00781/9

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

LA DOGMATICA PENAL FINALISTA EN LA LEGISLACION MEXICANA

EJEMPLAR UNICO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

DOCTOR EN DERECHO

P R E S E N T A :

LIC. ARTURO GARCIA JIMENEZ

ASESOR: DR. RAFAEL MARQUEZ PIÑERO

CIUDAD UNIVERSITARIA 2002

LA DOGMATICA PENAL FINALISTA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

La tesis doctoral que presenta el Licenciado Arturo García Jiménez para obtener el Grado de Doctor en Derecho, es un trabajo de investigación, integrado por seis capítulos, con un contenido específico que desarrolla el tema central de la investigación.

En el capítulo primero se analiza el problema del concepto de delito, a partir de los diferentes enfoques que se le ha atribuido, resaltando la dificultad de englobar en una sola idea su esencia; se aborda el estudio de las diversas tendencias doctrinales relativas a su integración en base a sus elementos, precisando los fundamentos que sustentan la teoría causalista, el finalismo, la imputación objetiva y el modelo lógico del derecho penal, estudiando pormenorizadamente cada tendencia doctrinal en los capítulos segundo, tercero y cuarto, en los que se indican los fundamentos filosóficos de Hegel, Kant y el neokantismo como el origen de los principales postulados que sustentan, señalando el concepto y el contenido de cada uno de los elementos del delito que les atribuye las distintas tendencias doctrinales.

Se estudia en el capítulo quinto la dogmática penal, señalando la interrelación que existe con la norma jurídica, con la teoría del delito, su relevancia y su estructura, a fin de señalar los alcances de la misma y aplicar sus principios en el estudio de las normas jurídico penales de la legislación vigente.

El tema central de la investigación enfocada a la legislación penal vigente, se desarrolla en el capítulo sexto, pues se estudia como contenido de las normas penales el concepto de delito, resaltándose las dificultades que trae consigo esta postura de la legislación. Se precisan los elementos del delito que se desprenden de nuestra legislación, se aborda el contenido de la acción y sus elementos, se analiza el concepto y los elementos del dolo que exige la legislación para su integración, se muestra la forma y las consecuencias del sistema de números clausus para la regulación de la culpa, así como los defectos de nuestra legislación al regular ese sistema y las consecuencias que trae consigo, que se reflejan en la desprotección de bienes jurídicos; asimismo, se estudia la forma en que la ley considera la configuración del tipo penal y sus elementos, indicando su contenido y sus consecuencias, se distinguen los elementos objetivos de los normativos y subjetivos, para precisar el alcance de cada uno de ellos; se analiza la tendencia que sigue la legislación al conceptuar de un modo valorativo a la antijuridicidad superando la idea formalista de simple transgresión de deberes normativos; se estudia a la culpabilidad según la regula la legislación penal, precisando su alcance y su contenido, logrando advertir que la imputabilidad aún cuando de manera literal no se incluye como elemento de culpabilidad, llega a serlo al interpretar sistemática y funcionalmente las distintas normas jurídicas, apoyándose en la interpretación a contrario sensu de los aspectos negativos de los elementos del delito señalados en la legislación. Se efectúa el análisis de las causas que provocan ese aspecto negativo, para precisar el alcance que se les atribuye en la legislación y sus consecuencias. Todo lo anterior en un estudio a la luz de las diversas tendencias de la teoría del delito, para evidenciar que la dogmática penal en nuestra legislación está conformada por la adopción de diversas tendencias que provocan conflictos para integrar el delito.

THE PENAL FINALIST DOGMATIC IN THE MEXICAN LEGISLATION

The doctoral thesis that presents the licentiate Arturo Garcia Jimenez to get a Doctor's degree, it's an investigation work, integrated by six chapters with a specifying concept that develops the central topic of investigation.

In the first chapter is analyzed the problem of the crime concept, starting in different ways that were attributed, highlighted the difficulty of check over in only one idea its essence; the studies of many doctrinal tendencies relatives to its integration basing on its elements, specified all fundaments that support the causalista theory, the finalism, the objective imputation and the logic model of penal law, studying carefully every doctrinal tendency in the second, third and fourth chapters are indicated the fundaments philosophies of Hegel, Kant and neokantism like the origin of the principal postulates that sustain, making an pointing out in the concept and the contest of each one of the elements of the crime that attribute the differents doctrinally tendencies.

In the fifth chapter is studied the dogmatic penal pointing out the interrelation that exists with the juridical rule with the theory of crime, the relevance and structure looking to point out the reaches of that and to apply its principles in the study of juridical penal rules of the legislation in force.

The central theme of the investigation in focused in the penal legislation in force, the sixth chapter is studied like the content of penal rules the concept of crime, highlighted the difficulties that brings with that this posture of the legislation. To precisely the elements of crime that are unfastens of our legislation, the contest approached of the action and its elements, the concept is analyzed and the elements of guile that asks the legislation for its integration, is showed the form and the consequences of the system of numbers clausus for the regulation of the blame, as well as the defects of our legislation to regulate that system and consequences that gets it, to reflected in the scorn of the juridical value; likewise is studied the way that the law consider the configuration of the penal type and its elements, indicating its contest and its consequences, the objectives elements are distinguished of the normatives and subjectives, to precisely the reach of each one of them; the tendency is analyzed that continues of the legislation to regard in a evaluative mode to the antijuridicidad surpassing the formalist idea of simple transgression of normative duties; the culpability is studied according to regulate the penal legislation, preciseling its reach and its contest, gaining notice that the imputabilidad although in a literal way not include like a culpability element, become to interpret systematic and functionally the differents juridical rules, supporting in the interpretation of sensu contrary of the negative aspects of the elements of crime showed in the legislation. The analysis is effectuated of the causes that provoke that negative aspect, to precisely the reach ascribe them in the legislation and its consequences. All of them in a study at the light of the different tendencies of the theory's crime, to evidence that the penal dogmatic in our legislation its integrate for the adoption of many tendencies that provoke conflicts to integrate the crime.

A MI ESPOSA
ERIKA AGUILERA RAMÍREZ

Como el más humilde reconocimiento por
su amor y comprensión, autora de la felicidad
que me ha hecho sentir desde que la conocí.

A MIS PEQUEÑOS HIJOS
ERIKA MARIANA y
CARLOS ALBERTO

Quienes con su inocencia me han motivado,
siendo la razón que justifica mi existencia,
abrigando la esperanza de un mejor futuro.

A LESLY CHARLIN y ARTURO

Quienes siempre estarán en mi corazón
y en mi pensamiento, todos los días
de mi existencia.

AL DR. JOSE FERNANDO OJESTO MARTÍNEZ PORCAYO

Que me ha distinguido con su amistad.
Como un reconocimiento a
su sencillez y su bondad que nunca
han demeritado su gran profesionalismo.

AL MAGDO. MAURO MIGUEL REYES ZAPATA

Como un modesto testimonio de la
profunda admiración que le tengo, por
su sapiencia y su rigor analítico.

AL DR. RAFAEL MARQUEZ PIÑERO

Que con sus sabios consejos y su amistad
me orientó en la elaboración de este trabajo,
mi profundo agradecimiento por su ayuda
siempre incondicional.

AL DR. FLAVIO GALVAN RIVERA

Con profunda gratitud por el apoyo
brindado a lo largo de todos estos años,
con el cariño y respeto de siempre.

AL LIC. JUAN MANUEL SÁNCHEZ MACIAS

Como testimonio de reconocimiento por
su dedicación profesional y su amistad desde
las aulas universitarias.

A MIS MAESTROS

DR. FERNANDO CASTELLANOS TENA
DR. RICARDO FRANCO GUZMÁN
DRA. OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL
DR. FRANCISCO XAVIER GARCÍA JIMÉNEZ
DR. RAÚL PLASCENCIA VILLANUEVA
DR. ALFREDO GENIS GONZALEZ MÉNDEZ

Con mi profundo agradecimiento por
todos los conocimientos que incondicionalmente
me impartieron a lo largo de mi formación
profesional y de posgrado.

A MIS AMIGOS

LIC. NORMA INÉS AGUILAR
LIC. MARIO TORRES LÓPEZ
LIC. HUGO PADILLA GUZMÁN
LIC. JAVIER ARTURO TORRES
LIC. OMAR ESPINOZA DEL ANGEL
LIC. ELIZABETH JIMÉNEZ ROJAS
LIC. CLARA GONZÁLEZ MARTÍNEZ

Con todo mi afecto personal.

LA DOGMATICA PENAL FINALISTA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

CAPITULO PRIMERO
CONSIDERACIONES GENEALES SOBRE EL ESTUDIO DE LA TEORIA DEL DELITO

CAPITULO SEGUNDO
LA TEORIA CAUSALISTA DEL DELITO

CAPITULO TERCERO
LA TEORIA FINALISTA DE LA ACCION EN EL DELITO

CAPITULO CUARTO
LA TEORIA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

CAPITULO QUINTO
LA DOGMATICA PENAL

CAPITULO SEXTO
LA DOGMATICA PENAL FINALISTA
EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

INTRODUCCIÓN

La concepción que se ha tenido del delito en nuestra dogmática penal, ha resentido diversos y substanciales cambios en los distintos códigos penales que tuvieron vigencia en tiempos anteriores, pues durante la creación de estos cuerpos normativos, los legisladores se han visto influenciados, en ocasiones en gran medida, por las corrientes doctrinales vigentes en esa época, al grado que pretendiendo acogerlas en su integridad llegaron a romper con el orden constitucional, como fue el caso del Código Penal de 1929, lo que provocó su efímera vigencia en nuestro País.

En este orden de ideas, en el Código Penal de 1871 se pretendieron plasmar las ideas de la escuela clásica que consideraba al delito como bloque monolítico, la responsabilidad fundada en el libre albedrío, su método de carácter inductivo y la pena estimada como una retribución, todos estos postulados tuvieron en ese tiempo un gran auge.

Destacaron los conceptos que del delito proporcionaron los Códigos Penales de 1871 y 1929, como antecedentes inmediatos de nuestro actual Código Penal de 1931, que con todas sus reformas aún continúa definiendo el delito.

En este sentido, el Código Penal de 1871 formula la distinción entre delito y falta, cuyo punto de diferencia radicaba en la naturaleza del cuerpo normativo que se infringía por la conducta desarrollada, las infracciones transgredían reglamentos o bandos de policía, en tanto que para el delito su esencia se señaló expresamente en el artículo 4 : "Delito es: la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda."

En esta disposición la esencia del delito radicaba en la contraposición de la conducta con la norma jurídica, advirtiéndose la extrema formalidad para definirlo al precisar con claridad la transgresión de los deberes normativos, ya sean prohibitivos o imperativos, según la naturaleza de la conducta, con una clara tendencia causalista, al considerar aspectos objetivos o externos para la concepción del delito.

Por su parte, el Código Penal de 1929, siguiendo el corte de la escuela positivista, en la que se consideraba al delito como un fenómeno natural y social, la responsabilidad de carácter social, un método científico y considerando a la pena como una medida de readaptación social, estimó en buena parte, al delincuente como un sujeto fundamental en el drama del delito; en este aspecto, el artículo 11 del extinto Código, señalaba: "Delito es: la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal."

Como se logra advertir, en este cuerpo de leyes, se orientó con los principios de la corriente del bien jurídico, como piedra angular para precisar el contenido y alcance del delito, pues lo esencial del mismo, era la lesión del bien protegido, sin embargo, su definición resultó incompleta al quedar excluidos todos los momentos previos, que sin lograr la consumación, formaban parte de los actos ejecutivos, es decir, la tentativa, que por esencia, no logra lesionar el bien tutelado, sino en todo caso, sólo lo coloca en una situación de peligro. No obstante su tendencia también fue de naturaleza objetivista al tomar en cuenta esencialmente la lesión del bien jurídico tutelado, acogiendo el causalismo, por estimar como parte de su definición a los aspectos naturalistas del delito.

Por otro lado, en el Código Penal de 1931, elaborado entre otros por Martínez de Castro, la comisión redactora se orientó también en los principios de la teoría causalista, al considerar los aspecto materiales o externos del delito como relevantes en su regulación, estimando al dolo y la culpa como formas de culpabilidad, incluyendo posteriormente a la preterintencionalidad como forma intermedia entre el dolo y la culpa.

El 10 de enero de 1994, se publicaron reformas substanciales al Código Penal de 1931, aplicable en el Distrito Federal en los delitos del fuero común y en toda la República en los delitos del fuero federal, mismas que el primero de febrero de 1994 entraron en vigor.

Estas reformas vigentes a partir de 1994, se pretendieron orientar hacia una tendencia finalista, al modificarse varios aspecto importantes en la estructura del delito, tales como el contenido de la acción, la ubicación del dolo, su contenido, la conformación del tipo y sus elementos subjetivos, la materia de culpabilidad, entre otros, procurando desterrar un causalismo que había subsistido en el ámbito normativo por varios año, sin embargo, las reformas no advirtieron la necesidad de una modificación integral que lograra congruencia y coherencia en los elementos del delito y su contenido, provocando una combinación de doctrinas que desencadenaron en diversos problemas.

Estas reformas no se limitaron a la legislación sustantiva, sino que comprendió a la legislación procesal federal y local, en la que se plasmaron exigencias procesales acordes con las reformas introducidas, exigiendo a los órganos de procuración y administración de justicia la necesidad de profundizar en el conocimiento y manejo de las reformas, para cumplir cabalmente con las finalidades de las normas. Exigiéndose en el ámbito procesal, por ejemplo, la necesidad del acreditamiento de los elementos del tipo penal y del dolo como elemento de la acción delictiva.

Posteriormente, en 1999, se reforma el artículo 1 del Código Penal de 1931, para reservar su aplicación sólo al ámbito Federal; no obstante esta reforma y después de su vigencia, el 17 de septiembre de 1999 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal retoma un Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero

Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, ya no vigente en el Distrito Federal por haberse reservado su aplicación sólo al ámbito federal y lo reforma, para señalarle como ámbito de aplicación en el Distrito Federal, legislación que también es tomada en cuenta en este estudio.

Además de todo lo anterior, por el grado de técnica jurídica y procesal que se requería para la comprensión y manejo de las reformas de 1994, en particular la exigencia para el acreditamiento de los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal, en el año de 1999, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se reformó, exigiendo tan sólo el acreditamiento del cuerpo del delito, integrado sólo por elementos objetivos o materiales de la infracción punitiva, variando la orientación procesal y retomando una tendencia naturalista.

Como principal objetivo de investigación es el de precisar la orientación doctrinal y la sistemática que inspiró al legislador en las reformas vigentes a partir de 1994, en las que se transformó la estructura dogmática del delito, al trasladarse en forma expresa el dolo y la culpa a la acción, pero sin señalar explícitamente los demás principios de la tendencia finalista, mismas reformas que impactaron en la reglamentación del Código Penal Federal y del Distrito Federal.

Para arribar a este objetivo, en el capítulo primero se desarrollan todas las consideraciones generales sobre el estudio de la

teoría del delito, precisando desde la concepción unitaria del mismo, hasta la tendencia que lo consideró como escindible en cada elemento, señalando las diversas concepciones y sistemáticas que abordan su estudio.

Con un análisis particular de la tendencia causalista, se desarrolla el capítulo segundo, mostrando cada uno de los postulados y principios que sustenta en la estructura del delito, tanto en la conformación de la conducta como en la integración del tipo y alcance de la antijuridicidad, sin olvidar el contenido de la culpabilidad que durante muchos años en el seno del causalismo fue ampliamente debatido entre el causalismo y normativismo. Con esto, se logra mostrar al lector esos principales postulados que le dan el carácter al propio causalismo, mismos que son retomados en el análisis particular de nuestra dogmática penal, para señalar los rasgos semejantes y diferencias específicas acogidos por el legislador al elaborar la reforma penal.

Semejante método se continua empleando en el desarrollo del capítulo tercero, respecto a la teoría de la acción final, remontándose desde los fundamentos filosóficos de esta teoría y los postulados que sustenta, así como la sistemática en la conformación del delito, señalando el contenido que le atribuye a cada uno de estos elementos y que le distinguen de otras tendencias de opinión. Estos principios son retomados en el capítulo sexto para enfocarlos en un estudio comparativo, con los postulados que orientaron las reformas de 1994 al Código Penal con el fin de señalar las semejanzas y

diferencias de las mismas y lograr identificar la corriente que inspiró al legislador.

En la conformación del marco teórico, se analizó en el capítulo cuarto los fundamentos de la teoría de la imputación objetiva, precisando sus postulados y principios, así como la sistemática que orientó la configuración del delito, sin olvidar las ideas de Jakobs quien reestructuró esta teoría.

Acorde con la temática del protocolo de investigación, en el capítulo quinto se aborda el análisis de la dogmática penal, desentrañando los diversos problemas que encierra, así como los postulados en que se sustenta y la relación que guarda con la teoría del delito y con la norma penal, para precisar las partes en que se divide su aplicación.

Finalmente, en el capítulo sexto se analizan las diversas disposiciones jurídicas objeto de las reformas de 1994, tanto del Código Penal Federal como del Distrito Federal, precisando su contenido, alcance, sistemática y la orientación en que se inspiró el legislador al establecerlas, destacando los problemas que encierran; desarrollando un estudio comparativo con los principales postulados de las corrientes causalista y finalista, para inmediatamente después arribar a la precisión de la teoría que se tomó como sustento de la reforma, según el elemento del delito de que se trata.

Lic. Arturo García Jiménez

CAPÍTULO PRIMERO
CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ESTUDIO DE LA TEORÍA DEL DELITO.

1. - CONCEPTO DE DELITO.

Para abordar el estudio de la conceptualización de delito, es necesario indicar que en la teoría del conocimiento, el concepto es la idea abstracta y general de un objeto congnocible, es decir, el señalamiento de las características que le son propias, que lo individualizan y distinguen de los demás, precisando aquellas que le son exclusivas y resaltan su propia esencia.

Remontándonos a la teoría del conocimiento, el concepto es un término técnico empleado por Hegel, quien le da en su filosofía una doble referencia: por una parte, refiere a la esencia o naturaleza del objeto del pensamiento; por otra parte, refiere al pensamiento verdadero de esa esencia o naturaleza; sin embargo, los dos aspectos del concepto se subrayan largamente en la tercera parte de la lógica hegeliania, en donde el concepto se define como la síntesis del ente y la esencia bajo la forma de la idea.

En efecto, HEGEL[1] expresamente sostiene que "El hecho lógico presenta, considerado en su forma, tres conceptos: a) el abstracto racional; b) el dialéctico o negativo racional; c) el especulativo o positivo racional. Estos tres aspectos, no es que formen por si mismos tres partes de la lógica, sino que son momentos de todo hecho lógico, real; estos es, de todo concepto o de toda verdad en general. Pueden ser puestos todos juntos bajo el primer momento, el intelectual, y por este medio tenerlos separados entre sí; pero entonces no son considerados en su verdad. La exposición que se hace de las determinaciones del hecho lógico, como también de su división, es dada igualmente, sólo en forma anticipada e histórica".

En esta trascendente labor de naturaleza intelectual, el lenguaje ocupa un papel muy importante dentro del contenido del concepto, al grado que, a través del mismo, se resaltan las características del objeto para formar la idea, de suerte que el lenguaje es sólo el vehículo para expresar a las mismas y de su correcta aplicación dependerá una adecuada formulación de la idea, que se acerque, por lo menos, en un punto más próximo a la conformación de la idea con el objeto que se pretende conceptuar.

En este sentido, sostiene Luis JIMENEZ DE ASUA[2] que "en el antiguo Derecho Romano, según Mommsen, el acto

---

[1] Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas. Editorial Porrúa. Colección Sepan Cuantos. México 1997. Pág. 51

[2] Tratado de Derecho Penal. Tomo III. El Delito. Editorial Losada. 5a Edición. Buenos Aires 1950. Pág. 21. Este término, continua explicando el autor en cita, "estaba estrechamente vinculado al concepto a que se refería, para lo cual se precisa tener en cuenta la índole transmisible que tuvo la infracción en las primitivas reglas romanas en tiempos anteriores e incluso posteriores a las doce tablas, en cuanto a los efectos de la reparación y retribución. Por ello expresaba, en el lenguaje general y aún en el jurídico, mas que el hecho de la infracción misma, los efectos derivados de ella en orden a la indemnización del daño causado. Por eso en la

delictivo en general, tanto en el lenguaje común como en el propiamente jurídico, se designó con una palabra que no era privativa de un delito concreto y que lo mismo abarcaba la esfera pública que la privada: noxa, que luego evolucionó hasta la forma noxia y que significa 'daño'"

En la evolución terminológica, después de los diversos estadios en los que el lenguaje recibió modificaciones y cambios, llegó a predominar los términos delictum o delito y crimen, el primero es el "supino del verbo delinqui, delinquere, que significa desviarse, resbalar, abandonar, abandono de una ley"[3], en cambio crimen, cuya raíz es todavía anterior, proviene "del griego, cerno, iudio en latín, que a pesar de ser en su origen término que significa las acciones menos reprensibles, llega finalmente a designar los más graves delitos."[4]

Semejante es la opinión del Maestro Rafael MARQUEZ PIÑERO[5], al decir que "La palabra delito proviene del latín delicto o delictum, supino del verbo delinqui, delinquere, que significa desviarse, resbalar, abandonar...."

---

evolución posterior aparecieron otras palabras más ceñidas al concepto del hecho punible, considerado en sí mismo y no en sus consecuencias reparadoras."

[3] Cfr: Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado T III Op Cit Pág 21

[4] Ídem Los problemas terminológicos también tuvieron cabida en la legislación Italiana, desde el Código Napolitano de 1819, en donde se empleo "la voz reato, para designar en común crímenes y delitos La palabra reato, se hace derivar del griego, que significa 'culpa', y que corresponde al sánscrito atyaya, 'trasgresión', de anti, transire En el lenguaje jurídico de los romanos, reatus significaba término procesal, situación de quien estaba sometido a procedimiento criminal; es decir, acusado."

[5] Derecho Penal. Parte General Editorial Trillas 3a Edición México 1994 Pág 131

En la lengua castellana, dice Luis JIMENEZ DE ASUA[6], "empleamos la expresión delito. La palabra crimen puede decirse como sinónimo de los delitos graves, aunque no figura técnicamente empleada en los Códigos de España para diferenciar las infracciones de mayor monta... En nuestro idioma no podemos acudir a la voz reato -a pesar de la simpatía que Antón le muestra - para hallar un término común que abarque delitos y crímenes, así como las contravenciones, lo que tampoco parece demasiado necesario, puesto que no se ha aceptado, en la clasificación de las infracciones, el vocablo 'crimen' y sólo se usa el de 'delitos' y 'faltas'."

Dentro de toda la problemática de la terminología que se ha empleado para referirse a la idea que entraña el concepto de delito, se han utilizado también en el lenguaje vocablos aún más genéricos en algunas ocasiones, y en otras, se han incluido algunos elementos que pretenden otorgarle mayor precisión para referirse a la idea que entraña el delito, en este sentido se han utilizado los vocablos como infracción, acción punible, conducta delictiva, hecho penal, entre otras, con la única finalidad de englobar en un sólo término las diversas magnitudes que puede revestir la idea del delito, pretendiendo conformar un concepto uniforme y único.

Sin embargo, las pretendidas definiciones que se han proporcionado respecto a lo que es el delito, generalmente, son el resultado de silogismos que plantean los problemas que el mismo entraña, sin que se proporcionen soluciones claras y válidas, pues en

[6] Tratado T III Op. Cit Pág. 23

casi todas ellas se hace referencia al carácter sancionador de la ley, como característica del delito, algunas otras, engendran juicios posteriores a la existencia del delito, cuando se añade como parte de su esencia la negación del derecho que trae consigo.

En este aspecto, DORADO MONTERO, al ser recordado por Luis JIMENEZ DE ASUA[7], sostiene que no es posible dar una definición del delito "en sí, que lo sea para todo el mundo y que abarque todos los hechos que merezcan la calificación de delictuosos por su propia naturaleza, puesto que el concepto del delito es relativo, como lo es el orden jurídico que, como atacado, se incluye en la definición de aquél. De aquí deduce DORADO que todos los delitos son artificiales."

Aunado a lo anterior, se encuentran las tendencias doctrinarias que han surgido en el estudio y apreciación del delito, por un lado, la escuela clásica, que aprecia al delito desde un punto de vista estrictamente jurídico, al grado de considerarlo no como un simple hecho, sino como un ente jurídico, que al decir de Francisco CARRARA[8], "es un ente jurídico porque consiste jurídicamente en la violación de una norma jurídica penal, que con esta verdad podemos distinguir los Códigos Penales de las tiranías, de los Códigos Penales de la justicia...", haciendo hincapié que la escuela clásica tiene una dirección teórica específica, que consiste en estudiar a priori el delito, como ente jurídico abstracto.

---

[7] Tratado T III Op Cit Pág. 24

[8] Programa del Curso de Derecho Criminal Editorial Depalma Buenos Aires 1944 Parágrafo 53

Por su parte Celestino PORTE PETIT[9], en el análisis que realiza a los principios rectores de la escuela clásica, señala que "el considerar al delito no como un simple hecho sino como un ente jurídico, es afirmar que para su existencia, se necesita que la conducta o hecho del agente activo viole una norma, ya sea prohibitiva, o preceptiva, es decir, que prohíba, o bien, mande hacer. Por ello, decía CARRARA que 'Definido el delito como un ente jurídico, quedaba establecido, de una vez para siempre, el límite perpetuo de lo prohibido, no pudiendo verse un delito sino en aquellas acciones que ofenden o amenaza los derechos de los coasociados.'"

Con esta concepción, se considera como factor fundamental de la existencia del delito al orden jurídico, mismo que al existir en toda sociedad entraña la existencia del mismo, destacando con ello, la naturaleza jurídica del fenómeno denominado delito.

Por otro lado, la concepción del delito es radicalmente distinta si se recurre a los postulados que sustenta la escuela positiva, en la que se considera al delito como un fenómeno natural y social, producido por el hombre, en la que uno de sus principales expositores, Rafael GAROFALO[10], conceptualizó al delito natural como "la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de benevolencia o piedad y probidad o justicia en la medida media en

---

[9] Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 15a Edición México. 1993 Pág 35
[10] Criminología Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión Traducción Pedro Dorado Montero Ángel Editor Facsimilar México 1998 Págs 18 y ss

que se encuentran en la sociedad civil por medio de acciones nocivas para la colectividad."[11]

Con una mayor explicación Rafael GAROFALO[12] sostiene que para adquirir la noción de delito natural, es necesario "cambiar el método, es decir, abandonar el análisis de los actos y acometer el análisis de los sentimientos. En efecto, el delito es siempre una acción perjudicial que, al propio tiempo, hiere algunos de los sentimientos que se ha convenido en llamar el sentido moral de una agregación humana. Ahora, el sentido moral se ha desarrollado lentamente en la humanidad; ha variado y varía continuamente en su desarrollo, según las razas y las épocas. Se ha visto aumentar o debilitarse unos u otros de los instintos morales que lo constituyen. De aquí, enormes variaciones en las ideas de la moralidad o de la inmoralidad, y, por tanto, variaciones no menos considerables en la idea de aquella especie de inmoralidad que es una de las condiciones sin las cuales un acto perjudicial no será nunca considerado como acto criminal....."

Luis JIMENEZ DE ASUA[13], sostiene que "a pesar del esfuerzo de los criminólogos para hallar un 'delito natural', lo cierto es que la infracción punible fue siempre un hecho contrario al Derecho....

[11] Las ideas de Rafael GAROFALO pueden ser incluidas en lo que la filosofía ha denominado pensamiento iluminista, o iluminismo penal, que al decir de Eugenio Raúl ZAFFARONI, "el iluminismo es una combinación de cartesianismo y empirismo, el método que decía sostener invariablemente era el ultimo Como consecuencia de este método, el concepto de naturaleza de la ilustración es distinto del escolástico: Para la escolástica es un concepto normativo (la naturaleza del hombre es el 'deber ser' del mismo), en tanto que en el iluminismo se basa en el 'ser' del hombre. De allí que sus 'derechos naturales' sean concepciones basadas en los sentimientos o impulsos del hombre (socialidad, miedo, felicidad, conservación, etc.)" Tratado de Derecho Penal Parte General Vol II Cárdenas Editor y Distribuidor 1a Edición México 1988 Pág 76

[12] Criminología Estudio sobre el Delito y sobre la Teoría de la Represión Op Cit Pág. 19

En efecto sin pretender estudiarlo a través de la historia, vemos que de modo constante fue una valoración jurídica. Por eso cambia con ella. Primero aparece lo objetivo en la valoración. En el Derecho más remoto.... existió la responsabilidad por el resultado antijurídico....en suma, en las más elementales sociedades existe un ordenamiento jurídico, aunque sea de índole compleja y difusa a causa de las fuerzas que conforman la ley primitiva y por ello el delito como ataque a ese orden jurídico rudimentario."

Concluye el autor en cita que "el delito, incluso en los más remotos tiempos en que se valoró objetivamente con mero sentido de causa material...., fue siempre lo antijurídico, y por eso un ente jurídico."[14]

Por su parte Eugenio CUELLO CALON[15], ha definido al delito como "la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena."

Aunado a las ideas anteriores, se encuentran las opiniones de Olga ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL[16], al sostener

---

[13] Tratado T III. Op Cit. Págs 26 y 27

[14] Tratado T III Op Cit Pág 26 Continúa el autor, que "lo subjetivo, es decir la intención, aparece en los tiempos de la culta Roma, donde incluso se cuestiona la posibilidad de castigar el homicidio culposo que hoy figura en todos los Códigos. Así, con el afinamiento del derecho, aparece junto al elemento antijurídico, que es multisecular, la característica de la culpabilidad" (Cfr. Op Cit Pág 26)

[15] Derecho penal. Tomo I. Parte General Volumen I. Editorial Bosch s n Ed Barcelona 1975 Pág 289

[16] Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida Editorial Trillas 1a. Edición México 1982. Pág 43 La autora en cita, realiza una diferenciación, entre el tipo penal y el delito, a fin de superar las confusiones en las que un gran número de autores incurre a este respecto, por ello, sostiene que las características del tipo penal son: general, abstracto y permanente, pues existe antes de la realización de la conducta del sujeto; ese hecho, "así caracterizado, es relevante para el derecho penal en razón de estar previamente descrito en un tipo legal", agregando que "el hecho, así integrado, configura un delito solo cuando hay tipicidad y; además; se da un grado específico de culpabilidad, determinado por el conocimiento de la violación del deber jurídico -penal

que "El delito es un hecho que se sitúa en el mundo de la facticidad; por tanto, su contenido es rigurosamente fáctico...el delito es particular, concreto y temporal. Particular, porque es obra de sujeto o sujetos individuales; concreto, porque es un hecho determinado; y temporal, por estar limitada su realización a un momento o lapso, también plenamente determinado."

Finalmente la autora concluye que, "por todo lo expuesto, el delito puede definirse como la culpable concreción de un tipo legal."[17]

Por su parte, Edmund MEZGER[18], ha sostenido que "Hecho punible es el conjunto de los presupuestos de la pena", agregando que "el conjunto de las manifestaciones en que se materializan los presupuestos de la pena ha sido denominado de distintas maneras. Más apropiado y más cercano a la vida que la expresión hecho punible ('Straftat'), sería el término crimen ('Verbrechen'); quien comete un crimen, quebranta el derecho y la paz y, por esto, lo alcanza la pena", finalizando con la afirmación de que

---

Tipicidad es la correspondencia univoca uno a uno entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito " Cfr. Op Cit Págs 43 y 44

[17] Análisis Lógico Op Cit Pág 44

[18] Derecho Penal Parte General Cárdenas Editor y Distribuidor Traducción de la 5a Edición por Ricardo C Núñez México 1985 Pág 77 Agregando el autor en cita que "La misma ley, sin embargo, designa con el nombre de crímenes solamente el grupo de los hechos punibles más graves, puesto que distingue entre crímenes, delitos y contravenciones De ahí que si se quisiera utilizar para todo el campo de las acciones punibles dicha denominación, deberíase emplear la palabra crimen en sentido amplio y (para ciertos fines) en sentido estricto Pero esto sería artificioso y podría dar motivos a confusiones " En otra parte de su obra, el autor indicado sostiene que, "La expresión 'Straftat' (hecho punible), empleado para expresar el concepto general, ha sido rechazada por algunos autores que la han considerado fea y no alemana No se le ha reprochado solamente tales defectos; también se ha dicho que esta expresión es falsa, por cuanto el hecho punible es el acto del verdugo y no del asesino, y ello puede ser, hasta cierto punto, exacto, por lo menos en el aspecto filológico Con todo, dicha expresión se ha generalizado y expresa el sentido de referencia en forma concisa y evita toda confusión " Op Cit Pág 78

"en conclusión, las palabras no traducen breve y simplemente el concepto total que nos ocupa."

En esta última consideración, Don Rafael MARQUEZ PIÑERO[19] ha sostenido que " Verdaderamente son numerosos los penalistas que han pretendido dar una noción o un concepto del delito, tarea muy difícil de conseguir en un plano absoluto y de carácter general, pues un concepto de raíz filosófica valedero para todos los tiempos y para todos los países, respecto de si un hecho es o no delictivo, no se ha conseguido aún, lo cual resulta perfectamente explicable si se tiene en cuenta que el delito hunde sus raíces en la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo y en cada siglo. En consecuencia, la noción del delito ha de seguir, necesariamente, las vicisitudes de esas distintas parcelas señaladas en la vida de cada nación y ha de cambiar al compás de las mismas. Por consiguiente, lo ayer penado como delito, actualmente puede no serlo y viceversa."

De todas las ideas antes mencionadas se advierten diversas constantes que permanecen palpitantes en el pensamiento de los autores; por un lado, el reconocimiento de que el delito es un ente de carácter jurídico, en la medida de requerir la existencia de una norma legal que lo prevea; por el otro, la constante de que el delito es, sin lugar a dudas, una valoración que se transforma conforme avanza el tiempo y en razón de cada colectividad o sociedad en la cual se le combate, por ello, encuentra sus raíces sociales en un momento

[19] Derecho Penal Op Cit. Pág 131

histórico determinado y se modifica conforme la colectividad avanza, en su estructura social, económica y jurídica, inclusive, podemos agregar que el delito se desarrolla conforme el avance de la ciencia y de la tecnología, en mucho de los casos, en la comisión de delito se aprovechan estos avances para irse consumando en forma por demás sofisticada, al grado de que la sociedad exige nuevas y modernas normas jurídicas para combatirlo, apoyándose también en el avance científico y tecnológico para su persecución y sanción.

Finalmente, en todo el pensamiento de los penalistas esta la permanente inquietud de dar una concepción que pudiera ser válida en todos los tiempos y en todas las sociedades, sin que hasta hoy en día pueda lograse[20].

En esta tesitura Francisco MUÑOZ CONDE[21], ha sostenido que "La primera tarea a la que se enfrenta la Teoría General del Delito es la de dar un concepto de delito que contenga todas las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como delito y ser sancionado, en consecuencia, con una pena. Para ello, se debe partir del derecho penal positivo. Todo intento de definir el delito al margen del derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía, religión o moral."

[20] Don Rafael MARQUEZ PIÑERO, con relación a la noción del delito ha distinguido la noción formal sustentada principalmente por Cuello Calón y Grispigni; la noción sustancial que entraña penetrar en su esencia para determinar sus elementos integradores; la noción sociológica sustentada por Rafael Garófalo y seguida por Ferri, Colajanni y Tarde, y, la noción del delito como lesión de bienes jurídicos sustentada por Birnbaum (Cfr. Derecho Penal Op. Cit. Págs. 132 y ss.)

[21] Teoría General del Delito Editorial Tirant Lo Blanch 2a Edición Valencia 1991 Pág. 17 El autor agrega todo lo relacionado con el concepto puramente formal, sosteniendo que nada novedoso se desprende del mismo pues no se hace hincapié en todos los elementos que debe tener esa conducta para ser castigada por la

El autor en cita concluye su estimación sosteniendo que "Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio nullum crimen sine lege que rige el moderno derecho penal... y que impide considerar delito toda conducta que no caiga en los marcos de la ley penal."[22]

De ninguna manera pretendemos codiciar una definición que satisfaga todas las exigencias mencionadas en la doctrina penal, valedera para todos los tiempos y sociedades, que entrañe una valoración y que además entrañe un fenómeno de carácter jurídico, pero sí intentamos aportar una sencilla opinión que coadyuve con la solución de esta problemática.

Nosotros consideramos que el delito puede definirse como la lesión o puesta en peligro de un bien protegido jurídicamente por una sanción penal[23]

De esta definición podemos desprender las siguientes cuestiones:

El delito es un ente jurídico, en la medida en que su existencia representa el ataque a bienes protegidos por el orden

---

ley con una pena Agregando que el legislador generalmente destaca en sus propias definiciones aquellos caracteres que le han parecido más relevantes en orden a la consideración de un hecho como delito

[22] Francisco MUÑOZ CONDE Teoría General del Delito Op Cit Pág 17

[23] El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929, en su artículo 11 disponía que "delito es la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal"

jurídico, es decir, que las normas de derecho prohíban conductas o impongan acciones que tiendan a la preservación de los bienes tutelados, por ello, en la medida en que no se acaten o cumplan dichos ordenamientos, originando la lesión o puesta en peligro de los bienes, indudablemente existe el delito.

Por ello, la existencia de la norma jurídica tuteladora del bien, le da existencia al delito mismo, pues si no la hubiera, no se podría hablar de delito aún cuando los valores socialmente relevantes resintieran el ataque del sujeto, con ello se aborda el aspecto formal del delito, en la medida de requerir la existencia de una norma para sustentar su propia existencia.

La lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, cuya tutela es la finalidad del derecho penal y en la que encuentra la razón de existir del sistema jurídico, origina el aspecto material del delito, es decir, en la medida en que el delito durante todos los tiempos que ha registrado su existencia, siempre ha representado el ataque, en cualquiera de sus grados, lesión o puesta en peligro, de valores socialmente relevantes, es decir, aquellos que permiten la vida en la colectividad y en base a los cuales se finca su estabilidad y desarrollo, cuya importancia ha exigido la necesidad de una tutela normativa muy especial, incluyendo la reacción más enérgica que tiene el Estado a su alcance, como es la pena misma cualquiera que sea su naturaleza y efectos.

Los bienes jurídicos, caracterizados por los valores esenciales de la colectividad en un tiempo y lugar determinado, que tutelan las normas jurídicas y que son atacados por la conducta del sujeto, ya sea lesionando o poniéndolos en peligro, entraña la naturaleza social del delito, pues sólo es consumado por el quehacer del individuo dentro de sus relaciones sociales que al desenvolverse trastocan los derechos de otros individuos. Estas normas son elaboradas en la medida en que un valor social requiere de ser tutelado por el ordenamiento jurídico, en razón de que sea trascendente para la colectividad, es decir, sólo aquellos valores socialmente relevantes, requieren de una tutela tan enérgica por parte del estado, materializada a través de las sanciones penales.

La protección de bienes, indudablemente, sólo tiene lugar en la medida en que el Estado los tome en cuenta considerándolos como relevantes al crear los tipos penales, es decir, la protección se materializa cuando el Estado al crear las normas jurídicas, establece consecuencias de derecho en caso de que se ataquen dichos valores, quedando con ello protegidos de conductas lesivas.

