento del positivismo de Franz Von Liszt y Ernest Von Beling. Exponentes máximos de esta escuela son: Windelband y Rickert, y se le conoció como Escuela de Baden (1883-1936). Para estos autores, la filosofía se concreta a una metodología científica y al análisis de la estructura lógica del saber. Su preocupación fundamental fue la elaboración de una metodología de la ciencia histórica. Para fundamentarla, ambos proceden a la separación entre "las ciencias de la naturaleza" y "las ciencias de la cultura"; contraponiendo los métodos que las dos utilizan. Rickert, por ejemplo, encuentra en la ciencia un sistema formal de conceptos creados por el pensamiento, y, aún cuando reconoce que su fuente se encuentra en la realidad, niega que esa realidad sea objetiva, pues " el ser—dice— de toda realidad debe entenderse como ser en la conciencia ^{119/} Además para él, las le-

^{119/} Cfr. Historia de la Filosofía. Tomo II. Pág. 161.

yes científicas no tienen significación objetiva, pues la ciencia natural no representa el conocimiento de la realidad y si - en cambio nos aleja de ella, ningún informe sobre el mundo real nos brinda, haciéndolo sí, del mundo de las abstracciones. Fue preocupación también de esta dirección filosófica, el conocimiento de los valores a los que consideró como algo que existía en forma independiente del sujeto. 120/

Como consecuencia de esta forma de razonar, las ciencias de la cultura proceden con sentido valorativo, no así las de la naturaleza, y, dentro de las ciencias de la cultura, tiene su asiento el Derecho Penal. Tanto la teoría valorativa como la del positivismo, arrancan de la misma realidad, configurando al Derecho como elaboración metodológica de conceptos, elaboración que es efectuada por el sujeto empírico en aplicación de las categorías: "formas sintéticas de la razón pura" a la realidad 121/. La teoría -ya lo hemos dicho- influyó al Derecho penal, especialmente a la dogmática de la acción y del tipo, encajándolos en la teoría valorativa propia de la realidad y de los conceptos,

120/ En tanto que la investigación de Kant, tiene por objeto las categorías del ser, la escuela sudoccidental alemana buscan do las categorías de todos los contenidos del pensamiento, se ocupó del problema del conocimiento en el ámbito de los valores. Cfr. Juan Córdova Roda. Ob. Cit. Pág. 32.

121/ "La crítica de la razón pura de Kant, se dirige a la demostración de que los límites de la experiencia sensorial constituyen los límites de todo razonamiento sólido acerca del mundo" John Lewis. Ciencia, Fe y Excepticismo. Pág. 20

quedando como consecuencia el derecho conceptualizado como una esfera de significados en los que la ley refiere los bienes a valores y fines. Valores entendidos, como intereses de la sociedad, de su cultura y sobre todo del Estado, en los que va incluida la economía, el Derecho y el arte. El fin, será el castigo a las conductas que dañan esos bienes. De ahí, que la descripción de esos comportamientos lesivos corresponda al tipo, para enseguida definir la antijuridicidad como lesividad social produciéndose una transformación del tipo, que de tal, pasa a ser tipo de injusto, no obstante, que la antijuridicidad se configura en relación estrecha al resultado, se introduce el criterio que establece que la dañosidad social se determina por elementos subjetivos. Es así como, con una posición dogmática que reniega del alcance cognoscitivo de la ciencia, con su patente irracionalismo en la intelección del mundo circundante; con su idealismo subjetivo y anticientífico al presentar al valor con independencia del sujeto, se encuentra influenciado a la ciencia penal, la filosofía de los valores.

El aporte de la filosofía de los valores a la ciencia penal, es el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo, ya que la antijuridicidad se tomaba como dañosidad social.

Se pensó entonces, que la dañosidad se vinculaba a presupuestos anímicos y es así como se introducen en el tipo estos elementos subjetivos. Primero en la antijuridicidad y después,

cuando se interpreta el tipo, como tipo de injusto, en la tipicidad, convirtiéndose el tipo en lesión de intereses, en contrariedad al deber. Función de la antijuridicidad, no será, como consecuencia, influir en el desvalor del resultado sino que en el de acto, y como la existencia de las causas de exclusión de la antijuridicidad dependen de ciertos elementos subjetivos, se reconoció la existencia a la par de los elementos subjetivos, de los subjetivos de justificación, razón por la cual se continúa concibiendo a la acción en sentido ciego y mecánico, concepción propia de los sistemas de Radbruch, Beling y Liszt, y entendiéndose a la culpabilidad como juicio de reproche sin despojarla de sus elementos dolo y culpa. El considerar a la acción integrada por toda una serie de objetos libres de sentido y valor — concepción de la realidad por la escuela de los valores— hace que la ciencia y su ámbito de relación con el Derecho penal sea el tipo, el cual no se integrará con los elementos fácticos de la realidad, pues será producto de una elaboración metodológica de esa misma realidad, es decir, constituirá una transformación. Por tal motivo, si se piensa así, no habrá obstáculo para que la acción sea considerada ciega y causal y el tipo como una característica que recoge en su seno a los elementos subjetivos y objetivos. Es la causa también por la cual la concepción normativa de la culpabilidad se vió imposibilitada de exiliar el dolo de la culpabilidad para ubicarlo correctamente en la acción y en el tipo. De la misma manera, que la concepción causal de la acción vedó la patente necesidad de ubicar la finalidad en la acción.

CAPITULO VII

LA SISTEMATICA FINALISTA METODOLOGIA

A) POSITIVISMO JURIDICO:

Al terminar la segunda guerra mundial, el positivismo jurídico entra en una decadente crisis que hace necesaria su revisión. Causa de la crisis, fue sin lugar a dudas las tristes experiencias dejadas por el nacional socialismo. Como consecuencia, la escuela sudoccidental alemana pretendió corregir los errores del positivismo e incluso superarlos. Sin embargo, no hizo sino complementarlos -- porque agregó a su contenido la valoración, es decir, le introdujo una esfera de valoración en la cual el derecho positivo se considera integrado por tres elementos: justicia, seguridad jurídica y utilidad, conceptos en los cuales subyace el concepto positivista -- expresado por Kant, en el sentido de que "el que puede imponer el derecho demuestra con ello que está llamado a establecerlo"

La revisión, se hace del principio metodológico de la Es - cuela sudoccidental alemana, que como hemos visto consideraba el - ser y el deber ser del derecho como dos esferas independientes. Dicha revisión no rindió los frutos esperados, pero sí dió como resultado el surgimiento del Derecho natural cuyo afán por siglos había sido, deducir la naturaleza del deber ser del derecho partiendo de la naturaleza de la materia de regulación del derecho, esto es, de la naturaleza de las cosas.

Para algunos filósofos la filosofía del derecho tiene dos bases: naturaleza del hombre y la naturaleza de las cosas. Sobre la primera descansa la idea del derecho porque su esencia es la razón siendo por lo tanto la idea del derecho basada en la razón, la razón misma, algo de valor universal, pero dice Kant, un valor puramente formal ya que no puede brotar y desarrollarse de manera espontánea todo un orden jurídico. El segundo, la naturaleza de las cosas, es un concepto añejo que cobró vigencia con Montesquí con su obra el espíritu de las leyes, en cuyo preámbulo dice "las leyes son las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas". De esta el legislador extrae la arcilla, la materia prima, el material del derecho que constituyen los factores reales de la legislación, vale decir, estados naturales sociales y jurídicos que modela previamente a someterlos a regulación. Por ejemplo: El hecho natural, es un fenómeno prejurídico que debe tomarse en cuenta para legislar así tenemos la rama del árbol que se extiende hasta la propiedad del vecino, fenómeno que debe regularse en aras de la buena vecindad; la rotación de la tierra que sirve para determinar plazos y términos jurídicos sujetos desde luego a la reglamentación del calendario; el dominio de la naturaleza por el hombre como el desarrollo de la técnica - de la que nacen nuevas materias y por lo tanto problemas jurídicos sujetos a regulación. Es entonces el hecho natural, embrión de las pre-formas sociales de las relaciones jurídicas que constituyen su materia dirigidas hacia las relaciones propias de la

vida, reguladas por el hábito la tradición, el uso, la práctica o la costumbre. La naturaleza de las cosas es esencia y sentido de las mismas, objetiva, que puede ser pensada como la de - terminación de una específica idea de valor sin solución de continuidad hasta la idea del derecho.

Radbruch ^{122/} define la naturaleza de las cosas como "el sentido que le corresponde a una relación fáctica de la vida, la expresión de una idea del Derecho que sirve de fundamento a este sentido"

B) ESTRUCTURAS LOGICO OBJETIVAS:

Extensa y profunda es la literatura sobre la naturaleza de las cosas. Sin embargo, lo importante para nosotros es encontrar el método para deducir de la naturaleza de las cosas, el sustrato de la regulación jurídica, su contenido trascendente - para el derecho penal para ya no definirla desde su relación con esa situación fáctica de la vida, desde ese todo social lleno de sentido dentro del cual se mueve el hombre. Se hará entonces, a partir de ciertos conocimientos antropológicos situación que lleva a

^{122/} Radbruch, Gustav. Introducción a la Filosofía del Derecho. Brevarios, Fondo de Cultura Económica, México 1951. Pags. 25 y ss.

Welzel a decir que el legislador para cumplir su cometido está sujeto a doble atadura, una la que corresponde a las leyes de la naturaleza física, y dos, la que corresponde a determinadas estructuras lógico objetivas. Es en esta última en la cual el legislador debe fijar su atención para los efectos de su quehacer pues de no hacerlo así, regulará falsamente porque las estructuras lógico objetivas no pueden ignorarse. 123/

Son estructuras lógico objetivas:

- a) El concepto ontológico de acción humana en tanto que ejercicio de actividad final, la que el legislador no puede cambiar o ignorar en su estructura ni el rol que juega la voluntad.
- b) La culpabilidad que hace obligada la consideración del error de prohibición, porque culpabilidad presupone haber podido actuar de acuerdo o conforme a la norma pues si el autor no sabía o se encontraba imposibilitado de saber que su conducta era antijurídica no obrará de manera culpable.

123/ Esta posición ha sido sostenida también por Legaz y Lacambra, afiliado al naturalismo crítico. Cuando justifica la vinculación del derecho a las estructuras lógico objetivas, dice parafraseando a Geny que hay un "Donne iusnaturalista en el Derecho con el que tiene que contar en cuanto construido" Filosofía del Derecho. 29 Ed. Edit. Bosch, Barcelona 1961, Págs. 213 y ss.

C) ASPECTOS METODOLOGICOS:

Hemos señalado ya, las causas metodológicas que han in - fluído para que, no obstante el desarrollo que se produjo respec - to de lo subjetivo en el tipo y la concepción normativa de la -- culpabilidad, se continuará sosteniendo la posición tradicional en la teoría del delito, es decir, concibiendo a la acción en -- sentido causal: tipo y antijuridicidad en sentido objetivo y a la culpabilidad inmersa en una mezcla de elementos psicológicos y normativos. Ahora bien, como la doctrina finalista se sirve - de fundamentos metodológicos distintos a los sustentados por a - quella teoría, tal proceder le ha permitido la construcción de una doctrina más apegada a los principios de la ciencia, sobre - todo si tomamos en cuenta los aportes originales de Kant y Aris - tóteles a la misma, cuyos principios fueron la base o anteceden - tes para una correcta caracterización de la ciencia. Con respec - to a Kant, no puede dejar de reconocerse la importancia de sus ideas para la metodología actual de la ciencia, ésto es, su con - cepción sobre el carácter sintético de los juicios de la ciencia y su esfuerzo por llegar al fundamento del carácter sintético del saber empírico científico natural, como del saber deductivo y ma - temático. Si bien es cierto, su solución se funda en el aprioris - mo, su crítica contra el racionalismo sigue latente, máxime si se toma en cuenta que existen corrientes filosóficas que para llegar a la verdad respecto de las ciencias deductivas, se esfuerzan por

aplicar criterios puramente analíticos.

La doctrina finalista hace su ingreso en el campo del Derecho penal en la década de los años treinta en forma balbuceante, mediante artículos publicados por Welzel, trabajos en los -- que recoge el pensamiento de otros autores, que una vez enriquecidos, se convierten en base y desarrollo de la moderna teoría -- finalista. Lógico es, que encierre diferencias metodológicas -- con respecto a la posición de la teoría tradicional, pues no olvidemos que ésta fue influenciada por la escuela sudoccidental a lemana la que consideraba a la realidad como un caos sin sentido, que sólo tomaba forma en la esfera conceptual mediante una transformación metodológica cuya efectividad resaltaba cuando se apreciaban las categorías de la realidad; por lo que la acción es -- concebida de modo causal, en tanto el tipo, que encuentra su razón de ser en la esfera conceptual, se considera portador de elementos subjetivos y objetivos. A contrario sensu, la posición me metodológica de Welzel, toma la realidad no como material caótico cuya ordenación requiere de la esfera conceptual, sino que como -- algo ordenado y lleno de sentido con existencia previa al Derecho. "La ley y la ciencia -- para Welzel -- no representan por sus formaciones conceptuales transformación metodológica de un material amorfo, sino que la descripción de un ser ya conformado. La ley, cuando determinados actos encierran un desvalor social los prohíbe y se concreta a describir el sector de la realidad representa

do por esos actos" 124/. Para la doctrina finalista, los conceptos jurídicos del material de la vida constituyen descripciones, a diferencia de la posición de la filosofía de los valores, para la cual el conocimiento crea el objeto. Para el finalismo se aprehende aquello que existe en forma previa e independiente de todo conocimiento, y es bajo esta concepción — naturaleza de la realidad y los conceptos—, como se estructura el método de la ciencia del Derecho penal moderno, ciencia que toma como punto de partida al tipo para descender a la esfera ontológica, pues ésta, se encuentra formada por la actividad humana que es a la que corresponde establecer la esencia de los actos, comprensibles del querer y el conocimiento.

La doctrina moderna, del Derecho Penal, ha sido influenciada por el conocimiento trascendental de Kant, la fenomenología de Husserl y el pensamiento de Nicolás Hartmann 125/ por ello, Welzel, critica las desviaciones en que incurre el Neokantismo ya que para Kant, la realidad, es ordenada por las categorías

124/ Cfr. Juan Cordova Roda. Una nueva Concepción del Delito. Pág. 37. "La ley no proporciona a los actos unidad y sentido sino que se limita a seleccionar aquellas unidades - que se muestran especialmente lesivas y merecedoras de pena para la vida social".

125/ La fenomenología es una variante de la filosofía moderna cuyos representantes son Husserl, Scheler, y Hartmann y se entronca con la filosofía de René Descartes y Aristóteles" Juan Manuel Terán. Filosofía del Derecho. Pág. 330. La filosofía fenomenológica es una doctrina idealista y su formulación sistemática se debe a Husserl (1859-1938). Mediante su idealismo subjetivo trataba de encontrar salida a toda costa del solipsismo.

rías que constituyen formas sintéticas de la Razón Pura, la que no debe ser confundida como lo hacen los Neokantianos con la razón del hombre, pues esta confusión fue la que condujo a la concepción de la realidad como caos, el que es ordenado por el entendimiento del hombre, es decir que, la realidad caótica se -- transforma por el hombre en la esfera conceptual de la ciencia, y de ahí, el manipuleo que hace de la causalidad. Cosa contraria sucede con la concepción trascendental Kantiana, para la que el conocimiento de la causalidad no constituye forma cognoscitiva propia del entendimiento humano, sino que ley lógica objetiva, independiente de nuestra existencia. "Razón pura no es la del hombre sino que la propia de un ser racional, no siendo como consecuencia los hombres quienes prescriben la normación de la realidad ^{126/}. Las formas en que se produce el conocimiento de esa realidad, son válidas porque las categorías de los objetos son exactas a las del conocimiento, están sujetas a una misma norma como lo son las categorías que tienen como principio a la razón pura. ^{127/}

En cuanto a la influencia de la fenomenología en la elaboración de la doctrina finalista de Welzel, es de importancia la distinción que ésta hace entre conocimiento y objeto, así como

^{126/} Cfr. Juan Cordova Roda. La Doctrina de la Acción Finalista Pág. 39.

-^{127/} Ibidem Pág. 39.

la utilización del método como esclarecimiento de la estructura esencial de todo lo que es. El pensamiento de Hartmann, en el sentido de que el conocimiento no crea, produce, o es alumbramiento del objeto, sino que es aprehensión de algo que existe antes del conocimiento, y por lo tanto, independiente del mismo, coadyuva a la vez en la construcción de la doctrina de Welzel.^{128/}

Estas escuelas filosóficas centran su atención en el estudio del proceso del conocimiento del hombre: objeto y resultado, e incluso en la búsqueda de las leyes que caracterizan tal proceso, y no les permitió un resultado positivo el no poder aislar el proceso del conocimiento, consistente en establecer y ordenar -- los hechos; a través de ellos arribar a la construcción de la gneoseología. Esta era, la meta perseguida por las dos escuelas filosóficas reconocidas históricamente: el empirismo y el racionalismo. Ambas explican de manera diferente el acto del conocimiento, objeto y resultado. Por ejemplo: los representantes del empirismo fundamentan el papel decisivo de los órganos sensoriales en la distinción de los objetos y en la obtención del conocimiento verdadero, y, bajo estas premisas estudian las posibilidades gneoseológicas de los órganos sensoriales; sus premisas o antecedentes y las condiciones bajo las cuales es posible obtener datos sensibles objetivos, para luego, a partir de éstos, elaborar los métodos de comprobación de las conclusiones teóricas con la ayuda de datos sensibles. En tanto, los representantes del ra

^{128/} Nicolás Hartmann. Metafísica del Conocimiento. Tomo I. Páñ 15.

cionalismo, absolutizan la función decisiva del pensamiento lógico en la obtención del conocimiento objetivo verdadero. Supeditan el estudio a las posibilidades gnosológicas del pensamiento, formulan reglas para satisfacer la secuencia lógica y la manipulación exacta de los conceptos en el proceso del conocimiento, el que se inicia según ellos, no con las sensaciones, sino que con los objetos exactamente formulados y los principios que permiten someter dichos objetos a un estudio sistemático para luego, obtener su conocimiento auténtico. Sin embargo, aun cuando existen diferencias entre racionalismo y empirismo, ambas analizan el proceso de conocimiento como forma particular de la actividad de la conciencia, es decir la base de proceso del conocimiento, lo explican partiendo de leyes y propiedades, reales de la conciencia.

La ciencia penal por su parte, no se mantuvo aislada de los razonamientos de estos autores y consecuentemente se imprimen en ella. Welzel los recoge y los aplica en la construcción de la doctrina finalista. De Hegel por ejemplo: toma su concepto de la culpabilidad en cuanto que ésta no es intencional y que en la culpa no es querido el resultado sin su posibilidad real. De Kantianos, como el psicólogo Honigswald, la intencionalidad como ordenación del pensamiento que rompe con la psicología de elementos o asociaciones y toma a la intencionalidad como categoría de la acción y de Hartmann, la estructura de la intencionalidad, cuando considera que el ámbito que rige el nexo final es amplio,

D) DESARROLLO HISTORICO DOGMATICO:

Se ha puesto de relieve los principios metodológicos - que inspiran a la moderna doctrina del delito. Tales principios, sientan las bases sobre las cuales se desarrolla todo un sistema penal, expuesto originariamente en escritos de Hellmuth Von Weber y Zu Dohna, y, posteriormente por Welzel, que a la -- postre, es quien estructura y sistematiza la moderna teoría del delito.

Weber, otorga su aporte desde la base de las conductas tipificadas como delito, y encuentra que junto a los tipos descriptos causalmente, es decir, junto a aquellos cuya producción del resultado realizan un cambio en el mundo exterior, se dan - otros en los cuales el legislador para describirlos toma en -- cuenta la finalidad perseguida por el autor. Como ejemplo de tipos en sentido causal se encuentra el homicidio. Aquí se incrimina la conducta de matar, es decir, causar la muerte. Atendiendo a la finalidad: perseguir la pieza en la caza furtiva. Confrontando estos ejemplos a fin de establecer la conducta típica, tenemos que, mientras matar equivale a causar la muerte, en la caza furtiva debe establecerse si la acción del sujeto va encaminada al cobro de la pieza, produciéndose como conclusión el aserto que necesariamente debe aceptar la dogmática penal en cuanto a que el legislador tiene ante sí dos caminos para configurar el actuar humano como antijurídico. primero: limitar la - norma al comportamiento externo y prohibir una conducta causal

para un resultado, y, dos: tomar como base el querer del sujeto y someter a pena el comportamiento dirigido a un resultado. La forma en que Von Weber, resuelve este problema, constituye antecedente importante para el posterior desarrollo de la doctrina finalista, conclusión a la que se llega cuando Weber se pregunta ¿Que debemos entender por culpabilidad? y, responde: si el objeto de reproche integrante de la culpabilidad resulta de la antijuridicidad, pues lo que reprochamos al sujeto es que se ha ya comportado contrariamente a la norma, siempre que hubiera podido adaptar su conducta a la misma; establece como consecuencia con este análisis, que la culpabilidad hace referencia al PODER, en tanto que la antijuridicidad al DEBER.