El aspecto jurídico de la protección, entraña la necesidad y existencia de una norma de derecho, que en su contenido hipotético, semántico y sintáctico, describa la conducta lesiva del valor por ella tutelado, la existencia de esta norma es, indudablemente, previa a la conducta lesiva e indispensable para sancionarla, con la

que, insistimos, se satisface el aspecto formal y normativo del delito pues con ella se mantiene el carácter jurídico del mismo.

Finalmente, la sanción penal, conocida como punibilidad, en la que el estado prevé la consecuencia jurídica que resentirán todos aquellos individuos que ataquen en cualquier grado el valor protegido por la norma de derecho, en esta parte, el estado estatuye los diversos medios necesarios para salvaguardar el bien o valor que pretende proteger, estableciendo la magnitud de la sanción en base al grado de lesión o peligro del bien tutelado, inclusive, disponiendo el período de duración de la pena en base a los grados de culpabilidad que haya revelado el sujeto trasgresor del deber derivado de la norma al ejecutar la conducta.

En el ámbito legislativo, han existido tendencias por definir al delito en algunas legislaciones, tal es el caso, por ejemplo, de México, en los Códigos Penales de 1835, 1869, 1871, 1929 y 1931 al establecer en algunas de sus disposiciones lo siguiente:

El artículo 89 del Código Penal de 1835[24], para el Estado de Veracruz, expresamente estableció: "En toda infracción de ley penal se supone que hay delito, y su autor queda sujeto a las penas de derecho mientras no pruebe excepción legal."

[24] Cfr: Leyes Penales Mexicanas. Tomo I - Instituto Nacional de Ciencias Penales México 1979 Pág. 34

Por su parte, el Código Penal de 1869[25], también para el Estado de Veracruz, en el artículo 1° estableció: "Delito es la acción u omisión voluntaria que tiene señalada por la ley pena propiamente dicha.- Llámense faltas, las infracciones de ley que deben castigarse correccionalmente por la autoridad judicial ó por la gubernativa."

Por lo que se refiere al Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871[26], el artículo 4° dispuso: "Delito es: la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe ó dejando de hacer lo que manda."

Finalmente el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929[27], en el artículo 11 previó: "Delito es: la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal." ; el Código de 1931, en el artículo 7 dispone "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", esta definición no hace más que repetir las ideas anteriormente vertidas, pues en esencia, sólo es delito lo que la ley sanciona, es decir, aquello que la ley señala como delito, representando una tautología conceptual.

De todo lo anterior, se llega a una consideración de gran trascendencia en la formulación del concepto de delito, pues dentro de los análisis que se pudieren efectuar al derecho penal positivo, el concepto de delito indudablemente corresponde a una

---

[25] Cfr: Leyes Penales Mexicanas Tomo 1 - Instituto Nacional de Ciencias Penales México 1979 Pág 189
[26] Cfr: Leyes Penales Mexicanas Tomo 1 - Instituto Nacional de Ciencias Penales México 1979 Pág 372.
[27] Cfr: Leyes Penales Mexicanas. Tomo 3 - Instituto Nacional de Ciencias Penales México 1979 Pág 122.

doble perspectiva: por un lado, es un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano al transgredir deberes derivados de normas jurídicas que imponen acciones o prohíben conductas, por lo que este juicio de desvalor se desprende del mismo ordenamiento jurídico al momento de la ejecución de la conducta. Por el otro, se presenta como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de la conducta ejecutada.

Ambos juicios vienen a conformar la esencia misma del delito, por un lado el juicio de desvalor que recae sobre el acto y que conforma la antijuridicidad, originando el carácter jurídico del propio delito pues sólo al transgredir el deber de la norma es como llega a existir dicha institución penal. En cambio, el juicio de desvalor que se formula sobre el autor de esa conducta transgresora del deber normativo, configura la culpabilidad por la desaprobación que recibe el acto y que permite la atribuibilidad a su autor.

Con base en los dos juicios así entendidos, se llega a la esencia del delito, sin olvidar que dentro de su concepción también oscilan las nociones sociológica, la formal y la que se funda en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

2. - TEORÍA UNITARIA Y ATOMIZADORA DEL DELITO.

En el estudio del delito la doctrina ha registrado diversas concepciones que abordan su composición, integración, aparición y naturaleza, cuyo conjunto permite sostener el surgimiento, de esta manera, de la llamada teoría del delito, que en opinión de Enrique BACIGALUPO[28] "es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley.", agregando el autor en cita que "La teoría del delito se estructura como un método de análisis de distintos niveles. Cada uno de estos niveles presupone el anterior y todos tienen la finalidad de ir descartando las causas que impedirían la aplicación de una pena y comprobando (positivamente) si se dan las que condicionan esa aplicación."

Por su parte Hans HEINRICH JESCHECK[29] sostiene que "la teoría del delito no estudia los elementos de cada uno de los tipos de delito, sino aquellos componentes del concepto de delito que son comunes a todo hecho punible."

En dicho estudio, la doctrina también ha distinguido dos principales sistemas metodológicos, desarrollados para conocer la composición y estructura del mismo, con postulados diametralmente opuestos que permiten identificarlas particularmente, es indudable que las consecuencias científicas son diversas, dado que la perspectiva

---

[28] Manual de Derecho Penal Parte General Editorial Temis Bogotá Colombia 1989 Págs 67 y 68

[29] Tratado de Derecho Penal Parte General Traducción de José Luis Manzanares Samaniego Editorial Comares Granada 4a Edición Granada España 1993 Pág 263

adoptada supone una sistemática que redunda en la consecuencia lógica de la propia concepción, con problemática especial.

Por un lado, se encuentra la concepción o teoría unitaria o totalizadora del delito, que al decir de Celestino PORTE PETIT[30] "los unitarios consideran al delito como un 'bloque monolítico', presentándose, de acuerdo con Bettiol, como una entidad que no se deja escindir (dividir) en elementos diversos, que no se deja, para usar una expresión vulgar rebanar."

En este sentido, la teoría unitaria, que en su denominación encierra su propio sistema conceptual respecto del delito, lo considera como un todo unido y vinculado entre sí, esa totalidad es lo que le da el carácter propio de delito, de tal suerte que si se le divide, se desnaturaliza al mismo, por ello, no permite fraccionarlo pues es su esencia la unidad y la indivisibilidad del delito.

Esta tendencia reconoce que el delito puede presentar aspectos diversos, pero manteniendo siempre su unidad como un bloque monolítico, ya que la realidad del delito y su propia naturaleza, no está en cada uno de sus componentes, si los tuviere, ni tampoco en la suma de los mismos, sino en el todo y en su intrínseca unidad, pues sólo apreciando en esta forma al delito es como se comprende su verdadero significado, al ser homogéneo e indivisible.

[30] Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal Editorial Porrúa. 15a Edición. México. 1993 Pág 197

En cambio, en contraposición a la tesis anteriormente mencionada, se encuentra la concepción analítica o atomizadora del delito, que "estudia al delito en sus propio elementos pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito; de aquí que estemos de acuerdo con los argumentos esgrimidos por los defensores de esta concepción...."[31]

Por otra parte, agrega el autor en cita, "reconocemos las más importantes consecuencias derivadas de la atomización del delito sin perder de vista su unidad, recordando el pensamiento de Petrocelli, de que el análisis no es la negación de la unidad sino es el medio para realizarla, y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga por base una consideración analítica."[32]

Es indudable que en el estudio del delito, para comprender su estructura e integración, es necesario compenetrarse en su contenido pues sólo así se logrará una visión completa que permita su comprensión y desarrollo, superando estudios parciales que conlleven a errores y fracasos en su tratamiento.

En efecto, la doctrina general sobre el estudio del delito, ha considerado que este fenómeno jurídico y social, debe abordarse en forma analítica, es decir, separando cada uno de sus elementos para que, sin perder de vista su unidad, se estudien cada

---

[31] Celestino PORTE PETIT Apuntamientos Op Cit Pág. 197
[32] Celestino PORTE PETIT Apuntamientos Op Cit Pág. 197

uno de ellos, su estructura, problemática, alcance, contenido, así como la serie de problemas y función que el mismo presente en su estructura.

Es cierto que en la propia teoría del delito, respecto a la estructura del mismo, reconociendo la posibilidad de su separación en cada elemento, existe aún controversia con relación al número de elementos que lo integran, así como a la identificación de los mismos, sin embargo, hay uniformidad de que es asequible su análisis y su compenetración, para lograr una visión integral y completa.

Con mayor claridad en una obra especializada referida a delitos en particular se ha escrito "que el estudio de los delitos en especial, debe efectuarse aplicándose la teoría del delito a cada delito en particular, pues aquélla no puede vivir aislada, sino en función de cada tipo, pues de otra manera, no sería posible conocer la figura delictiva en toda su integridad como elemental exigencia dogmática. Es decir, analizando metódica y sistemáticamente el delito, en cada uno de sus elementos constitutivos y en todo lo concerniente a ellos, así como en su particular aspecto negativo y en sus formas de aparición, obtenemos una integral visión del delito, una total imagen de la figura delictiva en particular sin correr el riesgo de una contemplación fragmentada, desarticulada y personal."[33]

[33] Celestino PORTE PETIT Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal Editorial Porrúa 6a. Edición México 1980 Página introductoria XVIII

El delito debe ser estudiado, en consecuencia, desde el punto de vista orgánico general, anatómico y funcional, pues bajo esta sistemática puede lograrse una visión de su composición y estructura así como el orden y vinculación que en él existe, desmembrarlo en cada uno de sus elementos y desentrañar la función que dentro del delito desarrollan cada uno de sus componentes[34]

Con relación a la problemática del número de elementos que integran a este fenómeno, se han reconocido en los diversos estudios, distintas concepciones que oscilan desde considerar a dos elementos integradores del delito, hasta aquellas que afirman que su integración es sobre la base de siete elementos, sin olvidar las concepciones intermedias que se han elaborado al respecto.

En este sentido, respecto de la estructura y composición del delito, enseña Luis JIMENEZ DE ASUA[35] que "el delito, incluso en los más remotos tiempos en que se valoró objetivamente con mero sentido de causa material... fue siempre lo antijurídico.... Lo subjetivo, es decir, la intención, aparece en los tiempos de la culta Roma,.... Así, con el afinamiento del Derecho,

---

[34] Cfr: Celestino PORTE PETIT Apuntamientos. Op Cit Pág. 198 Recordando a Cavallo, el autor en cita sostiene que el delito "es obligado estudiarlo antes en su unidad, analíticamente en cada una de las notas o elementos que la componen y, por último, en la organización de éstos en las varias formas a través de las cuales puede presentarse, debiendo ser estudiado por tanto, desde los siguientes puntos de vista, imprescindibles y recíprocamente integrados: unitario, analítico y sintético"

[35] Tratado Tomo III Op Cit Pág. 26 En otra parte de sus obra, el autor en cita sostiene que "Para discurrir con conocimiento de causa subrayaremos que tanto en el ánimo de Feuerbach como el de Carrara, que perfeccionan la elaboración de los dos caracteres esenciales del crimen -lado objetivo y lado subjetivo- alentaba la más vigorosa convicción liberal, según demostraron con sus actos. Más moderadamente, liberales fueron también Rossi y Pacheco ".(Op Cit Pág 303)

aparece junto al elemento antijurídico, que es multisecular, la característica de la culpabilidad."

Francisco MUÑOZ CONDE[36] afirma que "el derecho penal ha llegado a la conclusión de que el concepto del delito responde a una doble perspectiva que, simplificando un poco, se presenta como un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama injusto o antijuridicidad, al segundo culpabilidad. Injusto o antijuridicidad es, pues, la desaprobación del acto, culpabilidad la atribución de dicho acto a su autor."

Luis JIMENEZ DE ASUA[37], sostiene que el delito "se construye y sigue todavía apoyado, sobre las paredes maestras de la antijuridicidad y culpabilidad, desde las épocas gloriosas de Anselmo von Feuerbach en Alemania, de Carmignani y Carrara en Italia, de Rossi en Francia y de Pacheco en España. Sobre la característica objetiva de lo opuesto al derecho, y sobre el elemento subjetivo de la acción culpable, se edificó toda la teoría del delito."

---

[36] Teoria General del Delito Op Cit Pág 18 y 19

[37] Tratado Tomo III Op Cit Pág 302 Al recordar a Carrara, el autor en cita, afirma que el mismo prefiere la denominación de fuerzas en lugar de elementos del delito "Dos son estas fuerzas, en virtud de las caules resulta criminal una acción: la moral y la física, pudiendo ambas ser consideradas ya en su causa o sea subjetivamente; ya en su resultado, o sea objetivamente La fuerza moral subjetiva consiste en el concurso de la inteligencia y la voluntad del hombre de donde surge la intención' La fuerza moral objetiva es la intimidación y el mal ejemplo que el delito produce en el ciudadano La fuerza física subjetiva está formada por el 'movimiento del cuerpo' con el que el agente ejecuta su designio malvado Y, por último, la fuerza física objetiva es el resultado, el daño material y la 'lesión del derecho' que resulta de aquel acto De la fuerza interna surge, en el delito, el elemento moral; de la externa, el elemento político Si la acción del hombre no presenta conjuntamente la índole moral y la índole política, no puede perseguirla la autoridad como delito"

En el desarrollo y evolución de los estudios efectuados sobre la composición y estructura del delito, se determinó posteriormente la existencia de un carácter indispensable que se encontraba inmerso en la antijuridicidad, siendo el que le da sustento al apotegma nullum crimen sine lege, es decir, "surgió luego en Alemania y se prohijó en Italia un carácter más, el de la adecuación al tipo legal, yendo así de la bipartición a la tripartición, y se fueron descubriendo por la faena del análisis otros nuevos caracteres del delito, tales como la acción misma, la punibilidad y las condiciones objetivas extrínsecas..."[38]

Por su parte, Enrique BACIGALUPO[39] sostiene, a propósito de la explicación del concepto del delito, que "Tanto la concepción del delito como infracción de un deber ético-social, como la que lo define como la lesión (o puesta en peligro) de un bien jurídico, requieren distribuir sus elementos en referencia a dos momentos diferentes que condicionan la aplicación de la ley penal: 1) la comprobación de una grave perturbación de la vida social, y 2) la comprobación de la responsabilidad del autor." Agrega el autor indicado que, "la idea del delito como infracción de deber estimará que hay una grave perturbación de la vida social cuando se infrinja una norma sin autorización (ilícito = infracción de una norma que estatuye un deber ético-social); a su vez considera que el autor es responsable si ha obrado contra el deber pudiendo hacerlo de acuerdo con él (responsabilidad = culpabilidad)."

---

[38] Luis JIMENEZ DE ASUA Tratado Tomo III Op Cit Págs 302 y 303
[39] Manual de Derecho Penal Op Cit Pág 69

De lo anterior se advierte que en opinión del autor en cita, la idea del delito como lesión o puesta en peligro del bien jurídico, según el grado al que se hubiere llagado, lo ilícito no va a depender de la infracción formal de la propia norma, sino esencialmente de la real y efectiva perturbación no autorizada o no permitida del interés social, siendo, en consecuencia, ilícito la modificación o cambio que sufra el mundo exterior y que resultó lesivo del interés social, mientras que la responsabilidad dependerá del carácter propio del autor, es decir, la culpabilidad será en razón del carácter social de dicho autor.

Concluye Enrique BACIGALUPO[40] en el sentido de que "ambos puntos de vista han conducido a definiciones de los elementos del delito que son exteriormente semejantes: acción típica, antijurídica y culpable (en ambos casos puede discutirse si debe o no introducirse además el elemento punibilidad.)"

Con esta explicación, hasta este momento, la integración del delito está conformada por cinco elementos que se desprenden de las ideas de los autores citados en líneas anteriores,

---

[40] Enrique BACIGALUPO Manual Op Cit Pág 70 Explicando esta afirmación sostiene que " La acción típica y antijurídica expresa la existencia de un hecho que consiste en una perturbación grave de la vida social y la culpabilidad, los elementos que fundamentan la responsabilidad Pero, como decimos, se trata de una semejanza exterior pues el contenido de los distintos elementos es diverso La mayor diversidad conceptual se percibe en las distintas formas de estructurar la culpabilidad que, mientras para la idea del delito como infracción de deber está constituida por el poder obrar de otra manera (reprochabilidad), para el punto de vista del delito como lesión de bienes jurídicos se expresa en la actitud asocial del autor manifestada en el hecho cometido Lo mismo suele ocurrir con el elemento de lo ilícito (tipicidad + antijuricidad): la infracción del deber ético - social, por un lado, se agota en la infracción de la norma que lo impone y la producción de un peligro o lesión real para un bien jurídico (interés social) no agrega nada o, inclusive, son innecesarias para la configuración de lo ilícito Por otro lado, desde el punto de vista contrario, el elemento esencial de lo ilícito es precisamente esta lesión del bien jurídico y no la lesión del deber "

pues tanto la acción como la tipicidad forman un binomio indisoluble, en la medida en que sólo forma parte del delito no cualquier acción , sino sólo aquélla que sea relevante para el derecho penal, es decir, la acción descrita en el contenido preceptivo del tipo, por tanto, la acción esta vinculada estrechamente con la tipicidad; pero además, permiten la relación de los elementos subsecuentes como son, según este autor, la antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, aunque esta última es discutible en la posición doctrinal del mencionado autor.

Los elementos del delito, dice Sebastián SOLER[41], se desprenden de la propia definición que se da del mismo y que son, sin duda alguna, los presupuestos necesarios para la aplicación de la pena, que es la finalidad última que se persigue en el afán de descubrir a tales elementos, por ello, el "delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal. Elementos de esa definición son: a) La acción.... b) La antijuridicidad... c) La culpabilidad.... d) La adecuación a una figura penal..."

En este sentido, dentro de la propia concepción analítica o atomizadora del delito que permite su división en cada uno de sus elementos, existen posturas diferentes respecto al número de las notas esenciales del mismo, en ella, "encontramos la dicotómica o bitómica, tritómica o triédrica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica, según el número de elementos que se consideren para

[41] Derecho Penal Argentino Parte General Tomo I Editorial TEA 5a. Edición Buenos Aires Argentina 1987 Págs 276 y 277.

estructurar el delito; concepciones que desde la bitómica a la hexatómica pueden formarse con elementos diferentes":[42]

La teoría del delito se estructura fundamentalmente, en un sistema de conceptos, es decir, que las relaciones entre unos y otros responden a unas ideas generales ordenadoras. La importancia del sistema de la teoría del delito, en su concepción clásica consiste en que este permite inferir consecuencias lógicas que no estarían expresas en la ley y posibilita un tratamiento igual de cuestiones iguales y, desigual de las desiguales.

En este sentido, la teoría del delito presupone que el legislador ha adoptado sus decisiones de una manera razonable a partir de un punto de partida conocido y cognoscible. La lógica del sistema derivado de este punto de partida del legislador garantizaría, en consecuencia, una aplicación de la ley según el principio de legalidad. Implícitamente esta justificación del sistema admite que el texto de la ley es tan claro que, por lo menos, el punto básico del que ha partido el legislador puede conocerse indubitablemente a través de los pensamientos expresados en la misma ley.

Sin embargo, la historia dogmática demuestra que esta última explicación no es realista. En efecto, el pensamiento del legislador se expresa en su lenguaje y este, como todo lenguaje natural, no es unívoco, sino todo lo contrario. Ello explica que sobre un mismo Código Penal hayan podido elaborarse diversos sistemas (por

[42] Celestino PORTE PETIT. Apuntamientos Op Cit Pág 198

ejemplo "causalistas", "finalistas", etc.) y, a la vez, que dichos sistemas hayan podido trasladarse a otros derechos positivos diversos del que les sirvió de origen e, inclusive, permanecer una vez derogado el Código sobre el cual se elaboraron.

En realidad, un sistema "dogmático" del delito no es otra cosa que una hipótesis posible de la voluntad del legislador expresada en la ley y, sobre todo, un orden de problemas y soluciones referidos a los casos en los que la ley debe aplicarse.

Consecuentemente, el sistema de la teoría del delito no adquiere su legitimidad porque se lo "deduce" de la ley, sino del hecho de que permite una aplicación racional de la misma.

3.- LA TEORÍA ANALÍTICA Y SUS DIVERSAS CONCEPCIONES

Como ha quedado explicado en el punto que antecede, el sistema adecuado para el estudio del delito, es sin duda alguna, la adopción de la teoría analítica o atomizadora del mismo, es decir, aquella que separa al delito en cada uno de sus elementos que lo integran a fin de compenetrarse en su problemática particular y desentrañar su contenido y alcance, con la finalidad de identificar su existencia o las causas que lo extinguen o excluyen, precisando de esa manera el momento en que haya delito y aquel en el que la conducta no es constitutiva de delito alguno, sin olvidar la unidad y vinculación que mantienen en su propia conformación.

Existe uniformidad con relación a la posibilidad de separar al delito en cada uno de sus elementos, sin embargo, donde no hay una clara estimación uniforme, es con relación a la precisión de cuántos y cuáles son esos elementos que conforman al delito, por ello, como exigencia metodológica en su estudio integral, es in diferible, abordar las diversas concepciones que se han elaborado al respecto, con sus argumentos y críticas para que, con conocimiento de todo ello, se pueda llegar a precisar las razones que sustentan las opiniones más generalizadas.

La consideración de que el delito es un todo monolítico e indivisible, es ya una postura superada y abandonada por la mayoría de los autores y tratadistas del derecho penal, quienes en el afán de conocerlo con profundidad metodológica han acogido en

sus razonamientos y estudios la idea de que el delito es divisible, pero, se mantiene latente la discusión sobre la esencia, estructura, integración o composición del mismo, es decir, en relación al número y clases de elementos constitutivos del delito.

A) DOCTRINA BITÓMICA

La primera postura que se desarrolló respecto a la estructura e integración del delito, es aquella que considera como notas esenciales del mismo, exclusivamente a dos elementos, o sea, el carácter dicotómico radica precisamente en estimar que únicamente son dos los elementos que contiene el delito.

Sin embargo, a pesar de que es indiscutible que la denominación de esta concepción responde a su orientación metodológica en cuanto que son dos los elementos que integran al delito, no hay uniformidad en relación a la precisión de cuáles son esos elementos, pues aún en esta postura, existen varias estimaciones respecto a la identificación de las notas esenciales.

No debemos soslayar que en la configuración del delito se recibió la influencia de las corrientes filosóficas, por un lado, el positivismo de Augusto Comte, según el cual la forma de conocimiento suprema es una simple descripción de los fenómenos considerados como sensibles, es decir, en esta tendencia las creencias dogmáticas empezaban a ser substituidas por el

conocimiento de los hechos, pues el pensamiento se caracterizaba por el retorno del interés hacia los asuntos terrenales y humanos.[43]

Bajo la influencia de esta corriente del pensamiento, la acción humana era considerada en su forma exterior, es decir, en los efectos que producía en la sociedad o colectividad, con lo que su apreciación sólo se centraba en la exteriorización de la conducta del sujeto.

Con el desarrollo del pensamiento filosófico, arribando el subjetivismo, también produjo sus efectos en al estructura y valoración del delito.

El subjetivismo se caracteriza por repercutir sus efectos en dos vertientes: por un lado, en el aspecto epistemológico, en donde se caracteriza por la restricción del conocimiento al sujeto cognoscente y a sus estados sensoriales, afectivo y volitivo, y a realidades externas que puedan inferirse de los estados subjetivos del espíritu.[44]

Por otro lado, el subjetivismos también produjo sus efectos en el ámbito de la axiología, en la que los valores morales y estéticos reflejan los sentimientos subjetivos y las reacciones de los espíritus y no tienen un carácter independiente de estas reacciones.

[43] Cfr Dagobert D RUNES Diccionario de Filosofía Editorial Grijalbo 1ª E d México 1960 Pág 297
[44] Cfr Dagobert D RUNES Diccionario de Filosofía Editorial Grijalbo 1ª E d México 1960 Pág 353

El subjetivismo encuentra una expresión típica en la doctrina, según la cual, los juicios morales reflejan las emociones de aprobación o desaprobación.

La mayor expresión del subjetivismo es el idealismo, el cual tiene sus efectos en el conocimiento de que el mundo existe sólo para el espíritu; el único mundo que se conoce es el mundo encerrado en el dominio de las ideas.

Luis JIMENEZ DE ASUA[45], ha señalado que durante todos los tiempos el delito ha aparecido como una valoración jurídica, es decir, primero aparece lo objetivo de la valoración al ser considerado como lo contrario al derecho, existiendo, inclusive, la responsabilidad por el resultado antijurídico, de tal suerte que en esta concepción eran materia de responsabilidad las cosas y aún los animales: con relación a las personas, sostiene, la valoración fue modificándose con el paso del tiempo, por ello, el delito, como una valoración sufrió cambios y transformaciones en la medida de que la valoración también se modificó, al grado de que determinadas conductas desarrolladas por las persona, en ocasiones se estimaban como delitos muy graves, tal es el caso de la hechicería que predominó en siglos pasados y por la cual muchas mujeres eran ejecutadas en la hoguera, habiendo evolucionado, inclusive, la estimación de la pena a imponer, en un principio la radical pena de muerte y posteriormente la pena de prisión.

[45] Cfr: Tratado Op Cit Págs 25 y 302

El carácter subjetivo del delito, consistente en la intención del sujeto como aspecto regulador y valorativo de la conducta humana, llegó a tener existencia hasta la cultura Romana, en la que se estimó como sancionable el homicidio culposo, así "con el afinamiento del Derecho, aparece junto al elemento antijurídico, que es multisecular, la característica de la culpabilidad."[46]

En este sentido, la primera concepción del delito, en orden a su integración, se enderezó sobre la base de estimar a dos elementos que lo integraban: La antijuridicidad y la culpabilidad[47]

Sin embargo, con esa afirmación sobre la integración del delito, no se agota esta postura pues dentro de esta misma concepción son variadas las formas de estimar la constitución del mismo, sin olvidar que la idea anterior es la que dio origen a su estudio.

En efecto, CARRARA[48] en el estudio que realiza del delito, estima que se integra por dos clases de fuerzas, no las denomina elementos, una de carácter subjetivo que está referida a la causa y otra de índole objetiva y que se refiere al resultado. A la primera le llama fuerza moral que subjetivamente cosiste en el

---

[46] Luis JIMENEZ DE ASUA. Tratado. Op Cit Pág 26

[47] Sobre este aspecto Eugenio Raúl ZAFFARONI ha escrito a propósito del Racionalismo Penal, que se prepara desde el cierre de la Edad Media e impulsado por los pensamientos de Santo Tomás, Descartes y Leibnitz, entre otros, " de esa época, proclive a las escisiones, proviene también la distinción entre moral y derecho fincada en señalar a la primera como norma de conducta interna y al segundo como norma de conducta externa Este será el origen de la concepción del delito, que llega hasta nuestros días, y que parte de escindir analíticamente lo objetivo de lo subjetivo del mismo " (Cfr: Tratado Tomo II Op Cit Pág 71)

[48] En el análisis que se formula del pensamiento de este autor, Octavio Alberto ORELLANA WIARCO, encuentra que "Carrara apuntaba la existencia de dos componentes fundamentales en el delito: la fuerza física,

concurso de la inteligencia y la voluntad del hombre con las que surge la intención, sin olvidar que esta fuerza moral objetivamente produce una intimidación y mal ejemplo en el ciudadano; y la otra es la fuerza física, que subjetivamente esta formada por el movimiento del cuerpo y objetivamente constituida por el resultado material y por el daño o lesión del derecho.

Como se aprecia, en las ideas de CARRARA se encuentra el estudio del delito en forma analítica pero estimando que el mismo se integra con dos clases de fuerzas, sin duda alguna, adopta la postura bitómica en la integración del delito.

B) CONCEPCIÓN TRITÓMICA Y TETRATÓMICA

Con el paso del tiempo y los avances del estudio del delito, tomó un papel relevante y de gran importancia el pensamiento de Carrara, pues fue quien comenzó sistematizando su estudio.

La evolución de la ideas en Europa no se hizo esperar "bien pronto, y ya se hallaba ínsita en la exposición carrariana, el acto fue examinado en sus dos aspectos de acción y omisión, y la ciencia alemana trajo, sobre todo a virtud de los trabajos de Beling, otra característica más, la adecuación al tipo legalmente descrito, que con aquellos dos clásicos elementos moral y material, constituye la trilogía de que últimamente quiere abominarse en Italia:"[49]

---

o fase objetiva, y la fuerza moral, o fase subjetiva " (Cfr: Teoría del Delito Sistemas Causalista y Finalista Editorial Porrúa 6a Edición México 1998 Pág 6)

[49] Luis JIMENEZ DE ASUA Tratado Tomo III Op. Cit Pág 303

En esta concepción triatómica del delito, se desarrollaron muchos de los pensamientos de diversos autores, claro que, con orientaciones distintas pues no todos ellos acogieron con beneplácito la idea de que el delito se conformaba con los enunciados anteriores, en este sentido Edmund MEZGER[50] después de sus diversos estudios respecto a la estructura de la teoría del hecho punible, en particular, en las formas generales de su aparición, "muestran lo que es común a todos los hechos punibles. Por ello, son, a la vez, la teoría de los elementos comunes a todos los delitos. Son tres, a saber: la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad. La 'tipicidad' no constituye, en esta correlación, un elemento independiente (substancial) del hecho punible, sino solamente un agregado adjetival a dichos elementos fundamentales: 'acción típica', 'antijuridicidad típica', 'culpabilidad típica'."

Por su parte, en Italia, a pesar del influjo del totalitarismo alemán a mediados de este siglo, no se concibió al delito como un todo o bloque monolítico, por ello, BATTAGLINI al ser recordado por Luis JIMENEZ DE ASUA,[51] "mantiene una tripartición distinta de los caracteres del delito: hecho típico, culpabilidad y punibilidad, puesto que a su juicio no puede hablarse de antijuridicidad en la construcción del Código penal italiano, lo que le lleva a tratar de las causas de justificación, como causas excluyentes de la punibilidad...."

---

[50] Derecho Penal Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor. 6a Edición México 1955 Pág 80

[51] Cfr: Tratado Tomo III Op Cit. Pág 307 Este mismo autor al comentar las ideas de Ranieri, "expone los 'caracteres esenciales' en clara tripartición: el delito como hecho típico, el delito como hecho ilícito, y el delito como hecho punible "

Por su parte Francesco ANTOLISEI[52], nos habla primero de la antijuridicidad y luego de los elementos esenciales del delito entre los que figuran sólo estos dos: "el hecho humano y la voluntad culpable", que luego prefiere denominar elemento objetivo y elemento subjetivo. Pero la antijuricidad no es un elemento constitutivo del delito, sino el carácter esencial de éste, ...es decir, la antijuricidad, como carácter esencial del delito, es inmanente al delito mismo: lo abarca en su totalidad; es decir, en todos los factores que lo constituyen.

En la conformación del delito, el elemento que se introdujo desde los primeros estudios que se formularon sobre su estructura y que se identificó con el carácter objetivo del mismo, al estimarse que el delito es la trasgresión del orden jurídico, después de la segunda guerra mundial, rèpresentó un grave problema en cuanto a su substantividad, pues algunos autores le dieron un carácter accesorio, que sólo adjetivaba a los restantes elementos; otros más, al considerar el delito como substancialmente lo contrario a derecho, afirmaron que tal elemento impregnaba al delito mismo pues era su esencia y, por tanto, no podía concebirse que el todo sea al mismo tiempo elemento de dicho todo, pues éste se conforma en la unidad y no en alguno de sus elementos.

El análisis del delito se profundizó más y junto a estos tres elementos en que la doctrina apoyó su existencia y ahondó

[52] Cfr El Estudio Analítico del Delito Traducción Ricardo Franco Guzmán Edición Anales de Jurisprudencia México 1954 Págs 8 y ss

en su contenido, se desarrolló la idea de que el origen del delito partía precisamente de la existencia previa de un acto humano, que posteriormente fue el centro de atención de uno de los más asiduos estudiosos del derecho penal, Von Liszt destacó mejor que nadie el análisis del acto humano, siendo de esta forma cuatro los elementos que se estimó integraban al delito: el acto humano, la tipicidad, la culpabilidad y la punibilidad.

En efecto, Franz VON LISZT[53], sostiene que "si examinamos más de cerca el contenido de este hecho, encontramos los siguientes caracteres esenciales: a) El delito es siempre un acto humano, por tanto, actuación voluntaria trascendente al mundo exterior; es decir, la causa o no impedimento de un cambio en el mundo exterior. Nunca llegaron a constituir un delito los acontecimientos fortuitos, independientes de la voluntad. b) El delito es, además, un acto contra el derecho; es decir, un acto que, contraviniendo, formalmente, a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica, materialmente, la lesión o peligro de un bien jurídico. c) El delito es, por último, un acto culpable; es decir, un acto doloso o culposo de un individuo responsable."

De ello se deduce que el delito se configura de una conducta voluntaria típica, antijurídica y culpable, siendo cuatro los elementos que le conforman.

C) CONCEPCIÓN PENTATÓMICA, HEXATÓMICA Y HEPTATÓMICA

[53] Tratado de Derecho Penal Tomo II Traducción de Luis Jiménez de Asúa 20ª Edición Editorial Reus 4ª Edición en español Madrid 1999 Pág 262

A la concepción del delito, arribó después de varios estudios efectuados, la idea de que su conformación estaba dada por la existencia de cinco elementos que le daban substantividad y existencia, surgiendo así la corriente pentatómica del delito.

Al respecto Luis JIMENEZ DE ASUA[54] sostiene que "el análisis ahondó más, y junto a estos tres elementos - en realidad cuatro si se valúa como primer carácter, el de ser un acto humano, que Von Liszt destacó mejor que nadie- señalóse la pena adecuada a la conducta del hombre, e incluso, como 'sexto elemento', según dijo Beling, las condiciones objetivas de punibilidad."

Por su parte Juan DEL ROSAL[55], cuando penetra en la dogmática del Código Penal Español, llega a enunciar y analizar los elementos contenidos en la fórmula legal, sosteniendo que " los caracteres del delito son: acción, antijuricidad tipificada, culpabilidad y punibilidad."

A pesar de que en apariencia este autor enuncia cuatro caracteres, al abordar el estudio de los mismos, en particular al ilustrar el método que sigue para su análisis, se advierte que la antijuricidad la estudia inmediatamente después de la tipicidad, incluyendo, además, las condiciones objetivas de punibilidad y la propia punibilidad, tanto en su aspecto positivo como en su aspecto negativo

[54] Tratado Tomo III Op Cit Pág 303
[55] Principios de Derecho Penal Español Tomo II Vol I. Madrid España. 1968 Págs 433 y ss

Con lo anterior, a pesar de las opiniones de varios autores en el sentido de que Juan del Rosal sigue una corriente unitaria, se advierte en sus estudios que aborda el análisis de los elementos del delito separándolos en forma cronológica pero reconociendo su carácter subordinado.

Se evidencia cuando el autor en cita reconoce en su obra que sigue un método analítico de los caracteres del delito, al respecto sostiene que frente a un hecho "en primer lugar se verá si existe acción u omisión, examinando luego el lado negativo. Después pasa al examen de la antijuricidad tipificada , o todavía mejor, a ver si este hecho es subsumible en alguno de los artículos del Libro II del Código Penal, o en algún precepto de Ley penal especial, y se deberá al mismo tiempo atender al aspecto negativo del llamado elemento típico. Se pasa en seguida a ver si el hecho es o no antijurídico. Una vez comprobada la existencia positiva de los citados elementos , pasará al examen de la voluntariedad de la acción u omisión, según la técnica del Código, lo que quiere decir la culpabilidad. El lado negativo de este carácter entraña particular importancia y puede englobarse bajo la denominación genérica de causa de exclusión de culpabilidad. Afirmada la culpabilidad se pasa a las llamadas condiciones objetivas de punibilidad. Y por último la punibilidad, en cuyo requisito se verá si no surge alguna de las causas de exclusión de la misma, llamadas excusas absolutorias."[56]

---

[56] Juan DEL ROSAL. Principios. Tomo II Vol I Pág 433 a 436

Por su parte, Celestino PORTE PETIT[57] sostiene que los elementos del delito son: conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad, mismos que desprende dogmáticamente del análisis de diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal y sobre la base de dichos elementos realiza un análisis en su obra.

Independientemente de las diversas ideas y tendencias que se han desarrollado en torno a la doctrina atomizadora del delito, en cuanto a la precisión del número e identificación de los elementos que lo conforman, lo cierto es que cada uno de ellos enunciados por las distintas concepciones, han surgido en forma paulatina, conforme se produjo el avance de los estudios efectuados.

En la doctrina se advierte que la acción concebida como elemento esencial del delito, se elabora su estudio mucho después de que aparecieron algunos otros, a pesar de ser considerada el primero de ellos, pues en la misma se incluía la imputabilidad, como uno de sus elementos, esto se debe a Berner, quien siguiendo la corriente de Hegel elabora su estudio en 1857. Posteriormente, se debe a los trabajos de Franz Von Liszt, el acierto de señalar en sus estudios sobre la acción, todo lo relacionado con el análisis del movimiento corporal que desarrolla el sujeto y la propia causalidad del resultado que se produce.

---

[57] Apuntamientos Op Cit Pág. 203 ss

Con relación a la tipicidad, o condición típica como algunos autores la señalan, se llegó a indicar por Stübel, en 1805 y por Luden en 1840, sin embargo, hasta los estudios de Beling se le da máxima trascendencia.

La antijuridicidad, o antijuricidad como algunos autores la identifican, se vislumbró por Bohemero y adquirió sentido en las Normas de Binding.

Por cuanto a la culpabilidad, su origen científico se debe precisamente a A. Merkel.

Finalmente, una vez enunciado su origen, es necesario resaltar que "la noción dogmática del delito y la sistemática de sus caracteres evoluciona conforme a tres etapas"[58]:

A) El positivismo científico, que se basa en el positivismo legal, que se considera sólo como derecho a lo legislado, y conforme a éste se construyó el propio derecho penal; Binding es el más crudo y confesado representante de esta doctrina, siendo sus constructores Franz Von Liszt y Von Beling.

Para esta tendencia, dice Luis JIMENEZ DE ASUA[59], "la acción es lo natural ('incolora' y 'sin sangre'), el tipo aparece como meramente descriptivo, la antijuricidad como valoración objetiva, y la culpabilidad como el nexo psicológico. No podemos menos que

[58] Luis JIMENEZ DE ASUA. Tratado Tomo III. Pág 315
[59] Cfr Tratado Tomo III Op Cit Pág 315

admirar esta artística construcción, en que cada elemento del delito ofrecía un papel tan definido como propio."

B) Sistema teleológico. Aparece después de la primera guerra mundial, representa un cambio radical de la estructura doctrinal elaborada hasta esa época. Esta concepción y la formación teleológica de los conceptos penales se desarrollaron desde los años de 1926 a 1930 por Max Grünhut, Erik Wolf y Schwinge. Esta corriente es inspirada en los principios filosóficos del neokantismo, de la escuela del Sudoeste alemán o escuela de Baden (Rickert, Lask) misma que en ellas funda sus ideas.

En esta tendencia la situación de las características del delito se altera y modifica substancialmente, la acción no es considerada esencialmente natural, pues al momento de entrar en la esfera del derecho, adquiere un matiz profundamente normativo.

La tipicidad es considerada como indicio de la antijuridicidad o como su ratio esendi, ligándose con la propia antijuridicidad.

El concepto objetivo de la antijuridicidad, se desvirtúa cuando se introducen los elementos subjetivos del injusto, adquiriendo esta especie de particularidad.

Por cuanto se refiere a la culpabilidad, asume un contenido normativo, llegando esta tesis a imperar en mucho tiempo tanto en Alemania como en la propia Argentina.

En este sistema se emplea el método científico-espiritual del entendimiento y de la apreciación de todos los acontecimientos, tomando en cuenta tanto los fines como los valores, sobreponiéndose todo lo anterior al método científico- causal.

No se trata, asienta JIMENEZ DE ASUA[60], del "finalismo de Von Liszt, basado en Von Ihering. La pureza del método se superó con miras a una teoría social del Derecho, por Gustavo Radbruch, Wilhelm Sauer y por Erik Wolf, ya nombrado. A esta segunda tendencia -que con error se ha llamado intermedia- pertenecen, además de los nombrados, penalistas tan egregios como Max Ernest Mayer, Hegel, Mezger, Eberhard Schmidt."

C) Teoría Finalista de la acción. Se inicia y construye con los estudios de Hans Welzel desde 1931, pretendiendo retornar a la realidad social e inspirándose en la filosofía de Max Scheller y Nikolai Hartmann, así como en la fenomenología de Husserl sin olvidar algunos principios del existencialismo.

A esta concepción, dice Luis JIMENEZ DE ASUA[61], "los Profesores de Bonn, Welzel y Von Weber, patrocinan estas concepciones que le sirven a Maurach para construir su 'Tratado', el

[60] Cfr Tratado Tomo III Op Cit Pág. 315
[61] Cfr Tratado Tomo III Op. Cit Pág 316

más amplio y completo de los editados recientemente. Los más jóvenes penalistas alemanes, con discrepancia más o menos marcadas, o con nuevos aportes, como W. Gallas, siguen esta corriente."

4.- CONCEPTOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA DEL DELITO

La teoría del delito se caracteriza por ser, en principio, un conjunto de conceptos que se desarrollan en torno a la naturaleza, conformación, existencia, inexistencia o formas de aparición del delito, como realidad jurídica y social.

Depende, precisamente, del enfoque que adopten los autores al abordar su estudio, de tal forma que se desarrollarán tantos conceptos en su tratamiento como tendencias pretendan considerarse, como ya se anotó en líneas anteriores, dependiendo de las orientaciones que se recojan se integrará este cuerpo conceptual, pues en algunos casos, en la concepción bitómica, resaltan dos elementos fundamentales configurativos del delito de los que aún no existe uniformidad de opinión, además de las concepciones triatómica, tetratómica, pentatómica hexatómica y heptatómica, en las cuales el número de elementos que conforman el delito oscila de tres hasta siete elementos, por ello, la teoría del delito tendrá en esa vertiente, tantos conceptos como elementos conformen al delito.

No debe pasar por alto, la situación de que en el análisis de cada uno de los elementos que conforman al delito, se aborda con profundidad su tratamiento, de donde resultarán todos los conceptos necesarios para su comprensión.

Además de lo anterior, en el estudio analítico del delito, se desarrollaron diversos sistemas para el tratamiento,

contenido, sistemática y vinculación que guardan cada uno de esos elementos en base a distintos factores: en un sistema se consideró como la base del estudio de los elementos del delito el método naturalístico fundado en la causa y efecto (Causalismo); en otras el principio y la idea del fin en la conducta desarrollada por el sujeto (finalismo); en otras mas, se estimó para el estudio del delito los principios de la lógica formal (Modelo Lógico) y, finalmente, se consideró también para su análisis los principios de valoración teleológicos (Imputación Objetiva).

En esta primera parte se resaltarán, los instrumentos conceptuales utilizados en cada uno de los sistemas desarrollados en el tratamiento y estudio del delito, sin hacer un estudio profundo, pues eso se deja para el capítulo respectivo.

A) ANÁLISIS CAUSALISTA DEL DELITO

En este sistema se encuentra como principal expositor a Franz Von Liszt, quien por primera vez analiza al delito partiendo de la ley penal, es decir, a partir de la reglamentación legislativa, Von Liszt estructura el estudio del delito en forma sistemática, creando, con ello, la llamada dogmática penal, que no es otra cosa que el estudio de los dogmas, estimando con tal carácter a la norma jurídico penal, enfocando su estudio en las normas del Código Penal Alemán de 1871.

En el estudio del delito, este autor emplea un método naturalístico muy de boga a finales del siglo XIX, en su estructura Liszt parte de la consideración de que la base de todo el delito es la acción o acto humano, siguiendo el principio de causalidad, recibiendo este sistema el calificativo de causalista, "denominación que se va a extender a quienes en buena medida aceptan como punto de arranque de la teoría del delito, la explicación naturalística del acto o la acción."[62]

En la estructura del sistema Franz Von Liszt, retoma las ideas aportadas por las escuelas clásica y positiva del delito, agregando el método naturalístico.

En este sentido, tenemos como primer concepto fundamental en ese sistema a la Acción Humana, aún cuando para referirse a ella las diversas posiciones aporten algunos otros términos, tales como los de: Conducta, Hecho, Acontecimiento, Acaecimiento, etc., pretendiendo abarcar con un vocablo adecuado las dos modalidades en las que se manifiesta el comportamiento humano, sin que, en este apartado, se dilucide la terminología adecuada, sino sólo resaltar el instrumento conceptual empleado por el aludido sistema causal.

Al decir de Octavio Alberto ORELLANA WIARCO[63], "la explicación naturalística del acto o acción humana, se basa en

[62] Octavio Alberto ORELLANA WIARCO Teoría del Delito Sistemas Causalista y Finalista Editorial Porrúa 6a Edición México 1998 Págs 9 y 10
[63] Op Cit Pág 10

relaciones de procesos causales. La acción nace de un movimiento corporal que es un proceso, que va a producir un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto, y entre una y otro se da una relación."

La acción humana representa la causa del efecto material que provoca en el mundo exterior, es decir, es el origen del resultado que se produce en el mundo material, manteniéndose vigente la idea esencial del sistema: la causa produce un efecto.

En sus estudios Franz Von Liszt sostiene que la acción humana debe ser voluntaria, pero que tal voluntariedad está referida únicamente al movimiento corporal o a la falta del mismo, tratándose de la inactividad como esencia de la omisión, que produce un resultado material, donde sólo existe una relación de causalidad entre ese movimiento, o inactividad, corporal voluntario y el resultado material producido.

El movimiento corporal en la concepción mencionada, se caracteriza principalmente por ser un proceso causal desprovisto de finalidad, es decir, se presenta ciego respecto a lo perseguido por el sujeto, pues el logro o no de las finalidades propuestas por el activo de la acción, son analizadas en este sistema en el ámbito del agotamiento del delito.

La voluntad, como causante de la acción del hombre, desde el plano de Liszt, tiene dos caracteres fundamentales, el primero, es el interno, caracterizado por el contenido de la voluntad, y

el otro, el externo, que se concreta con la manifestación de la voluntad misma.

En el estudio de la acción causal, lo relevante para el derecho penal, es precisamente la parte externa de la misma, con la que el sujeto llega a surtir los extremos de la norma típica y producir el resultado dañoso que redunda en la lesión o puesta en peligro del bien tutelado.

De lo anterior se desprende, hasta este momento del estudio causal del delito, los fundamentales instrumentos conceptuales: la acción, la voluntad, el resultado, la relación de causalidad, así como el carácter ciego de la acción misma.

En este sentido, no debe soslayarse que también en el sistema causalista la tipicidad es reconocida como un elemento del delito, cuya sistematización de este concepto se debe precisamente a Ernesto Beling a partir de 1906 en el que publicó su teoría de la tipicidad y el tipo.

En opinión de Octavio Alberto ORELLANA WIARCO[64], a propósito de este sistema, sostiene que "el tipo resulta ser expresado en forma simplista como, la descripción legal de una conducta como delictiva; y la tipicidad, como el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo", agregando que "la teoría del tipo y la tipicidad fue evolucionando, pues Beling, la concibió como

[64] Teoría del Delito Op Cit Pág. 17

meramente descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. A esta primera etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad se le ha llamado fase descriptiva o de independencia."

Como se advierte, en este sistema se llegó a considerar que el tipo es una mera descripción normativa, en tanto que la tipicidad ya entraña una valoración al requerirse la determinación del encuadramiento o conformación a lo descrito por el tipo penal, sin hacer ninguna estimación o consideración en torno a los deberes contenidos en el mismo. Por ello, tipicidad y antijuridicidad son dos conceptos distintos, en la primera etapa del desarrollo de este sistema, pues aunque ambas encierran valoraciones, los elementos fundantes para ello, son diametralmente distintos: la tipicidad valora el encuadramiento a la descripción típica, en tanto que la antijuridicidad valora la trasgresión del deber derivado del precepto normativo contenido en el tipo.

Por ello se distingue, "el tipo es una mera descripción de una conducta como delictiva, pero si se busca conocer si una conducta es contraria a la norma, ello constituye una función valorativa que corresponde a la antijuridicidad, que excede al marco de la tipicidad; más aún, si tal conducta la pretendemos atribuir a un sujeto para reprochársela, esto correspondería a la culpabilidad."[65]

[65] Octavio Alberto ORELLANA WIARCO Op Cit Pág 17 No debe olvidarse que en el desarrollo del sistema, el estudio de la tipicidad cruzó por cinco fases, la primera, que se debe a los estudios de Beling en 1906, estima que la tipicidad es distinta a la antijuridicidad, por las distintas valoraciones que encierran; la segunda, llamada fase indiciaria, desarrollada por los estudios de Ernesto Mayer, en 1915, quien estimó que la tipicidad era un indicio de la antijuridicidad; la tercera, estructurada por Edmundo Mezger, que refirió a la tipicidad como la ratio essendi de la antijuridicidad, soldando ambos conceptos; la cuarta fase, destacó considerada como la fase defensiva, desarrollada por los nuevos estudios de Ernesto Beling en 1930, quien

En este sistema se distinguen como elementos integrantes del tipo no sólo los objetivos, primeramente considerados, sino también los normativos y subjetivos, que indujeron a varios penalistas a abordar la clasificación de los tipos en base a su configuración y contenido, inclusive, al estimar que se acogían elementos valorativos y subjetivos se elaboró la crítica de que estos últimos correspondían al contenido de la antijuridicidad y culpabilidad respectivamente, pues Beling estimaba que aún esos elementos sólo delimitaban la conducta para una determinada especie de delito.

En resumen, la primera exposición sistemática de los elementos del delito puede decirse que la encontramos en el pensamiento de Liszt, quien destacó el acto humano, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, como elementos integradores del delito, según hemos hecho referencia en líneas anteriores.

Por ello, en el sistema causalista se adopta como elementos que integran al delito, no sólo a la conducta, sino también a la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, además de los restantes

---

estima que el tipo es la imagen rectora que preside cada especie delictiva y la tipicidad será la adecuación a esa imagen rectora; la quinta fase se le ha conocido como destructiva, que se deben a las posiciones radicales del Nacional-socialismo Alemán, en la época de Hitler, en esta fase el punto de partida del delito no es la acción del sujeto, sino la voluntad del individuo, donde se reprocha, no el daño causado sino la peligrosidad del agente, y sobre todo, es donde el orden jurídico parte de una moral del pueblo y el juez debe interpretarla sin que esté atada a los principios nullum crimen, nulla poena sine lege, incurriendo en los graves excesos mundialmente conocidos En la moderna teoría del tipo y tipicidad, impera la preocupación de que esta teoria sea una efectiva garantía de legalidad y libertad del individuo, para evitar los abusos del nazismo

elementos que don Celestino PORTE PETIT[66] enuncia en sus estudios.

En el ámbito de la antijuridicidad, muchos problemas se han planteado respecto a su denominación, concepto, contenido, función, clases, etcétera, que han sido resueltas de muy diversa manera.

Con relación a su denominación, han opinado algunos tratadistas que es preferible el término injusto. Al respecto, Guillermo SAUER, BINDING y otros penalistas "distinguen entre antijuridicidad e injusto, afirmando en que el primer término es un "anti" y el segundo es sólo "no derecho"; por lo que debe preferirse el uso del vocablo antijuridicidad."[67]

Respecto a su contenido, el problema se complica sobremanera haciéndose más compleja la solución del mismo, pues la antijuridicidad entraña un juicio de valor, aceptado por la mayoría de los penalistas y cuyo origen data desde la concepción de delito natural elaborada por Rafael GAROFALO, en la medida de que la misma es la valoración de un acto, que en su esencia es contrario a las normas o valores de la sociedad que el autor indicado denomina sentimientos altruistas de piedad y probidad, que todo grupo social posee en una medida media.

---

[66] Cfr: Apuntamientos Op Cit Pág 203 El autor en cita agrega como presupuesto de la culpabilidad a la imputabilidad, además, las condiciones objetivas de punibilidad y la propia punibilidad, con lo que en suma estima que son siete los elementos que integran al delito

[67] Octavio Alberto ORELLANA WIARCO Teoría del Delito Op Cit Pág 25. Algunos otros autores han estimado que puede usarse los términos ilicitud, injusto, ilegalidad, ilegitimidad, anormalidad y aún entuerto

Franz VON LISZT[68] a quien se le considera fundador del sistema causalista consideró "que el acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad siendo antisocial."

Por su parte, Max Ernst MAYER al ser recordado por Eugenio Raúl ZAFFARONI[69] sostiene al exponer sus ideas respecto a las normas de cultura, como fundamento de la antijuridicidad, parte de la base y de considerar a la sociedad como una comunidad de intereses que tiende a tutelar el conjunto de los mismos, desprendiéndose de esta forma el concepto unitario de cultura de la colectividad, además de que dichas normas de cultura encierran en sí mismas determinados órdenes y prohibiciones que permiten salvaguardar los intereses tutelados, para ello, una sociedad exige el comportamiento que corresponde a dicho interés; bajo esta perspectiva "es antijurídica aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado"

Por ello, explica el autor en cita, "se debe repetir una vez más que, para fundamentar el orden jurídico y no para suplantarle, es preciso retrotraer la teoría hasta aquel complejo de normas prejurídicas de las que se obtiene el Derecho. Para poder interpretar las líneas de la ley, para poder leer entre esas líneas, para preservarnos de la confusión y, últimamente, para prestar a las

[68] Tratado de Derecho Penal Op Cit Pág 324
[69] Cfr Tratado de Derecho Penal Parte general Tomo III. Cárdenas Editor y Distribuidor México 1988 Págs. 199 y ss

resoluciones de la práctica una medida objetiva fija, se tiene que saber lo que es una conducta antijurídica."[70]

Siguiendo las líneas marcadas por los pensamientos de Franz Von Liszt y Ernst Mayer, algunos autores han estimado que la antijuridicidad tiene como esencia, la trasgresión de bienes jurídicos, por ello su naturaleza radica en la tutela y protección del bien jurídico, revistiendo con ello, que el contenido de este elemento del delito son las valoraciones ético-sociales inmersas en la legislación vigente.

La imputabilidad, que integra otro de los conceptos de la teoría causalista y que constituye uno de los pilares de esta estructura, fue desarrollada desde las ideas de la escuela clásica, cuyos principales expositores han sido César BECCARIA y Francisco CARRARA, en la que, dentro de sus postulados se desarrolló la idea de que la responsabilidad del sujeto se fundaba en el "libre albedrío", es decir, en la facultad del hombre de conducirse libremente hacia el bien (actuar conforme derecho) o hacia el mal (actuar contra derecho), inclusive, la máxima expresión de este postulado se encuentra patente en la propia definición del delito que Carrara proporcionó, al decir que delito, además de ser un acto externo, es moralmente imputable y políticamente dañoso.

Como se advierte la idea de la imputabilidad es esencial en la conformación del delito desde esta estructura, pues a

[70] Eugenio Raúl ZAFFARONI Tratado de Derecho Penal Tomo III Op Cit Pág 200

pesar de que el libre albedrío fue debatido por las ideas y postulados de la escuela positiva, al sostener que el ser humano se encuentra determinado por una serie de factores externos, no se desconoce, aún por la escuela positiva, que dentro de ese determinismo existe un margen de elección y decisión, que permite optar por el respeto a la ley o su contravención y en esa posibilidad radica la imputabilidad; por ello se define como la capacidad de querer y entender que posee el sujeto

En este sentido Giuseppe MAGGIORE[71] sostiene que "la imputabilidad es el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente. Estas condiciones se resumen en el concepto de libertad. Imputabilidad equivale a libertad."

Por su parte Luis JIMENEZ DE ASUA[72] ha estimado que "el concepto clásico de la imputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y de responsabilidad moral, cuya doctrina supone Carrara aceptada. Desde este punto de vista, la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor de un delito, y puede definirse, con el Padre Jerónimo Montes, como el 'conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre'."

[71] Derecho Penal Vol I Editorial Temis Bogotá Colombia 1954 Pág 487

[72] Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito Editorial Sudamericana Abeledo-Perrot 3a Ed Buenos Aires Argentina 1958 Pág 326 Agregando el autor en cita que al llegar a la causa eficiente y libre que "al llegar a este punto surge el problema metafísico: se trata de saber si la voluntad humana es libre o determinada "

En este sistema, resalta también por su importancia, el concepto de culpabilidad, ampliamente discutido y controvertido en cuanto a su contenido, alcance y modalidades que reviste en esta estructura, cuyo hallazgo representó una trascendencia tal que en todas las diversas concepciones que se han desarrollado en torno a la integración del delito se encuentra presente.

En torno al elemento culpabilidad, el devenir histórico registra diversos estadios por los que ha atravesado su conformación, inclusive en la antigüedad, la fuente de la pena radicaba en el simple nexo de causalidad entre la acción del hombre y el resultado producido, analizando sólo el contenido objetivo de la conducta del individuo, con independencia del aspecto subjetivo o psicológico que pudiere presentar el autor de la misma al momento de ejecutarla.

Con la orientación romana de introducir una evaluación subjetiva de la responsabilidad del sujeto, se consideró para la aplicación de la pena la intencionalidad del sujeto en el momento de ejecutar la conducta, abarcando más allá de la simple producción del resultado dañoso provocado por el individuo.

En el sistema causalista se distinguen principalmente dos conceptos en torno a la culpabilidad, que dieron pauta para estudios mas profundos, por un lado, se desarrolló el concepto de dolo y sus modalidades y, por el otro, se elaboró el concepto de culpa, como meras manifestaciones de aquélla.

En la escuela clásica la culpabilidad aparece integrada precisamente por el dolo o la culpa, desarrollándose ampliamente, estudios en torno a estos dos fundamentales conceptos.

Francesco CARRARA[73] define al dolo como "la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe es contrario a la Ley."

Por su parte Octavio Alberto ORELLANA WIARCO[74], al comentar las ideas de Franz Von Liszt, sostiene que en este autor "la culpabilidad va a sistematizarse y a desarrollarse sobre una base de relaciones naturalísticas que reafirman el carácter causalista de este sistema. Así aparece la llamada 'teoría psicologista de la culpabilidad."

Giuseppe BETIOL[75] sostiene respecto a la culpabilidad que "no existe en la doctrina communis opinio, pues son muy diversas las concepciones acerca de la noción y límites de la culpabilidad. La concepción que ha dominado durante siglos y que aún cuenta con numerosos seguidores, es la llamada psicológica o también naturalista. La concepción psicológica de la culpabilidad se basa, pues, sobre un vínculo de carácter subjetivo que une el hecho con su autor en los límites respectivos del dolo o de la culpa."

---

[73] Programa del Curso de Derecho Criminal Op Cit Pág 152
[74] Cfr Teoría del Delito Op Cit Pág 40
[75] Derecho Penal Parte General Editorial Temis Bogotá Colombia 1965 Pág 317 Pág 317

Entre los principales sostenedores de la teoría psicológica destaca Sebastián SOLER[76] quien considera que " la culpabilidad está integrada con dos elementos: La vinculación del sujeto con el orden jurídico, que se denomina elemento normativo....y....La vinculación subjetiva del individuo a su hecho, que es el elemento psicológico...."

Ignacio VILLALOBOS[77] por su parte, sostiene que la culpabilidad "genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición, en el dolo, o indirectamente, por indolencia y desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa."

En este aspecto la culpabilidad en el sistema causalista, fue abordada por algunos otros autores quienes diferencian sus posturas en base a la ubicación precisa del dolo, además, de la consideración del contenido único que conforma a la culpabilidad o, si se requiere algo más que el dolo mismo para colmar el íntegro contenido de este elemento del delito, por ello, a partir de 1907, con los estudios de Reinhard Frank, en Alemania, surgió la teoría normativista de la culpabilidad, conocida simplemente bajo el nombre de normativismo, postura que sostiene que la culpabilidad no es únicamente el dolo sino contempla otro elemento adicional.

---

[76] Derecho Penal Argentino Tomo II Editorial Tea 1a Reimpresión Buenos Aires Argentina 1951 Pág 68
[77] Derecho Penal Mexicano Parte General Editorial Porrúa 5a Edición México 1990 Pág 283 y ss

Sergio VELA TREVIÑO[78] sostiene que "la culpabilidad está plenamente imbuida en un contenido psicológico, puesto que constituye el elemento de naturaleza subjetiva del delito, por el cual se establece la vinculación entre un resultado típico y antijurídico y una conducta que, como tal, tiene la manifestación especial de voluntad de un sujeto. Sin embargo, la culpabilidad no agota su concepto por esa simple vinculación de orden psicológico, sino que requiere, además, que entren en juego elementos normativos que serán debidamente valorados para determinar si, en cada caso particular, puede reprocharse al sujeto haber guiado su conducta en forma diferente y, sobre todo, si legalmente le era exigible un comportamiento distinto al que realizó."

Por su parte Alfonso REYES ECHANDIA[79], al comentar la concepción normativista, en especial las ideas de Reinhart Frank, sostiene que "ha sido señalado como el padre de esta escuela, para él la culpabilidad no es un nexo psicológico entre el agente y su comportamiento, sino un juicio que se emite sobre quien, habiendo podido comportarse conforme al deber que era exigible, ha actuado de un modo contrario a ese deber; tratase, pues, de un

[78] Culpabilidad e Inculpabilidad Editorial Trillas 1a Edición (3a reimpresión) México 1985 Pág 184

[79] Culpabilidad Editorial Temis 3a Edición Reimpresión Bogotá Colombia 1991 Pág 8 Agregando el autor en cita, a propósito de los comentarios que formula respecto a las ideas de James Goldschmidt expuestas en su obra La concepción normativa de la culpabilidad, quien "precisó un poco más este criterio al introducir el concepto deber-poder de la siguiente manera: el sujeto tiene el deber de comportarse conforme al ordenamiento jurídico, pero actúa contrariamente a este; ahora bien, ese actuar antijurídicamente solo le es reprochable en la medida en que pudiendo obrar conforme al ordenamiento y teniendo el dominio del hecho, actuó culpablemente; de esta manera la culpabilidad resulta un 'querer que no debe ser', o, en otras palabras, 'la reprochable no motivación de la voluntad por la representación del deber' Obsérvese que este autor se desentiende del juicio de reproche para resaltar el fenómeno en el aspecto de una actitud reprochable"

fenómeno complejo de cuya estructura forman parte el dolo, la culpa, la imputabilidad y la normalidad de la motivación, y puesto que en ella intervienen estos elementos, bien puede sintetizarse su esencia en la reprochabilidad. De esta manera, dolo y culpa dejan de constituir el fenómeno mismo de la culpabilidad para convertirse simplemente en elementos suyos."

Edmund MEZGER[80] ha conceptuado este elemento del delito al decir que "la culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido. Por tanto, dichos presupuestos muestran al hecho como una expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor. El término 'reprochabilidad', empleado a veces, significa prácticamente lo mismo que 'reproche'. La imputación, considerada en sí, puede definirse como la culpabilidad 'formal', y el reproche determinado en cuanto al contenido, como la culpabilidad 'material'."

Las condiciones objetivas de punibilidad, que es otro de los conceptos empleados en la estructura del sistema causalista, han sido objeto de confusiones y desacuerdos en la mayoría de los autores que se han ocupado de explicar, tanto su contenido como el alcance jurídico que representan en la configuración del delito.

En este sentido, algunos tratadistas las identifican con los requisitos de procedibilidad, al grado que, las llegan a

[80] Derecho Penal Op Cit Pág. 189

enmarcar dentro de los presupuestos procesales, refiriendo como hipótesis de ellas a la querella de parte ofendida y a la propia autorización.

Sin embargo, no debemos confundir las condiciones objetivas de punibilidad, con los requisitos de procedibilidad, ya que ambos mantienen diferencias radicales, pues los efectos son también diversos, pues mientras los requisitos de procedibilidad autorizan la actuación del Ministerio Público, para la incoación de la averiguación previa, aquéllas, las condiciones objetivas, son presupuestos para asociar una pena, pero sólo en la medida en que la norma penal sustantiva exija esta condición para punir al sujeto.

En estos términos debemos entender por condiciones objetivas de punibilidad, a todos aquellos requisitos exigidos por el tipo penal y que sin conformar parte de su estructura ontológica en la protección del bien jurídico o en la descripción del evento antisocial o delictivo, son necesarios para asociar o imponer al sujeto una pena por la conducta realizada.

Por su parte, la punibilidad es la conminación de privación de bienes jurídicos formulada por el legislador al describir el evento típico, determinada en su magnitud por el grado de lesión de dicho bien y en su duración, por el grado de culpabilidad del propio sujeto.

B) ANÁLISIS FINALISTA DEL DELITO

El estudio de la teoría del delito desde una nueva y distinta perspectiva a la que dominaba a principios de este siglo, en particular hasta antes de los años treinta en los que imperó la concepción causalista, surgió con los estudios de Hans Welzel quien da nacimiento a la teoría de la acción final, en la que el contenido y estructura del delito cambió radicalmente.

En efecto, Hans WELZEL[81] sostiene que la Parte General del Derecho Penal, tiene como misión la de "señalar las características esenciales del delito y su autor, comunes a todos los hechos punibles. Toda acción u omisión penalmente relevante es una unidad constituida por momentos objetivos y subjetivos (del hecho y la voluntad). Su realización recorre diferentes etapas: preparación, tentativa y consumación. Su valoración por la comunidad puede ser diferente: como jurídica o antijurídica, como culpable o inculpable. Ella está en relación inseparable con su autor, cuya personalidad, voluntad y conciencia imprimen su peculiaridad. "

En este sentido y a manera de explicación sostiene el autor en cita, que "toda la vida comunitaria del hombre se estructura, para bien o para mal, sobre la actividad final del hombre. Esto presupone que los miembros de la sociedad pueden actuar concientes del fin, es decir, proponerse fines, elegir los medios

[81] Derecho Penal Alemán. Parte General. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. 4a Ed. Santiago de Chile. 1993. Pág. 37

requeridos para su obtención y ponerlos en movimiento con conciencia del fin. Esta actividad final se llama "acción". Se diferencia del simple suceso de la naturaleza en cuanto éste no es dirigido conscientemente desde el fin a alcanzar, sino que trascurre ya sea causalmente ciego o bien -como sucede considerablemente en la naturaleza orgánica, en especial en el mundo animal- adecuado ciertamente al fin, pero sin conciencia del fin (instintivamente). Precisamente la capacidad de la voluntad humana de proponerse cualquier fin y sobre la base de su saber causal, poder realizar estos fines de acuerdo a un plan posibilitan al hombre la peculiaridad específica, la plenitud y vastedad de su existencia histórica, de su cultura y civilización."[82]

Al respecto, comenta Octavio Alberto ORELLANA WIARCO[83] que "a partir de la década de los años treinta, aparecen publicados los trabajos dè Hans Welzel, que acepta que si bien el delito parte de una acción, y que ésta es conducta humana voluntaria, la misma tienen una finalidad, un fin, no como lo explica la teoría causalista que prescinde del contenido de la voluntad, o sea del fin. De esta diversa concepción se van a generar múltiples consecuencias que conforman la teoría finalista de la acción."

[82] Hans WELZEL. Derecho penal Alemán Op Cit Págs 37 y 38

[83] Teoría del delito Op. Cit Pág 82 El autor en cita, agrega en sus comentarios que "Welsel se preocupa de fundamentar la teoría de la acción finalista, no sólo en el plano de los elementos que integran el delito, sino en terreno mismo del derecho penal, como pilar de su propia teoría Para este ilustre tratadista 'La misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inducción la protección de los bienes jurídico-particulares' "

Es trascendente resaltar que en el contenido del sistema finalista de la acción, sostiene su fundador que, detrás de cada prohibición o imperatividad que se consagra en la norma, se hallan los elementales deberes ético-sociales, cuya observancia y cumplimiento se asegura conminando a todo individuo con una pena, pero solo debe ser dirigida la misma a la tutela y protección en contra de la lesión de esos fundamentales y básicos deberes ético sociales, pues sólo así se llaga a justificar la existencia de normas punitivas, ya que de otro modo, extender la punibilidad a otras esferas que no contengan deberes elementales de esta naturaleza, origina la existencia de un Estado represivo y totalitario.[84]

La Teoría de la Acción Finalista, incluye en su sistemática los conceptos previamente expuestos por la teoría causalista, a tal grado, que puede llegar a afirmarse, que la teoría finalista se desprende del causalismo al apoyarse en varios de los términos y conceptos explorados en el mismo, de esta manera, en el finalismo se habla de acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, no obstante tales conceptos son manejados bajo un esquema distinto, que tiene como efecto y consecuencia que las soluciones a diversos problemas que no resultaban coherentes, congruentes y que no tuvieron una adecuada solución por la teoría

[84] En relación a lo sostenido por Welzel en su teoría, Alberto ORELLANA WIARCO comenta que "El nacionalsocialismo en Alemania es un ejemplo claro de esta desviación, así el nazismo se apropió de los conceptos 'nacional' y 'social' para darles una proyección política que atentaba contra los deberes ético-sociales que pregonaba defender", agregando que "En el terreno jurídico el nacionalsocialismo alemán colocó en el lugar del individuo y la sociedad, al pueblo, la nación y la raza. Al derecho se le señalaron metas utilitarias y naturalistas ('Lo justo es lo útil al pueblo', 'la pena es un medio de limpieza biológica del pueblo') Estas ideas ya aparecen con anterioridad al nacionalsocialismo, cuando se manejó el concepto de 'antijuridicidad material' caracterizada como daño social " Cfr: Teoría del Delito Op Cit. Págs. 81 y 82

causalista, como son los relativos a la tentativa, participación, autoría, encuentran un tratamiento adecuado bajo el sistema finalista.

Octavio ORELLANA WIARCO[85], con relación a esta teoría se expresa que "La teoría finalista no es pues una mera exposición más o menos interesante, que nada aportaría a los conocimientos, que ya nos ha proporcionado la teoría causalista, sino un sistema que busca solución técnica y práctica a cuestiones que la teoría causalista no resolvía satisfactoriamente."

Como se ha asentado, el punto de partida de la teoría finalista de la acción es, como su nombre lo indica y que encierra su propia esencia, una conceptualización diferente y distinta de la acción, en comparación a lo que la doctrina causalista explica sobre este elemento del delito. La teoría causalista, concibe a la acción como " manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal (o de la ausencia de ese movimiento corporal) que produce un resultado. Es pues un proceso causal, donde la acción es la causa del resultado, ya que como proceso causal, naturalístico tiene que existir forzosamente un nexo causal entre la acción y su resultado."[86]

Por tanto, la acción en su concepción causal está desprovista de finalidad, es intrascendente para la configuración de este elemento lo perseguido por el autor de la misma, pues su

[85] Teoría del Delito Op Cit Pág. 87
[86] Octavio Alberto ORELLANA WIARCO. Teoría del Delito Op Cit Pág 88

contenido se centra exclusivamente en la voluntad del agente y en el hacer o no hacer que transgrede bienes tutelados.

En cambio, para la teoría finalista "La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento 'finalista' y no solamente causal. La 'finalidad' o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos... la finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras la pura causalidad no esta dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando la finalidad es 'vidente', la causalidad es ciega."[87]

Por ello, en el contexto de la teoría finalista, el centro del que se desarrolla toda la estructura es la finalidad que persigue el autor.

En este sistema, la teoría general del delito debe deducirse de la ley o al menos ser compatible con la misma.

El delito se estructura, en primer término por el hecho antijurídico o hecho punible caracterizado por las descripciones

[87] Octavio Alberto ORELLANA WIARCO Teoría del Delito Op. Cit. Pág 88

delictivas de la parte especial del Código, pues el objeto de la regulación jurídico-penal es el hecho concretamente individualizado en la norma punitiva y no la vida asocial o antisocial del autor.

En este aspecto la teoría del delito, bajo el sistema finalista, ha descansado en la acción del individuo y no en la personalidad del autor, con lo que el concepto de acción debe comprender, asimismo, la idea de la omisión.

Se requiere también para la estructura en este sistema, que el hecho antijurídico producido por el sujeto tenga el carácter de un actuar antijurídico, al realizar el tipo de la ley penal, llegando a excluirse por alguna causa que motive el desvanecimiento del desvalor jurídico de la acción ejecutada; de ahí que "la antijuridicidad deba constituir un segundo elemento fundamental del concepto del delito."[88]

Se presenta también la exigencia de culpabilidad, como elemento legal del concepto de delito, en el que se aborda, como aspectos excluyentes, el error invencible de prohibición y la incapacidad de culpabilidad derivado de la edad o por trastornos anímicos.

Bajo el principio de legalidad, la definición del hecho antijurídico debe encontrar sustento al deducirse todas las formas

[88]Hans HEINRICH JESCHECK. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Comares. 4a. Edición. Traducción de José Luis MANZANARES SAMANIEGO. Granada, España. 1993. Pág. 177

delictivas, que puede revestir sus diversas modalidades y, de los elementos contenidos en el tipo penal que se encarga de describir la acción, la magnitud de la lesión del bien jurídico y demás elementos que resultan indispensables para la mejor protección del bien tutelado.

En el sistema finalista no debe soslayarse que en el concepto de delito debe incluirse la idea del fin que conforman la acción, es decir, que el hombre es el único ser capaz de dirigir su actividad o inactividad con conciencia de ello, razón por la que el derecho penal y en particular el complejo normativo que lo conforma, se dirige precisamente al ser humano, ya sea prohibiendo determinadas conductas, o bien, imponiéndole acciones que debe realizar. Con ello se arriba que el hombre puede considerarse desde una perspectiva objetiva, como causante de los resultados que produce su actuar, pero al mismo tiempo, desde una perspectiva subjetiva, están a él dirigidas las normas penales por la posibilidad que tiene por su voluntad, de hacer o dejar de hacer lo previsto por la norma, de tal manera que cuando obra como objeto o a través de una fuerza mecánica, o bien, cuando actúa bajo movimientos reflejos, dichos movimientos de su propio cuerpo quedan excluidos de toda sanción.

De lo anterior se desprende que "la ciencia y la práctica del Derecho Penal han exigido unánimemente la "voluntariedad" de la conducta humana como presupuesto esencial del juicio jurídico-penal, sin que pueda limitarse el concepto de voluntariedad a la ejecución efectiva de una acción voluntaria, sino ha

de entenderse como la posibilidad de dominio de la actividad o pasividad corporal a través de la voluntad (esto es, a través de la capacidad para un querer final)."[89]

C) LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y EL DELITO

En la concepción de la estructura del delito, por un lado, con una perspectiva naturalística y, por el otro, con una orientación finalista, en las que se ventilaron como parte de su esencia el problema de los desvalores que representa la existencia del delito, surge "como consecuencia de la discusión generada en torno a la ponderación de los desvalores de acción y de resultado, se presentó un enfrentamiento entre los partidarios de una subjetivización total del injusto con acento exclusivo en el valor de acción y quienes pretenden revaluar para el derecho penal el desvalor de resultado. Entre aquellos que se han encaminado por la segunda alternativa se suele hablar de una teoría de la "imputación objetiva del resultado", con la que se busca precisar la forma en que un resultado debe ser atribuido a alguien respecto de quien ya se ha fijado un desvalor de acción."[90]

---

[89] Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán Op Cit. Pág 38. Agregando el autor en cita que " Objeto de las normas penales es la 'conducta' humana, esto es, la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad Esta conducta puede ser una acción, esto es, el ejercicio efectivo de actividad final, o la omisión de una acción, esto es, el no ejercicio de una actividad final posible Para las normas del Derecho Penal la acción está con mucho en primer plano, mientras que la omisión queda notoriamente en un segundo plano "

[90] Yesid REYES ALVARADO Imputación Objetiva Editorial Temis 1a Ed Bogotá Colombia 1994 Págs 72 y 73 Agregando este autor que "Cuando se hace referencia a una "imputación del resultado", se esta entonces prolongando la inútil polémica sobre a cuál de los desvalores (de acción o de resultado) se debe otorgar preeminencia, y además se está desconociendo que en sus orígenes la imputación objetiva no fue simplemente un mecanismo para atribuir resultados, sino que fue bosquejada por Hegel como un instrumento para determinar cuándo una conducta podía ser considerada como la obra de alguien Un abandono de la teoría final del injusto y la adopción de un nuevo sistema penal como el que aquí defendemos, supone

Como planteamiento del problema de la imputación objetiva, Juan BUSTOS RAMIREZ y Elena LARRAURI[91], han sostenido que, esta tendencia pretendió ser analizada desde la perspectiva de la teoría de la acción final, "pero, ciertamente, ésta contraposición proviene desde más antiguo, desde los orígenes del planteamiento de la imputación objetiva, basada en el teleologismo neokantiano[92] y neohegeliano[93] de principios de siglo, y que fue justamente el otro polo doctrinario frente al desarrollo de la teoría de la acción finalista. Ambas posiciones intentaban superar, dentro del marco de los principios de un Estado de derecho, los problemas con los que se habían enfrentado en la construcción de la teoría del delito tanto el positivismo puro como el eclecticismo simple de yuxtaposición de positivismo y neokantismo."

El problema planteado, de donde parte la teoría de la imputación objetiva, es precisamente lo relativo a la causalidad, que indudablemente se trata de un tema que resulta inevitable en la

---

entender la imputación objetiva como una teoría que reemplaza lo que tradicionalmente ha sido denominado el concepto jurídico penal de acción, por lo que en manera alguna puede ser solo referida a un resultado, sino a toda la actuación como obra de determinada persona "

[91] La Imputación Objetiva Editorial Temis 1a Ed Bogotá Colombia 1989 Pág 3

[92] El neokantismo es un grupo de seguidores de Kant, que consideran la cosa en sí o mundo nouménico más como un concepto límite que como un reino existente, aunque incognoscible La realidad es para los neokantianos una construcción de la mente. Incluso el mundo nouménico de Kant es construcción de la mente El mundo fenoménico es el real, y es el reino de las ideas Así, pues, el neokantismo es una especie de idealismo Hermann Cohen, un neokantiano, habló del mundo como un acto creativo del pensamiento. A veces se llama a este idealismo positivista (Cfr. Dagobert D RUNES Diccionario de Filosofía Editorial Grijalbo 15a Edición México 1981 Pág 263)

[93] El neohegelismo es el nombre dado al revivir de la filosofía hegeliana que comienza en Escocia e Inglaterra a mediados del siglo XIX y se extiende más tarde a Norteamérica Representantes destacados del movimiento en Gran Bretaña son J: H: Stirling y en Estado Unidos W: T: Harris Todos ellos permanecieron indiferentes a los aspectos formales del método dialéctico hegeliano y suscribieron únicamente su espíritu, lo que el propio Hegel describía como el poder de la negación y Bosanquet llamó el argumento a contingentia mundi (Cfr Dagobert D RUNES Diccionario Op Cit Pág 262.)

estructura del delito, además de ser una corriente que durante muchos años se mantuvo latente en la explicación y estructura del delito y que tuvo como fundamento los principios de causa y efecto, de tal manera que la teoría se desarrolló sobre la acción y ésta a su vez estaba construida básicamente por la causalidad, resultando decisiva en la configuración de todo delito.