En cuanto al tipo culposo, se entenderá realizado imprudentemente cuando lesione el deber de cuidado relacionado con el resultado cuando se tenga la posibilidad de cumplirlo. Se produce pues, un doble reproche: no actuar como se DEBIA y PODIA. Así se separa el conocimiento de la antijuridicidad del do lo y aquella se incluye en la culpabilidad. ^{131/}

Grat Zu Palma, dice que lo esencial en la acción, es la realización de una voluntad, incluso, cuando la pena es consecuencia de un hecho no querido. Por ejemplo: la madre que en su sueño agitado ahoga al hijo, comete un delito, más no ha realizado acción alguna. Respecto de la tipicidad, hace una distin-

131/ Cfr. Von Weber. Citado por Juan Cordova Poda en una Nueva Concepción del Delito. Págs. 43 y ss.

ción entre el contenido del tipo objetivo cuya esencia es la ejecución o no de una acción, y el tipo subjetivo por la presencia o ausencia de dolo. Así como la omisión se agota en el no hacer y adquiere relevancia jurídica solo por la valoración a la que es sometida, el dolo adquiere relevancia en la representación de las características del tipo objetivo y no siendo la antijuridicidad cualidad de este último, el conocimiento de la conducta contraria al Derecho, no corresponde al dolo sino a la culpabilidad. ^{132/}

E) EL CONCEPTO DE LA ACCIÓN FINALISTA:

El antecedente más remoto de la doctrina de la acción finalista se encuentra en Aristóteles ^{133/}, es recogida por Tomás

^{132/} Ibidem. Pág. 45. En el año de 1929, Von Weber incluyó el dolo dentro de la acción típica y años más tarde (1933), Erik Wolff, decía que el concepto de acción debía recibir su significado de los tipos de autoría; el dolo y la culpa como formas psíquicas del acto de resolución, son relevantes para el concepto de acción no para el de culpabilidad. Stephan Glasser, que en ciertos casos el dolo pertenece a la acción antijurídica y Lange, en el año de 1935, señala que una teoría del delito que concibiera el tipo de injusto como la simple realización de un resultado antijurídico, debía forzosamente fracasar en la participación, particularmente en los delitos de intención. Hellmuth Mayer, considera el concepto de acción como principio de naturaleza final, lo que da lugar a que exista diferencia estructural entre el tipo de los delitos dolosos y el de los culposos.

^{133/} "Solo se comete un delito o se hace un acto justo cuando se obra voluntariamente, lo mismo en uno que en otro caso. Pero cuando se obra sin quererlo, no es uno justo o injusto, a no ser indirectamente, porque al obrar uno así, solo ha sido uno justo o injusto por accidente. lo que hay de voluntario o involuntario en la acción es lo que constituye la iniquidad o la justicia. Si la acción es voluntaria, es justificable y sólo por eso es una falta, es una injusticia." Aristóteles. Moral a Nicomaco. Págs. 145 y ss.

de Aquino en sus escritos y llega hasta Hegel, creador de la teoría de la imputación. Indudablemente, es recogida también por Hartmann posteriormente. La teoría de la imputación pierde vigencia en el siglo XIX cuando ingresan al campo del Derecho los principios de las ciencias mecánicas naturales, pues a partir de este momento, la acción se concibe como proceso causal exterior dividida en dos partes: una como proceso causal y la otra que sólo toma en cuenta el contenido de la voluntad, es decir como: "reflejo subjetivo del acontecer exterior en la psiquis del autor" 134/

La influencia aristotélica llega hasta Samuel Pufendorf, hecho que se constata cuando en su teoría de la acción señala que el acto humano no es cualquier movimiento proveniente de un hombre, sino aquel que es dirigido por las específicas capacidades humanas, es decir, por el intelecto y la voluntad pues sólo así puede ser atribuida a su autor como su obra 135/ Welzel, por su parte, desarrolla su concepto de acción final influenciado por Aristóteles y Hartmann y con los aportes de Weber y Zu Dohna. El primer artículo en el cual desarrolla su concepto de acción final se titula. "Causalidad y Acción", en el que sustenta una crítica al concepto causal de acción que como hemos visto,

134/ Hans Welzel. La acción Finalista. Pág. 18.

135/ Hans Welzel. Derecho Penal. Pág. 60.

se encontraba orientado por una concepción filosófica caduca que aspiraba renacer en Alemania. Posteriormente, en el año de 1938, publica otro artículo bajo el título de "La Estructura Fundamental de la Acción Delictiva"; para luego, rematar su obra con el libro "Derecho Penal Alemán", en el que sistematiza la moderna teoría del delito, y, en otros muchos artículos que escribió, se concretó a aclarar conceptos y ripostar a sus críticos.

Para Welzel, la naturaleza final de la acción, constituye una estructura ontológica que existe previamente a la valoración jurídica, que por lo mismo no puede ser mutada, habida cuenta que, el ser, no puede perder algo que le pertenece. Esto sólo ocurre en la doctrina penal clásica por la influencia que ejercía en ella la metodología aplicada por la escuela sudoccidental alemana. Esta estructura ontológica, también es denominada por Welzel como "lógico-objetiva", por considerar que preexiste a la labor descriptiva del legislador, es decir, porque fija los límites a su actividad creadora y se encuentran en todo el orden jurídico. Son "objetivas" o reales — dice Welzel — porque una vez conocidas, existen independientemente de toda aceptación o rechazo posterior y son "lógicas", porque su inobservancia trae aparejada contracción interna y falta de unidad en el orden jurídico" 136/.

136/ Hans Welzel. Lo permanente y lo Transitorio en la ciencia del Derecho. Revista mexicana de Ciencias Penales. Traducción del Doctor Moises Moreno. Pág. 204.

Con este razonamiento, Welzel, lanza por la borda las posiciones psicológicas del idealismo subjetivo, o sea, ya no es lo fundamental la vida psíquica individual sino que, la causalidad objetiva de los fenómenos sociales, pues el hecho existe antes del nacimiento de la norma y se encuentra por lo tanto, a disposición del legislador, o en su caso, ejerciendo presión sobre él.

El legislador que dicta leyes apartándose de estas estructuras, no hace sino emitir legislaciones falsas. Cuando Welzel dice que estas estructuras son "ontológicas", busca con ello evitar las confusiones de carácter axiológico que se pueden producir, pues entiende, que la ciencia del Derecho debe tener en todo momento, presente dichas estructuras, a efecto de que el legislador evite las contradicciones en la regulación efectiva del obrar humano y así pueda tener un criterio seguro para su ordenación valorativa de la vida en sociedad. ^{137/} Aplicando estas estructuras al campo penal, pone Welzel, como ejemplo de ellas, la estructura ontológica de la acción y la culpabilidad, superando así, los fallos contundentes de la teoría de la acción causalista, resabio del positivismo naturalista, y en lugar del concepto naturalista de acción, introduce el concepto de la "dirección final", que es la supradeterminadora

^{137/} Cfr. *Ibidem*. Pág. 221 y ss.

de la causalidad. De ahí en adelante, de igual manera como surgen críticos contra el concepto final de acción, más que todo oscurecidos por la introducción en la ciencia penal de un concepto - que ha hecho tambalear el concepto causal de acción que se creía inmovible, también porque muchos Ius Penalistas comienzan a interesarse por el concepto finalista de acción. 138/

La acción humana finalista es en consecuencia para Welzel, "ejercicio de actividad final" y por lo tanto también un acontecer "final" y ya no como en la teoría tradicional "causal". El hombre puede entonces, de acuerdo a la doctrina finalista, proponerse fines a discreción, seleccionar los medios necesarios y ponerlos en marcha conscientemente del fin es en ésto, - dice Welzel- "donde se encuentra la inagotable fuente de la creación cultural y civilizadora de la humanidad. 139/

Las acciones dirigidas finalmente y la adquisición del

138/ Bettiol en Italia en la segunda edición de Diritto Penale, Padúa 1950 manifiesta su deseo de revisar su sistema en -- postrera edición sobre la base del sistema finalista de Welzel. Entre otros autores italianos que se han interesado por la doctrina finalista de la acción se encuentra: Gallo. La Teoría del l'Azione Finalistica Nella piu Recente Dottrina Tedesca, Milán 1950. La Porta. La Teoría Finalistica della Condotta. Giustizia Penale, 1952. Santamaría. Prospetive del Concetto Finalistico di Azione, Napoles 1955.

139/ Hans Welzel. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una Introducción a la Doctrina Finalista. Pág. 25.

lenguaje son decisivos en el desarrollo del hombre ^{140/}.

La acción conforme a esta teoría, ya no es automática, es decir, un hacer por hacer, ciego, sin la previa fijación de una meta determinada, porque de ser así, los actos encajarían dentro de los resultados producto del azar. No, por esencia, la acción es finalista, es realización de una voluntad plerónica de sentido, dirigida a alcanzar objetivos previamente determinados, y, esa voluntad, en ningún momento puede separarse del contenido objetivo de la acción para que no pierda su valor de realidad. El hombre con sus limitaciones, y por su saber causal puede; "barruntar" los resultados de su conducta, asegurarse fines diversos y de acuerdo a su plan enderezar su actividad hacia la obtención del fin ^{141/} vale decir, que la acción es un comportamiento exterior evitable; algo que el autor podía evitar, y una conducta es evitable cuando puede dirigirse hacia la meta fijada. Un ejemplo aclara este aspecto. Veamos: la diferencia entre un asesinato y la muerte causada por un rayo. En el primero, los actos se dirigen a un fin predeterminado, éste es, el autor compra el arma, vigila a su víctima y escoge el lugar apropiado, apunta y aprieta el gatillo. Acción viviente. En el segundo caso, el resultado muerte es producto de los elementos causales, es decir, de la causalidad ciega.

^{140/} Hans Welzel. Lo Permanente y lo Transitorio. Pág. 206

^{141/} Hans Welzel. El Nuevo Sistema. Pág. 2.

F) LA ACCION DOLOSA:

Dos son las fases de la acción finalista: interna y externa. La primera se realiza en el pensamiento del autor y se inicia con: a) la anticipación, con el proponerse el fin que se quiere realizar. A ello sigue a partir del fin. Ejemplo matar al enemigo; b) La selección de los medios necesarios que aplica en forma planificada. Ocurre aquí lo contrario de como estructura la teoría clásica a la acción, pues en el literal "a" el sujeto ha determinado en su pensamiento la meta, en cambio en la pura causalidad, los factores causales, no aparecen determinados desde la meta pues el efecto que para este caso es la meta, constituye un resultado ciego de los factores causales. Ejemplo: el rayo que mata al hombre que transita por el campo, se produce como consecuencia de que entre hombre y nube, se ha establecido --tensión eléctrica de tal magnitud que produce la descarga. Esta tensión, puede establecerse entre nube y objetos, de donde si el objeto fue el hombre, el acontecer está condicionado causalmente en la cadena infinita del suceder, mismo que no estaba dirigido a ello. Ahora bien, en las acciones humanas, el que quiere matar selecciona en forma consciente los factores causales que conducirán a la meta predeterminada: comprar el arma, acecho, apretar el gatillo; c) consideración de los efectos concomitantes: los factores causales elegidos van siempre unidos a otro efecto además del fin perseguido" ^{142/}. Esto es, la capacidad del autor

de prever las consecuencias de su intervención causal, dirigirla en forma hacia el fin propuesto. Ejemplo: consideración de la muerte o heridos que se causarán en el momento del atentado a los acompañantes del enemigo o efectos concomitantes. Este proceso mental no se realiza desde la meta, hacia atrás como en la anticipación del fin, sino que hacia adelante partiendo del factor causal elegido para producir el efecto. La consideración de estos efectos concomitantes, puede hacer que el autor elija otros factores causales. Ejemplo: en vez de utilizar armas de fuego cu yos proyectiles causarán heridas a los acompañantes del enemigo; atacarlo con armas punzo cortante. En el caso de que no obstante haber considerado la producción de los efectos concomitantes (heridas a los acompañantes del enemigo) si utiliza arma de fuego opta por usar arma punzo cortante; pero instantes previos a la realización de la acción se decide el autor por el primer medio, (arma de fuego), definitivamente ha incluido en su voluntad de realización los efectos concomitantes.

La segunda fase, la interna, corresponde a la puesta en marcha de los medios seleccionados y se produce en el mundo real. "Es un proceso causal en la realidad sobredeterminado por la definición del fin y los medios en la esfera del pensamiento " 143/

Como consecuencia, si el resultado no se produce la acción encaja dentro de la figura de la tentativa.

Dentro de estas dos fases, externa (objetiva) e interna (subjctiva), que encierra la dirección final, se comprende el concepto óntico de conducta que es a la que Welzel denomina también estructuras lógico-objetivas, pues es el que se produce en la realidad, y por lo tanto, es al que se encuentra necesariamente vinculado el legislador, ya que la conducta humana tiene que ser recogida por la norma penal, y no es concebible que el Derecho pretenda regular conductas desconociendo la naturaleza de las mismas. Sin embargo, ello ocurre a menudo. Como consecuencia, la estructura final de la acción en ningún momento puede ser modificada mediante conceptos elaborados por el Derecho, pues su función se circunscribe a normarla y valorarla, más no violentarla. La acción finalista, es realización de la voluntad encaminada a la obtención de objetivos previamente determinados, voluntad que va inmersa en la acción y que por lo tanto, comprende el contenido objetivo de la misma. La voluntad delinea los factores objetivos-- de la acción y la dirige hacia la meta que es donde se realiza. He aquí pues, la razón por la cual el dolo pertenece a la acción en calidad de elemento subjetivo.

CAPITULO IX

EL TIPO PENAL

A) LA NORMA:

La norma no encierra un consejo o recomendación dirigida a los miembros de la comunidad, es sencillamente una orden general emanada del órgano competente para regular conductas. De ese carácter general se deriva que así debe ser su observancia, - ya que señala, en forma expresa, que modelos de conducta deben - observarse. Se componen de prohibiciones y mandatos. Prohíben acciones y las ordenan, de manera que la prohibición se viola realizando acciones positivas, en tanto que el mandato no haciéndolas. He aquí el concepto de acción y omisión. Por otra parte, la infracción a la norma puede ser voluntaria como sucede cuando se conoce y se quiere el hecho punible dando como resultado el delito doloso y no voluntaria, cuando no se guarda el debido cuidado para evitar la lesión, produciéndose el delito culposo.

Las normas jurídicas se integran con características universalmente reconocidas: estabilidad, uniformidad, exterioridad, coercibilidad y bilateralidad y las normas jurídico penales estricto sensu, se integran además, por los elementos precepto y sanción. El primero es regla de conducta prescriptiva o facultativa y la segunda es consecuencia jurídica que sigue a la infracción del precepto.

La doctora Olga Islas, ^{144/} indica que las normas jurídicas penales que se encuentran situadas en el mundo de la normatividad deben satisfacer, además de las características propias-- de toda norma jurídica, las específicas de "generalidad", porque van dirigidas a todos sin excepción, y de "abstracción", porque no se refieren a un caso concreto sino que a todos los que pueden realizarse durante su vigencia. "permanencia", porque subsisten a pesar de su cumplimiento o incumplimiento. Esta generalidad corresponde a la disposición penal concreta, a aquella en la que se encuentra determinada la conducta que se prohíbe, es decir, con - tiene los módulos de acción seleccionados en tipos a los cuales - se asigna una consecuencia jurídica.

Sólo de esta manera puede establecerse en forma objetiva que conducta se prohíbe: matar, robar, hurtar, adulterio, etc., y a la vez no se violenta el principio de la NULA POENA SINE LEGE, que la ciencia del Derecho penal ha reconocido desde la construcción de Bebing.

Cuando el legislador concretiza la materia de prohibi-- ción, otorga al ciudadano una garantía, que a la vez le sirve de guía, es decir, sabe que es lo que debe hacer y omitir, en tanto el juzgador sabe que es lo que debe castigar. Lo contrario sucedería con la promulgación de una norma de contenido general -- que solamente especificara que aquel que con su conducta lesione

^{144/} Cfr. Dra. Olga Islas de González Mariscal. Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida. Edit. Trillas. México, 1982. Pag. 13.

los bienes jurídicos de la comunidad será castigado con tal pena. Funcion esencial del Derecho penal, es la protección del orden jurídico, y como consecuencia, la represión de aquellas conductas que lo transgredan. Esos bienes jurídicos pueden ser, ya los que la sociedad reconoce generalmente como tales, bien aquellos a los que les otorga valor ético-social, o porque son bienes de la clase social dirigente, pues es esta la que erige en bien jurídico-- un interés. Es la convicción jurídica la que guía hacia la formación de un sistema de mandatos que dirigido a los miembros de la colectividad tiene como fin el mantenimiento del bien.

B) EL BIEN JURIDICO:

La misión del Derecho penal es la protección del orden jurídico, protección que se traduce en la represión a toda transgresión grave de ese orden. Este se transgrede por la lesión a los bienes jurídicos, que no son más que aquellos intereses que la colectividad valora como tales, es decir, aquellos que la sociedad jerarquiza, en la inteligencia de que el bien jurídico no es el objeto material de la acción, es, dice Maurach, "concepto general de referencia, a saber, el interés jurídicamente reconocido en un bien determinado, en su forma general de aparición" ^{145/}. Pero esta separación entre bien jurídico y objeto material, no es definitiva, habida cuenta que, a veces hay concurrencia, no en el campo estricto del Derecho, en tanto que producto causal de la --

145/ Reinhart Maurach. Tratado. Tomo I. Pág. 252.

realidad como sucede en la acción de matar en que la vida no só lo es objeto de la misma, sino que también es bien jurídico. Por ejemplo: el robo, hurto y daños. Aquí el objeto de la acción es la cosa, en tanto el bien jurídico es el juicio de propiedad y posesión. Los bienes jurídicos que las normas amparan no son -- por sí mismos Derecho, per se de valores sociales, motivo por el cual no encajan dentro del concepto individualista que de ellos tiene la sociedad; sin perjuicio claro está, de reconocerse la existencia de bienes jurídicos de naturaleza individual ^{146/}, debidamente amparados por el ordenamiento jurídico tales como la vida presente y futura, la integridad corporal, la libertad personal, el honor y el patrimonio, etc. y como bienes jurídicos de la comu nidad el orden interno y externo, la integridad de la familia, la honestidad, la seguridad del tráfico jurídico, la integridad del Estado, la Administración de justicia y aquellos que satisfagan intereses sociales de la sociedad. Por otra parte, el concepto de bien jurídico, no debe entenderse aislado de su titular, pues ello conduciría a vaciar su concepto y perdería su función, de su yo importante, como es el de ser medio de interpretación de la norma y el tipo. El bien jurídico constituye el núcleo de la nor

146/ " Los bienes jurídicos no deben ser considerados desde un punto de vista individualista y hay que separar claramente los bienes individuales de los de la comunidad. Sin embargo la norma misma puede declarar como inviolable un bien que es objeto de un derecho privado, y proteger así a quien lo detenta. Armin Kaufmann. Teoría de las Normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna. Pág. 14.

ma y el tipo, y por lo tanto se descarta la posibilidad de que - puedan existir delitos sin bien jurídico.