En este aspecto, "tanto para el positivismo (teoría naturalista de la acción causal) como para el neokantismo ecléctico (teoría valorativa de la acción causal), la causalidad se define desde las ciencias naturales e implica una relación de necesidad entre un antecedente y un consecuente. De ahí que con razón se ha señalado que la única fórmula correcta desde esta perspectiva, pues no incorpora elementos ajenos a las ciencias naturales, es la teoría de la equivalencia de las condiciones. Pero con ello todo pasa a ser causal y se amplía enormemente el fundamento de la teoría del delito, la acción y, por tanto, consiguientemente todo pasa a ser (delictivo o) injusto."[94]

---

[94] Juan BUSTOS RAMIREZ y Elena LARRAURI La Imputación Objetiva Op Cit Pág 4 Los autores en cita agregan que "el teleologismo señaló que el proceso causal objetivamente no se podía considerar sólo como una realidad natural, sino como un proceso dotado de un sentido, en cuanto era parte del sistema normativo y, por eso, el resultado no se podía considerar simplemente como el producto necesario de un antecedente determinado, sino como lo 'puesto desde el objetivo' Había pues un proceso de integración de la causalidad en el sistema jurídico, dado por el sentido, por el objetivo Con ello la posición de la imputación objetiva se apartaba de todas las demás posiciones, las que de una u otra manera simplemente agregaban a la causalidad elementos valorativos o subjetivos En este caso, en cambio, había una integración de elementos personales (sólo las personas pueden plantearse objetivos), normativos (tales objetivos surgen de la norma, que es la que considera a la persona como su destinatario) y naturales (el puro proceso causal)." (Op Cit Págs. 4 y 5)

Por su parte Elena LARRAURI[95], al recordar el pensamiento de LARENZ, sostiene que "la imputación objetiva describe aquel juicio por el cual determinado hecho aparece como obra de un sujeto." Anteriormente, agrega la autora en cita, "se diferenciaba entre imputatio facti e imputatio iuris, esto es, imputación al hecho e imputación a la culpabilidad. Esta diferenciación desapareció en los hegelianos desde el momento en que ellos unieron ambos juicios al entender que para el derecho sólo el hecho culpable tenía interés. Posteriormente ambos juicios volvieron a dividirse y se distinguió el hecho del hecho culpable. No obstante se había producido una curiosa transformación: la relación del hecho con la voluntad del sujeto era entendida como una relación meramente causal. Debe afirmarse sin embargo que la imputación al hecho no tiene modo alguno un significado similar al que tiene la relación causal."

En este sentido, "la imputación no es nada más que el intento de delimitar los hechos propios de los acontecimientos accidentales. Cuando se señala que alguien es el causante de un determinado hecho se está afirmando que este acontecimiento es su propia obra, su propia voluntad, y no un suceso accidental."[96]

Con este sistema se logra diferenciar el mero proceso causal de un acontecimiento determinado de la vinculación que pudiere mantenerse entre el acontecimiento ocurrido con el hecho

[95] Juan BUSTOS RAMIREZ y Elena LARRAURI Op. Cit. Págs 65 y 66
[96] Juan BUSTOS RAMIREZ y Elena LARRAURI Op. Cit. Pág 66

propio del sujeto, es decir, permite diferenciar los resultados meramente accidentales regidos por cadenas causales, de los acontecimientos que objetivamente pueden imputarse como propios del sujeto, por esta razón, "el problema no es la delimitación de las causas sino la delimitación de los aspectos, que pueden ser vistos como obras de la libertad de actuación. Sólo la voluntad dirige un proceso causal, sólo la voluntad tiene la posibilidad de transformar las consecuencias accidentales en un hecho propio. Por consiguiente, la imputación de un hecho es la relación del acontecimiento con la voluntad."[97]

De lo anterior se deduce que la voluntad queda materializada o realizada por el hecho acontecido, capaz de fijarse propósitos y de dirigir, inclusive, el proceso causal hacia un objetivo determinado; por tanto, la voluntad domina los acontecimientos de la naturaleza y puede llegar a transformarlos en hechos propios del individuo, en la medida en que en su proceso de realización o en las consecuencias que produce esté presente la voluntad del sujeto.

En este aspecto, el hecho o acontecimiento ocurrido se presenta como una entidad teleológica, es decir, que dentro de la relación de causas y efectos llega a ser transformada por obra de la voluntad del individuo, al dirigirse hacia un objetivo determinado o una finalidad, pudiendo afirmarse, en los términos que lo hace Elena LARRAURI[98] que "la imputación como un juicio sobre el hecho no es

[97] Juan BUSTOS RAMIREZ y Elena LARRAURI Op Cit Pág 67
[98] Juan BUSTOS RAMIREZ y Elena LARRAURI Op Cit Pág 67

por consiguiente un juicio causal sino teleológico."

La polémica se centró en la vinculación y ponderación entre lo objetivo y lo subjetivo, es decir, mientras que en la teoría finalista lo relevante en la conformación del delito es la finalidad perseguida por el autor, que indudablemente entraña su querer y su facultad de prever las consecuencias que trae consigo el alcance de ese fin, inevitablemente implica la ponderación del plano subjetivo para la conformación del delito; en cambio, en la teoría de la imputación objetiva, no queda desterrado el carácter subjetivo, pero adquiere relevancia el ámbito objetivo en la medida en que la desvaloración del actuar del sujeto produzca un resultado, es decir, "expresado en una forma mucho más general, con la imputación objetiva se determina la conexión entre un suceso y un querer (es decir, cuándo un suceso es "la obra" de alguien), mientras en la imputación subjetiva se indaga por el contenido de ese querer."[99]

Es indudable que la estructura de la teoría final del injusto, su sistemática condujo a determinados vacíos que no lograron superarse, en particular lo relacionado al tratamiento de los delitos culposos, originando de esta manera que desde las décadas de los años sesentas, se pretendieran introducir diversos correctivos para lograr la congruencia del sistema, solucionando inconvenientes concretos, así, "surgió inicialmente la llamada teoría de la evaluación del riesgo, la cual sin embargo mostró pronto su incapacidad para solucionar por sí misma muchos casos, por lo cual se recurrió a la

[99] Yesid REYES ALVARADO Op. Cit. Pág. 77

tesis del fin de protección de la norma, y posteriormente al de la disminución del riesgo, al de la autonomía de la víctima y a muchos otros más con los que en su momento se pretendieron llenar vacíos que, ni la concepción final del injusto ni sus posteriores correctivos podían satisfacer."[100]

En este entendido, respecto a la conformación propiamente de la teoría de la imputación objetiva, REYES ALVARADO[101] sostiene que "En síntesis, la teoría de la imputación objetiva no hace relación tan sólo a la atribución de resultados, ni alude tan solo a la relación existente entre una acción natural y su resultado, ni es una asistemática agrupación de criterios. De acuerdo con una visión correcta, debe decirse que un resultado podrá serle objetivamente imputado a un individuo, cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya realizado en un resultado, de manera que la imputación objetiva posee dos elementos que son el de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y el de la realización de dicho riesgo en el resultado, entendido este último no en un sentido puramente naturalístico sino como quebrantamiento de las normas."

En este orden de ideas, en la estructura de la teoría de la imputación objetiva, su ámbito de aplicación se centra no sólo al ámbito de los delitos culposos, sino que bajo una perspectiva unitaria comprende en su aplicación también a los delitos dolosos, resulta que

[100] Yesid REYES ALVARADO Op Cit Pág 73
[101] Imputación Objetiva Op Cit Págs 74 y 75

estos dos conceptos fundamentales son abordados en la estructura de esta teoría, con tratamientos distintos, que pretenden congruencia y solución a diversos problemas cuyo tratamiento no fue comprendido en la estructura de la teoría finalista.

Asimismo, se persigue en esta nueva tendencia la congruencia en el tratamiento de los delitos de acción y de los delitos de omisión, sin que represente que su ámbito de aplicación se reduce a los delitos omisivos, con estas finalidades en la estructura metodológica y doctrinal, es basto el aparato conceptual que se utiliza en esta teoría.

En este orden de ideas, en la estructura de la teoría de la imputación objetiva, Yesid REYES ALVARADO[102] sostiene que, "en síntesis, en un sistema penal unitario como el aquí defendido, la teoría de la imputación objetiva, como determinadora del injusto del comportamiento, es aplicable a todos los tipos de la parte especial, esto es tanto a los delitos de resultado como a los de peligro, por igual a los ilícitos dolosos y culposos, así como a las acciones y omisiones y también debe ser referida tanto a los delitos consumados como a los tentados, puesto que para saber si una conducta es reprochable penalmente a título de tentativa, es indispensable que con ella se haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual posteriormente resulte concretado en el resultado; debe aquí nuevamente precisarse, que los resultados a los que hacemos referencia dentro del sistema penal no son meras consecuencias naturalísticas sino lesiones a las

[102] Imputación Objetiva Op Cit Págs 81 y 82

reglas de la vida de relación social, (quebrantamiento de la validez de las normas) por manera que, tanto en los delitos consumados como en las tentativas, debe existir un resultado jurídico-penal, pues de lo contrario el comportamiento no podrá ser reprochado; cuáles son los resultados que desde el punto de vista de la tentativa interesan al sistema penal, o aún más claro, cuándo una conducta es reprochable a título de tentativa, es algo que excede de los límites de este trabajo, pero que de todas maneras supone tanto la determinación de un riesgo desaprobado, como la realización de ese riesgo en el resultado."

Es de advertirse, que el aparato conceptual empleado por la teoría de la imputación objetiva es abundante, que abarca toda la teoría del delito, pues su pretensión de ser uniforme comprende la necesidad de que sus postulados, principios y soluciones resulten aplicables a todos los elementos del delito y a cualquiera de las esferas que comprende su estudio estructural, inclusive, abarca los grados de ejecución de la conducta comprendiendo tanto a la acción como a la omisión, así como a la consumación y a la tentativa.

D) LA DOCTRINA DEL MODELO LÓGICO EN LA TEORÍA DEL DELITO

El modelo lógico del derecho penal, inició su divulgación a partir de 1966, cuya metodología se funda en la lógica

matemática, específicamente el cálculo de primer nivel y la lógica formal, apoyando su estructura en la distinción de los niveles de lenguaje. Es decir, el punto de partida del modelo lógico del derecho penal, es la diferenciación entre el conocimiento analítico y el conocimiento sintético, situándose la teoría del derecho penal en el nivel del conocimiento sintético, obligándose a señalar previamente el objeto de conocimiento que se propone explicar, que sin duda, en el ámbito del derecho penal, está constituido tanto por las normas penales, como por los delitos, las puniciones, las penas y las medidas de seguridad.

Con las clases de objeto de conocimiento indicadas con antelación, se generan dos niveles conceptuales distintos en la ciencia del derecho penal; por un lado, el nivel general que se conforma a través de un proceso de uniones sintácticas y de abstracción semántica, surgiendo la teoría general de las normas jurídico-penales, la teoría general de los delitos, la teoría general de las puniciones, la teoría general de las penas y la teoría general explicativa de la problemática de las medidas de seguridad; por otro lado, el nivel particular por medio de un proceso de especificación semántica, se elaboran las teorías particulares de las normas penales, de los delitos, de las puniciones, de las penas y de todo lo inherente a las medidas de seguridad. Lo anterior, de acuerdo a esta concepción, permite transformar las teorías particulares en generales y viceversa.

Como se advierte, el modelo lógico, no se limita a abordar el estudio solamente del delito, sino que su pretensión es todavía mayor, su metodología comprende una nueva estructura en el estudio de todo el derecho penal, de ahí que comprenda no sólo al delito, sino también a las normas penales, puniciones, penas y las propias medidas de seguridad, bajo el enfoque de aplicar principios de lógica formal en todo este campo de estudio. Además distingue en su concepción, al derecho penal de la ciencia del mismo.

En efecto, Olga ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL[103] sostiene que "las tres categorías, en su conjunto, integran el objeto de conocimiento cuya explicación, lógicamente estructurada, es la ciencia del derecho penal. Cabe advertir que se está haciendo referencia a dos áreas diferentes: por un lado, el objeto de conocimiento (derecho penal), constituido por las normas penales, los delitos, las puniciones, las penas y todo lo inherente a las medidas de seguridad; por el otro, el sistema conceptual (ciencia del derecho penal) elaborado acerca de ese objeto de conocimiento. Esta diferenciación permite hacer dos importantes afirmaciones: ni el derecho penal es la ciencia, ni la ciencia del derecho penal es derecho."

[103] Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida Editorial Trillas 1a Ed Médico 1982 Pág 11 La autora en cita sostiene que "Las materias que sí pertenecen al derecho penal, muy variadas en su semántica específica, son tres: a) Las normas jurídico-penales, b) Los delitos, c) Las puniciones, d) Las penas, e) Las medidas de seguridad" Agregando a continuación que "la ciencia del derecho penal se integra, obviamente, con las teorías explicativas de las tres materias que constituyen el derecho penal, es decir: la teoría de la ley penal, la del delito, y la de las puniciones, de las penas y de todo lo concerniente a las medidas de seguridad Estas teorías han de plantearse -y es admisible y fecundo el planteamiento- en dos niveles teóricos diferentes: uno particular y otro general El nivel particular viene a ser la parte especial de la ciencia del derecho penal; el nivel general corresponde a la parte general de la ciencia del derecho penal"

Con relación a la teoría del delito en el modelo lógico, Olga ISLAS[104] afirma que "la teoría general de los delitos se apoya en las teorías particulares de los delitos. Esto significa que para elaborar la teoría general, primero han de construirse las teorías particulares", agregando inmediatamente después, que "el procedimiento para la construcción de esas teorías particulares, y en relación con cada clase de delitos, es igual al procedimiento prescrito en atención a las normas jurídico-penales; es decir: a) primero, se efectúa una serie de observaciones, b) segundo, se formula un cuerpo de hipótesis; c) tercero, se someten las hipótesis a un exhaustivo análisis sintáctico y semántico, para su validación o refutación; d) cuarto, se formulan los conceptos específicos explicativos de esa clase de delitos; e) quinto, se estructuran lógicamente los conceptos específicos para obtener la teoría particular."

Concluye la autora que "la teoría general no tiene objeto de conocimiento, ya que los delitos, en su totalidad, son objetos de conocimiento para generar teorías particulares. El objeto de conocimiento para la teoría general tendría que ser el delito en general, el cual no existe. Sólo existen los delitos de homicidio, los de estupro, los de robo, los de lesiones, etc.; pero estos delitos, ya se dijo, sólo pueden generar teorías particulares."[105]

---

[104] Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida. Op Cit Pág 13. Concluyendo esta idea al decir que "el procedimiento metodológico indicado se repetirá tantas veces cuantas sean las clases de delitos contenidas en el contexto objeto de la investigación. Posteriormente, todas las teorías particulares de los delitos se someten a un proceso de abstracción semántica, para obtener la teoría general." (Op Cit Págs 13 y 14)

[105] Olga ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL. Op Cit Pág 14

Lo trascendente de esta teoría es que en ella se distingue el mundo fáctico del normativo, ubicando al delito precisamente como un fenómeno de carácter fáctico, es decir, su existencia esta bien delimitada en el mundo de los hechos, no en el mundo normativo; por ello, "un delito se integra con ingredientes fácticos adecuados a un tipo legal y un específico grado de culpabilidad determinado por el conocimiento de la violación del deber jurídico penal", agregando que "por ello, los delitos (mundo fáctico) no deben confundirse con las normas penales (mundo normativo). Un delito, en oposición a una norma penal, es particular, concreto y temporal. Particular, porque su autor es un sujeto singularmente determinado; concreto, porque constituye un caso de la vida real; y temporal, porque deja de existir al agotarse la consumación."[106]

Las características que contempla el delito, son esencialmente diferentes a las que mantiene el tipo penal, considerado como la descripción de un evento antisocial, formulada por el legislador con un contenido suficiente para la protección del bien jurídico, mismo que se encuentra en la norma penal, en la norma jurídica de naturaleza penal, que como tal, se caracteriza por ser general, abstracta e impersonal; es general pues esta dirigida a toda la colectividad cuya conducta descrita por la misma es sancionable o punible según la advertencia mencionada por el mismo legislador a quien la transgreda; es abstracta porque se describe en forma hipotética, sin dirigirse a persona determinada, con contenido necesario y suficiente para la tutela del bien jurídico; es impersonal

[106] Olga ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL. Op. Cit. Pág. 14

pues cualquier persona cuya conducta ejecutada se encuadre en la descripción hipotética, se le asocian las consecuencias que constituyen la punibilidad, que no es otra que la conminación de pérdida de bienes jurídicos dirigida a todos aquellos que transgredan el deber derivado de la norma jurídica.

En este sentido, el tipo penal existe en el mundo normativo, con las características ya anotadas; en cambio la existencia del delito, se le encuentra en el mundo de los hechos, como una realidad, como un fenómeno social, por ello no se puede confundir el delito con el tipo, aunque, según se afirma por esta teoría, para la existencia del delito deben colmarse ingredientes fácticos adecuados a un tipo legal y un grado específico de culpabilidad, de donde se advierte que la existencia del tipo es fundamental para la existencia del delito, ya que la necesidad de su preexistencia permite vincular el mundo fáctico con el mundo normativo, al requerirse esa adecuación a un tipo legal, colmando con ingredientes fácticos los que ya pose el referido tipo, concretándose esta vinculación con la llamada tipicidad, que de ninguna manera induce a confundir estas figuras penales.

Partiendo de que no existe una teoría general del delito porque no pose objeto de conocimiento alguno, ya que no existe delito general, sino que la misma se obtiene de las teorías particulares de cada delito, a las que se les somete a un proceso de abstracción semántica, por ello, resulta como exigencia metodológica, la precisión de cómo deben llegar a explicarse las teorías particulares de los

delitos, en este sentido, se sostiene que "en las teorías particulares de los delitos han de explicarse: a) la semántica específica de todos los presupuestos y elementos del delito de que se trate, b) la estructura sintáctica y semántica formada con esos presupuestos y elementos, c) la función que cada presupuesto y cada elemento cumple en la estructura. En consecuencia, la teoría general de los delitos explicará: a) la semántica general de los presupuestos y elementos del delito, b) la estructura general, sintáctica y semántica, de esos presupuestos y elementos; c) la función de cada presupuesto y cada elemento en la estructura."[107]

[107] Olga ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL Op Cit Pág 14

CAPITULO SEGUNDO
LA TEORÍA CAUSALISTA DEL DELITO

Se ha considerado que el nacimiento del sistema causalista en el Derecho Penal y en particular en la Teoría del Delito surge a partir de la sistemática que introdujo Franz VON LISZT[1], quien además de efectuar el análisis del delito a partir de la ley penal, que es lo que se conoce como dogmática penal, recoge las ideas de la escuela clásica y de la escuela positiva, estructura su sistema con mayor auge en el estudio del delito, utilizando el método naturalístico, que se encontraba como corriente dominante a finales del siglo XIX, sin pasar por alto que el análisis lo enfocó al contenido del Código Penal Alemán de 1871, de donde desprendió la estructura del delito a través de lo previsto en las normas punitivas.

En este sentido, el autor en cita efectuó un análisis sistemático, no sólo del delito, sino de todo el derecho penal, partiendo de una base naturalista, propiamente causalista, tomando como punto de partida de su tendencia al acto o acción humana,

[1] Tratado de Derecho Penal Editorial Reus 2a Ed Madrid 1927

recibiendo la denominación de causalismo tanto la sistemática como todos y cada uno de los autores que siguen la misma.

1.- FUNDAMENTOS DE LA DOCTRINA CAUSALISTA.

En la teoría del conocimiento, a propósito del estudio particular que sobre el proceso de adquisición del mismo se ha desarrollado, así como las leyes que le rigen, con independencia de las diversas tendencias teórico-filosóficas que han tenido cabida para su explicación, tales como el dogmatismo, escepticismo, subjetivismo, relativismo, pragmatismo, criticismo y las distintas corrientes que se han desenvuelto en torno a su origen como son el racionalismo, el empirismo, el intelectualismo, el apriorismo etc. que tienen por objeto el proceso de desarrollo, adquisición y leyes que rigen el conocimiento en general, se ha desenvuelto también la teoría especial del entendimiento, que aborda el estudio y la significación objetiva del pensamiento humano, así como la referencia de éste en relación al objeto cognoscible, en donde destaca la causalidad y su principio, que rige el proceso de conocimiento.

Es decir, en el proceso del conocimiento, éste se rige por diversas leyes que para su desarrollo toma en cuenta varios conceptos fundamentales, a fin de explicar la teoría especial que vuelve la vista hacia aquellos contenidos del pensamiento que están referidos en expresiones elementales, o sea, que investiga los conceptos básicos supremos denominados categorías.

En el aparato conceptual utilizado para la explicación de las diversas categorías de conocimiento, la filosofía ha acudido a la distinción entre la esencia de las categorías y el sistema de categorías, inclusive proporciona el contenido de la sustancialidad como parte integral de la explicación de las leyes que rigen el conocimiento. También se apoya en el concepto de causalidad y su principio, desarrollado por diversos filósofos cuyo interés radica en estudiar los procesos particulares de conocimiento por los que atraviesa el ser humano.

El concepto de causalidad se desenvuelve no como un dato de la experiencia, sino un producto del pensamiento que interviene en la experiencia, es decir, responde a una exigencia de nuestro pensamiento, en particular durante los procesos de cambio que sufren las características accidentales del objeto, su aparecer y desaparecer, que induce a formar una concepción de causalidad en la explicación de los procesos de cambio.

En la formación del concepto de causalidad, se origina teniendo como base una doble percepción, caracterizada por una sucesión temporal de dos procesos, "no afirma meramente que un proceso sigue al otro, sino que es causado por él. Con otras palabras, no afirmamos meramente un post hoc, sino a la vez un propter hoc; no meramente una sucesión temporal, sino un íntimo enlace, un

vínculo necesario, un nexo causal. El primer proceso es para nosotros una causa; el segundo, un efecto."[2]

En este sentido, el autor en cita comenta que "análogamente a lo que pasaba, tratándose de la sustancialidad, no tomamos de la experiencia la categoría de la causalidad, sino que la creamos para satisfacer las exigencias de nuestro pensamiento. Pero la creamos para aplicarla a la experiencia."[3]

Concluyendo Johannes HESSEN[4] que "lo mismo que el concepto de sustancia, el concepto de causalidad carece de significación objetiva, de validez real para el idealismo. Para el subjetivo, la causalidad es una mera representación; para el lógico, una relación lógica. El realismo, por el contrario, ve en ella un nexo real, existente en la realidad. Esta concepción es la justa. El concepto de causalidad se refiere, en efecto, a un hecho objetivo: este hecho que no podemos definir más concretamente, pero que da el concepto de causalidad, traspuesto al lenguaje de nuestro pensamiento."

Por otro lado, el principio de causalidad, que forma parte de la explicación de la teoría especial del conocimiento,

---

[2] Johannes HESSEN Teoría del Conocimiento Traducción de José Gaos Editorial Losada 1a Ed Buenos Aires, Argentina 1997 Pág 150 En otra parte de su obra, el autor en cita sostiene que "lo mismo que la sustancialidad, tampoco la causalidad es un dato de la experiencia Nos es imposible percibir esa íntima conexión, ese lazo causal Si, no obstante, afirmamos la existencia de un nexo causal, es porque deferimos a una exigencia de nuestro pensamiento Mientras en la categoría de la sustancialidad era el principio de identidad el que aplicábamos a los contenidos de la experiencia, ahora es el principio de razón suficiente el que nos guía Nuestro pensamiento nos impulsa a buscar un fundamento objetivo para el nuevo proceso que observamos, a concebir íntimamente condicionado por el proceso que le precede De este modo llega a nuestro pensamiento a formar el concepto de causalidad, elaborando los contenidos de la experiencia ." (Op Cit Págs 150 y 151)

[3] Johannes HESSEN. Teoría del Conocimiento Op Cit Pág 151

Johannes HESSEN[5] sostiene que "el principio de causalidad está en conexión estrechísima con el concepto de causalidad. Se refiere a la validez o, más exactamente, a la esfera de validez de este concepto. Cabe preguntar si debemos suponer una causa dondequiera que tiene lugar un cambio. El principio de causalidad significa la afirmación de esta pregunta. Todo cambio, todo proceso tiene una causa; éste es el contenido del principio de causalidad."

Con ello se advierte que la causalidad como concepto y como principio esta dentro del proceso de conocimiento, es decir, se encuentra como principio que explica el proceso de adquisición del mismo, aplicándolo a la experiencia del ser humano, con lo que se comprende el proceso de cambios que llega a sufrir el objeto del propio conocimiento, no es la causalidad un concepto reservado y exclusivo del derecho penal, sino que es abordado por la filosofía para explicar los cambios que sufren los objetos y aplicarlos a nuestra experiencia.

Por otro lado, como se enunció en líneas precedentes, el sistema causalista en el derecho penal que tuvo en particular un gran auge en la estructura de la teoría del delito, sustentado por VON LISZT lo desarrolla utilizando un método naturalístico para la explicación de ese fenómeno jurídico y social llamado delito, pues acogiendo los principios de la escuela clásica y de la escuela positiva, desarrolla su sistema.

---

[4] Teoría del Conocimiento Op. Cit. Pág. 151
[5] Teoría del Conocimiento Op. Cit. Pág. 152

El Naturalismo es la "posición filosófica cuyo principio fundamental es la proposición de que el mundo natural es toda la realidad. Naturaleza y mundo natural son ciertamente términos ambiguos, pero hay una cosa, al menos, que queda clara : al restringir así la realidad, el naturalismo quiere dar a entender que sólo existe un sistema o nivel de realidad, que este sistema es la totalidad de objetos y acontecimiento en el espacio y el tiempo, y que el modo de comportarse de este sistema está determinado por su propio carácter y es reductible a un conjunto de leyes causales."[6]

En este sentido, el naturalismo tiene como argumento fundamental el universo no necesita ninguna causa o dirección sobrenatural, sino que existe por sí mismo, es autosuficiente y se autogobierna, desterrando con ello toda idea teleológica, pues fuera de lo natural no hay nada existente.

Dentro de los argumentos importantes del naturalismo, vertidos en relación a la naturaleza del ser humano, mediante los cuales explica la vida humana, es en el sentido de considerar que el ser humano puede alcanzar por sí mismo, en base a sus capacidades físicas y mentales, que entrañan la posibilidad de valorar sus propios actos, el engrandecimiento de su propia existencia fundada exclusivamente en su naturaleza, sin requerir ninguna dirección fuera de lo natural que le impulse a actuar en un

[6] Dagobert D RUNES Diccionario de Filosofía Traducción Ana Doménech y otros. Editorial Grijalbo. 1a Ed México 1981 Pág 260

determinado sentido, ya sea para recibir sus beneficios sobrenaturales, o bien, para evitar los perjuicios de esa misma especie.

Al respecto Dagobert D. RUNES[7], explica a propósito del naturalismo enfocado a la naturaleza del hombre que "la vida humana, física, mental, moral y espiritual, es un acontecimiento natural que se puede atribuir a las operaciones ordinarias de la naturaleza; y los valores éticos del hombre, actividades, obligaciones y prohibiciones, pueden justificarse con un fundamento natural, sin necesidad de recurrir a sanciones sobrenaturales. El hombre puede también perseguir y alcanzar el más alto bien sin la esperanza de un destino sobrenatural."

Como se advierte la naturaleza es concebida como autosuficiente y solo dependiente de sí mismo, desprendiéndose de esta teoría ciertas negaciones en las que resaltan la trascendencia y la importancia, y la influencia del naturalismo; en este aspecto, se niega que la naturaleza derive o dependa de cualquier ente sobrenatural, lo que representa la negación de que pueda intervenirse en el orden de los acontecimientos de la naturaleza y esto supone la negación de la libertad, finalidad y destino trascendente, pues más allá de la naturaleza no hay nada existente.

[7] Diccionario de Filosofía Traducción Ana Doménech y otros Editorial Grijalbo 1a Ed México 1981 Pág 260

También en esta tendencia naturalista "se considera al hombre en estrecha relación con las otras partes de la naturaleza y la sicología naturalista subraya la base física del comportamiento humano; las ideas e ideales son considerados artefactos, aunque no hay unanimidad sobre el valor que debe concedérseles."[8]

En el plano de los valores, es decir en la axiología, el naturalismo también tuvo su influencia, Dagobert D. RUNES[9] sostiene que, "la axiología del naturalismo solo puede buscar sus valores en el contexto de la experiencia humana y debe basar estos valores en la realización individual o en la utilidad socia; pero aquí también hay desacuerdo sobre el contenido y validez última de los valores descubiertos."

Las epistemologías (estudio crítico del desarrollo, métodos y resultados de las ciencias) "naturalistas han oscilado entre los extremos del racionalismo y del positivismo, pero todas limitan el conocimiento a los acontecimientos naturales y a las relaciones existentes entre ellos, orientando la investigación hacia una descripción y sistematización de lo que existe en la naturaleza. El efecto beneficioso del naturalismo ha consistido muchas veces en hacer bajar la vista de una consideración exclusivamente teórica hasta una observación de los hechos y valores de la naturaleza y la vida."[10]

---

[8] Dagobert D RUNES Diccionario de Filosofía Op Cit Pág 260
[9] Diccionario de Filosofía Op. Cit Pág 260
[10] Dagobert D RUNES Diccionario de Filosofía Op Cit Pág 260

En un sentido específico, bajo el rubro de naturalismo, englobamos las diversas concepciones filosóficas imperantes en el siglo XIX, entre las que destacan desde el saliente siglo de las luces o siglo de la razón cuyo apogeo se desarrolló filosóficamente en el siglo XVIII y cuyos residuos perduraron en una buena parte del siglo XIX.

Por esta razón, la nueva concepción del derecho penal y del delito, se va nutriendo de las diversas ideas proporcionadas por pensadores que encabezaron el movimiento humanista, fundándose en particular en el pensamiento filosófico de Juan Jacobo Rousseau expuesto en su obra del Contrato Social.

En forma textual, Juan Jacobo ROUSSEAU[11], justifica la necesidad del pacto social al decir que "supongo que los hombres llegados al punto en que los obstáculos que impiden su conservación en el estado natural, superan las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en el. Entonces este estado primitivo no puede subsistir, y el género humano parecería si no cambiaba su manera de ser. Ahora bien, como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino solamente unir y dirigir las que existen, no tienen otro medio de conservación que el de formar por agregación una suma de fuerzas capaz de sobrepujar la resistencia, de ponerlas en juego con un solo fin y de hacerlas obrar unidas y de conformidad."

[11] El Contrato Social o Principios de Derecho Político Editorial Porrúa 11a Ed México 1998 Pág 9

Continua el autor en cita explicando la razón del pacto social al decir que "esta suma de fuerzas no puede nacer sino del concurso de muchos; pero, constituyendo la fuerza y la libertad de cada hombre los principales instrumentos para su conservación, ¿como podría comprometerlos sin perjudicarse y sin descuidar las obligaciones que tiene para consigo mismo? Esta dificultad, concretándola a mi objeto, puede enunciarse en los siguientes términos: encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental cuya solución da el Contrato Social."[12]

En esta concepción se sustenta la idea de que el contenido del pacto social está determinado por cláusulas tácitas, que no pueden ser modificadas ya que la menor modificación las haría inútiles y sin efecto; de manera que aún cuando no hayan sido expresamente enunciadas son tácitamente reconocidas y admitidas, al grado que "violado el pacto social, cada cual recobra sus primitivos derechos y recupera su libertad natural, al perder la convencional por la cual había renunciado a la primera."[13]

En la concepción del Contrato Social, sobresale una fuerte convicción de igualdad entre los individuos, pues cada miembro de la comunidad política abandona su libertad en favor de dicha

---

[12] Juan Jacobo ROUSSEAU El Contrato Social o Principios de Derecho Político Editorial Porrúa 11a Ed México 1998 Pág 9

[13] Juan Jacobo ROUSSEAU El Contrato Social o Principios de Derecho Político Op Cit Pág 9

comunidad con la condición de que todos hagan lo mismo, con lo que se fundamenta el principio de igualdad en la pena y el de igualdad de derechos frente a la comunidad política; por esta razón todo individuo que ataque el derecho social se convierte por sus actos en un rebelde y traidor a la propia comunidad, cesando de ser miembro de la misma al violentar sus leyes, pues quien viola en algún punto el Contrato Social, ya sea en forma intencional o por cualquier negligencia, pierde en rigor todos los derechos como ciudadano quedando completamente privado de ellos.

Lo anterior se desprende cuando en la obra de Juan Jacobo ROUSSEAU[14], literalmente se lee que "estas cláusulas, bien estudiadas, se reducen a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, porque, primeramente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; y siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás. Además, efectuándose la enajenación sin reservas, la unión resulta tan perfecta como puede serlo, sin que ningún asociado tenga nada que reclamar, porque si quedasen algunos derechos a los particulares, como no habría ningún superior común que pudiese sentenciar entre ellos y el público, cada cual siendo hasta cierto punto su propio juez, pretendería pronto serlo en todo; consecuencialmente, el estado natural subsistiría y la asociación convertiríase necesariamente en tiránica o inútil."

[14] El Contrato Social ó Principios de Derecho Político Op Cit Pág 9

En otra parte de su obra, a propósito del derecho de vida y de muerte, Juan Jacobo ROUSSEAU[15] sostiene que "por otra parte, todo malhechor, atacando el derecho social, conviértase por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es mas como a enemigo que como ciudadano. El proceso, el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que ha violado el contrato social, y por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado. Ahora, bien; reconocido como tal, debe ser suprimido por medio del destierro como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo público, porque tal enemigo no es una persona moral, sino un hombre, y en ese caso el derecho de la guerra establece matar al vencido."

Lo anterior, responde al principio que sustenta la idea del Contrato Social, en la medida en que cada individuo es puesto en la necesidad de arriesgar en la misma proporción sus derechos y comprometer en la misma magnitud su libertad, siendo acorde a la posibilidad de caer en el riesgo de atacar los derechos de los demás miembros de la colectividad derivado de su egoísmo y su propia desconsideración.

Por esta razón, el Estado sólo puede privar a los ciudadanos de la libertad y de la vida, en la medida en que los ciudadanos han cedido esa facultad a la comunidad política, en la

[15] El Contrato Social o Principios de Derecho Politico Op Cit Pág 19

medida en que resulte dañada en el quehacer cotidiano o excepcional desarrollado por el individuo, siempre que hayan abdicado a sus propios derechos.

En este sentido, Luis JIMENEZ DE ASUA[16] al recordar la Teoría del Contrato Social, sostiene que "cada individuo debe ser puesto en la necesidad de arriesgar tanta parte de sus derechos y libertad... Sepan todos: el daño que tú produzcas a otro, no caerá sobre otros, sino sobre ti mismo... A la situación de fuera de la ley, sucede el contrato de penitencia: el ladrón debe indemnizar (si es pobre, con su trabajo) y hasta que lo haya hecho cesa de ser ciudadano. Esto ocurre con todas las penas..."

El hombre, desde la perspectiva de la filosofía del Contrato Social, se unió en comunidad por la necesidad de vivir en sociedad, por lo que cedieron una parte de su libertad con la finalidad de mantener la convivencia, claro está que su propia individualidad origina que la cesión de libertad sea la más pequeña dentro del amplio campo que abarca su individualidad, sólo aquella que sea suficiente para convencer a los demás para que, en su caso, pueda recibir los beneficios de la convivencia colectiva, por esta razón el riesgo de que la comunidad sea afectada por la conducta del propio hombre, radica en la concepción individual que el hombre posee, de tal suerte que las pequeñas porciones de libertad concedidas por el hombre en favor de la comunidad, forman en su conjunto el derecho de la comunidad

[16] Tratado de Derecho Penal Tomo II Filosofía y Ley Penal Editorial Losada 5a Ed Buenos Aires, Argentina 1992 Pág 37

para llegar a castigar a quienes no cumplen con el Contrato Social, agrediendo a la comunidad.

Luis JIMENEZ DE ASUA[17], al recordar a Garraud, sostiene que "el Contrato Social , en cuanto importa a los penalistas, adopta tres formas, que el profesor francés expone para refutarlas una por una: a') El derecho de penar es el derecho de defensa que pertenece al individuo y que éste cede al Poder Central al entrar en sociedad. b') Todo individuo poseía en estado de naturaleza el derecho de infligir una pena y al dar su consentimiento para vivir en sociedad, lo transmite al poder. c') Los hombres, comprendiendo que no pueden vivir sin leyes y que toda ley debe estar sancionada, dan al Poder, al entrar en el pacto social, el derecho de penarles si violan las leyes de la asociación."

No pretendemos profundizar el pensamiento filosófico del siglo XIX, pues esto representaría la elaboración de un trabajo autónomo, tan sólo resaltar todas aquellas ideas que dieron fundamento a la concepción causalista del delito, a fin de mantener en un contexto general la razón de ser del propio causalismo.

El siglo XIX, se caracteriza principalmente en una fe arraigada en el alcance de la razón, cuyo principal expositor en su "Crítica a la Razón Pura", considera que aún cuando es inaccesible la razón a las cosas en sí mismas, por ser estas limitadas en un tiempo y

[17] Tratado de Derecho Penal Tomo II. Filosofía y Ley Penal Op Cit Pág 38

espacio determinado y la característica del hombre también considerada como finita o limitada.

2.- CONCEPCIÓN DEL DELITO EN LA TEORÍA CAUSALISTA

Bajo los principios de causa y efecto se logró explicar la estructura del delito, en relación a sus componentes o notas esenciales y en base a la vinculación que entre ellos se vislumbra por los diversos autores, seguidores de la corriente causalista, en particular en el desarrollo de toda la concepción analítica o atomizadora del delito, caracterizada por la posibilidad de desmembrar el delito en cada uno de sus elementos, con ello se desarrollaron diversos planteamientos para explicar la forma o manera como cada uno de los elementos del delito se encuentran vinculados, pues el principio de unidad nunca puede perderse de vista ya que el conjunto de sus notas esenciales es lo que configura la naturaleza propia del delito, en este aspecto el delito no es la simple suma de elementos sino la vinculación indisoluble de los mismos, que sólo permite el análisis sin que se olvide la unidad.

La relación o vinculación de los elementos del delito es un problema de consideración para los partidarios del análisis del delito, pues sin perder de vista la unidad del mismo, se debe llegar con claridad a la determinación: si entre los elementos del delito existe una prelación lógica, prioridad lógica y prioridad temporal.