C) FORMACION DEL TIPO:

El ordenamiento jurídico tiene la obligación de concre - tar en forma objetiva las conductas que prohíbe, ésto es, robar, hurtar, matar, etc. De ahí, que el tipo sea la materia de prohibi - ción que contiene las características de la conducta delictiva: tipos cerrados. A la par de estos se encuentran los "tipos abie - tos", en los que sólo se describe parte de la materia de prohibi - ción y es al juzgador a quien corresponde completarlos. Ejemplo de esta clase de tipos son los culposos, pues en ellos sólo se encuentra descrito el resultado y para completarlos el Juez acu - de al criterio que le da la ley, es decir, al debido cuidado. La misma suerte corren los delitos impropios de omisión en donde -- queda abierto el ámbito de la autoría, correspondiendo al Juez - completarlos de acuerdo al criterio de la posición de garante^{147/}

147/ "Actualmente es común en el lenguaje de los tratadistas el u - so de las expresiones "posición de garantía", "Deber de garan - tía", y "relación de garantía", para referirse al deber jurí - dico de actuar. Todos ellos están directamente referidos -- con lo injusto del comportamiento, a la fuente misma genera - dora de la obligación que necesariamente tiene que encontrar se en el ordenamiento jurídico -aparte de los tipos- en su - íntegra complejidad, pues el siempre contempla los deberes y las cargas que se imponen por imperio coactivo, ya pertenezca al Derecho Público o al Privado, a las relaciones humanas (que crean los lazos generadores de deberes) o a la vida den - tro del núcleo social (que instituye vínculos recíprocos de seguridad ante determinados peligros). Luis Cossío Mac Iver. Derecho Penal Chileno. Pág. 300.-

La situación de estos tipos, parte descrita y otra que debe completarse es perjudicial para los efectos de la determinación de la punibilidad que debe hacer el Estado; pero a la postre es imprescindible, habida cuenta que responde a la naturaleza misma de la cosa, o sea, a la acción que se manifiesta de distintas formas, lo que motiva que no pueda ser encerrada en conceptos abstractos. Por otra parte, de ninguna manera sería prudente que el Derecho describiera sólo tipos dolosos marginando a los que adolecen de dolo, pues se desprotegería a un número de bienes jurídicos. La misión del Derecho — dice Welzel —, es extraer las valoraciones prejurídicas de la vida social y elevar algunas de ellas a normas obligatorias de conducta ^{148/}

El tipo en este sentido, describe las conductas como se dan en la realidad y la norma prohíbe la realización de las mismas. Cuando, no obstante la prohibición, la conducta se produce nace la contradicción con la norma, pero no por ello puede decirse que la conducta que realiza el tipo es antijurídica, será en todo caso antinormativa, porque para que sea antijurídica deberá previamente establecerse si la conducta no encaja dentro de un precepto que autorice a la misma como sucede en el caso de la legítima defensa cuya conducta es conforme a Derecho.

^{148/} Hans Welzel. Lo Permanente y lo Transitorio del Derecho. Págs. 209 y ss.

D) EL TIPO EN LA DOCTRINA FINALISTA:

Para Welzel, el tipo es la descripción de la materia de prohibición y por lo tanto, la realización del tipo constituye indicio de la antijuridicidad ^{149/}. Como defensor de la autonomía de la tipicidad, señala que los tres elementos que convierten una acción en delito son: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Estos elementos se vinculan mediante un encadenamiento lógico, lo que hace que el posterior presuponga el anterior, de donde la culpabilidad supone la responsabilidad del hecho, en tanto que la antijuridicidad estará concretada en tipos legales. ^{150/} La importancia de esta construcción tripartita del delito se centra en el hecho de que de todas las conductas que se dan en la realidad, el tipo recoge las que son trascendentales para el Derecho penal y a ellas asigna la valoración que las califica ya como ajustadas a Derecho, ya como antijurídicas. Esta función desempeñada por el tipo, le otorga la calidad de elemen-

^{149/} "En los afanes de superar la neutralidad valorativa del concepto de tipo de Bebing, nació la estructura bipartita del delito de Sauer y Mezger, para la que el tipo es antijuridicidad tipificada, en la inteligencia de que la causal no esté justificada por una causal de justificación, ya que de ser así, la acción es típica a pesar de su falta de antijuridicidad. Esta construcción bipartita, sólo es en apariencia, pues a lo que conduce es a un círculo vicioso en el que hay tipicidad posteriormente cuando se acredita la antijuridicidad y ésta se acredita cuando se determina la tipicidad. Hans Welzel. D. P.A. Pág. 80 y ss.

^{150/} Hans Welzel. Derecho Penal Alemán. Págs. 80 y ss.

to independiente del delito cuya existencia es previa al enjuiciamiento de la antijuridicidad y al reproche de culpabilidad. De ahí, que sea patente la profunda diferencia entre la construcción del tipo de la teoría tradicional y la finalista, pues para aquella de acuerdo con Beling, el tipo es simplemente descriptivo y como consecuencia, todo hecho que se produzca en la realidad para ser considerado delito sólo requerirá ser subsumido en el tipo. El Tabbestand, es objetivo y en su consideración no encaja ningún elemento subjetivo. Para Beling el elemento objetivo se consuma cuando la acción se exterioriza, en tanto el nexo entre actor y acción forman la culpabilidad,^{151/} como consecuencia, para que el hecho sea típico, basta con apoderarse de la cosa mueble, la valoración de apropiación y el ánimo de lucro se hará en la antijuridicidad y culpabilidad. En cambio, para el finalismo, el hombre planifica sus actividades de manera final, es decir, hace aplicación de la dirección finalista, que unas veces puede estar orientada a la realización de obras normales o significativas para la comunidad y otras a transgredir aquellas. Esta acción, es la que reviste importancia para el legislador y será la conducta a normar para que el Derecho Penal las califique de anti-

^{151/} Esta forma de concebir el tipo, libre de toda valoración fue seguida por muchos autores, entre ellos Jiménez de Asúa, para quien el tipo es la "abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley" Luis Jiménez de Asúa. Tratado. tomo III. Pág. 745.

jurídicas. En ocasiones serán acciones dolosas antijurídicas y en otras acciones libres de dolo, pero no por ello irrelevantes para el Derecho Penal pues las acciones finalistas no prohibidas deberán ser realizadas poniendo en ellas el cuidado debido a efecto de no encajarlas dentro de la esfera de los delitos culpables. Las conductas recogidas en los tipos conforme a la estructura ontológica de la acción, son las que el legislador selecciona y norma y pueden ser socialmente adecuadas o inadecuadas. Las conductas socialmente adecuadas se encuentran descritas en los tipos, pero siendo sus efectos insignificantes no son pasibles de pena, bien porque el medio social las encuentra provechosas, o porque es mínima la lesión del bien jurídico. Son daños- dice Roxin ^{152/}, que por menores no alcanzan la calidad de bien jurídico que necesite de protección. La persona que se apropia de un cerillo, o viceversa toma un cigarrillo, realiza una acción adecuada no obstante que se llenan los requisitos del tipo de hurto, pero no puede argumentarse la existencia del injusto. En cambio, las conductas socialmente inadecuadas conducen al desorden dentro de la comunidad por lo que el tipo las recoge y --prohíbe. Nos ilustran al respecto los siguientes ejemplos: el acto de engendrar es conducta socialmente adecuada en tanto no sea producto de una violación o incesto pues de ser así, la con-

152/ Cfr. Claus Roxin, Política Criminal y Sistema de Derecho Penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Editorial-- Bosch. Barcelona 1972. Págs. 53 y 55.

ducta es socialmente inadecuada. En los casos de conducta humana socialmente adecuada, la conducta se desenvuelve dentro de una esfera de libertad, no obstante pareciera inadecuada. El presunto heredero que impulsa al causante para que utilice un medio de transporte en la esperanza de que se produzca un accidente y coincidentemente se produce, el heredero no realiza una acción típica de homicidio, salvo que aprovechara la circunstancia de tener conocimiento que se produciría contra el medio de transporte un atentado. Este criterio se acepta como excluyente del delito por la mayoría de penalistas y la discrepancia existe en cuanto a su ubicación. Hay quienes la sitúan en la tipicidad, otros la consideran causa supra legal de justificación, o, como no exigibilidad de otra conducta. La doctrina finalista la incluye en el tipo pues éste contiene una descripción que tiene que ser valorizada.

El tipo es una descripción de la conducta prohibida por la norma. La descripción deberá adecuarse al hecho concreto para que podamos decir que es típico. Una vez subsumido el hecho en el tipo, ya podemos hablar de adecuación típica y diferenciarlo de otros conceptos de tipo. Por ejemplo: el tipo garantía que recoge los elementos propios del principio de legalidad y que condiciona la aplicación de la pena que en un momento dado puede no encajar dentro del principio de adecuación: la instancia privada o el desistimiento de los artículos 16 y 197 del Código Penal.

Tiene pues la teoría del tipo, una finalidad práctica desde el momento que permite establecer si la conducta realizada es la que prohíbe la norma, razón por la cual, la acción, es para la descripción elemento fundamental que permite establecer la diferencia entre los delitos que se realizan por acción pura mente corporal de aquellos en que la consecuencia es producto de ella. Ejemplo: el allanamiento del Artículo 206 del Código Penal es un delito de pura actividad en tanto que el delito de peligro del artículo 302 regula un delito de peligro concreto, es decir, una consecuencia porque la acción pone en peligro un bien jurídico: la salud. Será delito de peligro abstracto la instigación del Artículo 384 porque la acción no ha puesto en peligro el bien jurídico, pero sí le es peligrosa.

Diremos por último que en los delitos de lesión regula dos en el Artículo 145 y siguientes, la acción tiene necesariamente que producir lesión del bien jurídico ya que "integridad corporal y salud constituyen el bien jurídico protegido del cuerpo de la persona.

ESTRUCTURA DEL TIPO

A) TIPO OBJETIVO:

Welzel concibe la objetividad del tipo, como objeto de la materia de prohibición y establece en él dos momentos: uno -

el tipo objetivo y dos el tipo subjetivo. Estos momentos no suponen divorcio entre uno y otro, ambos se encuentran fuertemente vinculados, es decir, lo objetivo no es ajeno a lo subjetivo. Los elementos del tipo objetivo, son: la acción de realización, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, especiales medios de realización de la acción (en algunos tipos) y modalidades de lugar tiempo u ocasión (no en todos los tipos), nexo causal, objeto material y sujetos. Estos, los sujetos, quedan fuera del tipo, habida cuenta que son sujetos titulares del mismo, igual acontece con las teorías sobre el tipo de autor y los anexos del tipo.

B) SUJETOS DEL DELITO:

Sujetos del delito solo puede ser la persona humana, pues solo ella puede concretizar el tipo penal, por su actuar doloso o culposo. Es ésta la razón por la cual la dogmática jurídico-penal sitúa en la base de su construcción del delito a la acción. Aquellos estadios de la humanidad en la que los animales eran considerados sujetos del delito han sido superadas indudablemente. Actualmente la polémica se centra sobre las personas morales en cuanto a, si pueden ser consideradas sujetos activos del delito y al respecto la opinión dominante se pronuncia por la incapacidad de acción, de culpabilidad y pena a esta categoría de personas. 153/

153/ Cfr. Gonzalo Rodríguez Morullo. Derecho Penal Parte General Madrid, 1978. Pág. 228.

Posición según nuestro punto de vista correcto, ya que es el hom
bre quien roba, hurta, sustrae y mata y como consecuencia, en --
tanto que hombre, se encuentra sujeto a la eficacia material del
Derecho Penal. Sin embargo, este concepto ve restringida su ge-
neralización por aquellos delitos que limitan la esfera de ac-
ción del autor como en el caso de los delitos de propia mano, en
los cuales, sólo es autor quien ejecuta por sí mismo la acción.
Su relevancia resalta en el desvalor de la acción. Son delitos -
de propia mano o también denominados especiales en sentido amplio
el incesto realizado por el pariente, y los terceros sólo pueden
concurrir a la ejecución en calidad de participes por la senci -
lla razón de no estar cualificados para realizar la acción. No
podrían los terceros ser coautores o autores mediatos de incesto
si no son parientes de la víctima. Otro grupo corresponde a los
autores de delitos especiales en sentido estricto y son aquellos
en los cuales la esfera de acción se encuentra limitada por la-
ley y no a priori como en los de propia mano. Estos son los de-
litos de los funcionarios públicos como por ejemplo, el prevari-
cato (conecho), anticipación y prolongación de funciones, aban-
dono de funciones públicas y las faltas. En estos casos, la au-
toría tampoco puede imputarse a los terceros. La doctrina colo-
ca junto a los delitos especiales en sentido estricto, los espe-
ciales en sentido amplio: abusos de autoridad, Artículo 418 Códig
go Penal, detención irregular Artículo 424 y la malversación y
Peculado Artículos 445, 447. Cualidades de estos delitos es que-

pueden ser cometidos por cualquiera, agravándose la pena de acuerdo a la esfera del autor.

C) MEDIOS PARA LA REALIZACIÓN DEL TIPO OBJETIVO:

Para que la acción sea considerada adecuada al tipo, se requiere que el autor haya hecho uso de ciertos medios o instrumentos para su ejecución. Por ejemplo en la usurpación, artículo 256 del Código Penal de Guatemala * son medios la violencia, el engaño, abuso de confianza o clandestino. Como consecuencia, la adecuación típica no se produce por el simple despojo de la posesión, necesariamente deben concurrir los medios indicados. En el homicidio calificado, los tipos se refieren a los medios cuando mencionan el uso de veneno, inundación, incendio, explosión, desmoronamiento y derrumbe, Artículo 132, fracción 3o. C.P. En la violación, la violencia, mujer privada de razón o de sentido, incapacitada para resistir, ser menor de doce años. Artículo 173. C. P. Estos son casos en los cuales los tipos realzan la importancia de los medios para su caracterización; pero existen otros en los cuales la ausencia o descripción del medio modifican la denominación del delito y la pena. Por ejemplo, en el caso de la violación cuando no concurre el medio violencia física o moral, la figura será de estupro, aún cuando preexistan los otros medios "i--

* en lo sucesivo el Código Penal de Guatemala se identificará con las Siglas C.P.

nexperiencia u obteniendo la confianza" Artículo 176. C.P., en el robo, la ausencia de "violencia o intimidación" Artículos: 251 C.P., modifican la denominación tipificándose el delito de hurto. En la estafa, medio es el engaño Artículo 263 C.P. Por otra parte, la ley hace referencia a ciertos medios, que utilizados para realizar la acción, agravan el delito como por ejemplo el asesinato del artículo 132 Fracción 3o. de nuestro Código Penal.

D) DESARROLLO DE LA ACCION:

El desarrollo de la acción, se corresponde con el instante en que señalan algunos tipos la acción debe ser ejecutada para su adecuación y que a la vez fundamentan agravaciones del delito. Entre algunos casos podemos citar: el infanticidio que -- consiste en matar al hijo durante su nacimiento o antes de que -- haya cumplido tres días (Arto. 129. C.P. Este es un caso en que de manera inexplicable se atenua la pena en el homicidio pues asigna menos valor a la vida de un infante con tres días de nacido que a uno de cuatro. Otros tipos que señalan el instante en que la acción debe ser ejecutada son los que se cometen en el territorio de la República (Arto. 4o. C.P.): obrar en despoblado (Arto. 27 fracción 15. C.P. El tiempo de la acción también hace referencia a los elementos meramente descriptivos del tipo como sucede en la "prolongación de funciones públicas" Arto.427.C.P. En este caso el delito que se tipifica es el de usurpación de -

funciones habida cuenta que el sujeto ya no es funcionario.

E) POR EL LUGAR DE LA ACCION:

Se refiere al lugar donde se realiza la acción como por ejemplo el lugar donde se comete el hurto o robo agravado que constituye circunstancias que agrava el delito Artos. 247 Fracciones 3o. y 11 y 252 Fracción. 1o., 5o., y 6o. del Código Penal. Otro caso sería el que se refiere al objeto de la acción que por cierto, debe tenerse cuidado para deslindarlo de lo que constituye el bien jurídico protegido propiamente dicho. Por ejemplo: en el delito de daños que tipifica el artículo 278 del Código Penal en el que la lesión al bien jurídico se realiza por la lesión de un objeto, vale decir, la destrucción o inutilización de un bien de ajena pertenencia, pero el bien jurídico propiamente dicho, es la propiedad.

ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO

A) ELEMENTOS DE VALORACION EMPIRICO-CULTURAL

La parte más importante del tipo es sin lugar a dudas la materia de descripción; pero dentro del mismo se encuentran algunas características que requieren de análisis valorativo y cultural y son aquellos que no siendo fácilmente absorbidos por los sentidos se hace necesario captarlos mediante un acto de valoración; ellos son los elementos normativos del tipo y son tan nume-

rosos que según Erick Wolf, todos poseen ese carácter normativo, en tanto que conceptos jurídicos, conceptos valorativos teleológicamente elaborados. Algunos elementos normativos del tipo se valoran mediante juicios sustentados en normas que reconocen --- un fundamento empírico-cultural, estos son los elementos descriptivos. Como por ejemplo: la calidad de "honesto" en el delito de estupro (Artos. 176, y 177 C.P. En los que corresponde al -- Juez realizar el proceso valorativo conforme a normas y disposiciones vigentes no pertenecientes precisamente a la esfera del - Derecho. 154/

B) ELEMENTOS DEL TIPO DE VALORACION JURIDICA:

A la par de los elementos que requieren de valoración empírico-cultural, operan los que para su valoración se apoyan en -- normas jurídicas como: "cosa ajena", "documento público", "funcionario", deshonra o descrédito o menosprecio". Como ejemplo de valoración jurídica, pone Bacigalupo ^{155/} el caso de cheques sin -- fondos porque la expresión "cheque" no es una cosa que pueda percibirse por medio de los sentidos ya que requiere de valoración jurídica. Explica que por los sentidos percibimos un papel, pero su -- significación en tanto cheque no lo captamos mediante el tacto, el

154/ Cfr. Mezger. Tratado. Tomo I. Pág 390.

155/ Cfr. Enrique Bacigalupo. Elementos de la teoría del Delito. Pág. 40.

el oído o la vista y de ahí la importancia de la volaración jurídica, ella determinará si es o no cheque.

C) POSICION DE LOS PENALISTAS

Expresar un concepto preciso sobre los elementos normativos, es un tanto difícil porque se entrecruzan éstos con los estrictamente descriptivos, y sobre todo, porque existen algunos elementos normativos que se encuentran en los tipos y que no corresponden a él; ubicándose en la antijuridicidad de la acción. El quid del problema está en la dificultad de establecer una línea divisoria entre los elementos normativos estricto sensu y aquellos que corresponden a la antijuridicidad. Para Jiménez Huerta ^{156/} tipos auténticamente normativos son los que aluden en forma especial a la antijuridicidad de la conducta descriptiva en el tipo, es decir, hacen referencia a su fundamento como cuando se expresa "sin justa causa" "sin derecho", "ilícitamente", "sin permiso de la autoridad", y que de paso considera como alusiones redundantes que los elementos normativos hacen de la antijuridicidad. Jiménez de Asúa, ^{157/} señala que por elementos normativos de los tipos solamente debe considerarse a los que se refieren a un criterio cognoscitivo, o una valoración empírica-cultural como sucede con los conceptos "verdad o falsía", "deshonra"

^{156/} Cfr. Mariano Jiménez Huerta. La Tipicidad. Editorial Porrúa S.A. México, 1955, Págs. 78 y ss.

^{157/} Cfr. Luis Jiménez de Asúa. Tratado. Tomo III. Pag. 893 y ss.

y "menosprecio".

Para la Doctrina Finalista, cuando se hace referencia a las circunstancias del hecho, la ley describe específicas conductas que se producen en el ámbito social y de ahí que, en los conceptos: "matar al hombre", "apropiación de cosa mueble ajena", "fabricación de documento falso", una parte es comprensible por los sentidos, en tanto otra solo de manera intelectual. Por -- los sentidos son perceptibles los conceptos "hombre", "cosa", "mueble", "matar". En tanto que por comprensión intelectual y de manera parcial por medio de los sentidos son perceptibles -- las circunstancias normativas del hecho, tal es el caso de los términos: "ajeno", "falso", "documento", "falsificado" ^{158/} Cuando Mayer descubre los elementos normativos en los tipos -- -- dice Welzel-- debió arribar a una peligrosa duplicación del sentido del concepto "libre de valor" del tipo y cuando los -- caracterizaba por percepción sensorial mayoraba el tipo bajo -- influencia naturalista y por ello su equívoca al considerar que los elementos normativos del tipo se encajaban en él, y si, en la antijuridicidad. Dicha duplicación condujo erróneamente a Mayer a tomar los elementos normativos del tipo como impropios del mismo y propios de la antijuridicidad. Sin embargo, los elementos normativos: "ajeno" y "documento", tienen mucho y nada que ver con la antijuridicidad, como los elementos descriptivos "hombre", "cosa", "cuerpo", etc. etc. son caracteres 158/ Cfr. Hans Welzel. Citado por Mac Iver. Op. Cit. Pág.572.

de la antijuridicidad, son en todo caso, componentes de sentido de los tipos, y su expresión que es el mundo social de las acciones pertenece a una realidad significativa y no a realidades naturalísticas carentes rotundamente de sentido. Como consecuencia, no puede hablarse de tipos neutros, porque cada tipo es producto de la selección de conductas llenas de sentido que el legislador toma en cuenta para formarlo, razón por la cual la realización del tipo no siempre es antijurídica, es más que todo, indicio de antijuridicidad, porque ésta, no es elemento del tipo, es en todo caso objeto de valoración. Welzel, no hace una separación ostensible entre los elementos normativos de los tipos y su contenido referidos a la antijuridicidad. Para él los primeros serán elementos objetivos del tipo que van incluidos en el dolo para que pertenezcan a la antijuridicidad, aquellos elementos que requieran de estimación emanada del orden jurídico-global, como serían los términos: "válido jurídicamente", "conforme a Derecho", "competente", "sin autorización" y "sin permiso de la autoridad". ^{159/} En cambio para Maurach, estos términos buscan caracterizar el proceso total descrito en el tipo que sea comprensivo en forma general del injusto, es decir, entiende que funcionan como características generales de los delitos.

^{159/} Hans Welzel. Derecho Penal. Pags 82 y ss.

ELEMENTOS NORMATIVOS DE LOS TIPOS EN LA LEY

A guisa de ejemplo citamos a continuación algunos elementos normativos estricto sensu y aquellos que requieren de valoración empírico cultural, contenidos en los tipos del Código Penal guatemalteco.

A) ELEMENTO NORMATIVO ERICTO SENSU:

En el allanamiento de morada: "Sin AUTORIZACION", (Arto. 206, C.P.G.); Coacciones y amenazas: "LEGITIMAMENTE AUTORIZADO" (Arto. 215. C.P.) Sustracción de correspondencia: "QUIEN INDEBIDAMENTE" (Arto. 218. C.P.G.) Publicidad indebida: "SIN LA DEBIDA AUTORIZACION" (Arto. 222. C.P.G.); Revelación de Secreto Profesional " Quien sin JUSTA CAUSA" (Arto. 223 C.P.G.) Hurto: "SIN LA DEBIDA AUTORIZACION" (Arto. 246. C.P.G.); Hurto de Uso: "SIN LA DEBIDA AUTORIZACION" (Arto. 248 C.P.G.); Hurto de fluidos; "Quien ILICITAMENTE" (Arto. 249. C.P.G.) Hurto Impropio: "LEGITIMAMENTE" (Arto.250. C.P.G.); Robo: "Sin la DEBIDA AUTORIZACION" (Arto. 251 C.P.G.) Usurpación "aprovechamiento ILICITO"; (Arto. 256 C.P.G.); Alteración de Linderos: " Aprovechamiento ILICITO" (Arto. 258. C.U. Usurpación de Aguas: " Aprovechamiento ILICITO" (Arto. 260 C.P. Despojo de cosas inmuebles o de aguas:

Casos especiales de Estafa. Recaudación de colectas: "USO INDEBIDO", "SIN AUTORIZACION" (Arto. 264 fracciones 18 y 19 C.P.; Estafa mediante Destrucción de Cosa Propia: "PROVECHO INDEBIDO" (Arto. 265. C.P., Estafa de Fluidos: "Quien aproveche INDEBIDAMENTE" -- (Arto. 270. C.P. Siembra y cultivo de Plantas Productoras de Sustancias Estupefacientes. "Quien sin estar autorizado" (Arto. 306 C.P.G.), "Quien ILEGALMENTE", (Arto. 307 Fracciones 1, 2o. y 3o.) Inhumaciones y exhumaciones Ilegales: "CONTRAVINIENDO LAS DISPOSICIONES sanitarias" (Arto. 311. C.P.G.): falsificación de moneda "Quien ILEGITAMENTE" (Arto. 319. C.P.) Uso indebido de Uniformes e Insignias: "INDEBIDAMENTE" (Arto. 339. C.P.) Explotación Ilegal de Recursos Naturales: "Quien sin estar DEBIDAMENTE AUTORIZADO" (Arto. 346. C.P.) Delito Contra los Recursos Forestales: "Quien -- CONTRAVINIENDO LAS PRESCRIPCIONES LEGALES" (Arto. 347. C.P. Violación de inmunidades: "QUIEN VIOLARE LAS INMUNIDADES" (Arto. 374 C.P.) Delitos Contra los Deberes de Humanidad: "Quien VIOLARE O INFRINGIERE" (Arto. 378 C.P.) Depósitos no Autorizados: "Quienes sin estar AUTORIZADO LEGALMENTE" (Arto. 402 C.P.) Tráfico de Explosivos: "QUIEN ILEGALMENTE" (Arto. 404. C.P.) Portación ilegal de Armas: " Sin estar LEGALMENTE AUTORIZADO" (Arto. 405 C.P.) "Entrega INDEBIDA de Arma" (Arto. 407. C.P.) Delitos cometidos por Funcionarios o por Empleados Públicos Abuso de autoridad "OR DENARE cometiera cualquier ACTO ARBITRARIO O ILEGAL" (Arto. 418 - C.P.), "Sin CAUSA JUSTIFICADA" (Arto. 412 C.P., "sin haber cumplido las FORMALIDADES LEGALES" (Arto. 426. C.P., "Cesar CONFOR-

ME A LA LEY" (Arto. 427, C.P.) Prevaricación: "Resoluciones contrarias a la ley (Arto. 462. C.P.).

B) ELEMENTOS NORMATIVOS DE VALORACION EMPIRICO-CULTURAL:

Se encontrarán comprendidos en los tipos bajo expresiones como las siguientes: ascendientes, descendientes, ascendiente consanguíneo, para el caso de parricidio, Arto. 131 C.P.: En la injuria: "deshonra", "déscredito o menos precio" Arto. 161 C.P.; Violación: "yacer, de igual manera en el estupro "honesta" Arto. 176 C.P. Abusos deshonestos: "abuso deshonesto" Arto. 179 C.P. Corrupción de menores: "corrupción" Arto. 188 C.P. Allanamiento de morada: "morada" Arto. 206 C.P. Sustracción de menores: "tutor" Arto. 209 C.P. Hurto: "cosa mueble" "habitación o morada" Arto. 246 C.P. Usurpación: despojo, bien inmueble Arto 256. C.P. Apropiaciones indebidas: "bien mueble", "depósito", "Comisión" Arto. 272 C.P. Contravención de medidas sanitarias: " infringa las medidas" Arto. 305 C.P. En la inducción: " instigar " Arto. 394 C.P. Falsificación de moneda: "curso legal" Arto. 313 C.P. Equipación de documentos: "Título de Crédito", "nominativos o ala orden", "letras de cambio" , "Títulos transmisibles" Arto.324 --- C.P. En la especulación: "moneda de curso legal" Arto. 342 C.P. Quiebra fraudulenta: "comerciante" Arto. 348 C.P. Competencia -- desleal: "Maquinaciones fraudulentas" Arto. 358 C.P. Revelación de Secretos: Revelare Secretos. Arto. 355 C.P.

Los elementos normativos del tipo, ya sean de valoración jurídica estricto sensu, o sujetos a valoración empírico-cultural, son producto del deseo del legislador de que el juzgador en sus -- resoluciones se remita al conocimiento y sustrato de los conceptos de Derecho e injusto. Algunos autores justifican la existencia de los elementos normativos de tipo en el sentido de que permiten evitar los embrollos que producen con respecto a la antijuridici ---- dad ^{160/} Sin embargo, otros autores los consideran como anormales por el hecho de que responden a elementos que no son propios de la tipicidad sino que de la antijuridicidad, entre ellos Jiménez de - Asúa ^{161/} para quien son impaciencias del legislador que no satis fecho con realizar una descripción objetiva, inserta anticipada - mente la valoración normativa. Por el contrario Mac Iver ^{162/} riposta que los elementos normativos no son producto de la impa -- ciencia del legislador sino que afán de protección de las garan -- tías individuales, aún cuando los mismos no correspondan a los ti -- pos. Son, si se quiere, dice, fútiles e innecesarios "puesto que de -- cualquier forma frente al silencio de la ley, la conducta justa, debidamente autorizada, conforme a Derecho etc, elimine su antiju -- ridicidad". Para Welzel, aunque, la antijuridicidad se encuentra mencionada en la ley no es elemento del tipo, habida cuenta que persiste como una forma de valoración del mismo ^{163/}

160/ Cfr. William Sauer. Derecho Penal Parte General Pág. 111

161/ Cfr. Luis Jiménez de Asúa. Tratado. Tomo III. Pág. 889.

162/ Luis Cousiño Mac Iver. Ob. Cit., Pág. 224.

163/ Cfr. Hans Welzel. Nuevo Sistema Pág. 116.

RELACION DE CAUSALIDAD

El problema de la causalidad fue desconocido por el Derecho Romano, Canónico, y Alemán. El Derecho común lo aplicó solamente para casos de homicidio y lesiones.

La relación de causalidad es más que todo un vínculo - que se establece entre acción y resultado, es decir, el resultado es consecuencia de un hacer o no hacer. Ejemplificando, se - podría decir, que no es, suficiente acreditar que Juan incrustó el filoso puñal en el vientre de Pedro, lo importante será constatar, que la lesión la causó el arma. Como consecuencia, el concepto de causalidad no es concepto jurídico, sino que razona miento lógico, una forma de nuestro conocer que no es originada por la experiencia sino que aplicada a la misma. Persigue, do meñar la experiencia mediante el proceso de actividad del pensa miento, en estrecha dependencia con el razonamiento jurídico, y en aras de la unidad entre el mundo de la experiencia y el pen samiento científico. Partiendo pues, de éstas premisas, el con cepto de causa que maneja el Derecho Penal, no se corresponde - con el metafísico-filosófico del Estagirita, es decir como cau- sa eficiente impulsora de la causa final, formal u ocasional. Por ello, no es correcta la posición de los autores que argumen- tan que en tanto se somete a estudio el hecho en sí, el nexo cau sal establece la participación del sujeto, pues con ello, en forma naturalística se anticipa el juicio de autoría, cuando -

para llegar a la calificación se requiere del juicio deontológico que haya abarcado todos los elementos del delito. Decir por ejemplo, que Juan es autor de un delito (incrustó el filo punal en el vientre de Pedro) representa un valor objetivo y material, hecho que no justifica la calificación precipitada de que es autor del delito, porque para la ciencia jurídico-penal, mientras no se realice la calificación deontológica de un delito, el mismo no existe ^{164/}. La causa es tan solo acontecer físico no adecuada para generar efectos jurídicos, pues no se ubica dentro de la esfera del Derecho. Por lo mismo, el finalismo no reconoce a la causalidad como concepto jurídico, la concibe como categoría del ser pues entiende que no es vínculo ni ligamen producto de la imaginación, sino que es bonamiento del suceder real, algo que no siendo perceptible si es susceptible de ser aprehendido por el entendimiento y así su realidad. Por tal motivo para Welzel, "el derecho tiene que partir de este concepto causal ontológico, y no existe ninguna causalidad jurídica especial ^{165/} Pero vale la pena aclarar la vez, que estos juicios no son exclusivos del finalismo, pues ya Belling se había manifestado al respecto. Decía que: "establecida la existencia de un vínculo causal entre movimiento y resultado típico, no representaba la responsabilidad penal (puridad) en tanto que sólo --

^{164/} Cfr. Luis Cousiño Mac Iver. op. Cit. Pág. 344 "el causante de la acción es actor (no autor) portador de un valor ontológico, mismo que debe someterse a análisis posteriormente mediante juicio deontológico.

^{165/} Hans Welzel. Derecho Penal. Pág. 66

era afirmación de uno de los elementos de los que la responsabilidad depende. Concluía diciendo, que el aserto sobre la existencia de una causación (imputatio física) no establece la anti-juridicidad de la acción, como tampoco la culpabilidad. ^{166/}
La imputatio física, término utilizado por Carrara ^{167/}, no contiene valoración jurídica alguna; por el contrario, la culpabilidad es un concepto jurídico normativo, referido a la faz interna en tanto la causalidad es descriptiva y se encuentra en el campo externo.

A) TEORIAS SOBRE LA CAUSALIDAD:

Las teorías sobre la causalidad han sido desarrolladas modernamente por los juristas alemanes y todos han incurrido en el error garrafal de explicarlo desde un punto de vista jurídico. Como consecuencia, proliferan las teorías al respecto. Pero conveniente es señalar, que entre ellas no se suscita polémica arduosa, por la sencilla razón de que pueden pacíficamente coexistir al no producirse enfrentamiento. Concretamente, en la práctica, dos son las que sobresalen: La teoría de la Equivalencia de las Condiciones (conditio sine qua non) y Teoría de la Adecuación. (Condición Adecuada).

^{166/} Cfr. Ernest Von Belling. Esquema del Delito. Pág. 61

^{167/} Francesco Carrara. Programa. Pág. 34.

B) TEORIA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES:

Originalmente la postuló el filósofo Jhon Stuart Mill manejando el concepto de causalidad desde el punto de vista de las ciencias naturales, es decir, considerando que todas las -- condiciones positivas de un fenómeno . son por igual agentes y, por igual activos, lo que significa que todas las condiciones equivalen a causa. Estos principios fueron acogidos por el Magistrado Maximiliano Von Buri, quien los llevó a la práctica jurídica. Explica Von Buri, que no es procedente establecer -- distinciones entre las condiciones esenciales y no esenciales del resultado, pues las fuerzas que coadyuvan al mismo son esenciales y de ahí que todos se deben de tomar en cuenta. Es así como el sujeto, que realiza cualquier condición de tales fuerzas, hacia la obtención del resultado fijado, responde de él. De ahí que, la equivalencia de las condiciones sea para Buri, tanto equivalencia causal, como igualdad en el concepto jurídico 168. Para constatar las relaciones causales, así como para

168/ Cfr. Edmundo Mezger. Tratado. I.I. Pág. 227, Dice que la afirmación en el sentido de que Buri haya recogido el concepto de causalidad de Estuart Mill, no es correcto, pues este mantenía una concepción empirista y aquel siempre se declaró partidario del indeterminismo. Se abona al criterio de Mezger, el hecho de que Buri nunca citó en sus obras a Mill, presumiéndose como consecuencia que no conoció su obra; lo que parece difícil porque Mill ejerció influencia decisiva en el pensamiento del siglo XIX.

excluir la falta de causalidad, parte esta teoría del concepto causal ontológico y utiliza para ello una fórmula eurística, por medio de la cual resuelve que es causa la condición que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado (conditio sine qua non). De acuerdo con este razonamiento, la concurrencia de otras circunstancias en la persona agredida no es relevante para negar el nexo causal. Por ejemplo: el golpe dado a la víctima en un ojo, a consecuencia de lo cual pierde la vista, hace responsable al sujeto activo, no obstante que la víctima venía padeciendo de una enfermedad que irremisiblemente lo conduciría más tarde a la ceguera. De ahí, que para esta teoría la preexistencia de la enfermedad ninguna importancia tiene y suficiente es, que la acción haya sido condición para el resultado ^{169/} Sin embargo, principal mérito de esta teoría es el hecho de haber aclarado el concepto de causalidad y con ello, logrado a la vez, determinar el límite mínimo de responsabilidad penal al no poderse prescindir in gente de la condición sin que desaparezca el resultado. Por eso dice Mezger, que el concepto de causalidad es invariable cuando se busca determinar la conexión causal siempre que se abarque en el resultado en forma global todas sus especiales modalidades, criterio que acepta Welzel, pero siempre que estas especiales modalidades sean solamente aquellas que efectivamente se hayan realizado, descartándose las posibles, o probables, pues éstas no podrían ser indu --

^{169/} Cfr. Welzel. Derecho Penal. Pág. 67.

cidas mentalmente, es decir, que sólo se consideraran las causas reales, como por ejemplo: Juan y Pedro proporcionan a José una arma punzo cortante para que con ella agrede a Manuel. José realiza el hecho con el arma que le proporcionó Juan. En el caso que Juan no se la hubiera dado y hubiera tomado la de Pedro, ello no es una consecuencia real, es sólo probable y no susceptible de tomarse en cuenta para los efectos de determinar la relación causal. Otro ejemplo, es aquel que se produce dentro del campo de las probabilidades mediante las cuales se desarrolla una cadena causal, la que una vez puesta en marcha permite la participación intencional de otros agentes. Veamos: un agente de policía ingresa al bar y sobre la barra coloca su arma. Junto a él discuten dos parroquianos y uno de ellos toma el arma, dispara al otro y lo mata. En tal caso el agente es causa de la muerte de acuerdo a la fórmula de la *conditio sine qua non*, pues si operando mentalmente eliminamos el hecho que el agente haya dejado su pistola sobre la barra, el resultado muerte no se hubiera producido. 170/

Las críticas que se han hecho a esta teoría se fundan no sin razón, en su fórmula de retroceso ad infinitum, la que califica Binding, de ingeniosa, pues de acuerdo a ella, en un caso de adulterio, el carpintero que hizo la cama, el colchonero que proporcionó el colchón, el campesino que cultivó el árbol

lo aserró y vendió la madera, serían coautores adulteros de todos los niños que fueron concebidos en esta cama. Ahora bien, la crítica formulada en esta forma debe tomarse en sentido irónico, pues analizando en correcta forma la teoría de la equivalencia de las condiciones, es notorio que la misma no penetra el -- campo de la responsabilidad, porque se frena, se detiene en el umbral del hecho típico, y aunque se tratara de extender idealmente la cadena causal, los artesanos citados en el ejemplo anterior, no se tomarían como partícipes hasta en tanto no se les relacione al caso deontológicamente. Por eso Frank ^{171/}, reconociendo que el talón de Aquiles de la teoría se encuentra en la fórmula de regreso ad infinitum, buscó reducir su exceso mediante la fórmula conocida como prohibición de regreso, conforme a la cual, no son causas las condiciones previas en tanto no se dirijan de manera libre y consciente a la producción del resultado. Sin embargo, en su afán de corrección vinculó el juicio de causal de culpabilidad.

C) TEORIA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA:

La paternidad de esta teoría, se la disputan Johannes Von Kries y Romagnosi, ^{172/} quienes han considerado que no todas

^{171/} Cfr. Citado por Cousiño Mac Iver. Ob. Cit. Pág.358.

^{172/} Cfr. Magiore. Derecho Penal. Tomo I. Pág. 326.

las condiciones son causas, ya que la experiencia y la observación empírica demuestran lo contrario, es decir, que solamente algunas tienen poder intrínseco de causación. Por ejemplo: un disparo de revolver normalmente causa la muerte, de ahí, que el disparo, es adecuado para producir el resultado, en cambio el propinar a alguien una bofetada no es causa adecuada para producir el resultado. Para Mezger, ^{173/} el mérito de esta teoría está en el señalamiento de que la simple relación causal de -- las condiciones, no afirma sin más, la responsabilidad penal -- del agente. Considera además, que no todas las condiciones -- son equivalentes y centra su preocupación en descubrir de entre ellas, la causa verdadera que en todo caso, será la adecuada para producir el resultado.

La teoría de la causalidad adecuada, surge como reacción a la Teoría de la equivalencia de las condiciones, con afán de superar el problema de las causas, en el sentido de que, si las causas de un específico efecto son las condiciones que normal, regular, probablemente y generalmente son idóneas de producirlo, las concausas adolecen de tales requisitos. Sin embargo, tales requisitos conllevan desde ya, juicios valorativos, pues no otra cosa significan los conceptos de normalidad y regulari -

173/ Cfr. Mezger. Ob. Cit. Tomo I. Pag. 240.

dad cuya valoración deberá hacerse en otra fase.

Como producto de la crítica hecha a esta teoría, ha sur-
gido la recomendación consistente en que la valoración la reali-
ce el sujeto causante del hecho para que, su propia apreciación -
de la regularidad o probabilidad constituya el centro de la acción
dolosa o culposa la que operaría de acuerdo a la "regularidad es-
tadística" que prescribe Maggiore en su obra, ^{174/} en cuanto a
que es común, que un sujeto lesione a otro, pero la regularidad
se interrumpiría cuando el sujeto lesionado muriera como conse-
cuencia del accidente de la ambulancia que lo traslada al hospi-
tal. A pesar de las muchas críticas que se han hecho a la teoría
de la adecuación, los penalistas le han reconocido algunos méri-
tos, entre ellos el haber puesto de relieve que la simple cone-
xión causal de las condiciones no afirma, sin más, la responsabi-
lidad penal del agente, ^{175/} o por contener a la vez aspectos a-
tractivos, y su debilidad se manifiesta en el enfoque crítico que
hace a la Teoría de la equivalencia de las condiciones en el sen-
tido de que, el concepto de causalidad que ésta considera como --
juicio lógico, es rebatido mediante la utilización de medios jurí-
dicos, cuando lo correcto hubiera sido indicar que la relación de
causalidad no reviste importancia jurídica. Otro error de magni-
tud, se encuentra en su trascendencia en la construcción del deli-

174/ Giuseppe Maggiore. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 327.