Sobre la exposición de los diversos puntos de vista resalta por su importancia el pensamiento de Laureano LANDABURU[18] quien desarrolla todo el estudio sobre estos aspectos bajo la interrogante de: ¿qué es lo que quieren decir los penalistas cuando hablan del análisis del delito?

Para posteriormente pasar al análisis de las diversas posiciones teórico-doctrinales que se han desarrollado por diversos autores que se han preocupado por abordar el estudio de la vinculación de los elementos del delito y al respecto sostiene:

"a) Unos escritores cuando refieren al análisis del delito aluden a la desintegración del delito como objeto y esta desintegración la hacen con un propósito preferentemente expositivo, y; b) Otros autores, en cambio, cuando aluden al análisis del delito, se refieren a un método gradùado o en series para conocer el delito", es decir, "el conocimiento del delito debe ser efectuado en varias etapas sucesivas: primero debe examinarse el elemento acción; después, la antijuridicidad; luego la imputabilidad; mas tarde, la culpabilidad, etc., y la alteración de este orden, expone a quien conoce el delito, a cometer graves errores, como debe ser, el de absolver a un loco por falta de dolo, o el de absolver por inimputable a quien ha obrado en legítima defensa."[19]

---

[18] Revista de Derecho Penal. Volumen II El Delito como Estructura. Buenos Aires Argentina 1946. Pág 358
[19] Laureano LANDABURU Revista de Derecho Penal Op. Cit Págs 360- 361

En otra parte de su obra, a propósito de una explicación mas detallada, el autor en cita expone que: "Lo importante es hacer notar que para los partidarios del método analítico, entre los elementos del delito existe un orden preestablecido, encontrándose una circunstancia curiosa, pues mientras la mayoría de tales autores dicen que esa prioridad de unos elementos sobre los otros es puramente lógica, en la práctica, todos ellos atribuyen a esa prioridad carácter temporal".[20]

Continúa argumentando el indicado autor que "La prioridad lógica es otra muy distinta. Ella se refiere no a una relación de tiempo sino a una relación unilateral de fundamentación, en el sentido que a este término de Husserl en su tercera investigación lógica. Una parte de un todo tiene una prioridad lógica con respecto a otra, cuando ambas se encuentra unidas entre si por una relación irreversible de fundamentación, es decir, cuando una parte es fundante con respecto de la otra, pero ésta no es fundante con respecto a la primera. Ahora bien, frente a quienes propician el método analítico para el conocimiento del delito, yo sostengo que entre los elementos del delito, tal como los entrevió con toda claridad Ramos, no hay prioridades lógicas y, con mayor razón, tampoco prioridades temporales. Las relaciones de fundamentación que pueden encontrarse entre los elementos no son unilaterales, sino bilaterales, vale decir, que un elemento es fundante con respecto a otro, pero al mismo tiempo, éste es fundante con respecto a aquél.

[20] Laureano LANDABURU. Revista de Derecho Penal Op Cit Pág 361

Hay, pues, entre los elementos una íntima compenetración que impide conocerlos por separado, a no ser que se destruya el objeto delito."[21]

Por su parte Don Celestino PORTE PETIT[22], con relación al tema de la problemática de la prelación lógica de los elementos del delito ha sostenido que: "Pasaremos a exponer nuestro punto de vista respecto a la problemática de la prioridad temporal en el aspecto positivo del delito, pues es obligado resolver si en este aspecto positivo hay dicha prioridad. Cuando se integra el delito ¿los elementos del mismo nacen en un orden temporal? ¿Es necesario primero que nazca un elemento y posteriormente otro? Pensamos que, al aparecer el delito, no puede existir una prioridad temporal, en virtud de que sus elementos, por la indisoluble unidad del mismo, concurren simultáneamente."

En este sentido, con mayor abundancia explica el autor en cita que: "Debemos concluir que no existe prioridad lógica en el aspecto positivo del delito. Para que nazca el delito se necesitan determinados elementos, los que guardan entre sí un orden lógico. Para que haya delito, se requiere de una conducta o hecho, según la descripción típica. Se requiere que exista una adecuación al tipo; después, que la conducta o hecho sean antijurídicos e imputables, y finalmente la concurrencia de la culpabilidad y punibilidad. En consecuencia, obsérvese que para darse la tipicidad, es obligada la presencia de la conducta, o hecho; para que se de la antijuridicidad,

[21] Laureano LANDABURU Revista de Derecho Penal Op. Cit Pág 362
[22] Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal Op. Cit Pág 225

debe concurrir la tipicidad, y no habría caso de aludir a la culpabilidad, si la conducta o hecho no fueren típicos, antijurídicos e imputables. Por tanto, nuestro punto de vista desde hace tiempo es en el sentido de que entre los elementos del delito hay una prelación lógica, y no prioridad lógica, habida cuenta de que nadie puede negar que, para que concurra un elemento del delito, debe antecederle el correspondiente, en atención a la naturaleza propia del delito, y la circunstancia de que sea necesario un elemento para que concurra el siguiente, no quiere decir que haya prioridad lógica, porque ningún elemento es fundante del siguiente, aún cuando sí es necesario para que el otro elemento exista."[23]

Sin duda alguna, en base a los criterios anteriormente citados, resulta indispensable la existencia de la conducta, para poder hablarse de la existencia de la tipicidad, pues ésta es irrelevante sin conducta previa, pues el tipo está encaminado a regular conductas humanas. También no puede negarse que la conducta como entidad extrapenal y meta jurídica es intranscendente para las normas jurídico-penales si no se encuentra plasmada como contenido de un tipo penal, pues la conducta ajena a las normas penales es irrelevante para hablar de tipicidad, pues esta se refiere a la conducta prevista en el tipo. Por esta razón, conducta por un lado y tipicidad, por el otro, recíproca y bilateralmente se encuentran compenetradas, pues insistimos, un a conducta no contemplada en el tipo es intranscendente en la configuración del delito, pero un tipo

[23] Celestino PORTE PETIT Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal Op Cit Pág 225

penal sin que le preceda conducta es inoperante, pues no tendrá aplicación al no surtirse la hipótesis normativa.

Por otro lado, en el ámbito de la tipicidad y de la antijuridicidad, también encontramos una vinculación bilateral y recíproca, pues no es concebible la existencia de la antijuridicidad si no previamente la conducta quedo encuadrada en el tipo, por ser de aquellas a las que se dirige la finalidad normativa, pero al mismo tiempo, la tipicidad solo puede entrañar conductas que en forma anticipada o apriorística el legislador presupone la posibilidad de que las mismas transgredan deberes normativos, es decir, que la antijuridicidad tiene como principio a la tipicidad, pues el legislador al crear el tipo, considera que su necesidad de tutelar bienes jurídicos relevantes, responde a la posibilidad de transgredir deberes fundamentales o normativos, ya sea prohibitivos o imperativos.

En este sentido, la existencia de la antijuridicidad, es verdad que resulta necesaria para la existencia de la imputabilidad, que entraña, entre otras, la capacidad que posee el sujeto para *entender o comprender el carácter ilícito o antijurídico de su conducta*, pero al mismo tiempo, la imputabilidad es innecesaria si previamente no fue valorada la conducta con un carácter antijurídico, de donde se advierte, que ambos elementos, se vislumbran vinculados recíprocamente.

Por otro lado, la imputabilidad y culpabilidad son dos elementos, que algunas posiciones doctrinales los han fusionado, por

su carácter subjetivo esencial y general, al grado de que una posición doctrinal ha llegado a estimar a la imputabilidad como elemento de la propia culpabilidad; la razón estriba en la relación estrecha, casi indisoluble, entre estos dos elementos; pues la imputabilidad integrada por las capacidades de voluntabilidad y de comprensión o valoración de conductas, resultan necesarias para llegar a estimar al sujeto como culpable, es decir, para actuar en forma dolosa o culposa; pero al mismo tiempo, el dolo integrado con su elemento volitivo, que entraña la voluntabilidad del sujeto y su elemento intelectual que implica el conocimiento que debe tener el sujeto sobre la valoración previa de su propia conducta, no puede llegar a existir si previamente el sujeto no es poseedor de la capacidad de voluntad y su capacidad valorativa. Por esta razón la compenetración de estos dos elementos subjetivos por naturaleza, en forma recíproca y casi indisoluble se necesitan para poder integrar el delito en esta esfera individual.

En este sentido, la culpabilidad es fundamental para que pueda surgir la necesidad de satisfacer un requisito objetivo, previo a la aplicación de la punibilidad, es decir, la existencia de una condición objetiva de esta naturaleza, y la necesidad del análisis sobre la existencia de esta condición objetiva, solo deviene de la previa existencia del carácter culpable con que actuó el sujeto.

Finalmente, para aplicarse la punibilidad se requiere que se satisfaga previamente todos aquellos requisitos, que sin formar parte del tipo penal, resultan indispensables para asociar la pena al sujeto que haya actuado culpablemente, además de que la duración

de la misma, depende de la magnitud de aquella, es decir, no puede asociarse una pena al sujeto que no haya satisfecho la condición objetiva de punibilidad y que haya actuado en forma culpable.

En cuanto al carácter causal de cada uno de los elementos que integran al delito, se ha abordado su estudio aplicando los principios de causa y efecto, de esta manera, Octavio ORELLANA WIARCO[24] sostiene que: "La explicación naturalista del acto o acción humana, se basa en relaciones de procesos causales. La acción nace de un movimiento corporal que es un proceso, que va a producir un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto, y entre una y otro se da una relación."

Con una mayor claridad de su pensamiento el autor en cita expone que "El acto o acción humana y su efecto en el mundo material, son un proceso causal; como todo proceso causal natural que parte de una causa, produce un efecto."[25]

Por su parte Franz VON LISZT[26] señala, a propósito de la acción humana como elemento inicial del delito que "la acción humana debe ser voluntaria, pero tal voluntariedad está referida únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material,

---

[24] Teoría del Delito Op Cit. Pág 10

[25] Octavio Alberto ORELLANA WIARCO Teoría del Delito Op Cit Pág 10 Agregando a continuación que "Para algunos causalistas el término acción o el de acto es comprendido del concepto de omisión Otros autores prefirieron el uso de otros términos, como conducta, hecho, o acontecimiento, que abarcaban los conceptos de acción u omisión " (Op Cit Pág 10)

[26] Tratado de Derecho Penal Tomo II Traducción de Luis Jiménez de Asúa. Editorial Reus 20a Edición 4a Edición en español Madrid España 1999 Pág 297

donde sólo existe una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario y el resultado material."

El movimiento corporal voluntario, explica el autor en cita, resulta un proceso causal, en donde no interesa el sentido o fin de la acción, agregando que, la voluntad tiene dos caracteres: uno interno, contenido de la voluntad; y otro externo, la manifestación de la voluntad. Por esta razón, sigue explicando el autor en comento, que en el terreno de la acción únicamente debe plantearse lo relativo a la manifestación de la voluntad, no el por qué de la misma, o sea, su finalidad.[27]

Por su parte Luis JIMENEZ DE ASUA[28] sostiene, con relación a la acción desprovista de finalidad, que "A nuestro juicio, de acuerdo con Von Liszt, se debe dar a la acción personalidad propia. Es lo natural, que no debe teñirse prematuramente de valor jurídico. Cierto que es susceptible de soportar valoraciones, y por eso se insertarán en ella los atributos jurídicos de antijuricidad y culpabilidad....."

Concluyendo su criterio el autor en cita al afirmar que, "A nuestro juicio, el acto, como hemos visto al definirla, está compuesto de tres elementos: a) manifestación de voluntad, b) resultado, y c) relación de causalidad, aunque, como sabemos, M. E.

---

[27] Franz VON LISZT Tratado de Derecho Penal Op Cit Pág 297 y ss.
[28] Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito Editorial Abeledo-Perrot 3a Ed. Buenos Aires Argentina 1989 Págs. 213 y 214

Mayer hable de delitos sin manifestación de voluntad y sin resultado."[29]

En forma mas amplia, Luis JIMENEZ DE ASUA[30], en otra de sus obras proporciona la definición del primer elemento del delito, sosteniendo que "El acto es la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se aguarda."

Por su parte Ernst VON BELING[31] sostiene que el delito es una acción típica antijurídica culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad.

Con estas ideas, el autor en cita introduce diversos elementos integrantes del delito, con los que la concepción se funda analíticamente en la concurrencia de todos y cada uno de ellos, con un contenido particular y conlleva a sostener que para que exista delito se requiere la acci9ón descrita en la ley, o sea, la tipicidad; que la misma sea contraria al derecho; y, además, que sea culpable, es

---

[29] Luis JIMENEZ DE ASUA La Ley y el Delito Op Cit Pág 214 En este sentido, respecto a los elementos que contiene el acto o la acción causalista Franz VON LISZT sostiene que son "a) Manifestación de la voluntad, que consiste en la inervación voluntaria del cuerpo humano que se traduce en un movimiento corporal, o en su inactividad (cuando nos hallamos frente a la omisión) b) Un resultado, que es la mutación en el mundo exterior, causado por la manifestación de voluntad, o la no mutación de ese mundo exterior por la acción esperada y que el sujeto no realiza, y c) Un nexo causal, que radica en que el acto, acción o conducta ejecutado por el sujeto, produzca el resultado previsto en la ley, de tal manera que entre uno y otro exista una relación de causa y efecto." (Tratado de Derecho Penal Tomo II Op Cit Pág 304)

[30] Tratado de Derecho Penal Tomo III El Delito Op Cit Pág 331

[31] Citado por Carlos FONTAN BALESTRA Tratado de Derecho penal Tomo II Parte General Editorial Abeledo Perrot 2a Edición Buenos Aires Argentina Pág 334

decir, que el autor haya obrado con dolo o culpa; que dicha acción sea subsumible bajo una pena adecuada. Con BELING aparece el nuevo elemento del delito que lo denomina tipicidad.

Finalmente, Carlos FONTAN BALESTRA[32], ha dicho que el delito es concebido como el acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena, coincidiendo que el delito es ante todo acción humana.

La coincidencia de todos los autores, conlleva a sostener que en la doctrina causal, la voluntad es un elemento esencial para la integración de la conducta, además, la producción de resultado material, en algunos de ellos su la vinculación entre mediante la relación causal o nexo causal.

Coinciden en la necesidad de la disposición jurídica que prevé en su contenido a la conducta y la necesaria vinculación conceptual que debe operar para integrar la tipicidad. La antijuridicidad y la culpabilidad no se dejan de considerar, pero con contenido diferente según los principios que sustenta, aunque se incluye el su concepción a la pena como elemento integrador que le da estructura y contenido.

---

[32] Tratado de Derecho Penal. Tomo II Op Cit. Pág 334

3.- INTEGRACIÓN DEL DELITO EN BASE A SUS ELEMENTOS

Según la concepción analítica o atomizadora del delito, es factible para su estudio, dividirlo en cada uno de los elementos que lo integran, sin perder nunca de vista el principio de unidad que le da esencia y determina su propia naturaleza, pues cada uno de ellos se encuentra en vinculación indisoluble recíprocamente pero con la posibilidad de estudiarlos tan hondamente, a fin de desentrañar su contenido, caracteres, existencia, precisando con lo anterior, aquellas hipótesis en las que se desvanecen desapareciendo con ello el delito mismo.

No se desconoce la corriente doctrinal que considera al delito como estructura, que se funda en que debe ser conocido en su unidad, por comprensión, sin perjuicio de complementar ese procedimiento mediante el análisis y sin olvidar el carácter estructural del delito ni la fundamentación unitaria "que envuelve al todo y a sus partes y que hace, precisamente, que el todo sea un todo y las partes, partes de dicho todo."[33]

En este sentido las notas esenciales que en base a la teoría atomizadora integran al delito, han recibido diversas denominaciones, al respecto Celestino PORTE PETIT[34] sostiene

---

[33] Laureano LANDABURU Revista de Derecho Penal Op Cit Pág 463

[34] Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal Op Cit Pág 215 El autor en cita al recordar a ANTOLISEI, sostiene que "no es suficiente para justificar el abandono de un término que de tiempo inmemorial ha sido adoptado por la ciencia penal y que está profundamente arraigado en la práctica del derecho que las cuestiones de nomenclatura no solo son de escasa importancia sino que en general no es conveniente cambiar la terminología corriente cuando esto no sea verdaderamente indispensable, no viéndose

"Como es bien sabido no existe una terminología unánime. Se dice 'elementos', 'aspectos', 'caracteres', o bien 'elementos' y 'caracteres' (dándoles una connotación distinta), 'requisitos', 'presupuestos de punibilidad' y 'fuerzas del delito'."

El autor en cita explica que el término elemento, proviene del latín elementum, que "significa fundamento, todo principio físico que entra en la composición de un cuerpo sirviéndole de base al mismo tiempo que concurre a formarlo...."[35]por esta razón, se propone en forma unánime el vocablo "elementos" para referirse a todo aquello que configura al delito.

Cabe advertir que aun en la estructura del delito y en la denominación que debe atribuirse a sus notas esenciales, está presente el naturalismo filosófico, pues al definirse el vocablo: elemento, citado anteriormente, se retoman las ideas físicas o de la naturaleza para llegar a conceptualizarlo, por esta razón, aún en la conformación del delito, el método naturalístico en que se apoyan las ciencias naturales, se encuentra presente en la formación del propio concepto de las notas esenciales del delito.

Se han pretendido utilizar otros vocablos, sin embargo, existen múltiples objeciones en contra de ellos, por las imprecisiones que encierran, pero que en modo alguno han sido suficientes para desterrarlos de la doctrina.

---

que inconveniente exista para seguir llamando a las notas esenciales del delito con el nombre de elementos una vez que quede claro que no se trata de casos totalmente distintos y separados." (Op. Cit Pág 215)

[35] Celestino PORTE PETIT Apuntamientos Op Cit Pág 215

En este sentido, se ha hablado de aspectos del delito, que su propio significado encierra la "apariencia o representación de los objetos a la vista, o bien, semblante, apariencia del estado de las cosas, término que indudablemente responde a la teoría unitaria del delito, debiendo entenderse por aspecto al delito visto en uno de sus lados."[36] Por esta razón, el empleo de este término conlleva al estudio del delito en forma parcial, limitada, sólo para conocer un aspecto o lado del mismo, lo que implica una concepción limitada que impide comprenderlo y compenetrar a su verdadera esencia, pues al referirse sólo a los perfiles que llega a presentar, es indudable que el estudio es incompleto y segmentado. Por esta razón este vocablo ha sido desterrado por la mayoría de los autores.

En otro sentido, también se ha generado la idea de denominar a las notas esenciales del delito con el vocablo: requisitos, entendiéndose por tales a toda condición necesaria para una cosa, considerando algunos autores que puede ser empleado como sinónimo de elemento, aún cuando el alcance del primer vocablo no encierra la esencia del delito, siendo justificable este término para aquellos autores que estiman que las notas del delito sólo representan los presupuestos o requisitos necesarios para la aplicación de una pena.

[36] Celestino PORTE PETIT Apuntamientos Op Cit Pág 216

Dentro de la distinta terminología que se ha utilizado, también ha surgido la idea de identificar a las notas esenciales del delito bajo el vocablo: caracteres, que por un lado, algunos lo han empleado como sinónimo de elemento, con lo que no le dan sustantividad propia sino sólo la función de equivalencia de otro término, pero, algunos otros le dan el significado que le es propio al vocablo, sosteniendo que los caracteres son las notas generales y positivas que cualifican los elementos, precisando las cualidades peculiares que deben tener, les dan una cimentación en su unidad y dan a ésta la cualidad de delito, es decir, son sus atributos.

En definitiva, las notas esenciales del delito deben denominarse como elementos, para resaltar su importancia en la configuración del mismo, pues son necesarios para que exista y al mismo tiempo es parte integrante del delito, es decir, el delito, no es la simple suma de notas esenciales, sino que éstas son concebidas en función de aquél, de tal manera que al faltar alguno o algunos de ellos, se desvanece el delito y desaparece.

Lo mismo ocurre con relación a las notas esenciales, vistas en forma individual o aislada, en el primer caso, el delito no existe pues cada nota vinculada en forma indisoluble conforma al delito, por lo que cada parte, no representa una parte del todo, sino una simple nota que no da esencia de ese todo; al mismo tiempo, la visión aislada de las notas desmiembra al delito, de tal suerte que sólo vistas en vinculación indisoluble es como se concibe la existencia del delito.

Sin embargo, es factible que a cada unidad en forma individual y aislada pueda llegar a ser analizada al grado tal que se compenetre en su esencia, para saber su contenido, lo que da una visión profunda de cada nota o elemento y permite identificar su alcance, los límites que la conforman y el contenido mismo que le da particularidad.

En la doctrina ha existido una amplia clasificación de los elementos del delito, sin embargo, sólo mencionaremos aquella que permita esbozar la naturaleza y función de los mismos en la conformación del delito; es este sentido, se ha afirmado que "Los elementos del delito son divididos por la doctrina en esenciales o constitutivos y accidentales. Elemento esencial, es aquel indispensable, necesario para constituir el delito en general o el delito en particular."[37]

Al respecto Ricardo C. NÚÑEZ[38] sostiene que "cada figura delictiva menciona los elementos constitutivos del hecho legal que describe. Unas veces esos elementos son esenciales constitutivos del hecho legal, porque faltando todos o uno sólo, no concurre, ninguna forma, una especie determinada de delitos..."

Siguiendo con esta clasificación, los llamados elementos accidentales "no contribuyen a la existencia del delito; su

[37] Celestino PORTE PETIT Apuntamientos Op Cit Pág. 217
[38] Derecho Penal Argentino Tomo I Parte General Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires Argentina 1959 pág 223

función es la de agravar o atenuar la pena; en suma, es lo que en la doctrina se llaman circunstancias y que originan los tipos complementados, circunstanciados o subordinados, cualificados o privilegiados, según aumenten o disminuyan la pena."[39]

En este sentido, las notas esenciales del delito, en base a la doctrina causalista, se han distinguido en esenciales y accidentales, según ha sido anotado con antelación, sin embargo, esta clasificación ha representado un criterio por demás tautológico o contradictorio.

En efecto, si por una parte hemos afirmado que esta corriente sostiene que aquello que le da naturaleza al delito son sus propios elementos que resultan esenciales para concebir al delito mismo, no es factible, desde esta perspectiva, distinguir a las propias notas esenciales, en esenciales, pues esto resulta tautológico porque representan su propia naturaleza y sustancia. Por otro lado, es contradictorio, al afirmarse que las notas esenciales pueden ser accidentales pues este término excluye todo carácter principal.

Por otro lado, dentro de los elementos esenciales, se han distinguido los llamados elementos generales y los especiales, los primeros son los componentes indispensables para integrar a cualquier tipo de delito, es decir, aquellos que requiere todo delito

[39] Celestino PORTE PETIT. Apuntamientos Op. Cit. Págs. 217 y 218. En la misma parte de su obra el autor en cita sostiene que "Los elementos accidentales (accidentalia delicti), nos dice Antolisei, son aquellos elementos cuya presencia o ausencia no influye sobre la existencia del delito, sino sobre su gravedad y más en general sobre la entidad de la pena."

para adquirir esa naturaleza, en cambio, los segundos, son aquellos que requiere la figura delictiva en forma particular, es decir, sólo son contenido de alguno o algunos delitos, sin que su necesidad de existir se extienda a cualquier figura para darle la naturaleza de delito, por esta razón, son cambiantes y distintos en cada una de ellas.

Deben distinguirse los elementos de las circunstancias del delito, que llegan a concurrir pero con funciones y efectos, distintos, al respecto Giuseppe BETTIOL[40] sostiene que "Por circunstancia del delito deben entenderse, pues, todos aquellos elementos del hecho, objetivos o subjetivos, que influyen sobre la cantidad del delito en cuanto lo hacen más o menos grave. Se distinguen de los elementos del delito porque estos tienen una eficacia cualitativa, en el sentido de que determinan la aparición o desaparición del delito en su típica configuración esquemática: fuera del delito no pueden configurarse. Las circunstancias en cambio, son elementos accidentales que pueden existir o no, sin que por ello falte el delito."

En otra parte de su obra el autor en cita sostiene que, "hay que tener cuidado, empero, de no confundir el elemento constitutivo del delito con la circunstancia, cuando un hecho determinado considerado normalmente circunstancia, se toma como elemento constitutivo de cierto delito (pues) las circunstancias del delito sólo son aquellos elementos de hecho que agravan o atenúan la hipótesis típica del delito y, por lo tanto, no pueden técnicamente

[40] Derecho Penal Parte General Editorial Temis Bogotá Colombia 1965 Págs 441

llamarse circunstancias todas aquellas situaciones o condiciones en las cuales el delito desaparece por defecto de uno de sus elementos constitutivos, como la antijuridicidad, la culpabilidad, o cuando desaparece la consecuencia típica del delito, es decir, la pena..."[41]

Finalmente, en una afirmación categórica BETTIOL[42] sostiene que "podemos concluir definiendo la verdadera circunstancia como un elemento de hecho, de carácter objetivo o subjetivo que recae sobre la gravedad del delito, dejando inalterada la denominación jurídica, y si la presencia de determinada circunstancia cambia también el título del delito, quiere decir que nos hallamos ante un elemento esencial y constitutivo de la infracción."

En este sentido, la circunstancia en el delito, tiene como característica el incremento o disminución de la sanción, cualificando o privilegiando al delito ya existente, por lo que su contenido dista de ser elemento del mismo, sin embargo, si dicha circunstancia se incorpora al delito, de tal suerte que sólo es concebible el delito en la medida de la existencia de dicha circunstancia, entonces su función no es sólo la de incrementar la sanción, sino que radica en darle existencia misma al delito, entonces aún cuando incremente la pena o la disminuya, adquiere el carácter de elemento por resultar indispensable para la existencia del delito.

---

[41] Giuseppe BETIOL. Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 442
[42] Derecho Penal. Parte General. Op Cit Pág 444

Con relación al tema, Ricardo C. NÚÑEZ[43] ha dicho que "Otras veces tales elementos sólo representan características accidentalmente constitutivas del hecho legal, porque no siendo necesarios para su existencia, la concurrencia de ellos sólo lo modifica secundariamente, aumentando o disminuyendo su gravedad...."

Lo anterior nos conduce a afirmar que la circunstancia puede ser elemento del delito, pero, es importante también desentrañar, si algún elemento del delito, que generalmente resulta indispensable para la existencia de la figura, puede llegar a tener el carácter de circunstancia; dicho de otro modo, debe llegar a determinarse, si acaso un elemento del delito, en ocasiones puede ser circunstancia en la medida de que no resulte indispensable para dar la esencia del delito, sino sólo para incrementar la pena o disminuirla, según el caso.

Al respecto, Celestino PORTE PETIT[44] sostiene que "Otra cuestión interesante es saber si una nota o requisito, puede ser

---

[43] Derecho penal Argentino Tomo I. Op. Cit. Pág 224

[44] Apuntamientos Op Cit Pág 221 Los llamados presupuestos penales es una doctrina que se debe a las ideas de Manzini, es discutible en la teoría del delito, sin embargo, un fuerte sector acepta que sólo deben ser tratados y estudiados los llamados presupuestos de la conducta o del hecho, al respecto, el autor en cita, en otra parte de su obra, a propósito de los presupuestos sostiene que "Consideramos como presupuestos de la conducta o del hecho aquellos requisitos jurídicos o materiales previos y necesarios para que pueda realizarse la conducta o hecho típicos " (Apuntamientos Op Cit Pág 210) Agregando respecto a este tema que los presupuestos jurídicos son las normas de derecho u otros actos o hechos jurídicos, que deben existir previamente a la realización de la conducta y de cuya existencia depende darle el título al delito de que se trate, su ausencia, sólo trae como consecuencia la variación de la conducta a otro tipo penal, es decir, la traslación de tipo En cambio, los presupuestos materiales son aquellos requisitos cuya existencia es previa a la realización de la conducta y son derivados de actos jurídicos o concretados por meras situaciones de hecho, ya sean objetivas o subjetivas, de cuya existencia previa depende la posibilidad de realizar la conducta descrita en la norma penal y su ausencia trae consigo la imposibilidad de realización de la conducta y la imposibilidad de la comisión del delito. (Cfr Apuntamientos Op Cit Págs 209, 210 y 211)

presupuesto, elemento y circunstancia del delito. A este respecto, nos dice Antolisei que el mismo hecho puede ser considerado por la ley como elemento constitutivo o como circunstancia de un delito, agregando que para establecer, por tanto, si se trata de uno o de otra, no es necesario contemplar su naturaleza intrínseca, sino la función que se le atribuye, y cuando el hecho sirve para contra distinguir un delito de un hecho lícito o de otro delito, es elemento constitutivo; cuando por el contrario, agrava o atenúa el delito, importando una variación en la pena establecida es circunstancia."

Como hemos señalado durante toda la exposición anterior, el delito se configura, no sólo con elementos esenciales, ya sean generales o especiales, sino también con los llamados accidentales como se suele denominar a las circunstancias, cuya función principal es la variación de la pena, ya sea aumentando o disminuyendo la sanción y, aún cuando sean contingentes, en ocasiones tienen efectos de elemento, o viceversa, sin olvidar a los presupuestos de la conducta o del hecho, jurídicos o materiales, previos y necesarios, ya para que el delito exista, o para darle el título jurídico al delito de que se trate. Por tanto, el delito tiene una conformación compleja, necesaria para la tutela del bien jurídico, cuyo análisis exige el conocimiento profundo del contenido de cada una de las notas que le dan esencia y característica particular.

4.- LA CONDUCTA Y LA TIPICIDAD EN LA DOCTRINA CAUSALISTA

Antes de referirnos a la conducta, como primer elemento del delito, es necesario hacer referencia que la doctrina ha empleado diversa terminología para señalar a este primer elemento, así, se han utilizado los vocablos: acción, acto, acaecimiento o acontecimiento, mutación en el mundo exterior, hecho, o bien, conducta.

Con relación al término acción se sostiene que "no es la adecuada, porque no contiene o abarca a la omisión, al ser su naturaleza contraria a ésta. La acción implica movimiento y la omisión, todo lo contrario: inactividad. Vienen a constituir cada una de ellas el anverso y reverso de una medalla, y si son términos antagónicos, uno de ellos, no puede servir de género para el otro, independientemente de que el término acción no incluye el resultado material o sea el hecho."[45]

Respecto al término acto, Luis JIMENEZ DE ASUA[46] es el principal exponente para el empleo de este vocablo, al afirmar que "nosotros empleamos el término acto por ser un acto de voluntad,

---

[45] Celestino PORTE PETIT Apuntamientos Op Cit Pág 231 Contrariamente a lo argumentado por este autor, Alimenta en su obra Principios de Derecho Penal Tomo I Vol I al ser recordado por Luis JIMENEZ DE ASUA sostiene que "hablar de acción in genere y de comisión y omisión como sus formas específicas; pero acción, puesto que es 'efecto de hacer' " (Cfr: Tratado Tomo III Op Cit Pág 333

[46] Tratado Tomo III Op Cit Pág 333 Existen un sin fin de objeciones formuladas en contra del criterio del autor citado, al respecto Celestino PORTE PETIT estima que "El acto, al igual que la acción, implica únicamente un hacer, y por tanto, no puede comprender a la omisión, que constituye lo contrario a aquél En el campo del hacer, el acto tampoco es aceptable, pues a veces viene a ser la acción en sí y otras, forma parte de la misma, al estar ésta constituida por varios actos; hipótesis que da lugar a la clasificación de los delitos en

como también se encuentra consignada en la definición dada por Baumgarten en su conocida monografía: acto de voluntad del hombre. Por ser acto y no hecho, solucionará luego cuantas dificultades nos presenta el concurso de delitos...." además, sostiene el autor citado que "acto, aunque aparezca como sinónimo de acción, también lo es del hecho y posee así más elasticidad semántica."

Con relación al vocablo acaecimiento o acontecimiento, han existido opiniones que estiman que es el término adecuado para referirse a este primer elemento, Max Ernest MAYER[47], sostiene al definir el delito, que se caracteriza como un acontecimiento, porque a su juicio hay delitos sin actuación de la voluntad, como en los casos de omisión no querida, que sin embargo puede ser condición de un resultado adecuado a un tipo y que, si además es antijurídico y culpable, será parte integrante de un delito

Con relación al término hecho se ha argumentado que se desarrolló en la dogmática alemana que se extendió en Italia y Argentina, en este sentido, Ricardo C. NUÑEZ[48] al referirse al delito sostiene que "Los hechos punibles están, por consiguiente, especificados por la ley mediante figuras delictivas. Estas dan, descriptivamente, la noción de los hechos punibles, señalando sus elementos propios...."

---

unisubsistentes y plurisubsistentes; además, de que el acto no abarca al hecho que constituye una hipótesis del elemento material "(Cfr: Apuntamientos Op Cit Pág 231)

[47] Cfr: Luis JIMENEZ DE ASUA Tratado Tomo III Op. Cit. Pág. 332[47] Derecho Penal Argentino Tomo I Parte General Editorial Bibliográfica Argentina 1a Edición Buenos Aires Argentina 1959 Pág 221

[48] Derecho Penal Argentino Tomo I Parte General Editorial Bibliográfica Argentina. 1a. Edición Buenos Aires Argentina 1959 Pág 221

Por su parte Edmund MEZGER[49] proporciona un concepto que resulta fundamental y sustenta su criterio, al decir que "Hecho punible es el conjunto de los presupuestos de la pena." Agregando a continuación en su propia obra que "La misma ley, sin embargo, designa con el nombre de crímenes solamente el grupo de los hechos punibles más graves..."

Una esfera importante de la doctrina aborda el estudio del primer elemento del delito, denominándolo, por un lado, conducta, por el otro, hecho, la distinción radica en la descripción típica formulada por el legislador al crear el tipo penal, pues, en algunas ocasiones, es suficiente la realización de una actividad o inactividad del sujeto para colmar el núcleo de la norma punitiva; sin embargo, en otras ocasiones, el legislador toma en consideración como trascendente en la infracción punitiva a los efectos que produce el actuar del sujeto, al grado, que deja de describir el comportamiento del individuo que lo produce y sólo se ocupa de los efectos que provoca, sancionando al sujeto que genera tal consecuencia, integrándose con ello, el elemento externo o físico del delito a través de un hecho.

[49] Derecho Penal Parte General Cárdenas Editor y Distribuidor 6a Ed Munich Alemania 1955 Pág 77 En otra parte de su obra, el autor en cita, corroborando el criterio asentado estima que "El hecho punible es conducta humana Este es el sólido punto de arranque de todas las consideraciones ulteriores Una característica es común a todos los hechos punibles; éstos son siempre y en todas partes una conducta humana Todo hecho punible presenta un aspecto objetivo y otro subjetivo El hombre tiene una doble naturaleza, material y psíquica También su conducta, en la convivencia humana presenta siempre, por consiguiente, un aspecto externo, perceptible físicamente, y otro interno y psíquico." (Op Cit Pág 78).

Al respecto Celestino PORTE PETIT[50] sostiene que "Nosotros pensamos que no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento material del delito, según la descripción del tipo, dando lugar este punto de vista a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material."

Sin embargo, no debe soslayarse que aún cuando la modalidad del primer elemento del delito esté configurado por un hecho, la conducta está latente en todo momento, aún en la integración de ese hecho; la razón se debe a que los tipos penales sólo pueden contener conductas humanas, pues a todos los hombres se dirigen los deberes típicos y sólo ellos resultan sancionables.

Esa distinción permite que los autores aborden el estudio de este primer elemento, considerando en el primer caso, exclusivamente al comportamiento del sujeto, cuya denominación adecuada, en opinión de ellos, es bajo el término de conducta, pues con el mismo se permite abarcar a las dos formas del comportamiento humano, por un lado, la actividad del individuo denominada acción, por el otro, la inactividad o no hacer del sujeto que llega a transgredir normas jurídicas de carácter imperativo cuya consecuencia es la aplicación de una pena, es decir, la omisión configurativa de delito.

[50] Apuntamientos Op Cit Pág 229 A continuación el autor en cita sostiene "Independientemente de cuáles y cuántos sean los elementos del delito, es indiscutible que cuando la descripción típica sea de una mera conducta o un hecho, estos vienen a ser el primer elemento del delito dentro de la prelación lógica con relación a los restantes elementos del mismo, es decir, un hacer o no hacer, o bien, un resultado material" (Op Cit Pág 229)

Nadie niega que la conducta del individuo llega a revestir una forma activa, constitutiva de la acción, y una forma pasiva o inactiva, constitutiva de la omisión, siendo por ende, adecuada la denominación de conducta en esta primera esfera,.

Al respecto Celestino PORTE PETIT[51] sostiene que "El término conducta es adecuado para abarcar la acción y omisión, pero nada más...". Bajo este término, se resuelven las diversas objeciones formuladas a los diversos vocablos introducidos por diversos autores para denominar a este primer elemento, que si bien es correcto, resultaría insuficiente para abarcar la dimensión integral sobre las diversas modalidades que reviste el elemento objetivo o material del delito.

Bajo una concepción concreta "la conducta consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), dirigidos a la producción de un resultado material típico o extratípico...". En la misma obra el autor en cita expone que "Dentro del término conducta quedan comprendidas la acción (hacer) y la omisión (no hacer)."[52]

---

[51] Apuntamientos Op Cit Pág 234.

[52] Celestino PORTE PETIT Apuntamientos Op Cit Pág 234 Al recordar a ANTOLISEI, sostiene que "La conducta puede asumir dos formas diversas: una positiva y una negativa; puede consistir en un hacer y en un no hacer En el primer caso, tenemos la acción (acción en sentido estricto, llamada también acción positiva); en el segundo, la omisión (llamada igualmente acción negativa)". (Cfr Op Cit. Pág 234)

La acción, por su parte, "consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico, es por ello, que da lugar a un 'tipo de prohibición'."[53]

Del anterior concepto, en el sistema causalista, se desprenden los elementos que integran la acción: a) la voluntad o el querer; b) la actividad y, c) deber jurídico de abstenerse.

Dentro de este sistema, la acción causal, se genera por su antecedente psíquico o subjetivo del sujeto, es decir, la voluntad, que es la causa generadora de la acción y, por ende, de todas las consecuencias de derecho que se generen al infringir los deberes normativos. "La voluntad constituye el elemento subjetivo de la acción.... denominador común de todas las formas de conducta es el factor psíquico, es decir, la voluntad."[54]

Dentro de este sistema, la voluntad es considerada como, según la opinión de Giuseppe MAGGIORE[55], "la libre determinación del espíritu (autodeterminación), que provoca a inervación y a movimiento, o también a detención de un músculo."

---

[53] Celestino PORTE PETIT Apuntamientos Op. Cit. Pág. 235 Por su parte, Franz VON LISZT, señala "la acción humana debe ser voluntaria, pero que tal voluntariedad está referida únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material, donde sólo existe una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario y el resultado material." (Cfr. Op. Cit. Pág. 10)**

[54] Celestino PORTE PETIT Apuntamientos Op. Cit Pág 237 De acuerdo a las ideas de Franz VON LISZT, "el movimiento corporal voluntario resulta un proceso causal ciego, es decir, en donde no interesa el sentido o fin de la acción Desprende LISZT que la voluntad tiene dos caracteres: uno interno, contenido de la voluntad; y otro externo, la manifestación de la voluntad En la teoría causalista en el estudio del acto o acción, lo que interesa es la fase externa, la interna corresponde a otro nivel, es decir, a la culpabilidad, donde se analiza si el contenido de la voluntad fue doloso o culposo LISZT opina que en el terreno de la acción únicamente debe plantearse lo relativo a la manifestación de la voluntad, no el por qué de la misma, o sea, su finalidad" (Cfr Octavio Alberto ORELLANA WIARCO Teoría del Delito Op Cit Págs. 10 y 11) [54] Derecho Penal Tomo I Editorial Temis 5a Ed Bogotá Colombia 1954 Pág 317

Con una explicación adicional, PORTE PETIT[56] señala que "la voluntad debe referirse a la voluntariedad inicial: querer la actividad. Por tanto, se requiere un nexo psicológico entre el sujeto y la actividad. Es lógico que el nexo que debe existir es entre el sujeto y la actividad, puesto que la voluntad o el querer van dirigidos al movimiento corporal."

Semejante es la opinión del principal sostenedor de la doctrina causalista, nos referimos a las ideas de Franz VON LISZT[57], quien sostiene que "El delito es siempre un acto humano; por tanto, actuación voluntaria trascendente al mundo exterior...." y en otra parte de su obra agrega que "El concepto del delito legal...es un convenio doctrinal de tres supuestos: b) todo hombre es libre y responsable moralmente...." de donde se advierte que la causa del delito es la voluntad y ésta como precedente indispensable es la libertad para decidir.

Como es de advertirse, en el sistema causalista lo trascendente para que exista la conducta es la voluntad, sin que tenga relevancia en este sistema la finalidad del sujeto, pues la causa de la conducta es la voluntad, donde se evidencia que la sistemática causalista se rige por los principios de causa y efecto.

---

[55] Derecho Penal Tomo I Editorial Temis 5a Ed Bogotá Colombia 1954 Pág 317

[56] Apuntamientos Op Cit Pág 237 Por su parte, Sebastián SOLER estima que "este querer interno del agente no debe ser referido al evento o resultado externo, pues el estudio de esta relación, no forma parte de la teoría de la acción, sino de la culpabilidad." (Derecho Penal Argentino Tomo I Editorial Temis 1a ed Buenos Aires Argentina 1956. Pág 206)

[57] Tratado de Derecho penal Tomo II Op. Cit Págs 262 y 273

La afirmación anterior se evidencia cuando los autores seguidores del causalismo explican los elementos de cada una de las modalidades que reviste la conducta, es decir, partiendo de la base que la conducta puede presentarse a través de la acción o bien, a través de la omisión, al abordar el estudio particular de estas dos modalidades, se advierte la necesidad de la existencia de la voluntad como la causa generadora de conducta, inclusive, la misma, forma parte esencial de la integración elemental de la acción y de la omisión, en las dos modalidades que distinguen.

Del concepto anterior se deduce que la voluntad, desde la perspectiva del causalismo, esta desprovista de finalidad alguna, pues lo que resulta trascendente es sólo el vínculo psicológico entre el sujeto y su actividad, con ello se llega a determinar, en base a esa relación, al autor de la conducta. La finalidad en la teoría causalista es analizada en otra esfera de la teoría del delito, de tal suerte que, cuando llega a alcanzarse el fin propuesto por el sujeto activo se habla del agotamiento del delito, que sistemáticamente está en la segunda esfera de la teoría del delito, es decir, en la parte relativa del iter criminis, pues es el fin último del camino del crimen ejecutado.[58]

La segunda modalidad que reviste la conducta, que consiste en la inactividad o no hacer, es configurativa de la omisión,

[58] Cfr Franz VON LISZT La idea del fin en el Derecho Penal Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad de Valparaíso de Chile 1a Edición México 1994 Págs 43 y ss

que en el estudio de la misma se han distinguido dos de sus especies: por un lado la omisión propia, también llamada omisión simple, y por el otro, la omisión impropia, denominada comisión por omisión (resultado material por omisión).

La distinción entre ambas, estriba en el resultado que producen, tratándose de la omisión simple el resultado es exclusivamente formal, en cambio, la comisión por omisión el resultado es de carácter material, pues no es suficiente la simple inactividad del sujeto para consumar el delito, sino que, se requiere ulterior a la inactividad, una alteración en el mundo exterior que el legislador toma en consideración para sancionar la conducta.

La omisión simple "consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a 'un tipo de mandamiento' o 'imposición'."[59]

Por su parte, Giuseppe BETIOL,[60] considera que "son delitos omisivos propios, todos aquellos delitos que se producen en una omisión, sin que sea necesario buscar un resultado que derive de esa omisión."

Independientemente de lo anterior, la segunda modalidad de este primer elemento, que no queda satisfecho con la

[59] Celestino PORTE PETIT Apuntamientos Op Cit Pág 239
[60] Derecho Penal Parte General Editorial Temis 1a Edición Bogotá Colombia. 1965. Pág. 213 y 214.

enunciación exclusivamente de la conducta, se ha desarrollado la necesidad de abordar el estudio y concepción del hecho, es decir, cuando los tipos penales al describir el delito como evento antisocial no se ciñen a la enunciación de la actividad del individuo, sino que la descripción la centran en una ulterior consecuencia producto de la conducta, quedando ésta última relegada a un aparente segundo lugar, es decir, el legislador no hace referencia en forma directa, clara e inmediata a la actividad o inactividad que llegase a desarrollar el sujeto, sino que el evento antisocial lo circunscribe a la alteración de las condiciones externas derivadas de la conducta del sujeto.

En este sentido, en aquellos tipos penales cuya importancia en la descripción del evento antisocial es la alteración de las condiciones externas normales derivadas de la actividad del individuo, no puede afirmarse que el elemento material del delito este constituido por una conducta, sino por el contrario, en estas condiciones lo que menos atiende el legislador es a la actividad o inactividad del sujeto, pues el evento antisocial no queda satisfecho con las mismas, sino que la lesión del bien jurídico se produce al provocarse un resultado material dañoso derivado de la conducta.

En efecto, en esta clase de tipos penales el legislador deja de referirse al comportamiento del sujeto, pues lo considera como un elemento que por sí mismo no colma los extremos de la descripción normativa, o bien, que dicha actividad no es suficiente para lesionar el bien tutelado por la disposición legal, por lo que su enunciación se deja en el silencio, al grado que cualquier

actividad o inactividad que produzca el resultado, será suficiente en la medida en que sea idónea para cambiar el mundo exterior y lesionar, en consecuencia, el bien tutelado.

La importancia que el legislador le atribuye al resultado material es en un grado mayor, el que ha permitido analizar, pues al dejarse de enunciar el comportamiento del individuo, algunos resultados pueden producirse no sólo con acciones, sino, a veces, con omisiones, ya que lo importante para la aplicación de la pena, no es saber la forma como se ha comportado el sujeto, sino la producción del resultado dañoso que derivó de ese comportamiento. Lo anterior permite que en el estudio de los delitos de resultado material, se determine cuáles son los que se consuman por acción, cuáles otros son consumables por omisión, inclusive, cuáles llegan a consumarse con acción u omisión, dando lugar a la misma alteración del mundo exterior.[61]

Por esa razón el hecho, como se le ha denominado al elemento objetivo del delito, se encuentra integrado por la conducta, que siempre estará presente por ser el individuo el destinatario de la norma punitiva; un resultado material, que el legislador le da mayor relevancia para considerar que se actualiza el evento antisocial y es el que provoca la lesión del bien jurídico, con las características particulares que le distinguen; y, un nexo de causalidad, que debe existir entre la conducta del individuo y la producción del resultado

[61] Cfr Enrique BACIGALUPO Delitos Impropios de Omisión Editorial Temis 2ª Edición Bogotá Colombia 1983 Págs 53 y ss

material, nexo que no tiene otro alcance que su carácter naturalístico y cuyo estudio particular ha sido abordado por diversas corrientes de opinión que resaltan alguna o algunas de sus características.

En el sistema causalista, el hecho constituido por el resultado material, es el efecto de la conducta realizada por el sujeto que es la causa que lo provoca, es decir, el principio de causa y efecto se encuentra latente en la conformación del propio hecho, pues el resultado tiene como su causa originadora el comportamiento del individuo.

La concepción anterior, aún en el sistema causalista, no es aceptada por algunos autores, quienes evitando distinguir y desmembrar al elemento objetivo, abordan su estudio incluyendo los elementos enunciados, bajo el concepto de acto o acción, aún cuando reconocen la existencia del resultado material y el vínculo naturalístico que enlaza al mismo con el comportamiento del sujeto.

Estas ideas son desarrolladas, entre otros, por Luis JIMENEZ DE ASUA[62] quien en el estudio del acto incluye al resultado material y al nexo de causalidad.

En el estudio del hecho material, como segunda modalidad de este primer elemento del delito, comprende como sus elementos: la conducta, al resultado material y el vínculo naturalístico que los une, es decir, el nexo de causalidad.

---

[62] Cfr: Tratado de Derecho Penal. Tomo III Pág 334 y ss

En el análisis de esta segunda modalidad, la doctrina causalista le dedica capítulos especiales que profundizan su contenido, que desentrañan su alcance y conformación, en particular el estudio del resultado desde dos principales concepciones, que sostienen postulados distintos: la primera analiza el resultado desde un plano formal, y, la segunda, lo estudia desde un plano material.

Respecto al resultado formal, la doctrina causalista sostiene que en todo delito se produce este tipo de resultado, en cambio, algunos otros delitos, sólo llegan a consumarse cuando existe un cambio en el mundo exterior, diferenciando con ello, dos concepciones bien definidas que se han desarrollado al respecto: la concepción formal, en el primer caso, como ya se dijo y, la concepción material o naturalista, que mira al resultado por su existencia en el mundo externo. Ambas deben estudiarse por separado, a fin de delimitar su alcance y contenido.

La concepción formal, estima que todo delito tiende a producir un resultado jurídico, de índole formal, caracterizado por la alteración del orden normativo derivado de la trasgresión de los deberes jurídico, los prohibitivos y los imperativos, según la clase de normas de que se trate, constitutivas del tipo penal y dependiendo de la naturaleza del comportamiento del sujeto, pues la acción transgrede la prohibición, en cambio, la omisión, por excelencia trasgrade lo imperativo, sin olvidar que la comisión por omisión tiene como presupuesto la trasgresión de una norma imperativa que no es lo que

propiamente sanciona la ley, sino además, la trasgresión de una norma prohibitiva que es lo que, en esencia, sanciona el legislador y es la constitutiva de delito, pues con ello se produce la lesión del bien jurídico tutelado, además, de ser propiamente la constitutiva de delito.

En opinión de Celestino PORTE PETIT[63] al estudiar la concepción formal, sostiene que "De acuerdo a esta concepción, el resultado ha de entenderse en forma diversa a la concepción naturalista o sea como una mutación o cambio en el mundo jurídico o 'inmaterial', al lesionarse o poner en peligro un bien jurídicamente protegido."

Respecto a la concepción naturalista, el autor en cita expone que tiene lugar "cuando se produce una mutación en el mundo exterior de naturaleza física, anatómica, fisiológica, psíquica o económica, descrita por el tipo."[64]

Como se advierte, la presencia del resultado material o del simple resultado formal, no depende de la voluntad del analista, ni siquiera de la ulterior consecuencia que se presente después de realizar la conducta, sino que sólo tendrá lugar la existencia del resultado material cuando el tipo penal así lo requiera, es decir, en la medida en que el tipo penal exija la presencia de una mutación en el mundo exterior para la configuración del delito, en esa medida se podrá hablar de resultado material, pues a pesar de que de la

[63] Apuntamientos Op Cit Pág. 260
[64] PORTE PETIT Celestino Apuntamientos Op Cit Pág. 260

conducta, en ocasiones, pueda producirse una ulterior consecuencia, en la medida en que el tipo penal no lo exija para su integración, no podrá hablarse del resultado material del delito, pues éste no lo requiere para su integración.

Todo lo explicado en líneas precedentes permite arribar a la afirmación de que "respecto al concepto de resultado, consideramos tanto la concepción jurídica o formal como la naturalista o material dotadas de validez para elaborar tal concepto, según sea la descripción del tipo"[65]. Continuando con la explicación, el citado autor sostiene que "Esclareciendo esta idea, diremos que no ha de darse el concepto de resultado desde un punto de vista unilateral: jurídico o material, porque los resultados pueden ser únicamente jurídicos o jurídicos y materiales. Y esto sucede respectivamente, cuando el tipo describe una mera conducta: activa u omisiva, o un resultado material, o sea un hecho."[66]

Como conclusión a todo lo expuesto, se puede sostener que no existe delito sin resultado jurídico, pues caracterizado por la mutación en el mundo jurídico, tanto los delitos formales como los delitos materiales, que presuponen también la mutación en el mundo jurídico, entrañan, en consecuencia, la existencia de un resultado jurídico, independientemente de que, para su consumación, se requiera, además, un resultado material.

[65] PORTE PETIT Celestino Op Cit Pág 261
[66] PORTE PETIT Celestino Op Cit Pág 261

Finalmente, el nexo de causalidad que es el tercer elemento que conforma al hecho y que vincula a la conducta con el resultado material, es de carácter naturalístico, fundado exclusivamente bajo el principio de causa y efecto que permite identificar a la conducta productora del resultado, sólo tiene lugar en los delitos de carácter material, sin que se presente en aquellos cuya consecuencia sea solamente la producción de un resultado formal, es decir, únicamente de naturaleza jurídica.

En la conformación del concepto, Celestino PORTE PETIT[67] al preguntarse qué debe entenderse por relación causal, se responde que "Existe nexo causal cuando suprimiendo una de las condiciones no se produce el resultado. O sea, si se le suprime y no obstante se produce el resultado, quiere decir, que no hay relación de causalidad."

En la estructura de la teoría causalista los autores le han dedicado capítulos completos para su estudio, análisis, alcance y contenido de este elemento del hecho, haciendo hincapié en las diversas teorías que se han desarrollado para su explicación, englobándolas en dos grandes rubros: Teorías Individualistas y Teoría de la Equivalencia de las Condiciones.[68]

---

[67] Apuntamientos Op Cit Pág 264

[68] Por esta razón, se pueden resumir a dos las teorías que explican el nexo de causalidad, por un lado, aquellas que entresacan de todas las condiciones, una como productora del resultado, en consideración de una nota temporal, cuantitativa o cualitativa, por ello, se les denomina individualizadoras Por otro lado, esta la que considera a todas las condiciones como causa del resultado material, denominándola totalizadora o de la equivalencia de las condiciones. Cfr: CORDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO Comentarios al Código Penal Español Tomo I. Ediciones Ariel 1a Ed Barcelona España 1972 Pág 43 ; Celestino PORTE PETIT Apuntamientos Op Cit Pág 263 y ss

En las Teorías Individualistas, destacan sólo una de las condiciones que concurren en la producción del resultado material, siguiendo para ello diversos criterios como son: Temporal (de la última condición); Cuantitativo (de la condición más eficaz y de la prevalencia); y, Cualitativo (de la tipicidad condicionada, de la causalidad adecuada, de la causalidad eficiente, de la causalidad humana exclusiva, de la condición cualificada y, de la causalidad jurídica.)

Por su parte, la Teoría de la equivalencia de las condiciones que tiene su origen en la concepción filosófica de John Stuart Mill, sostenida por Von Buri, que al decir de Edmund MEZGER[69], "Esta Teoría se encuentra en la mas estrecha relación histórico-espiritual con la dirección naturalista del pensamiento que caracteriza el siglo XIX, y que halla su expresión más consecuente en la filosofía empírica del pensador inglés John Stuart Mill. En realidad, es inexacta la afirmación que con frecuencia encontramos en los escritores, de que V. Buri, se apoyara de modo inmediato en la concepción filosófica del autor inglés; antes bien, V. Buri formuló su teoría sin tener conocimiento de la de Stuart Mill, declarándose por lo demás, partidario del indeterminismo."

En otra de sus obras, Edmund MEZGER[70] sostiene que en la Teoría de la equivalencia "Toda condición en sentido lógico es siempre causa en sentido jurídico-penal. Todas las condiciones son

[69] Tratado de Derecho Penal Tomo I Editorial Ariel 2a Ed Madrid 1946 Págs. 223 y 224
[70] Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 111

equivalentes con respecto a la causa y como tales constituyen el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal...."

Por tanto, la conducta está vinculada con el resultado material a través del nexo causal cuyo conjunto constituye el hecho como una modalidad del primer elemento del delito que conforme a la doctrina causalista, provoca el inicio de la existencia de los restantes elementos del mismo.

LA TIPICIDAD EN LA DOCTRINA CAUSALISTA

Para referirnos a este segundo elemento que integra el delito, es necesario partir de la afirmación de que la tipicidad es una relación conceptual, es la superposición del derecho representado por el tipo penal y los hechos ejecutados por el sujeto, es decir, es la vinculación entre el facto y el iure.

Para conceptuar a la tipicidad, se han desarrollado en la doctrina causalista una serie de criterios que han pretendido señalar su alcance y contenido, sin embargo, ninguno ha satisfecho plenamente las exigencias necesarias para determinar su real alcance y su amplio contenido, pues aun cuando resulta sencillo sostener que se trata de una relación conceptual, lo importante es señalar sus diversas consecuencias que trae consigo, tanto su existencia como su propia ausencia.

Se ha sostenido que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal, en este sentido se había pronunciado el autor Fernando CASTELLANOS TENA[71], quien explicaba en su obra que sin duda alguna la tipicidad representaba una adecuación de la conducta al tipo legal, vinculándose esta norma jurídica con lo ejecutado por el sujeto respectivo.

Sin embargo, no todos los autores han compartido esta definición, aunque al principio sostenía la misma definición en su obra Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, posteriormente cambió su punto de vista, nos referimos al Doctor Celestino PORTE PETIT[72], quien en una de sus obras definió a la tipicidad en forma por demás amplia, con un alcance mayor que la proporcionada por otros autores, al respecto el autor en cita sostuvo que la tipicidad es la adecuación a lo descrito por el tipo penal, explicando que no debemos sólo centrar nuestra atención a la conducta contenida en el tipo para conceptuar a la tipicidad, pues el tipo no sólo es la conducta requerida por el legislador, sino que, además, como contenido del tipo penal se encuentran muchos otros elementos que lo conforman y que resulta el contenido necesario para la tutela y protección del bien jurídico.

Por esta razón el concepto de tipicidad debe estar enfocado al contenido del tipo penal y abarcar en plenitud ese contenido, a fin de que se le de el alcance necesario que se requiere para poder determinar el contenido del delito.

---

[71] Lineamientos Elementales de Derecho Penal Editorial Porrúa 2a Edición México 1981 Pág 120
[72] Apuntamientos Op Cit Pág 331

En efecto, el tipo penal además de la conducta exige algunos otros elementos que son necesarios para determinar el alcance protector del bien jurídico, tales como elementos normativos que necesitan ser valorados ya sea normativamente o culturalmente, cuya valoración representará la finalidad de la norma, pero demás, el tipo penal también requiere elementos subjetivos, es decir, aquellos elementos que existen en el alma del autor al momento de ejecutar la acción, son situaciones especiales sobre sentimientos que debe poseer el sujeto al momento de realizar la conducta y cuya existencia representa el alcance real del tipo penal.

Como no se puede negar que las afirmaciones del autor en cita contienen aspectos interesantes, es como se explica que haya propuesto una definición amplia, pues sólo afirmar que la tipicidad es la adecuación a lo descrito por el tipo penal, permite dar al concepto el mismo alcance que de contenido tenga el tipo penal.

Por otro lado, han existido otras definiciones y conceptos que permiten darle el alcance al elemento del delito y muchas de las cuales han sido recordadas por diversos autores.

En efecto Luis JIMÉNEZ DE ASUA[73] sostiene que la "tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción."

[73] Tratado de Derecho Penal III Op Cit Pág 653

Por su parte Mariano JIMÉNEZ HUERTA[74] sostiene que "Adecuación típica significa, pues encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias."

El maestro Raúl CARRANCA Y TRUJILLO[75] sostiene que la "tipicidad es el signo externo distintivo de la antijuridicidad penal."

Con independencia de las dificultades que se han presentado para conceptuar a la tipicidad, en la doctrina causalista existe otra preocupación que consistió en determinar el papel o la función que dentro de la teoría del delito se le había asignado a la tipicidad, existiendo diversas posiciones al respecto.

Por un lado, se ha sostenido que la función de la tipicidad es la de representar una característica esencial del delito, esta posición la adopta Beling; otros, como Battaglini, sostiene que es un requisito del hecho exigido por el derecho positivo; algunos afirman que es una condición pero no elemento del delito, tal es la postura de Mateos Escobedo; en fin, hay quienes sostienen que es un elemento esencial del delito.

Independientemente de la posición que se adopte, nadie puede negar que la tipicidad es una relación conceptual, es una

[74] La Tipicidad Editorial Porrúa 2a Edición México 1975 Pág 207
[75] Derecho Penal Mexicano Tomo I Editorial Porrúa 2a Edición México 1970 Pág 214

operación intelectual que se formula contrastando los hechos ejecutados y el derecho previamente legislado; es una operación intelectual que nace del análisis y de la observación de los hechos frente a la norma jurídica, para determinar los elementos requeridos por ésta y que se colman con lo ejecutado por el sujeto, determinando ese encuadramiento necesario para que el hecho tenga trascendencia penal.

Es indudable que al representar un contraste entre los hechos y la norma, el contenido de esta última determinará la posibilidad de que se presente el encuadramiento, pues precisamente el contenido de la norma penal conocido como tipo, permite sustentar la necesidad de analizar ese contenido, a través de lo que se conoce como elementos del tipo penal.

Los elementos del tipo representan el contenido del tipo, determinando su alcance o la ratio legis de la norma; conociendo sus elementos se podrá precisar la finalidad que con su creación persiguió el legislador; con ese contenido se permite también identificar la mayor o menor dificultad para surtir sus elementos y se produzcan sus consecuencias jurídicas previamente establecidas.

Es innegable que si los elementos del tipo son los requisitos que debe revestir el hecho para ser encuadrable en la hipótesis, así como que ese contenido es el necesario para la tutela del bien jurídico, resulta como consecuencia lógica, sostener que entre mayor sea el número de elementos que requiera el tipo penal, será menor la protección del bien jurídico pues se exigirán mayores

requisitos para que el tipo produzca sus consecuencias jurídicas protectoras del bien jurídico; en cambio, cuando es menor el número de elementos exigidos por el tipo penal, será mayor la tutela del bien jurídico, lo que también responde a principios de lógica, pues los requisitos necesarios para que el tipo penal produzca sus consecuencias jurídicas será menor, en este sentido, se amplía la tutela del bien jurídico.

Como es de advertirse, para la existencia de la tipicidad debe previamente existir el tipo, es decir, la norma jurídico penal, cuya existencia es fundamental para que pueda surgir la tipicidad misma y sin el cual esta relación conceptual no es posible imaginarla.

Para que exista tipicidad debe preexistir el tipo penal, por lo que a éste se le ha considerado como el presupuesto necesario para que opere la relación conceptual, es decir, "la importancia del tipo estriba en que no hay delito sin tipicidad, constituyendo tal principio una de las bases del derecho penal liberal; posición que pugna abiertamente con la analogía...."[76]

En los estudios que se desarrollaron con relación al tipo penal, se ha puesto atención a su concepto, proporcionado por la doctrina; en este sentido, se ha dicho que el tipo "es una conducta o hechos descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción

[76] Celestino PORTE PETIT Importancia De la Dogmática Jurídico penal Gráfica Panamericana 1a Edición México 1954 Pág. 38

material, conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos."[77]

Respecto a la naturaleza del tipo penal y su función dentro de la teoría del delito, desde el plano del causalismo, se establecieron diversas posiciones, por un lado, con los estudios formulados por Beling se desarrolló la teoría de la pura coordinación, en la que se concibió al tipo como meramente objetivo o descriptivo, a partir de estos análisis se despertó entre los autores la necesidad de enfocar algún tratamiento a esta figura jurídica que adquirió gran importancia en la estructura del delito.

Conforme a la teoría de la pura coordinación, en la que el tipo sólo es descriptivo se sostiene que primeramente debe existir una conducta o hecho, después la adecuación o conformidad a una norma jurídica.

Sin embargo, hubo quienes criticaron con ahínco esta postura doctrinal al considerar que la misma no permite sistematizar con una mejor representación gráfica y simbólica a los elementos del delito, pues en ese entonces concebido el delito con una idea tritómica, al que sólo se le reconocían como integrantes del delito al hecho, antijuridicidad y culpabilidad, por lo que adicionarle el tipo, no alteraría su composición redundando en su poca utilidad.

[77] Cfr Celestino PORTE PETIT Apuntamientos Op Cit Pág 423 y 424

Otra de las concepciones surgidas a raíz del estudio del tipo, es el de considerarlo que sólo tiene una función indiciaria de la antijuridicidad, conocida como teoría del indicio.

En esta postura doctrinal, sustentada por Mayer, "atribuye al tipo penal, un valor indiciario de antijuridicidad, o sea, que toda conducta que se ha conformado a un tipo, debe estimarse presuncionalmente antijurídica."[78]

Comparte esta opinión don Luis JIMENEZ DE ASÚA[79], quien sostuvo que la tipicidad no es la ratio essendi de la antijuridicidad sino, más bien, un indicio de ella, a lo sumo, tiene una función de concretización y de conocimiento de la antijuridicidad en los efectos penales, sin que constituya la esencia de la misma.

Esta concepción no es acogida por todos los autores, pues se endereza en su contra la crítica en el sentido de que no es posible aceptar que cuando la conducta o el hecho se adecuen al tipo sea presuncionalmente antijurídico, pues la conducta es lícita o ilícita desde su origen, desde su propia existencia, sin requerir de un acto posterior en el que la presunción se materialice y se actualice; considerar lo contrario es suponer que al no existir una causa de licitud, la conducta se mantendría presuncionalmente antijurídica, lo que rompe con principios constitucionales de seguridad jurídica y con principios de lógica jurídica.

---

[78] Cfr Celestino PORTE PETIT Apuntamientos Op. Cit Pág 426
[79] Cfr Tratado de Derecho Penal. Tomo III Op Cit Pág 770

No se debe olvidar que, en el estudio del tipo también surgió y se desarrolló la estimación del tipo como ratio essendi de la antijuridicidad, conocida también como teoría de la identidad o de la superación, desarrollada por Edmund MEZGER[80]. En esta tendencia se sostiene que el que actúa típicamente, actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del delito, pues el tipo penal que describe dicho actuar típico, posee la más alta significación de la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción misma, pues la tipicidad es el fundamento real y de validez de aquélla, siempre de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del delito, pues si tal ocurre, la acción no es antijurídica a pesar de su tipicidad.

En otro orden de ideas, se desarrolló la postura de considerar a la antijuridicidad como la ratio essendi del tipo, en tal sentido de desarrollaron los estudios de Mariano JIMÉNEZ HUERTA[81] al estimar que no es en la tipicidad donde debe buscarse la esencia de la antijuridicidad, sino es en ésta donde debe encontrarse la esencia de la tipicidad, ya que si una determinada conducta llega a ser tipificada en las disposiciones penales, lo es porque mientras no concurran otros factores, se considera tan gravemente antijurídica en cuanto contraria a las normas de cultura, en que el Estado encuentra su base jurídica y conforme a las cuales orienta su función creadora de las normas de derecho, que no halla medio más útil el legislador,

---

[80] Cfr Derecho Penal Parte General Op Cit Pág. 132 y ss
[81] Cfr La Tipicidad Op Cit Pág 33.

para defender dichas normas, que declarar aquella conducta delictiva y por ende, sujeta a la sanción penal prevista en la punibilidad conformadora también del tipo.

Finalmente, se consideró al tipo como elemento de concreción y de conocimiento, postura adoptada por Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ[82], quien estimó que el tipo penal sólo tiene una función modesta, la de concreción y de conocimiento; lo primero, cuando existiendo la norma con anterioridad, la tipicidad delimita y encuadra la conducta antijurídica; lo segundo, cuando coincidiendo temporalmente la aparición de la antijuridicidad y el tipo, éste es indispensable al conocimiento de aquélla, es decir, el tipo es puramente descriptivo y determinativo, ya que su único papel es expresar la porción de la antijuridicidad que debe ser sancionada con la pena prevista en el mismo tipo.

Independientemente de las posiciones doctrinales citadas con anterioridad, es innegable, sostiene PORTE PETIT[83] que el tipo existe previamente a la realización de la conducta, e igualmente preexisten las hipótesis del aspecto negativo de la antijuridicidad, es decir, las causas de licitud, por ello, la conducta realizada será antijurídica o lícita, tan pronto se conforme el tipo penal descrito por la ley. En otras palabras, la conducta será típicamente antijurídica o típicamente lícita, pues no puede negarse que desde que nace el elemento objetivo y se adecua al tipo, la conducta típica es lícita o

[82] Cfr Cita de Celestino PORTE PETIT Apuntamientos Op Cit Pág 428
[83] Cfr Apuntamientos Op Cit Pág 429

ilícita, siendo inconcebible la idea de que la licitud de la misma dependa de un acto posterior a su surgimiento o al encuadramiento en el tipo, por ello, desde su origen la conducta será conforme a derecho o contra los mandatos o prohibiciones normativos.

Por otro lado, radica en la estructura del tipo penal un conjunto de elementos que resultan necesarios para la tutela y protección del bien jurídico, tales elementos son el contenido necesario e indispensable para salvaguardar el bien jurídico, pero al mismo tiempo para determinar el alcance de la sanción, es decir, el tipo penal tiene una doble función, respecto a la integración del delito permite determinar las conductas que transgreden los deberes, lo que autoriza a identificar exactamente la conducta que debe ser sancionada, pero al mismo tiempo permite identificar a las conductas que resultan lícitas, es decir, aquellas que no se ubican en su contexto conceptual.

Esta doble función del tipo delimita los alcances sancionadores del Estado, al tutelar bienes de mayor valor, pues sólo se dirigirá la punibilidad a aquellos sujetos que con su conducta se ubiquen en la descripción típica, permitiendo identificar aquellas conductas que son irrelevantes para el derecho penal, por lo que el alcance del Estado será el que se contenga en el tipo, es decir, se garantiza la seguridad jurídica para todos los destinatarios de las normas penales, pues se logra conocer la situación a la que se enfrentan con la ejecución de sus actos.

En la configuración del tipo se utilizan todos aquellos requisitos o elementos que resultan indispensables a la tutela del bien jurídico, pues una de las más grandes críticas que se enderezó al causalismo, es precisamente porque en su contenido se contemplaban no sólo elementos objetivos, sino también elementos subjetivos, además de los normativos, rompiendo con la sistemática del mismo causalismo pues se estimó que los elementos subjetivos sólo podían ser conformadores de la culpabilidad, por lo que, al integrarse en el tipo, su ausencia lejos de constituir una causa de inculpabilidad era una hipótesis de atipicidad, provocando grandes confusiones.

5.- LA ANTIJURIDICIDAD EN EL CAUSALISMO

El tema de la antijuridicidad en la doctrina causalista ha sido muy debatido, pues entre los estudiosos de esta corriente se encuentran distintos puntos de vista respecto a la función que desarrolla en la estructura de la teoría del delito.

Muchos autores enfocaron sus estudios a determinar la función que tiene este elemento en la aparición del delito, sus características, su contenido, su alcance y su propio concepto, determinados por la posición que guarda en esa estructura.

En este sentido, se desentrañó que la antijuridicidad en la integración del delito representaba sólo un carácter del mismo, es decir, que no constituía un elemento del delito, pues en este caso tendría su propia sustantividad, su propia esencia, que le permitiera distinguirse de los restantes elementos que conforman al delito, sin embargo, el presentarse como un dato no aislable conceptualmente, que sea capaz de ser separado intelectualmente, al grado de poder contrastarse con el resto de los elementos del delito, como sucede efectivamente con los que sí tienen esta naturaleza, es por ello que se sostiene que sólo es un carácter de delito

En este orden de ideas, sostiene Alexander GRAF ZU DONHA[84] que la antijuridicidad es una nota que penetra en todas

[84] La Estructura de la Teoría del Delito Traducción de Fontán Balestra Carlos Editorial Abeledo Perrot Buenos Aires Arg 1958 Pág 43

las partes de la entidad criminal calificando a todas ellas, de tal manera que se adiciona como un predicado al resto de los elementos que concurren a integrar el delito, lo que permite explicar que a la voluntad se le identifique como voluntad antijurídica y se pueda hablar de conducta antijurídica, resultado antijurídico, medios antijurídicos; es decir, se le localiza como denominador común en la estructura del delito y no es posible identificar su propia sustancia.

Por otro lado, en los estudios realizados por otros tratadistas consideraron que la antijuridicidad sí constituía un elemento del delito, se fundan al considerar que en el concepto de lo que es elemento se encierra la función de la antijuridicidad, pues es todo aquello que se requiere para constituir, para componer e integrar al delito, por esta razón la antijuridicidad conjuntamente con el resto de los demás requisitos, es indispensable para el análisis del hecho denominado delito. Lo anterior, de ninguna manera significa que aquellos elementos tengan existencia por sí mismos, como separados unos de otros, sino que constituyen una indisoluble unidad pues representa el carácter de un solo hecho.

Al respecto PETROCELLI[85] sostiene que "La antijuridicidad, en particular, es una nota que colora por sí misma cada parte del delito y por tanto, bien puede definirse, bajo este aspecto, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes aptos para producir el contraste con la norma y los efectos jurídicos por ella establecidos: Esta permeabilización de todas

[85] La Antijuridicidad Revista de la Facultad de Derecho UNAM XII México 1963 Pág 203

las partes del ilícito, conduce en ocasiones a confundir la antijuridicidad con el hacho antijurídico; confusión que debe evitarse con todo esmero: La antijuridicidad expresa simplemente una relación de contradicción entre la norma y el hecho; el hecho jurídico, en cambio, es el objeto del calificativo jurídico llamado antijuridicidad."

En otro orden de ideas, respecto a la misma problemática, hay quienes sostienen que la antijuridicidad es un aspecto del delito, es decir, no lo consideran como elemento ya que no es una parte que se pueda desintegrar del todo, de tal manera que el delito al quitarle la antijuridicidad, quede siempre delito, por más que le sea mutilado un órgano. En este sentido, sostiene MAGGIORE[86], la antijuridicidad reviste y compenetra todo el delito "que sólo por un esfuerzo de abstracción puede ser considerado por el aspecto de la antijuridicidad, que en todo delito está presente o sobrentendida la nota de la antijuridicidad."

Finalmente, una importante esfera de la doctrina considera que la antijuridicidad es el delito en sí mismo, es decir, no es un componente, no es un elemento constitutivo del ilícito, sino es mucho más que eso, es la esencia misma, la naturaleza intrínseca, en sí del delito. Esta es la opinión que sostiene Eugenio CUELLO CALON[87] al decir que "la antijuridicidad es el aspecto más relevante del delito, de tal importancia, que para algunos no es un mero

[86] Derecho Penal Tomo I Editorial Temis 5a Ed Bogotá Colombia 1954 Pág 382
[87] Derecho Penal. Tomo I Editorial Ariel 12a Edición Barcelona España 1956 Pág 335

carácter, o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza."

Con independencia de las diversas opiniones, nadie puede negar que en el causalismo revistió este elementos una importancia especial, porque su existencia se justificaba previa presencia de la tipicidad, es decir, en la medida en que la conducta o hecho fueran típicos surgía la necesidad de analizar la antijuridicidad de los mismos, como una consecuencia del elemento precedente, aplicando los principios de causa y efecto en su existencia.

Por otro lado, de las concepciones precedentes, varios autores desprendieron distintas especies de antijuridicidad, es decir, que en base a los conceptos aportados por la doctrina, se llegó a clasificar a la antijuridicidad desde diversos puntos de vista.

En efecto, por un lado, se consideró la existencia de la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material, fundándose para ello en las ideas expuestas, entre otros, por Petrocelli, quien distingue a la antijuridicidad por ser una relación de contradicción entre la norma jurídica y el hecho; en cambio Cuello Calón, sostuvo que la antijuridicidad es la esencia misma del delito, es su naturaleza intrínseca, el delito en sí.

Con estas ideas se arribó a la afirmación de que se pueden distinguir dos especies de antijuridicidad, la formal y la

material, fundándose en dos tendencias diferentes, una de naturaleza formalista y otra de carácter substancialista.

Respecto a la antijuridicidad formal, se ha dicho que una conducta o hecho son formalmente antijurídicos, cuando violan una norma penal prohibitiva o preceptiva.

En esta especie, se encuentra la razón de la antijuridicidad en la violación a los deberes de la norma jurídica, de tal manera que para hablar de la misma debe existir una disposición jurídica, actualizándose con ello el aforismo nullum crimen sine lege que representa la base de la misma.

En este concepto se encuentra una relación entre la tipicidad y la antijuridicidad, pues ambas requieren de la existencia de la norma para su subsistencia, pues no es pensable su presencia sin la norma jurídica, además, en ambas se encuentra presente el contenido de la normas, sólo que desde un plano diverso, para la tipicidad se requiere reunir o colmar el contenido del tipo, en tanto que para la antijuridicidad es necesario hablar de la violación del deber contenido en el precepto, esto permite afirmar que aún cuando haya adecuación al tipo, la antijuridicidad no se presente porque la conducta esté permitida o autorizada por la ley; hablándose en esta situación de una conducta típica lícita.

Esta afirmación conduce entonces a tratar de desentrañar, cuál es la esencia de la antijuridicidad, es decir, qué es lo

que realmente provoca la violación de la norma, si no es suficiente el simple encuadramiento al tipo. Por ello, para efecto de sostener esa realidad que violenta el deber normativo de tal manera que no quede ninguna duda de que estamos en presencia de la antijuridicidad, se ha acudido a la excepción regla, que nos lleva a la conclusión de que una conducta o hecho son antijurídicos, cuando no son lícitos; encontrando de esta forma el concepto negativo de la antijuridicidad.

También en la doctrina causalista se desarrolló el concepto de antijuridicidad material, fundándose para ello, en la distinción de dos criterios que consideran encontrar la esencia de la misma en zonas distintas; por un lado, aquel que la ubica en el campo jurídico y, por otro lado, aquel que refiere que la esencia se ubica fuera del área jurídica, o sea, que la antijuridicidad material es extra-jurídica.

En el primer criterio se sustentó que la esencia de la antijuridicidad material se encuentra en la lesión del bien jurídico o en el peligro de lesionarlo, es decir, el carácter jurídico deriva de la posición que el bien jurídico mantiene en la conformación del tipo penal, pues siendo éste de naturaleza jurídica, la misma naturaleza conserva el bien tutelado y, como consecuencia lógica, es la misma que mantiene su lesión o puesta en peligro.