175/ Mezger Ob. Cit., Tomo I. Pág. 210.

to, cuando a priori, anula la actuación en el hecho por ausencia de relación causal, lo que hace que desaparezca la posibilidad de formulación de un delito si el interprete concluye que no hay causa adecuada, cuando bien podía suceder, que el sujeto haya decidido maniobrar los requisitos de la normalidad y regularidad. Ejemplo: Juan da la noticia a Pedro de que ha ganado el premio mayor de la lotería y éste muere de lá emoción. De acuerdo a la teoría de la Adecuación, transmitir una noticia normal y regularmente no produce la muerte, no existiendo por lo tanto nexo causal entre noticia y muerte y por lo mismo delito. Pero, y si Juan, manejaba el conocimiento causal especial, de que los padecimientos cardíacos de Pedro eran de tal gravedad que cualquier emoción probablemente le ocasionaría la muerte y se vale de tal conocimiento para realizar el delito y no ser juzgado por el mismo. Comparando este procedimiento con la teoría de la equivalencia de las condiciones en cuanto a que; si suprimimos el puñetazo en la nariz desaparece la muerte, el puñetazo es causa, pero sin expresar juicio alguno sobre la responsabilidad de Juan ya que dicha valoración se buscará en otra fase, en la del análisis de los elementos psicológicos mediante los cuales se tratará de establecer, si Juan, tenía conocimiento previo de la enfermedad de Pedro, en cuyo caso es autor de homicidio doloso, y, conforme a la adecuación sería inocente, habida cuenta que la bofetada no es causa adecuada para producir el resultado muerte.

Con esta base, la mayoría de autores seguidores del finalismo -incluso Mezger que no es finalista-, se afilian a la teoría de la equivalencia de las condiciones por considerar que, siendo la causalidad categoría del ser, permite precisar los confines mínimos de la responsabilidad; pero con la advertencia de que como toda causalidad conlleva responsabilidad, corresponderá al tipo subjetivo acatar la responsabilidad típicamente relevante, en la inteligencia, de que sólo es relevante la causalidad material supradeterminada por la voluntad hacia la meta.

Finalmente, indicamos que para mejor ilustración sobre las otras teorías que tratan de resolver el problema de la causalidad, el lector puede consultar la obra de Mezger, Jescheck y Zaffaroni.

D) EXPRESIONES CAUSALES EN LA LEY:

El legislador al describir los delitos de causación, se sirve corrientemente de expresiones como : "causar", "producir", "a consecuencia", "por consecuencia", "scan consecuen - cia", etc. La referencia específica de la causalidad para los delitos de homicidio y lesiones ha sido relegada y se toma en la actualidad como una noción ordinaria de las conductas puni - bles, con la finalidad de hacer resaltar ciertos delitos.

En el Código Penal Guatemalteco, encontramos las si -

guientes: Arto. 125. Riña Tumultuaria: "hubiere causado lesiones", "no constando quien o quienes causaron", Arto. 127 Homicidio culposo: "cuando el hecho causare además", " se causare por piloto de transporte colectivo"; Arto. 134. Aborto Procurado: "Quien de propósito causare (Mezcla de causalidad y dolo); Arto. 136. Aborto Calificado: "resultare muerte de la mujer"; Arto. 138. Aborto Preterintencional: " sin propósito de causarlo"; Arto. 139. Tentativa y Aborto Culposo: "para causar su propio aborto", Arto.140. Agravación Específica: "abusando de su profesión causare ; Arto. 141. Agresión y Disparo de Arma: "Objeto capaz de causar"; Arto. 142. "aunque causare" Arto. 145. Lesiones: "quien de propósito (dolo)..." causare a otro daño" Arto. 146. Lesiones Graves: "Quien causare " -- Arto. 147. Lesiones Graves: "Quien causare" -- Arto. 143. "Quien causare"; Arto. 149. Lesiones en Riña; "se causaren lesiones" Arto. 150. Lesiones Culposas: "Quien causare; Arto. 152. Delito Deportivo: "causare"; Arto. 153. Eximente: "causare lesiones a su contrincante"; Arto. 154. Abandono de -- Niños y de Personas Desvalidas: " si a consecuencia"; Arto. 155. Abandono por Estado Afectivo: "si a consecuencia"; Arto. 157. Responsabilidad de Conductores: "si como consecuencia"; Arto. 175. Violación Calificada: "Si con motivo o a consecuencia" de la violación regultare" Arto. 184. Desaparición o Muerte de la Rapta: "se debió a causas ajenas"; Arto. 211. Sustracción Agravada: "se debió a causas" Arto. 202. Incendio: "causó"; Arto. 204. Estrago:

"Quien causare daño"; Arto. 285. Incendio y Estrago Culposo: "causare estrago"; Arto. 291. Desastre Marítimo, Fluvial o Aereo; "resultare" Arto. 292. Atentado contra los Medios de Transporte: "si del hecho resulta" Arto. 293. Desastres culposos: "culposamente causare"; " si hubiere resultado"; Arto. 321. Falsedad Material: " pueda resultar";; Arto. 322. Falsedad Ideológica: "pueda resultar";; Arto. 326. Falsedad de Certificado: "pueda resultar" Arto. 336. Usurpación de calidad: " si de resultas";; Arto.335. Rebelión: "Quien como consecuencia", "causare" Arto. 391. Terrorismo: "Causar estragos", "si a consecuencia del mismo resultare";; Arto. 447. Halversación: "si a consecuencia" ... "resultare daño"

Vemos pues, que se utilizan los vocablos "propósito", sinónimo de dolo y resultado propio de los delitos cualificados por el resultado en los cuales media culpa. A favor de ambas expresiones en el tipo se ha argumentado que siempre que se utilice el término "resultare", presupone la existencia de dolo o culpa en relación al resultado; justificación que no compartimos pues creemos que es un problema de técnica jurídica que produce confusiones para los efectos de la interpretación.

EL TIPO SUBJETIVO

La Teoría Finalista, descompone el tipo en objetivo y subjetivo, pero ello no quiere decir que se produzca independen-

cia material entre ambos. El tipo subjetivo se compone de elementos subjetivos del tipo como : dolo y culpa, y de elementos -- subjetivos del autor conocidas también como elementos subjetivos de lo injusto o de la tipicidad y son: la intención, la tendencia especial de la acción y los momentos especiales de ánimo. Así las cosas, en los delitos dolosos será elemento primordial -- subjetivo, el dolo y en los delitos culposos elementos subjetivo será la culpa, habida cuenta que, dolo y culpa no se producen a la vez. Me explico: función de la ciencia del Derecho Penal, es abarcar en forma objetiva la estructura de la acción, así como -- interpretar los conceptos jurídicos vinculados a ella, o sea, que debe hacer un proceso de separación de las figuras típicas que -- contengan prototipos de acción, en los cuales, la finalidad se -- encuentre guiada a la realización de un estado socialmente no deseado y en los que la función animadora de sentido de la voluntad final se integre ineludiblemente a la parte subjetiva. De ahí que, cuando la ciencia elabora el concepto de dolo, toma necesariamente de manera real la función final de la voluntad de acción, en tanto que factor adecuador de la acción, es decir, que la voluntad final conforma a la acción. Pero no queda sólo ahí, pues dicha voluntad final de la acción -- dolo --, se extiende también a los medios seleccionados y a todas aquellas circunstancias concomitantes que el autor sabe tienen un estrecho nexo ya sea con el uso de sus medios o bien con la ejecución del fin. 176/

176/ Cfr. Welzel. lo Permanente y lo Transitorio. Pág. 203.

pero no encajan en la voluntad final de acción las consecuencias concomitantes que el autor tiene como posibles por las mismas limitaciones de que adolece la previsión humana, siendo éste el motivo por el cual no es correcta la posición de algunos autores -- que se pronuncian por la inclusión dentro del concepto de finalidad de todas las circunstancias concomitantes tenidas como posibles, porque se omite considerar este factor importante y decisivo en la estructura final del actuar humano. Por eso, -- dice -- Welzel-- que quedan "excluidas del contenido de la dirección final todas las consecuencias concomitantes tenidas meramente como posibles en cuya no producción el autor confía" 177/

El dolo opera como elemento final de la acción, porque el autor quiere el resultado típico, por ejemplo: en la muerte de Pedro, el dolo se identifica con la voluntad de acción, es decir existe una voluntad de acción dirigida a un fin. Juan manifiesta su dolo cuando apunta el disparo, dirige finalmente causando causalmente y así alcanza el resultado que comprende el dolo, esto es, se produce la muerte de Pedro, consumandose el delito y consiguientemente se realiza el tipo. Pero es necesario señalar, que el resultado no es elemento de la acción pues se encuentra fuera de ella, y si en cambio, es elemento del tipo legal y opera como vínculo entre acción y resultado. El dolo es relevante jurídico-
177/ Welzel Ob. Cit; Pag. 207.

penalmente cuando se dirige hacia un acto real dominándolo, de donde la mera resolución de realizar el hecho ninguna importancia tiene para el Derecho Penal.

ESTRUCTURA DEL DÓLO

A) Conocimiento:

Dos son los elementos que constituyen la estructura del dolo: conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. De manera que, si uno de ellos no es abarcado por el conocimiento, no existirá dolo. La característica más importante del conocimiento en tanto que elemento de la estructura del dolo, es que debe ser actual, es decir, debe existir en el momento en que el autor ejecuta la acción.^{178/}, más es necesario aclarar, que no todos los elementos del tipo son posibles de ser conocidos de manera uniforme, ya que si bien los elementos descriptivos se aprehenden por medio de los sentidos, los normativos vienen sujetos a valoración, y en ocasiones se llega a su conocimiento, mediante formas técnicas e incluso profanas. Ejemplo: el cheque, es concepto jurídico que técnicamente tiene un contexto cuyo conocimiento es diferente entre el lego, el jurista o el comerciante. Por lo tanto, con respecto a delitos cometidos mediante el mal uso de esta clase de documentos, se actuará con dolo cuando se sabe lo que es, a la manera que lo sabe el comerciante.

178/ Cfr. Hans Welzel Derecho Penal Pág. 96.

Se dirá entonces, que, para que el autor del delito actúe con dolo, tiene que haber tenido conocimiento de los elementos del tipo objetivo y una vez establecidos esos elementos de determina cuales conocía para en seguida concluir que su hacer es doloso. Por ejemplo en el delito de hurto que regula el Artículo 246 del Código Penal, el autor tuvo que conocer que se apoderaba de una cosa mueble ajena. Además, para que exista dolo no se precisa que el autor conozca que su obrar es antijurídico como tampoco que tenga conocimiento de la punibilidad de su acción ya que es suficiente que tenga conocimiento del tipo objetivo y ocurre lo mismo si supone o ignora la punibilidad de su hecho.

El conocimiento debe existir en el mismo momento de realizar la acción, es decir, debe ser actual como también debe prolongarse hacia las circunstancias agravantes y atenuantes, bien sea porque estén comprendidas dentro del tipo específico como el caso de parricidio regulado en el artículo 131 del Código Penal o de las circunstancias agravantes o atenuantes de los artículos 26 y 27.

El conocimiento actual se refiere al momento de la ejecución del hecho porque ciertos elementos deben coexistir en la conciencia del autor como por ejemplo la violencia del artículo 251 del Código Penal, sin que sea necesario que las circunstancias que lo agravan como "vía pública", "Oficina Bancaria", "despoblado" etc, se encuentren en ese centro de la conciencia acom

acompañante con la misma intensidad. Para deslindarlas, basta una adecuada interpretación de los tipos de la parte especial.

B) **Voluntad :**

Si el conocimiento es el elemento intelectual del dolo, la voluntad como elemento de la estructura del dolo es la parte volitiva que representa el querer la realización del tipo objetivo. Se quiere la realización del tipo, cuando ha sido la meta hacia la cual se orienta la voluntad ^{179/} Pero ese querer la realización del tipo, no debe interpretarse como querer tener, o -- querer alcanzar, es decir, no significa aspiración, sino que -- llanamente querer realizar. [Ejemplo: Juan incendia su casa para cobrar el seguro previamente contratado. Lo que quiere tener es el dinero, pero la destrucción de la casa es medio necesario, para obtenerlo. Es posible que antes de poner en ejecución la acción le invada algún sentimiento con respecto a los bienes materiales que se destruirán, incluso, el pesar por la muerte del anciano inválido que sabe se encuentra dentro de la casa, pero no obstante, quiere realizar el incendio. Nos ilustra a la vez este ejemplo, en el sentido de que, no todo lo querido por el --

179/ Cfr. Welzel Ob. Cit. Pág. 97.

autor conforma su dolo, pues, con la consumación del incendio, el autor quiere el dinero que le pagará el seguro, más lamenta la muerte del anciano o invalido. Por otra parte, el dolo y la voluntad de acción son sinónimos, ya que el proceso de formación del dolo es idéntico al de la formación de la voluntad, de tal manera que los movimientos reflejos, actos en estado total de inconsciencia, los movimientos mecánicos producto de la VIS ABSOLUTA, no constituyen acciones dolosas porque son conductas que no se fincan en la voluntad de acción. En cuanto a la VIS COMPULSIVA * y las acciones denominadas en corto circuito, ocurre lo contrario, porque el problema consistirá en la solución que deba darse a la imputabilidad en el momento de la reacción, y, según sea ella, se estará decidiendo al mismo tiempo sobre la culpabilidad. En cuanto a los inimputables, siendo que la finalidad pertenece a la acción y el dolo, propósito o intención al tipo, actuarán dolosamente, pero sin malicia por cuanto que adolecen de la capacidad de culpabilidad, es decir, tienen capacidad de acción, pero no pueden obrar con dolo.

C) CLASIFICACION DEL DOLO:

Ya hemos visto las muchas clasificaciones que los au-

* En la VIS COMPULSIVA, el dolo se elabora mediante el impacto de una excitación fuerte y en las acciones en corto circuito la acción es producto de un shock que de manera vertiginosa, impulsa a la acción.

tores han hecho del dolo, las que se encuentran contenidas en las también distintas teorías del Derecho común. No obstante que las mismas han sido superadas como consecuencia de la importancia que en la ciencia y la práctica ha alcanzado la teoría de la voluntad, cuyo postulado sostiene que el dolo se produce en subordinación del elemento intelectual — representación de los hechos—, al elemento emocional voluntario — voluntad de realización— la cual ha conducido a establecer en la teoría moderna del delito la distinción entre dolo directo y dolo eventual, relegando a la historia todas las restantes clases de dolo. A guisa de ilustración, señalamos las confusiones a que conducen los variados conceptos de dolo. Así tenemos que, se habla de dolo alternativo, denominado por Binding como dolo general, cuando éste no es más, que mezcla de dos dolos dirigidos a producir resultados excluyentes entre sí. Por ejemplo: Juan dispara a Pedro con dolo de matarlo, o en última instancia de causarle lesiones graves. Este es un dolo que se combina con todos los dolos que no impliquen la realización cierta de un resultado y se identifica por lo tanto con el dolo indirecto que tiende a explicar la esencia de todos los tipos en dependencia al peligro. Pero este peligro, no es más que manifestación de todas las direcciones en que se presenta el dolo y en el caso que se oriente hacia la lesión o peligro del bien jurídico tutelado, no se produce diferencia alguna entre el dolo directo y el dolo eventual. En otro ejemplo de identificación siempre re

ferido al caso de Juan y Pedro, el dolo condicionado, es el dolo eventual, pues si Juan al realizar su acción cuenta con que se produzcan las lesiones graves, tiene que haberlas querido realizar eventualmente. Se identifica también el dolo específico con el dolo directo. El dolo específico es producto de una ficción-indamisible, habida cuenta que, todo dolo para ser tal tiene que ser específico, en el caso de una castración se requiere del saber y querer la extirpación del órgano, lo que constituye dolo directo.

El dolo indeterminado, también es semejante al dolo eventual, porque en el hecho culpa-dolo indeterminado, no representa otra cosa que un delito básico no doloso. El dolo general tampoco constituye una forma autónoma de dolo. En cuanto al dolo subsecuente, de acuerdo a la posición finalista de considerar al dolo como elemento final de acción, su presencia es indispensable en el momento de la realización del delito, siendo como consecuencia irrelevante para el Derecho Penal, la existencia de un dolo que nazca después de la representación del hecho y con posterioridad a la comisión del hecho delictivo,^{180/} pues la base legal del dolo se encuentra en el hecho de que exista en el instante en que la acción se realiza, es decir, cuando se realiza-

^{180/} Cfr. Reinhart Maurach. Tratado I. II. Pág. 312.

el tipo objetivo, sobre todo, si tomamos en cuenta que el delito es acción y que por lo tanto ésta lleva ímbito el dolo.

Siguiendo con las clases de dolo, Mezger ^{181/} basando se en la posición admitida por la teoría moderna —Teoría de la Voluntad—, hace una subdivisión del dolo en inmediato o directo en primer grado, el cual se relaciona con el medio, y las consecuencias concomitantes unidas de manera necesaria con el medio y el objetivo, dolus directus de segundo grado. Sin embargo, tal clasificación no es feliz, y no cuenta con la aceptación de los Ius Penalistas, porque ratifica la anarquía a la que conducen las diversas denominaciones que del dolo tienen los penalistas a lemanes con respecto a la diferente concepción de los penalistas latinos. Por ejemplo entre los alemanes, Sauer, ^{182/} divide -- el dolo en tres categorías sin tomar en consideración la posición de las escuelas, y nos habla de: Intención. En la cual el resultado perseguido por el autor debe realizarse. Dolo Directo. Mediante el cual el resultado se realizará con seguridad y alguna o tra circunstancia seguramente. Dolo de probabilidad, especialmente condicionado o eventual, por el cual el resultado se realizara previsiblemente (con toda probabilidad según el curso normal), la circunstancia se presentará probablemente e incluso son posibles otros resultados y otra circunstancia. En tanto para el penalista latino lo que impide la aceptación de esta clasificación, in-

181/ Cfr. Edmund Mezger. Derecho Penal T.I. Pág. 299.

182/ Cfr. William Sauer. Derecho Penal. Pág. 268.

cluso del dolo eventual, es la distinta terminología que emplea Sauer. Por ejemplo: La ABSICHT para los alemanes es la intención y para nosotros es el dolo directo, y lo que para ellos - es el dolo directo, para nosotros es dolo directo o mediato. Jiménez de Asúa dice que ABSICHT significa designio porque el VORSATZ (dolo) es intención, es decir, dolo en sentido técnico jurídico, y concluye diciendo que es preferible usar el vocablo propósito porque éste se dirige al móvil, en tanto que el designio se vincula más al fin ^{183/}. Sin embargo, cuando tradujo el tratado de Franz Von Liszt (Tomo II, Pág. 399) dio al ABSICHT el significado de intención y pensamos que era lo correcto.