En cambio, el segundo criterio que considera que la esencia de la antijuridicidad material debe encontrarse fuera del campo jurídico, es decir, que su esencia es extra-jurídica, sostiene

que tiene lugar cuando los hechos y las conductas dañen y perjudiquen a la colectividad, aún cuando no estén previstos en la norma penal, por tanto, su esencia radica en los efectos dañosos que se producen en la sociedad, pues se traduce en la violación de los valores considerados por la colectividad como trascendentes para su convivencia y conservación, aún cuando una norma jurídica no los reconozca y tutele.[88]

Los efectos de ubicar la esencia de la antijuridicidad material en un plano jurídico o extra-jurídico son diversos, pues acogiendo el primer criterio, es decir, dentro del campo jurídico, necesariamente encontraremos a la norma jurídica tutelando bienes de trascendente valor para la colectividad, inclusive, forma parte integrante de esa norma el bien tutelado que permite dar la justificación de la existencia de la norma misma, por tanto, este criterio permitirá encontrar plena coincidencia entre la antijuridicidad material y la formal o nominal, pues ambas contendrán como elemento común, el bien jurídico; radicando su diferenciación sólo en que la antijuridicidad material estará ubicada en la esfera de la lesión o *puesta en peligro del bien jurídico, en tanto que, la antijuridicidad* formal, estará enfocada en la ámbito de la protección y tutela del citado bien.

No ocurre lo mismo si la esencia de la antijuridicidad material se localiza en un plano extra-jurídico o fuera del ámbito

[88] Cfr. Eugenio CUELLO CALÓN Derecho Penal Tomo I Op Cit Pág 338

jurídico, pues con ello no necesariamente encontraremos aspectos coincidentes, ya que su fundamento será diverso.

En efecto, si partimos de que la razón de ser de la antijuridicidad material es el daño a los valores considerados por la colectividad como relevantes para su convivencia, puede ocurrir que los mismos estén reconocidos por la norma jurídica y entonces hablaremos de una coincidencia de ambas antijuridicidades, que sería lo adecuado, sin embargo, puede también presentarse que esos valores aún no estén reconocidos por la norma jurídica aún cuando la colectividad los considere relevantes, por lo que su daño o lesión no implica violación a la norma de derecho, lo que traerá como consecuencia que no necesariamente habrá coincidencia entre ambas, con lo que se puede sostener que podrá haber antijuridicidad material sin que exista la formal; esta situación tiene lugar cuando las conductas o hechos dañen o lesionen valores considerados por la colectividad como relevantes, sin que estén regulados por alguna norma jurídica, por lo que no habrá trasgresión a disposición alguna de derecho, aunque el valor haya sido lesionado.

Por otro lado, también puede ocurrir que, habiendo antijuridicidad formal no exista la material, esto se presenta cuando la norma jurídica contempla en su regulación determinados valores que ya la colectividad no considera como relevantes o trascendentes para su convivencia, por lo que, a pesar de que exista antijuridicidad formal por trasgredirse una norma jurídica que tutela tales valores, la propia

colectividad no los considera con alguna relevancia, no existiendo coincidencia entre ambas especies.

Finalmente, otro caso muy particular que exige una mención especial por provocar en la doctrina diversas discusiones, se presenta cuando la antijuridicidad formal pugne con la material, es decir, que no sólo no lleguen a coincidir las dos antijuridicidades, sino que, como la mayor expresión de su diferencia, choquen y se contrapongan una frente a la otra, por sustentarse en razones antagónicamente diferentes, es decir, cuando los valores considerados por la colectividad como relevantes para su convivencia, sean radicalmente opuestos a los considerados por el legislador en la creación de la norma jurídica, de tal manera que ambos valores, sean opuestos y resultando excluyentes.

Esta es la mayor expresión en la diferenciación entre las dos antijuridicidades, pues no solo son diferentes por contener fundamentos distintos, sino que cada una adopta valores excluyentes por resultar opuestos. Este problema debe tener una solución, acorde con el sistema de derecho adoptado, según la orientación que persiga y dependiendo de su funcionalidad en la sociedad a la que se dirige.

Para dar solución al problema de pugna de antijuridicidades, Franz VON LISZT sostiene que ante el conflicto o choque de las antijuridicidades, triunfa la antijuridicidad formal o nominal, pues la ilegalidad formal y material pueden discrepar, y no es presumible una contradicción semejante entre el contenido material

del acto y su apreciación jurídica positiva, pero no es imposible, y en caso de que exista, el Juez está ligado por la ley.[89]

Finalmente, debe recordarse que lo adecuado es que la antijuridicidad material coincida con la formal, pues esto representaría la funcionalidad del sistema de derecho, es decir, la correspondencia entre los valores estimados por la colectividad como relevantes y aquellos acogidos por el legislador en la configuración de la norma, serán idénticos; lo que representaría una adecuada conformación de la norma pues el legislador se presentará siempre sensible de lo que requiere la sociedad para su desarrollo y convivencia, de tal suerte que el daño que se produzca en los valores estimados por la sociedad se vean reflejados en la trasgresión normativa, lo que significa que el legislador retomó de la realidad social circundante aquello que requiere el grupo social para su buena organización, cambiante y modificable según los avances de la misma.

Otro tema de gran importancia que desarrolló el sistema causalista, fue la de distinguir la antijuridicidad objetiva y subjetiva, pues el tratamiento que dio a los elementos subjetivos o internos de la figura delictiva, los ubicó, en su sistemática, en una posición distinta a las diversas corrientes surgidas con posterioridad.

---

[89] Cfr Tratado de Derecho Penal Tomo II Editorial Reus Traducción de Luis Jiménez de Asúa 20a Edición 4a Edición en español Madrid España 1999 Pág 337

En este sentido, se consideró que la antijuridicidad es objetiva cuando una conducta o hecho violan una norma penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento subjetivo, la culpabilidad. La circunstancia de que la antijuridicidad tenga naturaleza objetiva, significa que constituye una valoración de la fase externa de la conducta o del hecho.[90]

Como se advierte, el alcance y contenido de esta especie de antijuridicidad, entraña la valoración de la conducta desprovista de cualquier elemento interno o subjetivo que pueda tener el sujeto al momento de ejecutarla, así como las condiciones personales del mismo, es decir, la valoración de la misma se funda en aspectos externos del sujeto, sin que para su estimación se atienda a las condiciones psicológicas o emocionales del individuo ejecutor de la acción o de la omisión.

Lo anterior adquiere importancia, pues con ello se aprecia la conducta independientemente de si el sujeto posee la capacidad de culpabilidad, es decir, que si el activo de la acción, al momento de ejecutarla carece de dicha capacidad por encontrarse en un estado inimputable, es intrascendente dicho estado personal para la existencia de la antijuridicidad, por su carácter objetivo, de lo anterior el causalismo sostuvo que los inimputables pueden actuar antijurídicamente, pues la culpabilidad o la capacidad para ella, corresponde a otro elemento del delito que en nada influye para la

[90] Cfr. Eugenio CUELLO CALON. Derecho Penal. Tomo I. Op. Cit. Pág. 335

existencia de aquélla, considerando como antijurídico el actuar del sujeto.

En este sentido se ha pronunciado Celestino PORTE PETIT[91] al sostener que "la teoría de la antijuridicidad objetiva es a nuestro juicio la única que tiene validez, pues la antijuridicidad es independiente, autónoma de la culpabilidad. Para que exista delito, es indispensable la culpabilidad, pero ésta no lo es para la existencia de la antijuridicidad. De aquí que ésta última, de acuerdo con la prelación lógica de las notas características del delito, es presupuesto de la culpabilidad, sin que a su vez, la culpabilidad, lo sea de la antijuridicidad. Una conducta no puede ser culpable si no es antijurídica, pero puede ser antijurídica sin ser culpable, dándose en este último caso una hipótesis de inculpabilidad."

En cambio, la antijuridicidad subjetiva, que es la segunda especie bajo este criterio de clasificación, representa la antítesis de la objetividad de la misma, es decir, que el carácter subjetivo consiste, en que la conducta o hecho son antijurídicos no sólo cuando violan una norma penal, sino además cuando concurren elementos subjetivos, por lo que la valoración comprende la fase interna de la conducta o del hecho, no siendo suficiente el ámbito externo de la misma.

Con este criterio, el actuar del sujeto sólo será antijurídico en la medida en que posea capacidad de culpabilidad, es

[91] Apuntamientos Op. Cit Pág 487

decir, cuando dirija su conducta precisamente con conocimiento y en forma voluntaria a la trasgresión de la norma penal, por ello, su capacidad de comprender el carácter antijurídico de sus actuar, es indispensable para la existencia de la antijuridicidad, con lo que, la valoración, como ya se dijo, comprender el aspecto interno de la acción o de la omisión, según la modalidad del actuar del sujeto.

Como se advierte, el causalismo siempre se inclinó por estimar como adecuada a la antijuridicidad objetiva, precisamente porque sus principios se sustentaron en la idea de la causa y efecto, de tal suerte que la voluntad del sujeto era considerada como la causa de su actuar y éste la cusa de la trasgresión de la norma penal, en ambos casos, desprovistos de elementos subjetivos o internos o de condiciones personales del individuo, pues la objetividad era la base y fundamento del sistema, colocando el ámbito subjetivo en la culpabilidad del delito.

Finalmente, se llegó a mencionar en el causalismo la denominada antijuridicidad general y la especial o penal, radicando su diferenciación según el ámbito en el cual operan, es decir, la primera tiene una connotación amplia, que abarca a todo el sistema jurídico, no permitiendo distinguir alguna especie, pues corresponde a la naturaleza misma del derecho considerado como una ordenación unitaria de vida. En este sentido se ha pronunciado, entre otros, DEL ROSAL[92] quien ha dicho que "no existe una antijuridicidad especial, concreta..."

[92] Cfr. Derecho Penal Español. Tomo I. Madrid España. 1960. pág. 290

En cambio, la antijuridicidad penal, como especial de esta área del derecho, por implicar la contradicción entre un hecho y una norma jurídica, la relación misma no puede existir sino entre un hecho y una norma determinada y, consiguientemente, pertenece a una determinada norma del derecho, con lo que, habrá tantas antijuridicidades como especies de normas jurídicas existan, pudiéndose clasificar según la naturaleza de las mismas.

En este sentido se ha pronunciado PETROCELLI[93] al decir que "No es posible hablar de una antijuridicidad en general, sino sólo de una antijuridicidad penal, o civil, o administrativa, etc. Si el hecho, por sus diversos aspectos y efectos, está en contradicción con normas pertenecientes a diversas ramas del derecho, tendremos, a la vez, una antijuridicidad penal y civil, o penal y administrativa, etc. pero nunca una antijuridicidad simplemente, referible al derecho en general."

Como un tema especial, se desarrollaron en los estudios sobre la antijuridicidad diversos puntos de vista relativos a la idea de la antijuridicidad especial tipificada, pues algunos autores consideraron necesario que como parte del contenido del tipo penal, se incluyera la determinación de las conductas o hechos antijurídicos, es decir, que se lograra incrustar en el tipo las menciones claras y específicas de qué conductas son consideradas antijurídicas. Lo

[93] La Antijuridicidad. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México XII México. 1963 Pág. 154

anterior permitirá, que "en la hipótesis en que la antijuridicidad no está expresamente mencionada, la realización del hecho es normalmente ilícita y excepcionalmente justificada, y en la hipótesis por el contrario, de particular mención de la antijuridicidad, el hecho ejecutado debe considerarse normalmente lícito y excepcionalmente ilícito." [94]

Sin embargo, otros autores como Celestino PORTE PETIT[95], consideran que la antijuridicidad especial tipificada es irrelevante e innecesaria, ya que para saber si una conducta o hecho son antijurídicos es suficiente y útil el procedimiento de excepción regla.

[94] Cfr. Celestino PORTE PETIT Apuntamientos Op Cit Pág 489
[95] Cfr. Apuntamientos Op Cit Pág 489

6. LA IMPUTABILIDAD Y CULPABILIDAD, SU PROBLEMÁTICA EN LA TEORÍA CAUSALISTA.

El estudio de estos dos elementos del delito en la estructura de la teoría causalista, implicaron múltiples y diversos problemas, desde los conceptos, su contenido y la posición que guardaron en la estructura del delito, pues dentro del mismo causalismo hubieron opiniones encontradas sobre la función que debía atribuírseles a cada una de las notas indicadas.

En primer lugar, el estudio conjunto de estos dos elementos, responde a cuestiones de naturaleza metodológica, pues ambos, en la estructura causalista, representaron el ámbito subjetivo del delito, es decir, son el aspecto interno o personal del individuo en la ejecución de la conducta delictiva, por ello, aún cuando conservan su contenido individual y su tratamiento, no se desconoce en esta estructura que constituyen elementos subjetivos.

En primer término debemos decir que el problema de la imputabilidad, mantiene raíces profundamente impregnadas de conceptos filosóficos, todos ellos dirigidos a la solución de los problemas derivados de las causas y formas del comportamiento humano, pues las razones por las que el hombre se ha considerado imputable, responden a diversos fundamentos, que se pueden resumir en dos grandes orientaciones filosóficas: el libre albedrío y el determinismo.

Por cuanto hace a la concepción sustentada en el libre albedrío, la idea parte desde la orientación de ARISTÓTELES[96], quien sostiene que "solo se comete delito o se hace un acto justo cuando se obra voluntariamente, lo mismo en uno que en otro caso; pero cuando se obra sin querer, no se es justo ni injusto a no ser indirectamente; porque al obrar así sólo, se ha sido justo o injusto por accidente. Lo que hay de voluntario o involuntario en la acción es lo que constituye la inequidad o la justicia."

Por su parte, Sergio VELA TREVIÑO[97] asienta que "El acto voluntario, es aquel cuyo principio está en el agente mismo, quien conoce los pormenores de todas las condiciones que su acción encierra; mientras que el acto involuntario se realiza obligado por fuerza mayor o impelido por la ignorancia. No se trata, en el caso de actos involuntarios, de que han sido realizados a instancias de la fuerza física ejercida sobre el agente, sino que debe entenderse que interviene la fuerza mayor cuando la causa del comportamiento es exterior y de tal naturaleza, que el ser que obra y sufre no contribuye en nada a esta causa..."

Comentando las ideas de Aristóteles como filósofo esencial en esta tendencia, el autor en comento sostiene que "La voluntad que matiza el comportamiento humano como propio del agente actuante, radica en el libre albedrío, en oposición conceptual

---

[96] Moral a Nicómaco. Editorial Porrúa 1987 Pág 209
[97] Culpabilidad e Inculpabilidad Editorial Trillas 1a Ed México 1973 Pág 7

con la necesidad. Será acto voluntario, en estas condiciones, lo que se hace o deja de hacer sin verse precisado a ello por la necesidad, y como acto correspondiente al propio pensamiento, cuando se valora y realiza reflexivamente una elección, o sea cuando conociendo y sabiendo diferentes formas posibles de actuar, se acoge libremente la que se prefiere y se actúa en consideración."[98]

Según se desprende tanto de lo expuesto por Aristóteles como de los comentarios del autor en cita, el hombre llega a ser responsable de las consecuencias de sus actos porque es libre, es decir, porque tiene voluntad para decidir y para elegir el comportamiento que prefiere según sus propias condiciones personales y especiales del momento, ejecutando su conducta sin estar bajo una necesidad de hacerlo en un sentido determinado, es decir, en una especial forma precisa y determinada. Por tal motivo, "del libre albedrío resulta la imputabilidad que fundamenta la responsabilidad moral."[99]

La trascendencia de la teoría de Aristóteles es que ha permanecido a lo largo del tiempo y ha servido de fundamento a las diversas corrientes del pensamiento, que se han desarrollado en torno a los elementos subjetivos del delito, es decir, ha sido materia de análisis y estudios por los más connotados tratadistas que se han preocupado por encontrar el alcance y contenido tanto de la imputabilidad como de la culpabilidad según la interpretación que se le

[98] Sergio VELA TREVIÑO. Culpabilidad e Inculpabilidad Op Cit Pág 7
[99] Cfi Sergio VELA TREVIÑO Culpabilidad e Inculpabilidad Op Cit Pág 7

ha dado a esta tendencia filosófica, únicamente difieren con relación a las denominaciones y a las modificaciones que formulan de los planteamientos asentados por este filósofo, pero, en última instancia arriban a las mismas o semejantes conclusiones.

No se debe pasar por alto, que al lado del pensamiento filosófico de Aristóteles, se encuentran las ideas de Santo TOMÁS DE AQUINO[100], quien, entre otras cosas, sostiene que la libre autodeterminación de que goza el hombre, después del suficiente conocimiento, es el fundamento sobre el que se construye la imputabilidad; de esa autodeterminación nacerán las acciones u omisiones y ellas sólo en cuanto proceden de nuestra libre voluntad, pueden sernos imputadas para mérito o para culpa, para alabanza o para censura.

La idea fundamental de este filósofo se resume en la afirmación de que "Entonces se imputa el acto al agente cuando dicho acto está en su potestad, de tal modo que tenga dominio sobre él."[101]

Como la antítesis del libre albedrío, surge la corriente determinista o determinismo[102], reproducida entre otros, por John

---

[100] Summa Teológica Editorial Porrúa Colección Sepan Cuantos México Pág 21

[101] Santo TOMAS DE AQUINO Summa Teológica Op Cit 21

[102] En el ámbito de la filosofía, el determinismo es una doctrina según la cual cada hecho del universo acontece según una ley Como teoría, aparece en el atomismo de Demócrito de Abdera Éste reflexionó sobre las propiedades de impenetrabilidad, movimiento y choque de la materia y sólo admitió la causación mecánica Este término fue aplicado por Sir William Hamilton (1788 – 1856) a la doctrina de Hobbes para distinguirla de una doctrina más antigua del fatalismo Doctrina según la cual todos los hechos del universo físico y también de la historia humana dependen absolutamente de sus causas y están condicionados por ella En psicología: Teoría de que la voluntad no es libre, sino que está determinada por condiciones psíquicas o físicas Sinónimo de fatalismo, necesitarismo, destino (Cfr Dagobert D RUNES Diccionario de Filosofía Op Cit Pág 96.)

STUART MILL[103]; esta corriente del pensamiento tiene como fundamento la negación de la libertad humana que en el ámbito del derecho penal su influencia fue muy importante.

En efecto, con relación al determinismo Francesco CARRARA[104] sostiene que "El hombre que delinque está necesariamente sometido a un determinismo que le imponen las desgraciadas condiciones de su organismo y el conjunto de causas circundantes que impelen al delito, en medio de las cuales se encuentra abandonado."

Esta corriente determinista, dice Sergio VELA TREVIÑO[105], "inspiró las concepciones positivistas que existen en el Derecho Penal y,...podemos decir, que el positivismo tiene un doble aspecto determinista: 1. La conducta del hombre tiene que ocurrir porque así está determinada, y 2. Incumbe a la sociedad defenderse de esas conductas que la dañan, surge así el concepto de lo que Ferri denominó responsabilidad social."

Las diferentes concepciones deterministas, agrega el citado autor, llevan una nota común que las vincula filosóficamente: la negación de la voluntad individual y, por lo mismo, de la responsabilidad moral. La razón y causa de la realización de actos lesivos que se reputan antisociales o criminales, nada tienen que ver,

[103] Libertad Editorial Porrúa Pág 45
[104] Programa de Derecho Criminal Editorial Temis Bogotá Colombia 1956 Parágrafo 35
[105] Culpabilidad e Inculpabilidad Op Cit Pág 9

en lo esencial, con la libertad, ya que el acto fatalmente debe ocurrir por causas ajenas a la autodeterminación.[106]

Con las ideas anteriores, es válida la afirmación de que el determinismo filosófico creó el positivismo en el campo propio del Derecho Penal, las concepciones positivistas respecto a la imputabilidad produjeron, indudablemente, nuevos ángulos para el estudio de esta materia.

En efecto, Enrico FERRI[107] sostuvo que todo ser viviente lucha por su propia existencia y todo acto que ofende en él las condiciones naturales de la existencia, individual o social, determina de su parte una reacción directa o indirectamente defensiva, ya sea que pueda servir para evitar desde las consecuencias dañosas de ese ataque, o reprimiendo al autor y tratando de evitar la repetición futura.

Como se desprende de las ideas del sociólogo, cuya influencia en la escuela positiva fue tan importante que ha sido considerado uno de los evangelistas, se desprende que el determinismo en su máxima expresión está dado en dos vertientes: por un lado, el mecanismo que determina al individuo a ser un ente perjudicial para la sociedad y, por el otro, el determinismo de esta última de defenderse.

---

[106] Cfr. Sergio VELA TREVIÑO. Culpabilidad e Inculpabilidad. Op. Cit. Pág. 11

[107] Citado por Carlos FONTAN BALESTRA. Tratado de Derecho penal. Tomo I. Op. Cit. Págs. 330 y ss.

La anterior es la más adecuada y propia interpretación del determinismo y su influencia en el derecho penal, por ello, es impensable que bajo el pretexto del determinismo se justifique la existencia del delito sin fincar la debida responsabilidad y la correspondiente sanción, es decir, que la inexistencia de la libertad individual no se traduce en que el hombre se vuelva irresponsable de sus actos, sino tan sólo que para exigir responsabilidad es necesario encontrar un fundamento diferente al de la libertad.

Por esta razón, con la presencia del determinismo, la nueva fundamentación para exigir responsabilidad, se halla al transferir la libertad individual del hombre a la sociedad en donde convive, es decir, que el individuo existe como tal, únicamente en cuanto es parte de una sociedad determinada y ésta, ante la presencia de una conducta impropia de sus miembros, se encuentra en la ineludible necesidad de proveer a su propia conservación, por ello, el derecho de castigar radica en la sociedad, pues el hombre es siempre responsable de sus actos por el simple hecho de ser parte integrante de la sociedad en la cual se desarrolla, siendo éste el alcance de la responsabilidad social que vino a sustituir al concepto de libertad individual, que en la corriente anterior del libre albedrío era el fundamento de la responsabilidad moral.

Como se advierte, estas dos concepciones filosóficas, representan los extremos en el fundamento del comportamiento del hombre, por un lado, estimar que el mismo goza de libre albedrío y, por el otro, considerar que dicho individuo se

encuentra determinado en su actuar, es decir, la aplicación clara de la corriente determinista. Estos dos extremos, provocaron que en el estudio de la imputabilidad hayan surgido las llamadas posiciones eclécticas, que buscaron construir las bases de este elemento sin recurrir al concepto tan polémico de la libertad.

En esta última orientación ha sido ubicado el pensamiento de Franz VON LISZT[108], a quien se le considera uno de *los principales exponentes de la teoría causalista y a quien se le debe* el estudio integral y sistemático de la acción en el delito, sin embargo, también se ocupó del análisis de los restantes elementos que, según su concepción, integraban el delito.

Por esta razón, respecto a la imputabilidad, sostiene que para poder llegar a la imputación de una conducta antisocial, es necesario que el sujeto tenga la capacidad de saber conducirse socialmente, entendiéndose por esto último, que pueda observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres; por ello, la imputabilidad presupone, que la psiquis del sujeto posea las facultades necesarias de representación que le permitan una completa valoración social de sus actos y que la asociación de representaciones que como función psíquica se realiza, se produzca con normalidad.

De esta afirmación se deriva la razón por la que llega a definir a la imputabilidad como la facultad de determinación normal,

[108] Tratado de Derecho Penal. Tomo II Op Cit Pág 396

siendo imputable el hombre que tenga desarrollo mental y se encuentre mentalmente sano, por ello, tanto la determinación que debe ser normal y la normal fuerza motivadora de las representaciones son la esencia de la imputabilidad.

El alcance del concepto de normal determinabilidad, que utiliza el autor en cita para fundamentar la imputabilidad, es en el sentido de que con ello expresa la facultad normal de decidirse a instancias de ciertos motivos, la impresionabilidad, a raíz de esos motivos ante la conminación y la imposición del castigo, presuponiéndose por ello el estado normal del hombre anímicamente maduro y sano.

Esta teoría de la normal determinabilidad fue severamente criticada por algunos autores bajo el argumento de que si el obrar del hombre está necesariamente impulsado por motivos, entonces qué trascendencia tiene para la imputabilidad que sea normal o anormalmente determinable, pues en ninguno de los dos casos tiene efecto alguno sobre el propio querer del sujeto, por ello, no hay ninguna razón sólida para explicar que se imputen acciones al normalmente determinable de un modo esencialmente diferente que el anormalmente determinable, pues bajo la corriente determinista, no es concebible suponer que pueda traspasar más una ley quien es normalmente determinable, que aquel sujeto que no tiene esta normalidad, toda vez que la ley es única y general.

Como se advierte de los argumentos expuesto por VON LISZT[109], la determinabilidad normal tiene como esencia el contenido normal de la representación, es decir, la facultad mental que permite la valoración de la conducta previa a su realización y una normal fuerza motivadora de la propia conducta, pero esta por sí misma no es productora de la conducta en forma imprescindible, sino que siempre hay en el individuo una previa valoración a través de las representaciones de la conciencia, lo que implica que en realidad lo que se está haciendo es confirmar la tesis de la libertad como fundamento de la imputabilidad.

Por otro lado, la fuerza impulsiva que determina la conducta, para constituir la imputabilidad, tiene que ser normal en su valoración previa y en su poder impulsor, ya que de otra manera estaríamos ante ciertas anormalidades que excluyen la imputabilidad.

La normal motivación viene a ser, en estas condiciones, la libertad de que el individuo goza para actuar de cierta y determinada forma y, de la opción hecha, surge la imputabilidad de la conducta, previa aceptación de un hombre libre.

Por su parte ALIMENA[110] estima que el fundamento de la imputabilidad penal descansa no sólo en la responsabilidad social, sino también en la capacidad para sentir la coacción psicológica ejercida por la persona, lo que significa una exposición

---

[109] Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Op. Cit. Pág. 396

[110] Cfr: Eugenio CUELLO CALON. Derecho Penal. Tomo II. Op. Cit. Pág. 408.

ecléctica en la que se toma en cuenta la doble base de la responsabilidad social, según los conceptos deterministas y, además, la individual capacidad de percibir la coacción conminativa que la pena genéricamente establecida impone a los individuos.

La explicación de las afirmaciones expuestas en líneas precedentes la podemos exponer en el sentido de que la punibilidad como conminación de pérdida de bienes jurídicos, formulada por el legislador y dirigida a todos aquellos que pudieren transgredir los deberes derivados de las normas, se destina precisamente a todos los individuos, pues con ello se logra someterlos al imperio de la ley, pudiéndose resumir en las siguientes frases: aquel que cometa determinado delito, sufrirá determinada pena. En este sentido, si el sujeto es capaz de sentir la coacción intimidatoria, entonces es imputable, esto se deduce de toda la exposición que sostiene el citado autor.

Sin embargo, la precisión del contenido de la imputabilidad no es tan sencillo, pues la simple capacidad de sentir no resuelve nada acerca de la imputabilidad referida al hecho concreto; aunque el sujeto sea capaz de percibir la intimidación, en un momento dado puede actuar por ciertos motivos en condiciones que anularán esa capacidad, o bien, podría no percibir la fuerza intimidatoria, no obstante lo cual en algunos casos sería imputable, con lo que en el estudio de este elemento, debe indicarse dos especies de imputabilidad que adquieren trascendencia en la integración del delito: la imputabilidad genérica o general, necesaria para todo tipo de actos

y, la imputabilidad especial, referida en forma concreta y particular al hecho o conducta ejecutada. Por ello, la simple capacidad de sentir no hace desaparecer la libertad que se tiene para actuar o dejar de hacerlo.

Como se advierte de las posiciones doctrinarias, el problema de la imputabilidad del hombre tiene una estrecha vinculación con el concepto y alcance de la libertad, pues, mientras la concepción del libre albedrío la considera como pilar sobre la que debe fincarse la misma, en el determinismo se considera como nula e inexistente tal libertad, pero ambas oscilan alrededor de tal concepto.

En la elaboración del concepto de imputabilidad, debe ubicarse, en primer lugar su adecuada posición, según su naturaleza jurídica, pues sólo es explicable en el ámbito del derecho y, las repercusiones que en torno a la misma se desarrollan en esta área, además, la estrecha vinculación que mantiene con la naturaleza del ser humano, pues sólo tiene cabida en razón de esas determinadas características que posee y que lo distinguen de otros seres, que aunque cohabitan el mismo planeta son de características diferentes y diversas.

Nadie puede negar que el ser humano es considerado como parte del reino animal, de tal forma que en su conformación natural, en tiempos de su origen, actuaba con instintos y bajo la necesidad de supervivencia. Sin embargo, conforme fue evolucionando algunas características naturales comenzó no sólo a

dominar, sino a superar, que permitieron distinguirlo del resto del mismo reino.

Es innegable que bajo esta perspectiva, el ser humano también conserva en un reducido número determinados instintos que responden a su naturaleza, sin embargo, la evolución permitió que desarrollara en mejor medida que el resto de las especies, su inteligencia. Es gracias a esta inteligencia como el ser humano llegó a convivir en sociedad y permitió un patrono de conducta, pues logró someter a la misma sus propios instintos, de tal manera que con inteligencia e instintos quedó conformada su unidad.[111]

Al respecto, Sergio VELA TREVIÑO[112] sostiene que "De aquí podemos obtener una primera conclusión, que se formularía expresando que el hombre es un ser inteligente con facultades para actuar o bien, dejar de hacerlo en función de su inteligencia natural,"

En una consideración reflexiva de la inteligencia del ser humano, se advierte que en el desarrollo de su comportamiento exterior, mediante el cual se manifiesta en la vida social, previamente y dentro de sí mismo ha realizado "el proceso relativo a la superación de las formas instintivas de comportamiento, determinadas por los impulsos o estímulos esenciales y, dominándolos, les otorga un contenido de voluntad que los convierte en comportamientos

[111] Cfr Federico ENGELS El Papel del Trabajo en la Transformación del Mono en Hombre Ediciones Quinto Sol. México 1994. Pág 14 y ss
[112] Culpabilidad e Inculpabilidad. Op Cit Pág 16

impregnados de la propia individualidad. Así, el hombre actúa en función de actos determinados por su voluntad, que confiere la calidad de actos volitivos a su forma de manifestarse en el mundo exterior. Son excepcionales en el diario acontecer, aquellos actos humanos puramente instintivos o carentes de un contenido motivador proveniente de la voluntad. Estos actos de excepción son irrelevantes para el derecho penal, precisamente porque no corresponden a la íntima naturaleza humana al carecer de voluntad. De lo dicho se llega a otra conclusión como complemento de la idea precedente, que puede expresarse diciendo que el hombre, siendo un ser inteligente, ejerce su facultad de actuar o dejar de hacerlo mediante la voluntad, que forma parte de su naturaleza."[113]

Cuando realiza el proceso que determina su voluntad, el hombre aplica internamente sus facultades de comprensión, obteniendo así el sentido que atribuye a las causas de su comportamiento.

Sabido es que en el comportamiento humano existen diversas causa motivadoras, tanto de índole interna como externa; de la conjunción de esas causas se obtiene el pensamiento que se convierte así en el fundamento de la comprensión, o sea, que todos los factores concurrentes en un momento determinado forman una unidad que dentro de sí comprenden al hombre, dentro de sí comprende, por la propia virtud de su inteligencia. Realizada la comprensión, el ser humano le confiere un sentido que funciona

[113] Sergio VELA TREVIÑO Culpabilidad e Inculpabilidad Op Cit Págs 16 y 17

valorativamente y hacia ese sentido encamina su voluntad; la voluntad, dirigida por el sentido que la comprensión del hombre le señala, determina el ejercicio de sus funciones como un ser inteligente. El sentido que se confiere al pensamiento y que se exterioriza en el acto de voluntad, viene a ser la manifestación de la libre voluntad, que sería la capacidad de poder determinarse de acuerdo con el sentido de comprensión.

La libertad, según se puede deducir de toda la exposición precedente y para los efectos de la imputabilidad, es la facultad del hombre para actuar conforme a su voluntad, entendiendo por voluntad, en este tema, la capacidad de autodeterminación, conforme con el sentido; constituyendo un presupuesto de la imputabilidad, ya que únicamente quienes satisfagan el principio de autodeterminación podrán mantener el sentido de comprensión que son los elementos que constituyen la imputabilidad.

La libertad o posibilidad de autodeterminación, únicamente significa que el hombre debe poseer un contenido de voluntad suficiente para encauzar su conducta. Con esto, sin embargo, no se ha llenado el contenido conceptual de la imputabilidad, pues existen voluntades que pueden satisfacer el concepto jurídico penal de la libertad y no ser fundamentadoras de la imputabilidad y posteriormente de la culpabilidad. En los menores, como en los enajenados o enfermos mentales, hay una voluntad que se manifiesta exteriormente en uso de la facultad de autodeterminación y, no obstante, no hay imputabilidad porque falta en ellos y así lo establece

la ley, la suficiente comprensión de lo lícito de su hacer y de su actuar conforme a este conocimiento y comprensión.

Con lo precedente tenemos ya el otro ingrediente esencial de la imputabilidad, que es la capacidad de comprensión de lo ilícito. Por comprensión, para los efectos de la imputabilidad, debe entenderse la posibilidad de penetrar intelectualmente en las cosas, siendo en este caso el concepto de cosa como sinónimo del contenido de lo antijurídico de la conducta. Para captar el contenido de las antijuridicidades, es indispensable poseer el desarrollo intelectual y psíquico suficientemente desarrollado, que permita la real obtención de la calidad de lo que atributivamente corresponde a la cosa; la misma cosa (contenido de la antijuridicidad), puede ser comprendida en formas diversas según sea el sujeto que trata de captar su contenido.

Por la multiplicidad de formas como puede ser captada la esencia de la antijuridicidad, por el carácter heterogéneo de los sujetos, es como se llaga a justificar que debemos recurrir a la ley para que determine las formas normales de comprensión de lo antijurídico, aunque no es del todo integral y completas, sus propias disposiciones, en algunas ocasiones; sin embargo, es un marco de referencia objetivo, que permite valorar esta comprensión apartándose de las condiciones peculiares del sujeto

Por esta necesidad de recurrir a la ley, podemos considerar que en el concepto de la imputabilidad debemos incluir

ingredientes normativos, ya que será el propio sistema el que determine quiénes y bajo qué condiciones serán considerados imputables para fincar el juicio relativo a la culpabilidad.

De las diversas reflexiones sobre el contenido, elementos y alcance de la imputabilidad como esencial para la existencia del delito, se puede llega a conceptuar en el sentido de que la "imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuridicidad de su conducta."[114]

Con esta definición, el contenido de la imputabilidad queda resumida en dos aspectos fundamentales, por un lado, la capacidad de querer, elemento en el que se encierra precisamente la autodeterminación del sujeto, con lo que se acoge la capacidad de voluntabilidad, pues representa la posibilidad de que el sujeto se dirija en sus actos como una respuesta a su propia decisión, es decir, en base al querer del individuo; por otra parte, la capacidad de entender, este elemento que engloba la aptitud del sujeto para conocer y comprender la trascendencia de su conducta en el ámbito del derecho, de tal suerte, que cuando la misma transgrede normas imperativas o prohibitivas, el sujeto debe conocer el carácter antijurídico de su actuar a lo que se le llama, también, conciencia de la antijuridicidad.

En el carácter causalista del delito, encontramos una más de las vinculaciones de los elementos que lo conforman, en

[114] Cfr. Sergio VELA TREVIÑO. Culpabilidad E Inculpabilidad Op Cit Págs. 18 y 19.

especial, en este aspecto, la antijuridicidad y la imputabilidad, pues mientras aquella se presenta cuando la conducta o hecho siendo típicos, no le asiste al sujeto ninguna causa de licitud, ésta, la imputabilidad, es conciencia y conocimiento de esa trasgresión normativa o ausencia de existencia de causas de licitud, por ello, ambos elementos se vinculan respecto de la conducta del sujeto y la conciencia de la misma.

Con relación a este apartado no se debe soslayar, que en la doctrina, se han desarrollado opiniones respecto al concepto de la imputabilidad, tomando como marco de referencia algunos otros aspectos con lo que se vincula su propia esencia y sobre los cuales inciden sus efectos, tales como: capacidad de acción, capacidad de deber, capacidad de pena, capacidad jurídico penal, capacidad de delito y, capacidad de conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente.[115]

Otro tema de gran trascendencia respecto a la imputabilidad, es el relativo a la posición sistemática que guarda en la conformación del delito, pues mientras para algunos en la estructura causalista, es considerada como elemento, para otros, es presupuesto general del delito, inclusive, se ha concebido la idea de que representa un presupuesto de la culpabilidad, o para otros tantos autores, forma parte elemental de la propia culpabilidad.

---

[115] Cfr. Eduardo LOPEZ BETANCOURT Imputabilidad y Culpabilidad Editorial Porrúa 1a Ed México 1993 Pág. 4 y ss.

a).- La imputabilidad como elemento del delito.- Esta concepción ha sido expuesto por diversos autores, entre los que destacan las afirmaciones de Celestino PORTE PETIT[116] quien al mencionar los elementos del delito que se obtienen dogmáticamente de las disposiciones del Código Penal, considera que la imputabilidad es elemento que se obtiene cuando no concurre la excepción regla prevista en disposiciones de la propia legislación; inclusive, al analizar las prelación lógica de los elementos del delito, vuelve a reiterar su afirmación en el sentido de que la imputabilidad sí es elemento del propio delito.

b).- La imputabilidad como presupuesto general del delito. Esta concepción es sostenida por todos aquellos autores que afirman que la imputabilidad debe existe antes de cualquier elemento del delito, es decir, acogiendo en su integridad la corriente de Manzini, creador de la teoría de los presupuestos penales, en especial la clasificación que introdujo respecto a los presupuestos generales del delito, se llega a sostener que la capacidad de querer y de entender, integradores de la imputabilidad, deben existir antes de que el propio sujeto desarrolle y ejecute la conducta, pues sólo así se podrá hablar de que la misma tiene trascendencia para el derecho penal, pues de lo contrario, si el sujeto no cuenta con estas capacidades, no es concebible la trascendencia penal de su actuar.

Es indudable, se sostiene en esta corriente, que el sujeto y sus propias capacidades deben existir antes de que la

[116] Cfr. Apuntamiento Op. Cit. Págs. 250 y ss

conducta exista, pues no puede estimarse que estas capacidades surjan concomitantemente o en forma subsecuente a la realización de la misma, pues es tanto como suponer que el sujeto primero actúa y posteriormente adquiere la capacidad, lo que no responde a principios de lógica elemental esta afirmación, por tanto, la imputabilidad integrada por esas dos capacidades, siempre debe existir antes de que se realice la propia conducta.

c).- La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.- Esta tendencia es sostenida, entre otros, por Luis JIMÉNEZ DE ASUA[117], quien afirma que "a pesar de ser partidarios de la teoría normativa, la imputabilidad no es un elemento o característica de la culpabilidad, sino que asume el papel de presupuesto de ella. Lo es precisamente por tratarse de un problema de capacidad. En trance metódico podría alegarse contra nuestro sistema, que si la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, es necesario que nos ocupemos de aquella antes de ésta. El reparo parece ser convincente. Pero no puede olvidarse que, por lo mismo que se trata de la capacidad (de acción, de culpa, de pena, etc. según los pareceres de los autores), no puede independizarse del sujeto; es decir, del estudio del sujeto activo del delito (delincuente). Por eso los modernos autores italianos que no son positivistas, enclavan la imputabilidad en la parte en que desarrollan el análisis del delincuente, habiendo tratado antes el análisis de la culpabilidad como característica del delito."