D) DOLO DIRECTO:

El dolo directo tiende al conocimiento de los hechos, y de la voluntad de realizar la acción dirigida de manera final a realizar los elementos objetivos del tipo. Este dolo, es equivalente al ABSICHT de los alemanes, al dolo directo de los penalistas latinos y al dolo de primer grado de Mezger. En el dolo directo, el autor da por seguro, que no sólo realizará el resultado perseguido, sino que también el concomitante, habida cuenta que, su voluntad, al hacer uso del medio de acción elegido, abarca también dicha consecuencia. Pero si bien, la vinculación de la voluntad con el me-

^{183/} Cfr. Luis Jiménez de Asúa. Tratado T. V. Pág. 478

dio produce inevitablemente el resultado concomitante, en el caso de conexión necesaria con el fin no sucede lo mismo, pues el objetivo es pretensión o posibilidad de que pueda producirse. En el dolo directo existe una plena identificación entre voluntad de realizar y finalidad de consumir los elementos objetivos del tipo injusto. Se acostumbra a dividirlo en dolo directo de primer grado y dolo de segundo grado, tomando para el primer caso las consecuencias intencionales, y para el segundo las consecuencias necesarias. Esta distinción es a veces procedente sobre todo en casos especiales en los que se aplica la pena agravada si se da la consecuencia deseada, mas no cuando se realiza la considerada como necesaria. Otros autores le llaman dolo directo de consecuencias necesarias, o de consecuencias seguras, calificación poco feliz, porque tales consecuencias no se encuentran en el dolo sino en la acción enderezada hacia meta diferente. Jiménez de Asúa, le llama dolo mediato por ser éste un dolo viciado, es decir, un dolo comprensivo del querer y saber la acción penal, pero el cual adolece del propósito que se dirige a resultados que aún cuando inevitables, no son obstáculos para detener el autor, cuya finalidad se dirige a un desenlace diverso. Ejemplo clásico del dolo directo, es el caso Thómas, que brillantemente describe Binding. Alexander Keith, se autó apodó "Thomás". En el año de 1875, se hospedó en un hotel de Bremen. Ahí, armó una bomba de gran poder explosivo utilizando para ello un tonel con dinamita que se accionaría mediante un mecanismo de reloj preparada

para explotar en ocho días. La trasladó al Puerto de Bremen, para que fuera exportada con fecha 11 de diciembre de 1875 en el barco Mosela de Lloyd. Acto seguido, contrataría un seguro en Inglaterra por suma cuantiosa, pues según su plan, la explosión se produciría entre Southampton y Nueva York, lo que facilitaría el cobro del seguro sin ser descubierto. Sin embargo, cuando el fardo que contenía el tonel era descargado frente al Mosela, se deslizó del vehículo que lo había transportado produciéndose la explosión. Pasados ocho días, se estableció su cauda: cincuenta y nueve muertos identificados, veinte y cuatro desaparecidos y cincuenta heridos. Junto al Mosela, se encontraba atracado el barco Simson, el que resultó con varios daños de consideración. Thomas, que salió ileso, se suicidó haciéndose un disparo en la cabeza. Ahora bien, la intención de Thomas era cobrar el seguro y con ello dar seguridad a su familia. No quería la muerte de los marineros, mucho menos, la de los obreros del puerto que transportaban la carga explosiva; pero, existía en él un "querer" y "saber" la masacre, habida cuenta que, sabía que estaba poniendo en acción una causa mortal y sabía además que sólo el azar podía salvarlos. Como consecuencia, quería darles muerte, es decir había voluntad desde el momento que quedaban atrás los actos preparatorios y se iniciaban los de ejecución, pues el do lo directo, como voluntad de realización, se dirige indefectiblemente al fin propuesto, sin importar que se tenga como seguro

e posible. Welzel, con respecto al dolo directo dice que: "-- Quien quiere matar a un hombre de un tiro desde gran distancia, tiene voluntad homicida, aunque sólo le otorgue al disparo un pequeño chance de alcanzar al otro. Sólo en el caso que considere la producción del resultado como una mera casualidad existe un tener esperanza, pero no un querer realizar " 184/

Como consecuencia, la intención aún cuando encaminada a alcanzar el fin propuesto, su realización es incierta, y por otra parte, la voluntad para realizar el fin, alcanza a los medios de acción que el autor ha considerado conveniente para lograr la meta. Estos medios son los factores causales: las armas. En cambio los factores concomitantes son abarcados por la voluntad de realizar el fin no de manera determinante, pues la voluntad los recoge en forma secundaria, razón por la que: " la pertenencia de un resultado concomitante a la voluntad de realización (dolo) depende en el hecho exclusivamente de un elemento de "saber", éste es, de saber o contar con que el resultado concomitante que es parte integrante del medio o fin a realizarse " 185/

E) DOLO EVENTUAL:

El dolo eventual, se encuentra en la representación que el autor se hace de la producción de un resultado concomitante, es decir, en él se encierra la posibilidad, más no la contingencia de que se produzca o no. Sin embargo, el autor no desiste de 184/ Hans Welzel. Ob. Cit. Pág. 98
185/ Ibidem.

realizar su acción finalista, y como consecuencia el resultado se deja al azar. El autor no realiza su acción confiando en su destreza que lógicamente le inspira confianza, prudencia etc, - en que el efecto concomitante no se produzca, por el contrario, reconoce las escasas posibilidades de evitar el resultado. Por ejemplo: Pedro sostiene una manzana en la mano para que Juan le dispare, sin embargo, al disparar Juan lo hiera. Ahora bien, si Juan confiado en su destreza hizo el disparo, no había dolo de causar lesiones pero no se podría decir lo mismo si sabía que - su puntería no era óptima y al hacer el disparo dejó al azar el resultado, en cuyo caso, de producirse las lesiones existirá dolo pues actuó con posibilidad negativa, no obstante que no que - ría el resultado.

El conocimiento de la acción peligrosa y la decisión de seguir adelante, configuran el dolo eventual. Su característica importante es, la existencia del elemento intelectual que-- se traduce en la representación del resultado y es requisito sine qua non, que la existencia del elemento intelectual sea real, pues la supuesta aparición del mismo no configura el dolo eventual.

F) DOLO EVENTUAL Y CULPA:

Los problemas en relación con el dolo eventual se presentan cuando se trata de establecer sus diferencias con la culpa consciente, pues tanto en el dolo eventual como en la culpa consciente se presenta un momento -específico- cognoscitivo que hace

sutil su distinción, o sea, que tanto en el dolo eventual, como en la culpa consciente existe en el autor el ánimo de realizar un resultado indiferente e incluso no deseado, y de ahí que, para lograr la separación de ambos sea necesario acudir a criterios diferentes, tomando en cuenta el punto de vista intelectual o emocional, para luego resolver lo que es en sí, ese conocer de manera superficial la posibilidad del resultado. Welzel, por ejemplo, encuentra que el quid del problema para establecer las diferencias entre dolo eventual y culpa consciente, se funda en que "el querer que es un fenómeno anímico originario último, no puede ser reducido a procesos anímicos — ni emocionales, ni intelectuales— y que por ello puede ser circunscrito pero no propiamente definido" ^{186/}. Sin embargo, si establecer la distinción es un problema para Welzel, para Carrara no lo es, pero en la elaboración de sus conceptos para dilucidar el problema incurre en contradicción, no obstante, el hábil manejo de vocablos que utiliza.

Ello se extrae cuando dice: "Pero si lo que directamente se quería era una cosa inocente, y se esperó poder evitar la consecuencia dañosa, cuando ésta ocurra, hay mera culpa con respecto a la misma, porque el hecho de haber previsto que una-

^{186/} Hans Welzel. Ob. Cit; Pág. 102.

cosa no debía suceder, equivale a no haberla previsto, y no ya, haberla previsto como posible".^{187/} No obstante lo hábil del discurso, creemos que de esa manera no se puede arribar en forma segura a la delimitación de los conceptos, aún cuando reconocemos a la vez que existe imposibilidad de describir uno correcto por las muchas diferencias que se establecen entre culpa consciente y dolo eventual, de tal manera que, para arribar a una delimitación que nos satisfaga, es preciso aceptar el aforismo jurídico que indica que la culpa empieza donde cesa el dolo.

ERROR DE TIPO

A) CONCEPTO:

La definición del delito es en sí, una lacónica descripción que trata de abarcar en forma objetiva, lo que de suyo es un complejo proceso. Trata de reunir las características objetivas y subjetivas del proceso criminal. Como consecuencia, para hablar de acción dolosa, debe encontrarse la identidad entre la representación que el sujeto tiene de la acción criminal con el acontecimiento propiamente dicho, esto, porque se presentan casos en los cuales no se produce tal identidad, ya sea porque la representación vaya más lejos del resultado objetivo, o porque éste no --

^{187/} Francesco Carrara. Programa No. 70.

sea abarcado por el sujeto. En tal caso, estaremos en presencia de un error en la representación, el que puede ser a favor o en perjuicio del mismo sujeto. Maurach, ^{188/}es de la opinión de que el error en perjuicio debe quedar fuera de la teoría del error, pues como tal, solamente debe tomarse en cuenta las falsas representaciones que se producen por falta de conocimiento del autor, es decir, cuando la representación que se forma el autor del resultado del delito, es portadora de un defecto.

Con respecto al error de tipo propiamente dicho, existen diversas categorías de error susceptibles por lo mismo de distinta eficacia; los que en unos casos pueden ser totalmente irrelevantes, como cuando recaen sobre los anexos del delito atenuando la culpabilidad y la pena, y en otros, cuando se corresponden con el tipo y la antijuridicidad, excluyendo la culpabilidad. En este último caso, el error se centra en la valoración del objeto. Por ejemplo: la legítima defensa putativa, y el estado de necesidad putativa.

El error, hace desaparecer el tipo en el delito doloso, pero no hace desaparecer la antijuridicidad del hecho, porque no es circunstancia del mismo sino que valoración del tipo.

188/ Cfr. Reinhart Maurach: Ob. Cit; T. II. Pág. 332.

Corresponde a un actuar distinto entre las exigencias del Derecho y la realización del tipo. ^{189/} Como consecuencia, el error del tipo siempre elimina el dolo, cuando es de naturaleza invencible porque la conducta es atípica, en tanto que si es vencible no elimina la culpabilidad sino que la reduce y si existe tipo culposo, la conducta será culposa. Ejemplo: Juan dispara contra un objeto que cree que es un venado y resulta ser Pedro. Como consecuencia el error de tipo se produce por desconocimiento del elemento objetivo del tipo y por lo tanto representa un problema de tipicidad.

B) CONSECUENCIAS JURIDICAS:

Las consecuencias jurídicas originadas del error de tipo, se presentan cuando el error se dirige hacia un aspecto objetivo del tipo y no hay congruencia con el aspecto subjetivo, lo que hace desaparecer el delito doloso, porque eliminado el dolo, desaparece el tipo específico del delito doloso. Ejemplo el caso citado de Juan, supra. En otros casos la penalidad desaparece cuando el error se finca en el desconocimiento de aspectos del tipo. Por ejemplo: cuando el sujeto presume que la mujer a quien seduce no es casta y honesta o que cuenta con la mayoría de edad. Con respecto al error sobre las agravantes, éstas quedan eliminadas sin afectar el delito. Por ejemplo: por reincidencia solo se castigará a quien conozca los fundamentos de la

reincidencia, y, en el caso de error sobre atenuantes, Maurach,^{190/} razona en el sentido de que el autor que erróneamente supusiera al realizar el hecho la existencia de una característica atenuante, por lógica deberá ser castigado en forma más severa, pues -- lo determinante es que se hallen en la esfera de representación del autor y no que existen en el plano objetivo.

^{190/} Reinhart Maurach. Ob. Cit.; T. II. Pág. 338.

CAPITULO X

LA ANTIJURIDICIDAD

A) CONCEPTO:

Helmuth Von Weber, tiene el mérito de haber señalado que la antijuridicidad no consiste únicamente en la causación de un resultado, sino que también debe tomarse en cuenta la modalidad de actuar del autor. Antes de Weber, la dogmática penal concebía el injusto a partir de la distinción entre lo objetivo y subjetivo, es decir, que a ellos debían pertenecer de manera exclusiva los caracteres externos objetivos de la acción, en tanto que los anímicos a la culpabilidad, separación que era producto del concepto de acción causal que dividía la acción en proceso causal externo y contenido subjetivo de la voluntad. Como consecuencia, todo lo externo pertenecía a la antijuridicidad y lo interno a la culpabilidad. El injusto, o sea la antijuridicidad — era objetiva — lesión o peligro de un bien jurídico— y la culpabilidad se entendía como vínculo anímico subjetivo entre autor y resultado.

Para la Teoría Finalista, específicamente para Welzel, el injusto (antijuridicidad) no se agota en la causación del resultado, con independencia de la persona del autor, porque la acción será antijurídica si es obra de un autor determinado con -

prensible de: "el fin que asignó el hecho, actitud cuando lo cometió, los deberes que lo obligaban a ese respecto, elementos que determinan lo injusto del hecho, además de la eventual lesión del bien jurídico.^{191/} De ahí, que, antijuridicidad, es reprobación del hecho referido al autor y lo injusto, es injusto personal con referencia a su acción. Puede decirse en consecuencia, que la antijuridicidad es característica de contradicción de la conducta con el orden jurídico, e injusto, es la conducta típica antijurídica. Ejemplo: Juan quiere matar a Pedro mediante un disparo de fusil. Al disparar logra matarlo y como consecuencia encaja su conducta dentro del tipo de homicidio y estamos en presencia de una conducta típica adecuada al tipo. Pero para que haya adecuación, es preciso que la acción haya sido dirigida con finalidad típica, es decir con dolo, pero directo, ya que no se puede robar con ánimo de estafar. En estos casos, cobra importancia el tipo con su clasificación en objetivo y subjetivo, pues en el objetivo queda comprendida la característica de ser humano de Pedro, sujeto pasivo de la acción. Su muerte, es el resultado, fusil y disparo son el medio y la causalidad. En tanto el subjetivo será el fin de matar a Pedro, o sea el dolo que comprende: el elemento intelectual consistente en el saber que lo que disparaba era un fusil y la bala era capaz de matar a Pedro; que le disparaba a Pedro. El elemento volitivo, será la voluntad de dar muerte a Pedro. Ya armonizados estos dos elementos, se producirá la congruencia típica, pero la simple realización del

191/ Hans Wlzel. Ob. Cit; Pág.92.

tipo no es el indicador de la ilicitud de la conducta, habida cuenta que, para que podamos hablar de ilicitud es necesario que previamente hayamos establecido que aquella conducta que realizó el tipo no se encuentra autorizada, porque si está autorizada, está justificada, si no, será antijurídica. En consecuencia, la conducta será típica cuando se infrinje la norma, no el orden jurídico y antijurídico cuando no se encuentra amparada por causa de justificación alguna.

La conducta típica es representativa de un indicio de -- antijuridicidad, más la simple adecuación típica -- subsunción de la acción en el tipo -- no es suficiente para formar el indicio porque su dique lo constituye la adecuación social ya que una conducta sólo será típica cuando se encuentra fuera del orden social. Ejemplo: el cohecho del artículo 439 del Código Penal, pues no se podría acusar al cartero que es empleado público porque recibe para navidad un presente del vecino a quien durante el año le ha entregado su correspondencia ya que su conducta, aún cuando típica es adecuada socialmente porque normalmente los vecinos en navidad les dan un presente. Otro caso sería el de los tipos abiertos del artículo 215 del Código Penal, porque las amenazas no siempre son conductas situadas fuera del orden social. Es el caso de las amenazas entre amigos, entre esposos, el cobrador al cliente etc., que se adecúa formalmente a las prescripciones -- del tipo, pero que requieren de contenido para ingresar a la esfera penal.

B) DESVALOR DE RESULTADO Y DESVALOR DE ACCION

El finalismo rechazó el concepto de antijuridicidad como lesión causal del bien jurídico, propio del causalismo, sin perjuicio de reconocer el mérito suyo al realzar el elemento del resultado, pues se da por sabido, que en todo delito se produce una lesión o peligro del bien jurídico. Sin embargo, esta lesión o peligro, para el finalismo no constituye más, que momento parcial de la acción personalmente antijurídica, sin que la misma -caracterice lo injusto del hecho.

La lesión del bien jurídico que entiende el finalismo como desvalor del resultado, sólo será importante para el Derecho Penal, si se toma como una acción personalmente antijurídica, es decir, como desvalor de acción, que deviene en desvalor de acción en todos los delitos, porque el desvalor de resultado no reviste trascendencia pues puede faltar sin que por ello desaparezca el desvalor de acción. El ejemplo se encuentra en la tentativa inidónea. ^{192/} Sin embargo, es importante señalar que aún cuando el finalismo reconoce primacía al desvalor de acción, no por eso deja de asignarle importancia al bien jurídico.

192/ Cfr. Hans Welzel. Ob. Cit; Pág. 93.

LA CULPABILIDAD

A) CONCEPTO:

La culpabilidad es responsabilidad personal por el acto antijurídico. Se es responsable personalmente, cuando conociendo o habiendo podido conocer la desaprobación del acto por el Derecho, el mismo se ejecuta, no obstante haber podido abastecerse. A la culpabilidad que sirve para tomar la ejecución del acto como delito, se agrega un nuevo momento, cual es, la acción antijurídica, que constituye el vínculo entre acción y ordenamiento jurídico y que una vez realizado el hecho deviene en desaprobación a la acción, porque ésta como realización de voluntad, se produce de manera distinta a como lo esperaba el Derecho.

La culpabilidad, por su parte, no se agota en la oposición que resulta entre acción y Derecho, sino que se prolonga a efecto de fundar el reproche personal contra el sujeto por haber realizado la acción antijurídica, cuando podía — dice Welzel — haberse motivado de acuerdo a la norma, como consecuencia, en ese "poder en lugar de ello", respecto de la configuración de su voluntad antijurídica, radica la esencia de la culpabilidad para formular el juicio de reproche personal, en juicio de culpabilidad por su conducta antijurídica. 193/

O sea que, para la teoría finalista será culpable aquel sujeto que estando en condiciones de hacerlo no se motiva por el deber impuesto por la norma, ni por la amenaza personal dirigida contra la infracción. Entiende, que sólo el hombre responsable puede captar el supuesto y sanción del tipo, razón por la cual, el menor y el enfermo mental no pueden ser culpables y el porqué el desconocimiento de la norma origina el error de tipo o de prohibición. Razón de su aserto, es que la culpabilidad significa capacidad de poderse motivar por el derecho. — deber y amenaza—. El finalismo supera así, las posiciones del libre albedrío y el determinismo, que parten para establecer la responsabilidad penal del juicio sobre la vida anterior del autor juzgándolo por lo que es, en tanto que el finalismo parte de la base de que la culpabilidad es la realización del hecho punible juzgándose al autor por lo que hizo, como hecho aislado de su vida anterior desapareciendo la reincidencia o en su caso la no exigencia de carencia de antecedentes penales para otorgar un beneficio: Detención domiciliaria y excarcelación bajo fianza.

B) ELEMENTOS DE LA REPROCHABILIDAD:

La voluntad es el objeto primario del reproche, porque sólo mediante ella, el autor hubiera podido dirigir conforme a la norma su conducta. Como consecuencia, todo aquello que el hombre realiza de manera voluntaria, es lo que puede serle reprochado.

Esta es la razón por la cual, la culpabilidad se considera por la doctrina finalista como reprochabilidad de la voluntad y por ende, culpabilidad de voluntad. Ahora bien, para poder obrar conforme a derecho, es indispensable la capacidad del sujeto, la que depende de presupuestos que la condicionan y que lógicamente deben preexistir con antelación a la realización del hecho. Estos son: La capacidad de comprender la antijuridicidad del hecho, así como también la capacidad de dirigir las acciones de acuerdo a aquella capacidad, y además, que exista la posibilidad de conocer la antijuridicidad del hecho. Como por ejemplo; culpable será únicamente el sujeto dotado de voluntad, más no las personas jurídicas, y los casos de imbecilidad y debilidad mental - lenguaje no técnico— cuando son de tal grado que no alcanza el sujeto a comprender, las alteraciones morbosas de las facultades, la perturbación de la conciencia, ya sea esta patológica, psicológica o fisiológica. La minoridad que no es una causa de inimputabilidad porque no afecta la capacidad de comprender y dirigir la acción. La razón es que los menores son sujetos de un Derecho Penal especial, preventivo y tutelar, razón por la cual no son sujetos del Derecho Penal común.

C) ERROR DE PROHIBICION:

La conciencia de la antijuridicidad de la acción, no pertenece al dolo del acto sino que constituye momento de la cul

pabilidad, es decir, es un error sobre la antijuridicidad, sobre el carácter ilícito de la acción. Por lo tanto, el error de prohibición constituye un error sobre la antijuridicidad de la acción, cuando existe pleno conocimiento de la realización del tipo ^{194/} y por consiguiente pleno dolo de tipo, porque el autor del delito sabe lo que hace, pero incurre en error, cuando cree que su acción se encuentra permitida. Por ejemplo: no conoce la norma jurídica, o en el caso que la conozca, la interpreta mal. Puede suponer también que a su acción se aparea una causa de justificación, por lo que al existir en la conducta del sujeto cualquiera de estos errores, si son inevitables, no hay reprochabilidad y en caso sea evitable, se atenúa aquella.

Para Maurach, el error de prohibición puede manifestarse en tres formas:

a) Como desconocimiento del mandato general impuesto por la norma, como por ejemplo: cuando el autor ignora la existencia de prohibición y cree que su acción es indiferente al Derecho; b) El error sobre la exención de la aplicación de la norma. Ejemplo: el autor conoce la existencia de la prohibición, pero presume erróneamente que en su acción concurre una causa de justificación; c) Cuando se desconoce la eficacia decisiva de la norma. Ejemplo: el autor se representa la existencia de un principio prohibitivo y no cree que en su acción concorra causa de justificación y supone que el mandato que le impone la ley, no le es ^{194/} Cfr. Welzel. Ob. Cit; Pág. 232.

exigible. 195/

Busch, 196/ también propone tres formas mediante las cuales puede manifestarse el error de prohibición: a) El sujeto por desconocimiento o representación defectuosa de la norma prohibitiva, supone que su acción está permitida; b) el Autor considera que su actuar es adecuado a las exigencias impuestas por la norma por concurrir una causa de justificación, y, c) el autor supone que su actuar está permitido, por concurrir un error referido a los límites de una causa de justificación.

Conforme al criterio de los lus Penalistas citados, seguidores indiscutibles de Welzel, creador de la Teoría Finalista, se establece que existe comunión de ideas en cuanto a que la antijuridicidad no pertenece al dolo y que por lo tanto, el error, no perjudica a la tipicidad dolosa de la acción, hecho que confirmamos con el siguiente ejemplo: Pedro viene corriendo hacia Juan en la mano trae un machete y Juan cree que va a ser agredido, defendiéndose del ataque que es inexistente, porque Pedro, viene huyendo de sus agresores para pedir auxilio a Juan. Sin embargo, Juan cuando agrede a Pedro, cree que realiza una conducta típica permitida. Para los efectos del juicio de reproche, en este caso,

195/ Cfr. Reinhart Maurach. Ob. Cit. Pág. 377.

196/ Richard Busch, citado por Juan Cordova Roda en "El conocimiento de la antijuridicidad en la Teoría del Delito. Pág. 52.

Deberá determinarse si el error era vencible y de ser así, atenua la culpabilidad y el delito será siempre doloso, pues el error de prohibición no elimina el dolo, porque se ubica en la culpabilidad, en tanto el dolo se afirma en la tipicidad. Si el error era invencible, no elimina la tipicidad dolosa de la acción, sino que elimina la culpabilidad en cuyo caso se estará en presencia de un dolo típico no reprochable.

D) **ERROR Y ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO:**

Cuando vimos los elementos normativos del tipo, subrayamos las expresiones portadoras de antijuridicidad como son: "Sin autorización", "Sin estar autorizado" etc. Pero estas expresiones no corresponden a circunstancias del hecho, porque -- son elementos de valoración del tipo, motivo por el cual el error sobre ellos será siempre error de prohibición.

Por otra parte, en los delitos de omisión impropia, la antijuridicidad es el deber jurídico que el garante del mismo debe cumplir cuando se tiene conocimiento de tal posición. Ejemplo: en los delitos en los que se tiene el deber de denunciar, cuando se tiene conocimiento del plan delictivo, el deber de -- prestar auxilio, cuando se conoce el accidente (se presencia).

En los delitos culposos, momento de la antijuridicidad

es el deber de cuidado. En cuanto a las leyes penales en blanco, el error sobre la norma será la prohibición y si recae sobre el hecho será de tipo.

CAPITULO IX

LA CULPA

A) ANTECEDENTES:

El desarrollo del concepto finalista de la culpa tuvo que enfrentar no sólo los problemas propios de la técnica jurídica tradicional que buscó siempre un concepto armónico y común entre el dolo y la culpa, amén de un concepto de acción entendido - como manifestación de voluntad en el cual la relevancia de la acción, se hallaba en la causa, sin tomar en cuenta el efecto. Como producto de ello, el dolo se caracterizaba por la volición del resultado. Esta estructura añeja y delicadamente elaborada que - prescribía que en la culpa el autor no quiere el resultado empieza a derrumbarse con el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto y los normativos de la culpabilidad.

El fundamento de los elementos subjetivos del injusto convenció a tal grado, que hoy en día los mismos causalistas reconocen que en el error la prohibición, el autor quiere todas las consecuencias de su hecho y en caso de no advertirse la existencia de alguna excusa, prescriben que el autor encaja su conducta jurídicamente en el esfera de la culpa. Pero a pesar de -- todo, delimitar el campo de la culpa, ha representado recorrer un camino árido en cuyo deslizamiento se ha ido abriendo ----

paso la teoría que entiende la culpa como acción contraria al deber. Estos problemas en la elaboración del concepto de la culpa, hicieron que Welzel, vacilara e incluso errara en la elaboración de su teoría en lo que se refiere al delito culposo de ahí, su posición original en el sentido que la finalidad en la culpa era potencial y que en los delitos culposos no tiene sentido hacer distinción entre antijuridicidad y culpabilidad por ser materialmente imposible. Este error en su sistemática, constituyó el talón de Aquiles para su teoría, a tal grado que todavía se le utiliza para formular críticas a la doctrina finalista, no obstante que en el año de 1951, Welzel, rectificó el error dejando el término de la "finalidad potencial", relegada. Welzel, dice que su doctrina "no ha nacido perfecta como Atena en el cerebro de Júpiter, sino que ha precisado y sigue precisando un fatigoso trabajo para perfeccionarla " ¹⁹⁷ A la vez en su monografía " El Nuevo Sistema de Derecho Penal", ratifica el abandono de la finalidad potencial y construye el injusto típico de los delitos culposos, sobre la base de un elemento objetivo, lo que hace posible diferenciarla culpabilidad de la antijuridicidad.

B) LA ACCION:

Las acciones que no presentan relación con sus consecuencias causales y que no son portadoras de un mínimo de direc-

^{197/} Hans Welzel, 'Las posiciones dogmáticas de la doctrina finalista del acción'. Traducción Italiana del Profesor Ernest -- Heintz. Publicada en 1951 en la Revista Italiana di Diritto Penale, Año IV, No. 12, Enero-abril 1951: Pág. 1 a 16.

ción final, se entienden como lesiones imprecavidas de bienes ju
ridicos y son por lo tanto los delitos culposos.

Cuando la finalidad no tiende a la realización del ti-
po, sino a uno distinto, se produce un resultado prohibido que -
se encuentra tipificado como delito. Ejemplo: las lesiones culpo
sas. Por eso, no sólo la dirección final de la voluntad dirigida
hacia la realización de un hecho prohibido por el ordenamiento ju
rídico, es presupuesto para la aplicación de una pena, pues tam-
bien el no atender al debido cuidado que requieren los bienes ju
rídicos es posible de pena. En el delito culposo, el tipo de in-
justo - dice Welzel- abarca las lesiones de bienes jurídicos no -
realizados finalísticamente, sino que producidos de un modo pura
mente causal, por acciones cuya dirección finalista no va orienta-
da en contra del ordenamiento jurídico, ^{198/} Por ejemplo: El Mé-
dico que llamado de urgencia para atender a un paciente toma su
auto y conduce por las avenidas a excesiva velocidad atropellando
en un cruce a un peatón, realiza una acción finalista: va a a-
tender al paciente. De manera causal atropella al peatón y como
consecuencia, surge la infracción al deber de cuidado, del cual
deberá surgir el juicio de reproche.

198/ Hans Welzel. Nuevo Sistema de Derecho Penal. Pág. 11

C) LOS ELEMENTOS DEL DELITO CULPOSO:

En principio diremos, que la definición del delito culposo no varía en absoluto con respecto al doloso, pues sigue siendo una acción típica, antijurídica y culpable. Pero en el fondo, al compararse los caracteres de una y otra, se pueden encontrar diferencias entre ambas. En efecto, la acción dolosa lleva insita la voluntad de realización del tipo y a la postre una finalidad dirigida a la meta; en tanto que la acción culposa, es portadora de una finalidad extra típica aún cuando se produce un resultado típico, motivo por el cual, su estructura no radica en la propia finalidad sino en la forma como se desarrolla. Esto porque el desvalor está en la forma injusta en que la finalidad se cumple, es decir, no tiende a realizar el tipo. De ahí, que, también dolo y culpa, no puedan cobijarse bajo el manto de una misma acción.

I. Acción:

Es el primer elemento, la que es idéntica a la del delito doloso, éste es, que es una acción final que sólo dejará de ser tal, cuando en su producción concurren causas de exclusión como serán: los actos reflejos, el estado absoluto de inconsciencia, etc. Ahora bien, la diferencia entre acción dolosa y culposa, se encuentra en la estructura del tipo. Por ejemplo: en el delito doloso, la finalidad del autor coincide con la realización del tipo y en el culposo la finalidad se dirige a un fin --

distante del resultado. La diferencia se establece pues, con respecto a la descripción típica.

II. Estructura del tipo culposo:

A diferencia de lo que ocurre en el delito doloso, en el que se produce congruencia entre tipo objetivo y subjetivo, en el delito culposo no ocurre lo mismo, ya que la finalidad del autor es diferente al resultado que se produce. Por ejemplo: el tipo culposo penal sólo describe el hecho prohibido: "imprudencia", "negligencia", "impericia", motivo por el cual al producirse el resultado será necesario determinar la forma en que el autor violó el deber de cuidado, o sea, si se condujo con negligencia o si ha actuado sin pericia y en su caso si observó o no, las reglas prescritas en los reglamentos. En conclusión, el tipo culposo es abierto pues no define los elementos que condicionan la realización del injusto.

III. Deber objetivo de cuidado:

Como los códigos penales no desarrollan la forma en que se viola el deber de cuidado, para determinarlo será necesario establecer las circunstancias del hecho y posteriormente definir el deber objetivo de cuidado.

La legislación penal no es uniforme en lo que al delito culposo respecta. Por razones obvias, nos referiremos al derecho

Hispanoamericano. En España, se sigue el sistema del NUMERUS APERTUS, mediante el cual, la cláusula penal establece que cualquier delito doloso realizado con negligencia es posible de pena. En tanto, la legislación latinoamericana se ha inclinado por el sistema del NUMERUS CLAUSUS, es decir, se establece de manera específica que hechos serán penados como delito culposo. Nuestro Código Penal sigue este sistema, pues en general se penan los hechos punibles en los cuales la finalidad del autor se dirige a la realización de los elementos descriptivos y normativos del tipo y de manera excepcional son punibles las conductas negligentes o imprudentes que lesionan el bien jurídico. Además, el Código no define la culpa lo que constituye un error, pues el Artículo 12 se concreta a expresar que "el delito es culposo cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia". El error se finca en el hecho de decir "en ocasión de acciones u omisiones lícitas", --- cuando una conducta negligente o imprudente de ninguna manera -- puede ser lícita, habida cuenta que, la conducta culposa es ilícita porque revela menosprecio o indiferencia del autor respecto del bien jurídico. Pensamos, que lo correcto sería expresar, que una conducta es culposa cuando tiende a un fin distinto de la producción del resultado y éste se produce, porque el autor infringe el deber de cuidado debido en la actividad que desarrolla. De esta manera no se mencionan las formas de aparición de -

la culpa: imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamentós, porque estas formas de culpa no son sino inobservancia del deber de cuidado que se manifiesta de distintas formas y en infinidad de circunstancias posibles. razón por la cual, no pueden ser especificadas en abstracto en la ley sino que deben surgir de las circunstancias del hecho y de las condiciones personales del agente. 199/

IV. LA IMPUTACION OBJETIVA. El resultado tiene que -- ser la concrecion del peligro representado por la acción, lo que significa la conexión de antijuridicidad porque el resultado será imputable a la acción cuando se produzca con adecuación al de ber de cuidado exigido que hubiera evitado el resultado.

199/ Ponencia presentada por la Comisión Chilena ante la comisión redactora del Código Penal Tipo para Latincamerica integrada por el Doctor Alvaro Bunster, profesor de Derecho penal e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Alfredo Etcheverry, Novoa Montreal y otros. La fórmula que presentaron es amplia, porque abarca la culpa con -- representación y la culpa inconsciente. Derecho Penal con -- temporáneo . Revista No. 10 Seminario de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. Noviembre 1965. Pág. 26.

D) DESVALOR DE ACCION Y RESULTADO EN LOS DELITOS CULPOSOS:

El desvalor del resultado en los delitos culposos, es distinto al de los delitos dolosos, pues en éste el desvalor se funda en la supradeterminación final real, del acto externo. En -- cambio en el infortunio de los delitos culposos falta esa suprade -- terminación en cuanto al resultado típico, es decir, el resulta -- do no se produce como consecuencia de la acción final desplegada, sino en la dirección final ulterior que al autor le era exigible y que ha infringido al cumplir su actividad volitiva.

Como consecuencia, el comportamiento típico del delito culposo consiste en realizar la acción contraria al deber de cuidado exigido. Si la acción es contraria al deber de cuidado, tiene necesariamente que ser negligente o imprudente. El error de nues -- tra dogmática, ha sido considerar el delito culposo no como tipo penal específico sino como especie de culpabilidad, razón por la cual, se considera que el delito se agota en la causación del resulta -- do produciéndose contradicción con la naturaleza de la norma que se dirige a la prohibición de acciones lícitas y no a causa -- ciones. Es decir, que si el tipo penal describe una conducta prohibida, la prohibición sólo puede realizarse mediante la acción -- contraria al debido cuidado, más no por la causación del resulta -- do.

Por otra parte, el resultado no forma parte del tipo porque resultado no es comportamiento, ya que si tipo es la descripción --

de una conducta prohibida, el resultado no integra el tipo. Sin embargo, ello no implica que el resultado no integre el ilícito, y que sea condición objetiva de punibilidad.

C) ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD:

Para Welzel ^{200/}, la culpa es un concepto complejo que está integrado por la antijuridicidad y la culpabilidad. El Derecho exige de todo aquél que pretende participar sin limitaciones en la vida social, que al llevar a cabo una resolución de voluntad, despliegue, por lo menos, el mínimo de dirección finalista-adeecuado a la situación concreta, para evitar el menoscabo de -- los bienes jurídicamente tutelados. Por lo tanto, como en el delito doloso, la antijuridicidad es producto de una falta de justificación en la realización del hecho típico. toda consumación de un tipo penal que no esté justificada, es antijurídico, pero ello no quiere decir, que todas las causas de justificación tengan cabida en el delito culposo, o que la adecuación de la conducta al cuidado exigido se considere como causa de justifica -- ción, pues ésta, en todo caso, determinará una causa de adecua -- ción típica. Por lo tanto, establecida la antijuridicidad del -- hecho culposo, será preciso determinar la culpabilidad, que al igual que en los delitos dolosos, presupone la previa comproba --

^{200/} Welzel. Ob. Cit. Pág. 25.

ción de la antijuridicidad objetiva, ^{201/} y no se agota en la mera lesión del bien jurídico, porque abarca el desvalor de acción comprensivo de la violación del deber de cuidado, que se analiza en la esfera del injusto en forma separada de la culpabilidad, que en definitiva, constituye la reprochabilidad personal, por haber realizado el autor una conducta objetiva no cuidadosa ^{202/}

F) CULPA CONSCIENTE Y CULPA INCONSCIENTE:

Se dice que hay culpa consciente cuando el autor actúa con conciencia de violar el deber objetivo de cuidado. Por ejemplo: cuando se excede en velocidad al conducir un vehículo, con el consiguiente peligro para terceros. Y, habrá culpa inconsciente, cuando el sujeto ha obrado con desconocimiento del deber de cuidado. Ejemplo: se excede en velocidad, pero no se presenta la posibilidad de la realización del tipo.

G) PRETERINTENCION :

Posee una estructura mixta pues en ella concurren elementos del delito doloso y del culposo, razón por la cual se dice que el delito ha sido causado de manera preterintencional cuando

^{201/} Welzel. Derecho Penal Alemán. Pág. 136. "Los resultados -dice- que quedan fuera de la previsibilidad objetiva del hombre inteligente, eliminan el tipo del delito culposo". Cree mos sin embargo, que el término "inteligente", debería sustituirse por el cuidado del buen padre de familia, elaborado por el Derecho Romano. Ya que una persona no inteligente puede ser cuidadosa, precavida.

^{202/} Welzel. Nuevo Sistema. Pág. 25.

el autor de un delito doloso realiza a la vez el tipo de un delito culposo. Nuestro Código Peral, regula el delito preterintencional integrándolo dentro de las circunstancias atenuantes. Arto. 26 Fracción 6 y dice "no haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad como el que se produjo "incurriéndose en su redacción en grave error al relacionar la culpa con la no previsión (no tener intención) de un resultado.

CAPITULO XII

LOS DELITOS DE OMISION

A) CONCEPTO:

Toda norma penal se expresa mediante prohibiciones o mandatos, -ordenan dice Welzel-, la realización de resultados socialmente deseados y prohíben aquellos que no lo son, es decir, los tipos penales son reflejo de las normas que unas veces son prohibitivas - está prohibido matar, Hurtar etc.- y otras portadoras de mandatos imperativos que imponen la obligación de realizar ciertas acciones - ayudar al necesitado-. Como consecuencia, cuando se lesiona una norma de mandato por no realizarse la acción ordenada, se tipifica el delito de omisión y cuando se lesiona la norma prohibitiva se configuran los delitos que ya hemos visto supra. ^{203/}

B) NATURALEZA ONTOLOGICA DE LA OMISION:

No puede decirse que la naturaleza ontológica de la acción, sea la misma de la omisión, pues ésta, entraña la no realización de una acción ^{204/}, produciéndose como consecuencia una contra -

^{203/} Cfr. Welzel. Derecho Penal Alemán. Pág. 276.

^{204/} Cfr. Welzel. Ob. Cit., Pág. 176.

dicción, que Welzel critica en el sentido de que, cuando comun - mente se incluye la omisión dentro del concepto de acción, se to ma el concepto de acción en doble sentido, lo que induce a una au sencia de claridad, pues se otorga a la omisión características propias de la acción, cuando no son idénticas, pues correspen den a dos categorías independientes que solo subsumidas en la -- conducta podrán regirse por el concepto único, de lo que conoce mos como voluntad. De ahí, que, no se pueda hablar de manera es pecífica de omisión sin que por ella no entendamos la existencia de una acción, o sea, que sin acción, no hay omisión. "La omi sión no es un concepto negativo, sino uno "limitativo", es la o misión de una acción posible del autor, que está subordinada en tonces al poder final del hecho" ^{205/} O sea pues, que la omi -- sión es la no realización de la finalidad potencial (posible) -- del hombre referida a una específica acción, ya que únicamente puede considerarse omitida, la acción ligada al poder final del hecho, ésto es, que existe acción omitida cuando se tiene domi nio sobre el hecho. Pero ese poder final del hecho para su exis tencia requiere de la concurrencia de algunos requisitos como son: la capacidad de acción, que comprende, conocer los efec -- tcs de la acción, la selección de los medios, factibilidad mate rial de utilizar los medios elegidos y consecuentemente de ejecu

^{205/} Welzel. Ob. Cit. Pág. 177.

tar conforme a lo plancado el acto. ^{206/} Es por eso, que, sólo la concurrencia de estos requisitos, puede calificar un no hacer en omisión, no siendo indispensable que en el momento que ésta se produce esté presente la voluntad actual, por cuanto que, requiriéndose de una finalidad potencial basta con que aquella se produzca dentro del marco de las posibilidades, que encuadre dentro del dominio final potencial. Por ejemplo: el padre que coloca el salvavidas a su hijo de cinco años, y sin revisar previamente si el mismo no tiene escape de aire, lo lanza a la piscina donde luego se ahoga, olvida realizar una acción que podía hacer si para ello hace uso de cierto grado de concentración. Motivo por el cual, al no hacerlo, omitió la acción. Como consecuencia, en los delitos de omisión, queda descartada la Causalidad, por que no se encuentra en la omisión la existencia de una voluntad de realización dirigida a ese omitir, como tampoco es la omisión portadora de una finalidad actual, en cuanto en tanto, adolece del dolo de hecho. Dice Welzel, ^{207/} que cuando se habla de "omisión querida", se hace referencia a un omitir consciente, o sea se produce una omisión en la conciencia de poder actuar. Por ejemplo: el sujeto sabe que puede salvar a quien se ahoga. En tanto que, en la omisión inconsciente se produce un conocimiento del objetivo de la acción posible, pero sin conocimiento del pro

^{206/} Ibidem

^{207/} Ibidem.

pio poder de hecho y que cumple sin embargo, el concepto del mismo. Por Ejemplo: el que no actúa para salvar a quien se ahoga, pero que a la vez no adquiere conciencia de que puede salvarlo.

C) ELEMENTOS DEL TIPO:

El tipo en los delitos de omisión comprende: "aquellos presupuestos circunscritos típicamente, cuya concurrencia hace que el ordenamiento jurídico exija una intervención ^{208/}. O sea, que el tipo requiere de ciertos elementos, entre ellos la situación típica, o situación de hecho, de la cual nace cierto deber de actuar, y por otra parte, el deber estricto de acción que no queda comprendida en la situación de hecho, en tanto en cuanto será consecuencia de dicha situación. Al tipo penal corresponderá como primer elemento, la situación típica descrita en la ley, esto es: deber de actuar, Por ejemplo: la no prestación de auxilio a la persona necesitada.

Segundo elemento será: la no realización de la acción que manda la norma. "No ejecución de una acción que tienda a alcanzar el fin fijado por el mandato (falta de actuar con tendencia a realizar el mandato)", o sea, que, para concluir que la conducta es típica, deben concurrir por una parte la situación generadora del mandato de acción y por la otra el no cumplimiento de la misma --

por el agente.

Tercer elemento del tipo será: el poder final del hecho - para el cumplimiento del mandato, es decir, poder de hecho para evitar la lesión del bien jurídico. " El que no actúa omite la acción ordenada por el mandato, sólo cuando tenía el poder para - la ejecución", ^{209/}, ésto es, que se considerará una omisión como adecuada al tipo penal, si el agente tenía posibilidad de hecho para evitar la lesión, y será requisito para considerar que el agente tenía ese poder de ejecución, cuando se de un conocimiento de la situación típica, o sea, cuando el agente cuente -- con su existencia, pues el simple conocer no será suficiente. Este conocimiento, se traduce en conciencia de omitir la acción de su poder de hecho para la ejecución de la acción omitida ^{210/}: Como consecuencia, si no hay poder de hecho, si se adolece de la posibilidad de realizar la acción que evite la lesión del bien - jurídico, no habrá adecuación entre omisión y tipo.

D) LA ANTIJURIDICIDAD:

Ninguna diferencia existe entre la antijuridicidad propia del delito de omisión y los restantes delitos, hecha cuenta que, ésta, es sencillamente ausencia de causas de justificación. "La tipicidad es también indicio de la antijuridicidad. El deber de

^{209/} Welzel. Ob. Cit. Pág. 282.

^{210/} Ibidem.

actuar no es elemento del tipo", ^{211/} o sea, el deber de actuar como ya dijimos supra, es consecuencia de la situación típica.

E) LA CULPABILIDAD:

Si la omisión es contraria al deber, entonces es culpable, porque se entiende que dicho deber de actuar venía reconocido al agente y lógicamente la acción le era exigible ^{212/}. De ahí, que, como sucede con la antijuridicidad, la culpabilidad no se adorna con ninguna característica que puede considerarse especial, la -- culpabilidad es reprochabilidad al agente pasible de capacidad para realizar la acción contenida en el mandato, es decir, reproche a quien pudo haber actuado de manera distinta.

En cuanto al error, éste se producirá cuando el autor a pesar del conocimiento de la situación típica, yerra con respecto al deber de actuar, en cuyo caso incurre en culpa, y se excluye la -- culpabilidad, cuando no le es exigible al agente el sacrificio de un interés cercano de poco valor para poder cumplir el deber. ^{213/} Tentativa, será solamente la fallida.

^{211/} Welzel. Ob. Cit. Pág. 283.

^{212/} Ibidem.

^{213/} Cfr. Welzel. Ob. Cit. Pág. 284.

F) DELITOS PROPIOS DE OMISION:

En los códigos penales cuando se tipifica el delito de omisión propia, se les describe como hecho mediante el cual, no se da cumplimiento a un mandato, y se le tiene por consumado, cuando se omite el cumplimiento del mandato prescrito en la norma sin tomar en cuenta el resultado. Es decir, es una disposición en la que la pena es una consecuencia de la infracción del deber de actuar. Ejemplo: omitir la denuncia en tiempo de los planes conocidos para realizar un delito y en los casos de accidentes no prestar auxilio a las víctimas. Los delitos propios de omisión se consuman, se agotan, en la infracción al mandato de acción; en ellos el tipo penal describe la conducta que la norma prohíbe y para determinar la adecuación típica, deberá establecerse si la acción realizada por el sujeto activo no se corresponde con la que impone la norma. Ahora bien, junto a estos delitos que son penados por la misma norma, coexisten otros que son realizados mediante acciones productoras de resultado, o sea originados por acción positiva. Ejemplo: la pena con que se reprime al funcionario público que contrarie a la constitución o dicte resoluciones contrarias a éstas, es consecuencia de una acción positiva, en tanto que cuando dicho funcionario no ejecute las órdenes constitucionales o las leyes que le vienen impuestas, incurre en conducta omisiva.

Nuestro Código Penal regula la omisión en distintas formas.

Cuando amenaza con pena el incumplimiento de un determinado mandato de acción como la omisión de auxilio del artículo 156. Otra forma es aquella en la que bajo una misma amenaza penal se toma en cuenta tanto la realización positiva de la acción como la omisión, vale decir, son dos formas típicas equivalentes de realizar el tipo la que en muchos casos se encuentra de manera implícita en la redacción del tipo como por ejemplo la evasión del artículo 378 del Código Penal.

G) DELITOS IMPROPIOS DE OMISION O COMISION:

Hay casos en los cuales, la ley contiene mandatos dirigidos en forma específica a evitar la inminente lesión de bienes jurídicos los cuales no se encuentran sancionados por la ley, pero si aceptados por la doctrina y la jurisprudencia. Son aquellos en que, el tipo penal doloso puede realizarse mediante una omisión, como sucede con el homicidio, que no sólo es punible cuando se produce como consecuencia de una acción portadora de finalidad actual, sino que también por omisión. Ejemplo: La Madre que deja morir por inanición al hijo, se le castiga con la pena que corresponde al homicidio. Ejemplo. Artículo 18 del Código Penal. Cambios de Omisión: "quien omita impedir un resultado...". Tal disposición entraña que no evitar el resultado el cual se venía obligado a evitar es lo mismo que realizar el tipo. Con esta prescripción vaga e imprecisa se deja aparentemente en resguardo el prin-

cipio de legalidad, pero la verdad es que la concreción de sus e
lamentos queda abierta, problema que sería subsanable incorporán
do las fuentes del deber de actuar al tipo.

CONCLUSIONES

I. La Teoría tradicional del delito, ha sufrido una revisión de fondo-consecuencia del examen científico al cual ha sido sometido y que sin lugar a dudas ha conmovido y transformado sus conceptos fundamentales. La paternidad del avance no puede sin embargo atribuirse de manera específica al finalismo, que es contra quien enfocan sus baterías los causalistas ortodoxos. Ius penalistas como Graf Zu Dohna, Von Weber, Glasser, Langle, H. Mayer y Erick Wolf y Frank, iniciaron el proceso de revisión con mucho éxito, pero sus descubrimientos no fueron incorporados a la teoría del Delito, evitando con ello el despliegue de nuestra ciencia hacia nuevos estudios. El error de estos autores fue, buscarle acomodo a las categorías descubiertas dentro de la teoría tradicional, no obstante que patentemente pugnan con sus principios.

II. La dogmática tradicional organizó su sistemática - encontrando en el delito un aspecto externo u objetivo y otro - interno o subjetivo. El primero comprendía la acción en sentido naturalista, es decir, como cambio en el mundo exterior, producto de una conducta corporal querida. El tipo también quedaba comprendido en este aspecto externo, constituyendo a la vez

la antijuridicidad, siempre y cuando otros preceptos jurídicos no se le opusieran.

El aspecto interno o subjetivo, era la culpabilidad, la que se entendía como relación psíquica del agente con el resultado. Esta relación psíquica, adquiría las formas de dolo y culpa y la imputabilidad era una categoría previa, es decir - presupuesto de la culpabilidad.

I.P.T. La crítica a la doctrina tradicional y psicologista, fundamentada en concienzudos estudios científicos de los Ius penalistas, originó el derrumbe de esta doctrina, la que - si bien es cierto, elaboraba su sistemática de manera sencilla lo que coayudaba a su fácil entendimiento y conocimiento, sus conceptos. sobre todo de la culpabilidad, no respondían a los requerimientos mínimos de la ciencia. Si la acción no podía ser ciega, mucho menos podía comprobarse esa relación psíquica entre culpabilidad y resultado, salvo en los casos de -- culpa. De ahí que, revista suma importancia para la transformación de la teoría del delito la elaboración del concepto normativo de reprochabilidad de Frank, conforme al cual dolo y culpa son absorbidos por la culpabilidad para trocarse en atributos alternativos del delito, y el juicio de reproche de culpabilidad ya no se emitirá basado en el simple conocimiento o

alcance de la acción, sino que dependerá a la vez del conocimiento que se tenga de las circunstancias concomitantes, porque éstos, operarán coartando la libertad de elección, e, incluso, eliminando el dominio sobre el hecho. Sin embargo, la teoría -- tradicional hizo caso omiso del aporte de Frank, pues sigue en contrando en la culpabilidad la reprochabilidad, como vicio en la formación de la voluntad, es decir, porque el agente ha sido reacio a orientar su conducta de acuerdo a la norma de Derecho.

IV. La teoría normativa de la culpabilidad, hasta nuestros días, ejerce predominio en la ciencia jurídico penal, aunque sin resultados positivos en la práctica, porque sigue manejando los principios tradicionales de tipo objetivo y antijuridicidad y de tipo subjetivo y culpabilidad.

Diferente es el aporte de los elementos subjetivos del injusto, descubiertos por penalistas influenciados en su quehacer por la filosofía de los valores de la escuela sudoccidental alemana. Los elementos subjetivos del injusto determinan que - en la mayoría de delitos, el injusto del tipo no puede determinarse si no se evalúan las características subjetivas, o sea que, al valorar la conducta humana desde la antijuridicidad, se establecen las intenciones que orientan la conducta. Su plan - tratamiento arranca en el momento en que se descubre que la antijuridicidad es dañosidad social y que ésta depende de presupes

tos anímicos o intencionales, los que luego se incluyen en calidad de elementos subjetivos, ahora en la antijuridicidad, y después, cuando se concibe el tipo como injusto, dentro de la tipicidad, razón por la cual ya no inciden en el desvalor de resultado, sino que en el desvalor de acción. Junto a ello, se establece -- que la existencia de causas que excluyen la antijuridicidad, se determinan por la existencia de elementos subjetivos, y que a la par de los elementos subjetivos del tipo operan los subjetivos de justificación. Como corolario, se establece que la culpabilidad es objetiva, haciéndose inostenible la tradicional identidad entre tipo objetivo y antijuridicidad y tipo subjetivo con culpabilidad. Estos son los antecedentes que recoge Weirzel, para la -- construcción de la Teoría Finalista de la Acción.

V. Las bases de la moderna teoría del delito, las aporta la doctrina finalista. Para ella, la acción, finalista es ón tica, es decir, tomada como se da en la realidad y no simplemente un concepto jurídico penal que se contenta con que la misma sea voluntaria sin importarle el fin. La acción finalista, corresponde a una voluntad plerónica de sentido, dirigida a alcanzar metas prefijadas, sin que le sea dable apartarse de su objetivo, en tanto, en cuanto, fenómeno social, porque de no ser así, se alejaría de la realidad. Ya no será pues, aquella acción --

ciega que produce un cambio en el mundo exterior sin saber por qué y para qué, para por fin encontrar su explicación en la culpabilidad.

VI. La doctrina de la acción finalista encaja las acciones dolosas y culposas dentro del concepto genérico común de acción finalista. Las dolosas son portadoras de una finalidad actual, en tanto las acciones culposas ontológicamente son las mismas que se producen con respecto a los delitos dolosos que sólo se bifurcan en el tipo. Es decir, el tipo objetivo es el mismo en ambos delitos, y se diferencian en el tipo subjetivo, pues ya aquí, la finalidad del delito doloso se dirige hacia la realización de un resultado típico y es a lo que llamamos dolo. En tanto en el delito culposo, la finalidad se dirige a un resultado -- específico, más no tipificado, que solo poniendo la debida atención podrá evitarse.

El dolo que en la doctrina tradicional era una especie de la culpabilidad, se evacúa de ella y se le incorpora al tipo de injusto. Por lo tanto, dolo será el querer y saber la realización del tipo objetivo y ya no conciencia de la antijuridicidad. Este traslado, contribuye a la vez, a encontrar solución al problema del error. Para el finalismo, el error de tipo excluye el dolo -- por ausencia de tipo subjetivo y como consecuencia también el injusto.

VII. El concepto de culpabilidad de la teoría tradicional, se formaba de dolo y culpa. A pesar del progreso que representó la elaboración de la teoría normativa de la culpabilidad, el hecho que la teoría tradicional haya seguido sosteniendo el concepto ciego y causal de acción, impidió que se produjera el traslado del dolo hacia la acción y el tipo, no obstante que, en la estructura de la teoría normativa ya no encontraba cabida. La teoría de la acción finalista, si evacuó el dolo de la culpabilidad y explica la esencia de ésta en el incumplimiento de los deberes que impone el Derecho, como un defecto de la voluntad que conduce a realizar la acción contraria a la norma, y aunque esta concepción es parecida a la que sostiene la teoría tradicional, su diferencia se explica en el hecho de que la teoría finalista incorporó la finalidad a la acción y el dolo al tipo, mecanismo mediante el cual la culpabilidad es despojada de sus componentes psicológicos.

VIII. Se produce también en el finalismo, otro cambio pues la antijuridicidad pierde su carácter puramente objetivo, o como conducta justificada cuando el resultado es conforme a Derecho. Para el finalismo será antijuridicidad un juicio que determinará que la acción típica, no es conforme a Derecho cuando la

misma no se justifique. Esto influirá también en el error de -
prohibición comprensivo del supuesto de que el hecho no es antiju-
rídico, o que se encuentra permitido, pues no implicará vicio en
el conocimiento y la voluntad del agente para la realización de
la acción.

Ya no estando la culpabilidad integrada por componentes
psicológicos, sus elementos serán de naturaleza valorativa, como
la imputabilidad que se explicará como juicio sobre la capacidad
de motivación, razón por la que si el agente no tenía posibilidad
de conocer el injusto, se presume que podía conocer el carácter--
antijurídico de su acción. La exigibilidad de su conducta que de-
be ser ajustada a la norma determinará que no existe a su favor -
coacción.

B I B L I O G R A F I A

- ANTIOLIOSI, Francesco La acción y el resultado del delito. Editorial Jurídica Mexicana, 1959. Traducción del Italiano de José Luis Hernández. Biblioteca -- Personal.
- ARISTOTELES Moral a Nicómaco. Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid 1972. Sexta Edición.
- BACIGALUPO, Enrique Lindeamientos de la Teoría del Delito. Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1978.
- BICIGALUPO, Enrique Culpabilidad, dolo y participación. Editorial Alvarez S.A., Talcahuano, 485, Buenos Aires Argentina 1966.
- BETTIOL, GIUSEPE Diritto Penale. Friulla, Editores, 5a. Edizione 1952.
- BUSCH, Richard Modernas transformaciones en la teoría del delito. Editorial TEMIS Librería, Bogotá Colombia, 1980. 60 páginas.
- CARRARA, Francesco Programa del Curso de Derecho Criminal Traducción de Sebastián Soler. Editorial Depalma, Buenos Aires. 1944.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa, S.A. México 1977. Décimo Segunda Edición.

- CARNELUTTI, Francesco Teoría General del Delito. Traducción de V. Conde. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1941.
- CORDOVA RODA, Juan Culpabilidad y Pena. Bosch, Casa Editorial. S.A. Urgel 51 Bis. Barcelona 1977.
- CORDOVA RODA, Juan El conocimiento de la antijuridicidad en la Teoría del Delito. Bosch Casa Editorial. Urgel 51. Bis. Barcelona 1962.
- CORDOVA RODA, Juan Una Nueva Concepción del Delito. La Doctrina Finalista. Ediciones Ariel Barcelona, 1963.
- COUSINHO MAC IVER, Luis Derecho Penal Chileno-Editorial Jurídica de Chile. 1975.
- CUELLO CALON, Eugenio Derecho Penal. Parte General T. I. Editorial Bosch, Barcelona 1968.
- FRANK, Reinhart Estructura del Concepto de Culpabilidad. Traducción de Sebastián Soler. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal. Universidad de Chile 1966.
- GALLAS, WILHEM La Teoría del Delito en su Momento Actual. Bosch, Casa Editorial Urgel bis 51. Barcelona 1959. Traducción de Juan Córdova Roda.
- HARTMANN, Nicolai Metafísica del Conocimiento. Tomo I. Buenos Aires 1957.
- ISLAR DE GONZALES MARISCAL, Olga Doctora Análisis Lógico de los Delitos contra la vida. Editorial Trillas México 1982.
- JIMENEZ de ASUA, Luis La Ley y el Delito. Editorial Sudamericana Buenos Aires. 1960.

- JIMENEZ DE ASUA, Luis Tratado de Derecho Penal. Editorial Losada, Buenos Aires, 1958. Tomo II y III. Segunda Edición.
- JIMENEZ HUERTO, Mariano. La tipicidad. Editorial Porrúa, S.A. México 1955.
- KAUFMANN, Armin Teoría de las Normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna. Ediciones Depalma, Buenos Aires -- 1977. Versión Castellana de Enrique Bicalalupo y Ernesto Garzón - Valdez.
- MAGGIORE, Giuseppe Derecho Penal. Traducción de Sebastián Soler. Editorial Temis, Bogotá, Colombia 1954.
- MAZZINI, Vicenzo Tratado de Derecho Penal. Traducción de Sentis Melendo. Editorial Ediar, Buenos Aires 1948.
- MAURACH, REINHART Tratado de Derecho Penal. T. II. Ediciones Ariel, Barcelona 1962. -- Traducción de Juan Cordova Roda.
- MERKEL, Adolfo Derecho Penal. Traducción de Pedro Dorado Montero. Madrid, España S/F.
- MERKEL, Adolfo Derecho Penal Traducción de Pedro Dorado Montero. Madrid España S/F
- MEZGER, Edmund. Tratado de Derecho Penal. T.I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1955. Edición revisada y -- puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz.
- MOLNAR, Erik Fuentes ideológicas del materialismo histórico. Ediciones de Cultura Popular. S.A. Tercera reimpresión, México 1980. Traductor: Adolfo Sánchez Vásquez 135 páginas.

- NOVOA MONTREAL, Eduardo Causalismo y Finalismo en Derecho Penal. Editorial Juricentro, S.A. Costa Rica 1980.
- NICSE, Werner La teoría finalística Dell'azione nel diritto tedesco JUS, 1951, Pág. 256-271.
- LEWIS, John Ciencia, Fe y Escepticismo. Colección 70, Editorial Frijalbo, México D.F. 1970.
- LUZON DOMINGO, Manuel Tratado de la Culpeabilidad, Editorial Hispano Europea. Barcelona, España, 1960.
- ORTIZ MUÑOZ, Pedro Nociones Generales de Derecho Penal T.I. Editorial Nascimento. Santiago 1933.
- RODRIGUEZ MORULLO, Gonzálo Derecho Penal. Parte General. Madrid. 1978.
- RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo La Doctrina de la Acción Finalista Universidad de Valencia. Segunda - Edición. 1977.
- ROXIN, Claus Política Criminal y Sistema de Derecho Penal. Traducción de Francisco-Muñoz Conde. Editorial Bosch, Barcelona, 1972.
- ROXIN, Claus Problemas Básicos de Derecho Penal. Editorial Reus S.A., Madrid 1976. Traducción y Notas de Diego Manuel Luzón Peña.

- SAUER, William Derecho Penal. Editorial Bosch, Barcelona 1956. Traducción de - Juan del Rosal.
- SOLER, Sebastián Derecho Penal Argentino, Tipografía Editorial Argentina, 1953. Segunda Edición.
- TERÁN, Juan Manuel Filosofía, Editorial Porrúa, S.A. México, 1977.
- VON BELING, Ernest Esquema de Derecho Penal. Traducción de Sebastián Soler de la 11a. Edificación de 1930. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1944.
- VON LISZT, Frank Tratado de Derecho Penal. Traducción de la 10a. Edición de Q. Saldaña y Luis Jiménez de Asúa. Editorial Reus, Madrid 1927.
- WELZEL, Hans La Teoría de la Acción Finalista Editorial Depalma, Buenos Aires 1951.
- WELZEL, Hans Lo Permanente y los Transitorio en el Derecho. Revista Mexicana de -- Ciencias Penales. Traducción del Dr. Moisés Moreno.
- WELZEL, Hans El nuevo sistema del Derecho Penal Una introducción a la Doctrina Finalista. Barcelona 1964.
- WELZEL, Hans Derecho Penal Alemán. Part-General, 11a. Edición Editorial Jurídica de Chile 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl

Acercas del concepto finalista de la Conducta en la Teoría General del Delito Revista Jurídica Veracruzana. Órgano del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz Nos. 1 y 2, enero-junio 1973.

ZAFFARONI, Raúl

El Concepto Social de Acción en el Derecho Penal. Una posición diferente frente al causalismo y finalismo, Revista Jurídica Veracruzana, enero-junio 1974.

ZU DORNA, Graf

La Estructura de la Teoría del Delito Abeledo. Perrot, Buenos Aires 1958. Traducción de Carlos Fontán Belestria.

DICCIONARIO. De Derecho Privado. Editorial Labor, S.A. Barcelona España 1967.