[117] Tratado de Derecho Penal. Tomo V La Culpabilidad Pág 74

d).- La imputabilidad como elemento de la culpabilidad.- Esta corriente de opinión, aún cuando no es del corte causalista, también fue tratada en la estructura de esta tendencia doctrinal, inclusive varios de los autores abordaron su estudio con la única finalidad de demostrar su inconsistencia doctrinal en la estructura del delito sin tener muchos resultados, por ello, aún cuando no responde a los principios de causa y efecto, se abordó su análisis.

En este sentido Edmund MEZGER[118] sostiene que "al lado del dolo y de la culpa, pertenecen a la culpabilidad la imputabilidad del autor y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad," agregando el autor en cita que "la culpabilidad exige en el caso concreto como característica de la misma una determinada disposición o estado de la personalidad del agente: la llamada imputabilidad. En consecuencia, la teoría de la imputabilidad constituye una parte integrante de la teoría de la culpabilidad."

Esta tendencia de opinión fue desarrollada, entre otros autores, por Hans WELZEL[119] a quien se considera pionero de la corriente finalista o de la teoría de la acción final, en cuya estructura, el delito cambia radicalmente, al considerar como piedra angular del actuar del sujeto a la finalidad que éste persigue en cada acto realizado, por ello, en esta concepción, la imputabilidad considerada como "capacidad de culpabilidad es, según ello, la capacidad del autor: a) de comprender lo injusto del hecho y b) de conducirse de

---

[118] Tratado de Derecho Penal Tomo II Madrid 1935 Pág 34
[119] El Nuevo Sistema del Derecho Penal Ediciones Ariel s n Ed Barcelona España 1964 pág 95

acuerdo con esta comprensión; la capacidad de culpabilidad tiene, pues, un elemento de conocimiento (intelectual) y un elemento de voluntad (voluntario): la capacidad de comprensión de lo injusto y de la determinación de la voluntad (conforme al sentido). Sólo la suma de los dos elementos constituye la capacidad de culpabilidad. Si falta uno solo de ellos, por juventud o por estados mentales anormales, no es capaz de culpabilidad."

e).- La imputabilidad como presupuesto de la punibilidad.- Esta última posición que se ha enderezado en torno a la imputabilidad, aún cuando ha sido abandonada por la mayoría de los tratadistas, no deja de advertirse que, en su tiempo, representó una cierta importancia por la calidad de los autores que llegaron a sustentarla, tales como Feuerbach, Radbruch, Bruch, entre otros.

El razonamiento en el que se funda, es en el sentido de que la pena como parte de la norma jurídica, representa la amenaza formulada por el legislador en la propia ley, de modo que debe producir sus efectos intimidatorios a los destinatarios de la norma a quienes se les dirige los deberes, prohibitivo o imperativo, que contempla, por lo tanto, sólo es jurídico-penalmente imputable la persona sobre quien la ley, de modo general, puede producir un efecto con su amenaza, en consecuencia, la imputabilidad es la posibilidad de imponer la pena.[120]

[120] Cfr. Sergio VELA TREVIÑO Culpabilidad e Inculpabilidad Op Cit Pág 33

LA CULPABILIDAD.

Con relación a la culpabilidad, íntimamente vinculada a la imputabilidad, por ser otro de los elementos subjetivos que contempla la estructura causalista del delito, no es extraño que se aborden conjuntamente en este apartado, pues en ocasiones llegan a estar tan impregnados de características tan comunes, que muchas de las veces llegan a considerarse como equivalentes.

Semejante es también la opinión de Luis JIMENEZ DE ASUA[121], quien abordado la interrelación de ambos elementos con la propia responsabilidad, sostiene que "la culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como equivalentes y las tres palabras como sinónimas; pero estos tres conceptos pueden distinguirse y precisarse."

Como premisa inicial debe decirse que en el causalismo la culpabilidad se ubica sistemáticamente, en un momento posterior a la imputabilidad, es decir, en la estructura piramidal que se formula del delito, la vinculación entre cada uno de sus elementos responde a principios de prioridad lógica, en consecuencia, la

---

[121] Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito. Editorial Abeledo Perrot. 3a Ed Buenos Aires Argentina 1958 Págs 325 y 326. Llegando a precisar el autor en cita que "La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito, si bien, en última instancia, es una declaración que resulta del conjunto de todos los caracteres del hecho punible; la culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable más que a condición de declararle culpable de él " (Cfr Op Cit Pág 326)

aparición y el estudio de los elementos se presenta en forma sucesiva, aunque se reconoce su existencia en forma concomitante, pero para efectos de análisis, se estructura en forma sucesiva, por tal razón, el elemento inicial que provoca la trascendencia penal es la existencia de la conducta, después, la tipicidad, luego la antijuridicidad, posteriormente la imputabilidad y, en un momento posterior a la misma, se presenta la necesidad de analizar a la culpabilidad, por lo que, sólo tiene cabida ésta, una vez que el sujeto es considerado imputable, ya sea que se le considere como elemento del delito o como presupuesto para la culpabilidad, lo importante es que su existencia sea previa al surgimiento o para el surgimiento de este elemento de carácter subjetivo.

Por esta razón, la culpabilidad es considerada como "el último piso del edificio del crimen, a decir de Maurach, o como nos dice Jiménez de Asúa, la culpabilidad es, de todos los caracteres el que mejor determina, seguridad y garantiza el derecho democrático."[122]

La culpabilidad ha sido clasificada en esta corriente como un elemento esencial general psíquico del delito; es esencial porque es indispensable y necesario para integrar el delito; es general, porque su existencia debe presentarse en cualquier delito, es decir, que tiene cabida en todo delito, no pudiéndose concebir la idea del delito mismo si no existiera la culpabilidad, por ello, la generalidad radica en que todo delito requiere de este elemento para subsistir; y,

[122] Cfr. Eduardo LOPEZ BETANCOURT Imputabilidad y Culpabilidad Op. Cit Pág 31

es psíquico, porque en esta corriente doctrinal la culpabilidad se integra con el dolo, en cualquiera de sus grados directo o eventual, o la culpa ya sea con o sin representación, según se trate.[123]

En las diversas disposiciones de las actuales legislaciones, aun cuando no se contempla una noción afirmativa de la culpabilidad como elemento del delito, sí es posible llegar a deducir de su reglamentación el concepto positivo del dolo y de la culpa, que en la corriente causalista-psicologista son las dos especies de la propia culpabilidad, como se anotará más adelante.

Es posible que el legislador no se refiera en forma por demás clara y concreta al dolo, utilizando esta denominación para referirse a esta especie de la culpabilidad, sin embargo, llega a emplear vocablos como intención, como requisito de las infracciones punibles y que ha sido el más socorrido para identificarlo con la existencia del dolo. Asimismo, se han empleado los términos como imprudencia o negligencia, que aún cuando guardan diferencias, son los vocablos con los que el legislador se refiere a la culpa, segunda especia de la culpabilidad en esta estructura del delito.

La culpabilidad ha encontrado fundamento en tres corrientes de opinión, que representan los tres estadios evolutivos por lo que ha atravesado en la doctrina y de los que se han desprendido tanto su contenido como los principios que le dan sustento.

---

[123] Cfr. Celestino PORTE PETIT. Apuntamientos. Op. Cit. Págs. 271 y 272

En este sentido, el análisis de la culpabilidad se desenvolvió en forma gradual, comenzando con el criterio psicológico de la culpabilidad, posteriormente tuvo lugar un criterio mixto o complejo, cuyo contenido se vio impregnado de una tendencia psicológica y normativa, finalmente, llegó a presentarse un criterio esencialmente normativo, que influyó en el desarrollo de una sistemática distinta del delito.

a). Fundamento Psicológico.- La culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y su conducta o el resultado material, según se trate de un delito de mera conducta o de resultado material. En el primer caso, hay un solo nexo psicológico; en el segundo caso existen dos, pues además del nexo psicológico entre el sujeto y su conducta, se requiere que exista el del sujeto con el resultado material; por tanto, para la teoría psicológica, la culpabilidad se origina en cuanto existe el nexo psicológico.[124]

Por su parte Sergio VELA TREVIÑO[125] sostiene que "La culpabilidad, tradicionalmente, fue entendida como la relación psicológica que se establecía entre un autor y su hecho, relación que podía ser directa (dolo) o indirecta (culpa), pero siempre vinculada con la conducta; en otras palabras, la culpabilidad se determinaba por la posición psicológica del autor frente a su hecho."

---

[124] Cfr Eduardo LOPEZ BETANCOURT Imputabilidad y Culpabilidad Op Cit. Págs 32 y 33
[125] Culpabilidad e Inculpabilidad Op Cit. Pág 179.

Con lo anterior se sostiene que en esta corriente de opinión, la culpabilidad quedaba enteramente agotada en cuanto se establecía la relación psicológica entre un sujeto y su conducta particularizada, lo que significa que los tratadistas que sostenían esta corriente de opinión para la integración de la culpabilidad, no tomaban en cuenta ninguna especie de elemento normativo, sino que se daba por existente desde el momento en que un sujeto se vincula con su conducta en forma subjetiva, precisamente a través de su voluntad.

El nexo psicológico, bajo las premisas de esta tendencia de opinión, permite vincular al sujeto con su conducta, activa u omisiva, pues sólo existe en el autor mismo, quedando agotada con la relación interna que subsiste bajo esa dimensión.

En opinión de Luis FERNÁNDEZ DOBLADO[126], respecto a esta corriente psicológica sostiene que "la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la *conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al* resultado objetivamente delictuoso."

Como se advierte, en el psicologismo el análisis de la culpabilidad comprendía, por un lado, el estudio de la vinculación subjetiva del sujeto con su conducta, y por ello, la necesidad de analizar la psique del sujeto para determinar este grado de vinculación

[126] Citado por Sergio VELA TRAVIÑO Culpabilidad e Inculpabilidad Op Cit Pág 179

existente, si era en forma directa, entonces se habla de la existencia del dolo, pero cuando esa vinculación se presentaba en forma indirecta, entonces se estaba en presencia de la culpa. El problema así planteado acarreó diversas complicaciones, pues entonces surgió la necesidad de introducir el estudio netamente subjetivo para precisar el alcance de la culpabilidad por el grado y forma de vincular al sujeto con sus acciones u omisiones, que indudablemente representaban una existencia objetiva, apreciable por los sentidos y considerada por el sistema normativo.

Aunque debe señalarse que estos últimos elementos de carácter normativo, no fueron considerados por la corriente psicologista pues se fundó sólo en elemento internos o subjetivos, traducido en la voluntad del individuo.

Para Giuseppe Bettiol, al ser recordado por Eduardo LOPEZ BETANCOURT[127] sostiene que "el vínculo psicológico que une un evento a un sujeto agente, puede ser de este modo doloso o culposo; doloso cuando éste ha sido previsto y querido; culposo cuando el evento, no querido, fue previsto o era por lo menos previsible...la concepción psicológica de la culpabilidad se basa, pues, sobre un vínculo de carácter subjetivo que une al hecho con su autor en los límites respectivos del dolo o de la culpa...."

Ahora bien, con la afirmación anterior sustentada por diversos autores, se fundó la necesidad de encontrar un concepto de

[127] Cfr. Imputabilidad y Culpabilidad Op Cit Pág 33

culpabilidad general y amplio, que permitiera englobar a las dos formas en las que se presenta, por tal razón "buscando una definición de tipo genérico que abarcara tanto el dolo como la culpa, se ha llegado a decir que la culpabilidad es la relación psicológica entre el agente y la acción que ocasiona un evento querido, o no querido, y aunque no previsto, previsible."[128]

A mayor abundamiento, la exposición que formula Sebastián SOLER[129] con relación a la teoría psicológica de la culpabilidad, es en el sentido de sostener que está integrada por dos elementos: a). La vinculación del sujeto con el orden jurídico, que se denomina elemento normativo de la culpabilidad y; b). La vinculación subjetiva del individuo a su hecho, que es elemento psicológico de la culpabilidad. No obstante la expresa mención que realiza el autor en cita, respecto a la existencia del elemento normativo, llega a la conclusión que en estricta realidad, los elementos son de naturaleza psicológica, pues mientras el primero atiende a una relación del sujeto con una instancia de responsabilidad y presupone una valoración normativa, el segundo atiende a una situación puramente psíquica, es decir, carente de contenido valorativo, pues no requiere en estricto sentido que el sujeto previamente a su actuar realice una evaluación normativa de su conducta, bastando que esté vinculado subjetivamente con la misma a través de su voluntad.

---

[128] Cfr Sergio VELA TREVIÑO Culpabilidad e Inculpabilidad Op Cit Pág 180
[129] Cfr Derecho Penal Argentino Tomo II Págs 68 y ss

Interpretando las ideas del autor en cita, Sergio VELA TREVIÑO[130] advierte que en relación al contenido de la culpabilidad y "atendiendo al propio Soler, puede decirse que lo constituye la conciencia de la criminalidad del acto, o dicho en otras palabras, la comprobación de una discordancia subjetiva entre la valoración debida y el disvalor creado. Con esto quiere afirmarse que hay culpabilidad cuando un sujeto capaz (imputable), con conciencia del contenido de antijuridicidad de su conducta, realiza, dolosa o culposamente, un hecho que produce un resultado típico....."

Es necesario resaltar que conforme al criterio del autor citado, algunos tratadistas lo interpretaron en forma errónea, al considerar que conforme a esta definición de la culpabilidad, se requiere que el autor de la conducta haya subsumido el hecho en el precepto legal, lo que implicaría que tuviera conocimiento correcto del contenido y alcance del precepto legal de que se trate, es decir, conocimientos técnicos especializados respecto al contenido de la norma jurídica, lo que implicaría que sólo quienes poseyeran estos conocimientos técnicos estarían en la posibilidad de actuar con culpabilidad, es decir, sólo los juristas especializados en el área podrían actuar culpablemente, lo que rompería con la finalidad normativa y su carácter de generalidad, abstracción e impersonalidad que caracterizan a las normas jurídicas.

A efecto de salvar errores como los anteriores y con el fin de evitar las inadecuadas interpretaciones que se enderezaron

[130] Culpabilidad e Inculpabilidad Op Cit Pág 181

en torno al concepto de culpabilidad, Sebastián SOLER[131] elabora dos importantes consideraciones, por un lado, la culpabilidad no requiere la antijuridicidad específicamente referida a un precepto legal, sino que basta que se tenga conciencia de que se realiza una acción genéricamente reprobable, es decir, que el autor como lego haya asociado el orden moral y de buenas costumbres con el orden jurídico. Por el otro, no debe desconocerse que la culpabilidad existe aún en aquellos casos en los que el autor de la conducta tiene dudas acerca de la antijuridicidad de su hecho.

Debe advertirse que el autor antes citado se refiere a la existencia de la culpabilidad aún cuando el autor tenga duda acerca de la antijuridicidad de su conducta, sin que esto abarque la duda con relación a la posibilidad de que se produzca el resultado material antijurídico, pues esto, si bien no extingue la culpabilidad como elemento del delito, sí influye en la determinación del grado de la misma, es decir, permite diferenciar un actuar doloso de uno culposo, sólo respecto a la duda de producción del resultado antijurídico, por esta razón, la duda sólo comprende el ámbito de valoración de la conducta en contraste con el orden jurídico.

Con estas dos aclaraciones que introdujo el precitado autor, permitió evitar que en el contenido de la culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad fuera tan preciso que muchas conductas, auténticamente culpables, quedaran ajenas a esta estimación por la ausencia de dicho conocimiento; sin embargo, se

[131] Cfr Derecho Penal Argentino Tomo II Op Cit pág 68 y ss

advierte que en ambas consideraciones se reenvía a un concepto subjetivo o psicológico el contenido de la culpabilidad, por ello, el elemento normativo que fue introducido por el multicitado autor, se redujo precisamente a la subjetividad de la conducta.

Finalmente, en base al enfoque de esta teoría, Ignacio VILLALOBOS[132] expresa que la culpabilidad bajo un concepto general "consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición, en el dolo, o indirectamente, por indolencia y desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa, se obtienen los dos elementos conformadores de la culpabilidad: una actitud psicológica y una valoración normativa de esa situación, que produce el reproche por la pugna que se establece entre la actitud psicológica y el derecho."

Como se advierte de las líneas precedentes, el contenido esencial de la culpabilidad en la doctrina psicologista causalista está dado por sus dos especies: el dolo y la culpa.

El dolo en el causalismo provocó múltiples estudios de diversos autores, quienes enfocaron sus esfuerzos a determinar desde el concepto del dolo, sus especies, sus elementos y su consecuencia en la integración del delito, pues no debe olvidarse que,

[132] Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. Págs. 283 y ss

conociendo su integración se lograba conocer su aspecto negativo y su ausencia, para efecto de determinar las consecuencias que debían asociarse al sujeto por su conducta.

EL DOLO

La influencia de la corriente naturalista condujo al desarrollo del concepto psicológico de culpabilidad, de acuerdo con el cual el dolo constituye una forma de culpabilidad y no sólo un elemento de la misma. De esta guisa las formas de culpabilidad eran dos, a saber: culpabilidad dolosa y culpabilidad culposa.[133]

En esta doctrina del psicologismo el nexo de carácter psicológico que vincula al sujeto con su conducta y con el resultado material que produce se le denomina dolo, que representa su contenido y esencia, sin embargo, el estudio del mismo no se limita a desentrañar el alcance de esta afirmación, sino que en torno al él se desarrolló toda una teoría que permitió encontrar sus elementos y sus propias especies.

En efecto, Luis JIMÉNEZ DE ASUA[134] sostiene que "Es dolosa la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), cuando se realiza con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación

[133] Cfr Enrique DIAZ-ARANDA Dolo Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma penal en México Editorial Porrúa 2a Edición México 2000 Págs. 9 y ss

[134] Tratado de Derecho Penal Tomo V La culpabilidad Op Cit Pág 417

de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su no mutación), con consciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere, o consiente."

Por su parte Marsico, al ser recordado por el autor en cita sostiene que "Dolo es la voluntad no coaccionada de ejecutar un hecho comisivo u omisivo que la ley contempla como delito, con la previsión del resultado que deriva de la propia acción y la intención de producirlo con ella."[135]

El dolo, sostiene LOPEZ BETANCOURT[136], "consiste en el conocimiento de la realización de circunstancias que pertenecen al tipo y voluntad o aceptación de realización del mismo."

Como se advierte de los conceptos anteriores, el dolo en el sistema psicologista se centra en la voluntad del sujeto de realizar la acción o la omisión y en el conocimiento de la antijuridicidad del resultado que va a producir, ya sea éste de carácter formal o de naturaleza material, pero lo trascendente para la integración de esta especie de culpabilidad en este sistema, es precisamente la existencia de estos dos elementos.

---

[135] Luis JIMÉNEZ DE ASUA Tratado de Derecho Penal. Tomo V La Culpabilidad Op Cit Pág 417
[136] Imputabilidad y Culpabilidad Op. Cit Pág 40

En base a la distinción de los dos elementos que conforman el dolo permite efectuar la diferencia de las dos especies del mismo, por un lado, el llamado dolo directo y por el otro, el denominado dolo eventual, que aún cuando mantienen el elemento valorativo sujetivo en idénticas condiciones y alcances, difieren del elemento subjetivo volitivo, que los caracterizan.

En efecto, en el dolo directo, no sólo existe el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta del sujeto, en base a esta doctrina, sino que el elemento subjetivo-volitivo del sujeto se dirige precisamente a la producción del resultado antijurídico, es decir, la voluntad persigue la producción de tal resultado, queriendo llegar a producirlo, de tal suerte que la vinculación del sujeto con la conducta antijurídica o con el resultado producido, se efectúa en forma directa e inmediata.

En cambio, en el dolo eventual, el elemento subjetivo valorativo concretado a través del conocimiento de la antijuridicidad de la acción se mantiene en idénticos términos como en dolo directo, sin embargo, el elemento subjetivo volitivo del sujeto varía, pues teniendo conocimiento de la antijuridicidad de la acción ejecutada, la voluntad no se dirige en forma directa e inmediata a la producción del resultado antijurídico, sin embargo, se acepta en caso de que éste se llegue a producir derivado de la normal causación provocada por la realización de la acción, con lo que la vinculación del sujeto con su conducta es en forma indirecta o mediata, pero manteniéndose vigente el nexo.

En ambas especies de dolo, existe representación del resultado en la mente del sujeto activo, la realización de dicha representación es querida en el dolo directo, pues a la misma se dirige el esfuerzo y la actividad o inactividad del sujeto, que para alcanzarla se provee de los medios idóneos necesarios a fin de lograr materializarla; en cambio, en el dolo eventual o indirecto, aún cuando también existe representación en la mente del sujeto sobre el resultado posible de producirse por la realización de la conducta, la existencia del mismo se acepta, pues aún cuando la actividad no se dirige a su prosecución o alcance, el sujeto lo admite y acepta en caso de que se llegue a presentar. Por esto, el umbral para diferenciar estas dos especies de dolo es muy reducido, pues en ambos existe representación del resultado, pero en el directo se persigue y se trata de alcanzarlo, en cambio en el eventual se acepta en caso de que se llegue a producir.

En la fundamentación y doctrina del dolo, se han desarrollado diversas teorías para darle su contenido auténtico, pretendiendo lograr con ello un conocimiento suficiente, las mismas son las siguientes:

a).- Teoría de la Voluntad.- El desarrollo de esta tendencia se hizo descansar en el elemento conciencia de la noción que tuvieron los romanos respecto al dolus malo, distinto al dolus bueno, por lo que puede considerarse como clásica o tradicional, sin embargo, es en el elemento de la intención o voluntad, en el que la mayoría de los estudiosos del derecho hicieron descansar sus

estudios, por ello, esta tendencia fue acogida en las exposiciones de Carrara, para quien la conciencia era el ingrediente del dolo como primer y más grave especie de la culpabilidad. Su esencia reside en la intención, más o menos perfecta, de causar un mal, de quebrantar la ley, de dañar o poner en peligro un bien jurídico; resulta cierto que no puede ser querido lo que no fue representado en la mente del sujeto, pero esta teoría de la voluntad se caracteriza por la exigencia insistente de querer lo previsto y sólo cuando se ha querido puede decirse que hay dolo.

No debe soslayarse que en esta teoría, se exige algo más que la voluntad, pues la misma debe estar encaminada a la consecución de un resultado, es decir, que es preciso la existencia de la intención del sujeto, por esta razón, se llegó a basar el dolo en la intención más o menos perfecta de violar directamente la ley, aunque Carrara concibió esta idea como la voluntad más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe es contrario a la ley; haciéndose notar que para esta última conceptualización, el autor introduce en su idea el elemento conciencia inclusive, no es posible prescindir de ella, siendo auxiliar de los partidarios de la teoría de la representación para definir el dolo eventual y determinar justamente sus propios límites.[137]

Al definirse el dolo como una conciencia, se define el predicado en lugar de definir el sujeto, al respecto JIMENEZ DE ASUA[138] ha escrito, recordando a Carrara, que "La esencia del dolo no

[137] Cfr. Luis JIMÉNEZ DE ASUA Tratado de Derecho Penal Tomo V La Culpabilidad Op. Cit. Pág. 386
[138] Cfr. Tratado de Derecho Penal Tomo V La Culpabilidad Op. Cit. Pág. 391

puede estar más que en la voluntad de la cual es una fase. El dolo se estudia por el criminalista en cuanto puede ser causa de la acción. Pero la causa de la acción no puede encontrarse en la mera conciencia. El impulso para el acto es necesario que parta de la fuerza volitiva..... De nada vale objetar que la voluntad sin conciencia no puede llamarse dolosa, puesto que se responde que en modo alguno la conciencia sin voluntad podría tampoco llamarse dolosa...."

En la discrepancia asentada con anterioridad, no se trata de enjuiciar si para formar el dolo se requiere de la concurrencia simultánea de la voluntad y la conciencia, pues esto es aceptado plenamente, sino en determinar cuál de los dos elementos es sustancial y cuál es complemento, para resumir bajo esa locución la esencia de esta forma de culpabilidad.

b).- Teoría de la Representación.- Esta tendencia se atribuye a Reinhard Frank quien le dio además de su contenido su propia denominación, que no es impropio puesto que esta doctrina se caracteriza por ver la esencia del dolo en el elemento de la representación (elemento intelectual), en el conocimiento y previsión del autor.

Para llegar a comprender el alcance y contenido de esta teoría, explica Luis JIMÉNEZ DE ASUA[139] que "El sujeto debe

[139] Tratado de Derecho Penal. Tomo V. La Culpabilidad. Op. Cit. Pág. 399. Agregando el autor en cita que "En realidad, al decir que se quiere el resultado de una acción, se indica por lo demás, con esa frase, que se espera y desea esa consecuencia; es decir, que se prevé y aprueba. Quien quiere una acción y prevé su

haber querido la acción y, de manera previa, ser consciente del resultado. Cuando concurren ambos elementos no se precisa una aprobación especial del resultado. Por ende, la previsión de éste y la voluntad de producirlo se equiparan. Ahora bien, no toda previsión de un resultado dañoso, opuesto a los intereses del Estado, puede condicionar la culpabilidad penal, sino tan sólo aquella previsión que, según las circunstancias y las referencias del agente, habría debido traer como consecuencia de la obligación de abstenerse de la acción."

Por ello y en resumen a los argumentos expuesto, en esta teoría, existe dolo cuando hay voluntad de la acción y previsión del resultado, es decir, con el dolo no sólo se responde de los resultados queridos como fin de la conducta, sino de los ulteriores que se revelan en la conciencia del agente como unidos de un modo inevitable al acto querido; basta pues, con que sean representados para que se estimen como queridos juntamente con aquel resultado.

c).- Conjunción de voluntad y representación.- En los albores de esta tendencia, existieron muchas opiniones contrarias respecto al carácter conciliador que representó de dos teorías, la de la voluntad y la de la representación, sin embargo, se logró aceptar que pueden integrarse en armonía y constituir de esta manera a la voluntad consciente, que es el elemento afectivo por excelencia con ingredientes de conocimiento o cognición del resultado dañoso.

---

resultado, aprueba, en todo caso, también el resultado; si no lo aprobase, no querría la acción, que él ve condicionada al resultado; como a pesar de ello obra, expresa realmente su aprobación."

Esta tendencia se fortaleció cuando en el análisis de las dos teorías que se consideraron irreconciliables, se logró advertir que empleaban elementos de ambas, pues mientras que en la teoría de la voluntad se acudió a la previsión del resultado, que no es distinta a la representación del mismo, en la teoría de la representación también tuvo la necesidad de auxiliarse de elementos volitivos o de voluntad, con lo que ambas tendencias se necesitaban para explicar claramente sus propios postulados.

Con las exposiciones de Carrara, Rossi y Binding, entre otros, se advierte que los postulados de complementación de esta tendencia no fueron ajenos a los inicialmente sustentados por cada una en lo individual, por eso en este sistema "la representación es el límite de la voluntad, y la conciencia tiene que ser de la acción y no del resultado, así como la voluntad no se refiere a una parte sino que interesa al dolo toda la voluntad."[140]

Con ello queda de manifiesto que aún cuando la voluntad es un elemento fundamental en la existencia del dolo, no se deja de reconocer la necesidad de acudir al papel que desempeña la conciencia y consecuentemente la representación; quedando muy de relieve esta complementación cuando se sustenta que "se pueden dar, en efecto, casos de representación sin voluntad (como escribir bajo amenaza, una carta que sea delictuosa en su contenido), y de voluntad sin representación (el matrimonio de una persona casada,

[140] Cfr Luis JIMÉNEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal Tomo V La Culpabilidad Op Cit Pág 405

ignorando su estado); pero en uno y otro caso debe decirse que falta el dolo."[141]

En otra parte de su obra el autor en cita, recordando a De Marsico, sostiene que "se identifica la conciencia con la voluntad, pues sin ésta la conciencia es mero pensamiento que no interesa al derecho penal, aunque reconoce también que la voluntad sin conciencia de lo que se quiere y realiza, no es concebible, o, como fenómeno aberrante, no es productora de consecuencias jurídicas. Por cuanto antecede, la distinción de conciencia y de voluntad es más útil para una clara visión analítica del dolo que para una perfecta definición sintética de él."[142]

La concurrencia necesaria de la voluntad y de la representación, permite obtener una visión amplia del contenido del dolo, conservando el carácter de binomio indisoluble, pues ambas son indispensables para la existencia del mismo y para que se produzcan en el ámbito del derecho todos los efectos que se prevén para esta forma de culpabilidad, según la corriente del psicologismo.

d).- Teoría positivista sobre el dolo.- Esta teoría tuvo sus orígenes en los estudios de Enrico Ferri quien los desarrolló en torno a la culpabilidad dolosa, atribuyéndole una importancia especial para su integración a la existencia del móvil.

[141] Cfr Luis JIMÉNEZ DE ASUA Tratado de Derecho Penal Tomo V. La Culpabilidad Op Cit Pág 407
[142] Cfr Luis JIMÉNEZ DE ASUA Tratado de Derecho Penal. Tomo V. La Culpabilidad Op Cit Pág 408

En esta tendencia se sostuvo que la voluntad por sí sola no puede caracterizar al dolo, y que se necesita, además, intención y fin, de donde deriva la importancia decisiva de los motivos.

El pionero de esta teoría sostiene que es un error hacer consistir el dolo en la voluntad o indicarla como elemento fundamental de él. La volición es la última fase del proceso psico-físico; pero está determinada y caracterizada por la intención y por el motivo determinante. El proceso psico-físico de todo acto humano consiste en que por la sensación se determina un sentimiento o emoción que llega a ser el motivo determinante; y al mismo tiempo se determina una asociación de ideas, que se convierte en la intención; si ésta va dirigida a influir sobre el mundo externo, determina una volición, por la cual el acto llega a ejecutarse. Lo que caracteriza todo acto humano, y tanto más el delito, no es la voluntad, sino la intención inseparable del motivo determinante.[143]

Por esta razón, en la doctrina en cita se concluye que el dolo existe cuando la intención comprende no sólo el acto, sino el resultado, puesto que éste realiza el fin que el delincuente se propuso; por tanto, es un error el hacer consistir todo el dolo en la conciencia de lo ilícito, como decir que esta conciencia no es elemento del dolo, ciertamente es un elemento necesario, puesto que la intención no puede ser delictiva si no se es conciente de que el acto que se va a realizar es ilícito.

[143] Cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA Tratado de Derecho Penal Tomo V La Culpabilidad Op Cit Pág 411

e).- Otras teorías.- Además de las anteriormente indicadas, en la configuración del dolo se desarrollaron otras opiniones que, aún cuando no representaron una fuerte corriente de opinión, si estuvieron presentes en la evolución y explicación de esta forma de culpabilidad. En este rubro encuadramos la teoría de Marx Ernst Mayer, quien afirmó que para la existencia del dolo era preciso averiguar el complejo de motivos que determinaron al hombre, por ello, se le denominó bajo el rubro de: **teoría de la motivación**. En ella, la producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa, no sólo cuando la representación de que el resultado sobrevendrá ha determinado al autor a emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria.

Igualmente en esta esfera se comprende la **teoría del consentimiento o asentimiento**, que se desarrolla a propósito de la explicación del dolo eventual, en donde se rechaza la teoría de la voluntad, pues en el mismo la voluntad no se dirige a la consecución del resultado dañoso, sino que, para solucionar este problema se recurre al consentimiento en su producción. Por ello, el dolo va desde la intención directa e inmediata de la voluntad de causar el resultado previsto, hasta el asentimiento subjetivo prestado a un resultado que se prevé sólo como posible o probable, con lo que el dolo no sólo se finca en el sentir, sino también en el consentir, consentimiento que se presenta junto con el advertir, ello es, junto con la representación como se integra el dolo y, consecuentemente, la culpabilidad.

Finalmente, con los problemas que trajo consigo la teoría de la voluntad, se desarrolló la **teoría del sentimiento** a fin de delimitar más nítidamente las fronteras del dolo, sólo que, con ella, se argumentó que no permitiría el análisis general del dolo, sino que se necesita acudir a la integración del tipo para que se pueda llegar a definir, con lo que conduciría de modo necesario a reconocer un concepto de dolo diferente en cada caso según los diversos tipos, ya que mientras los partidarios de la teoría de la voluntad pueden abarcar el hecho en la delineación de un dolo con arreglo al tipo externo, las teorías del sentimiento, precisamente establecen una definición diversa.

El análisis de los elementos del dolo, ha conducido al desarrollo de diversas teorías y tendencias al grado de que el estudio profundo de cada uno de los ellos sentó los principios de las nuevas teorías acerca de la culpabilidad, pero no se desconoce la determinante influencia que provocó el psicologismo como piedra angular de estos avances.

LA CULPA

La segunda forma de culpabilidad de que trata la corriente psicologista dentro del causalismo es la culpa, que no se debe confundir con la culpabilidad, pues aun cuando su diferencia sólo es del género a la especie, ambas conservan su propia individualidad y función dentro del delito.

No debemos olvidar que la culpa tiene su propia identidad frente al dolo y al caso fortuito, inclusive respecto a la ubicación que conserva en la integración del delito.[144]

El estudio de la culpa se ha desarrollado presentándose también, diversas teorías y opiniones que en su momento contribuyeron a la determinación de su contenido y alcance, sin embargo, sólo señalaremos aquellas que han representado una especial importancia en su evolución doctrinal y cuyas aportaciones han coadyuvado al mejoramiento de su identificación y precisión.

Es posible llegar a dividir en cuatro grandes grupos las diversas opiniones desarrolladas en torno a la culpa, como son las siguientes:[145]

1.- Teorías objetivas.- Como su denominación lo indica, estas teorías encuentran la esencia de la culpa en elementos materiales u objetivos, es decir, en elementos cuya naturaleza es de carácter externa al psiquismo del sujeto. Bajo este rubro pueden quedar incluidas las dos principales opiniones que son:

a).- Teoría de los medios antijurídicos.- Esta tendencia sostiene que el actuar culposo depende de dos presupuestos fundamentales, por un lado, la relación causal eficiente

[144] Cfr. Enrico ALTAVILLA. La Culpa. Del Delito Culposo, sus repercusiones civiles, su análisis sicológico. Editorial Temis. Reimpresión de la 4a Edición. Bogotá Colombia. 1999. Págs. 19 y ss.
[145] Cfr. Alfonso REYES ECHANDIA. Culpabilidad. Editorial Temis. 3a. Ed. Bogotá Colombia. 1991. Págs. 74 y ss.

entre la conducta del agente y el resultado ilícito, y, por otro lado, la "escogencia" de medios antijurídicos. En este entendido el resultado que resulta dañoso al bien jurídico, es punible cuando es producto, ya sea mediato o inmediato, de un acto del hombre que, a pesar de no estar dirigido a un fin antijurídico, se realiza con medios que se revelan contrarios al derecho.

Esta tendencia fue elaborada por Stoppato y se considera materialista porque destruye el fundamento ético del derecho o penal que se funda en la culpabilidad moral, haciendo depender la responsabilidad en una relación totalmente material y mecánica entre la acción y el resultado, con lo que desaparece toda distinción entre responsabilidad culpable y responsabilidad sin culpa, y ente ésta y el caso fortuito.

Debemos advertir que conforme a esta tendencia de opinión, el segundo presupuesto para la existencia de la culpa como segunda forma de culpabilidad, consiste en la elección de medios antijurídicos, debiéndose entender por medios antijurídicos aquellos que son contrarios al derecho objetivo, es decir, que sólo los medios prohibidos expresamente por la ley quedan comprendidos en esta categoría, por lo que, la culpa con la exigencia de este presupuesto, sólo tiene lugar cuando se deja de observar un deber legal.

Recibió diversas críticas esta tendencia, pues en el ámbito externo tiene lugar cuando se emplea un medio que por definición de la ley es antijurídico, sin embargo, en un aspecto interno,

son antijurídicos que según el curso ordinario de los acontecimientos, son causa previsible de un resultado dañoso, por tanto, cuando la ley señala los medios como antijurídicos, esta guiada este señalamiento por una causa de previsibilidad, en tanto que, en el aspecto íntimo, se resulta culpable por estar inspirados por criterios también de previsibilidad, por ello, un mismo hecho puede advertirse ya sea que el medio sea jurídico o antijurídico.[146]

b).- Teoría de la acción contraria a la policía y a la disciplina.- Esta corriente de opinión estima que la culpa consiste en una conducta voluntaria, genérica o específicamente contraria a la policía o a la disciplina, de la cual derivó como de la causa al efecto un evento dañoso o peligroso, previsto en la ley como delito y producido involuntariamente o como consecuencia de errónea opinión inexcusable de cumplirlo en circunstancias excluyentes de responsabilidad penal.

De la concepción anterior, el autor de esta opinión que se atribuye a Manzini, sostiene que cuando la conducta es genéricamente contraria a la policía o a la disciplina, entonces la culpa consiste en negligencia, imprudencia o impericia; en cambio, cuando la conducta es específicamente contraria a la policía o a la disciplina, la culpa consiste en la inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas.

[146] Cfr Bernardino ALIMENA Principios de Derecho Penal Volumen I Librería Victoriano Suárez Madrid 1915 pág 389 y 390

2.- Teorías Subjetivas. Estas teorías, como la antítesis de las antes indicadas, consideran que el fundamento de la culpa se debe localizar en fenómenos predicables del hombre, es decir, en el psiquismo del sujeto, pues se fundan en sentimientos o concepciones que se desarrollan antes de la ejecución de los actos, razón por la cual su ámbito interno justifica la denominación de las diversas tendencias, destacan por su importancia las siguientes:

a) Teoría de la previsibilidad.- esta primera corriente de opinión sostiene que la culpa es la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho; por tanto, la esencia de la culpa reside en la previsibilidad del efecto dañoso no querido ni previsto por el agente.[147]

De la afirmación anterior se advierte el carácter interno que fundamenta y justifica la existencia de la culpa, pues la previsibilidad en que se hace radicar su contenido es un proceso interno de la inteligencia del sujeto, que permite deducir lo que va a ocurrir debido a ciertos acontecimientos o señales que se advierten en la mente del sujeto, por ello, le permite calcular a priori o anticipadamente la posibilidad de producir el resultado dañoso.

Al respecto Franz VON LISZT[148] considera a la culpa como la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad, agregando que, es previsible

---

[147] Cfr. Enrico ALTAVILLA. La Culpa. Op. Cit. Págs. 30 y ss.
[148] Cfr. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Op. Cit. Pág. 430 y ss.

el resultado cuando el autor hubiera podido y debido preverle; el acto culposo es, por consiguiente, la causación voluntaria o el no impedimento de un resultado no previsto pero sí previsible.

Del contenido de esta tendencia, se han desarrollado una gama de opiniones que han culminado, en ocasiones, en llegar a sostener que los delitos culposos siempre son delitos de omisión, pues se omite el deber de previsión por parte del agente, tal fue la opinión de Jorge Efraín MONTERROSO SALVATIERRA[149] quien consideró que todos los delitos culposos tienen la esencia de ser omisivos, pues el desacato o la inobservancia de los deberes de previsión configuran propiamente un omisión y al mismo tiempo integran a la culpa en cuanto falta de previsibilidad del resultado.

Por su parte MAGGIORE, al ser recordado por Alfonso REYES ECHANDIA[150], sostiene que "la previsibilidad del resultado es precisamente la línea divisoria que separa la culpa y el caso fortuito, y que si desapareciera esa línea de demarcación no nos quedaría sino identificar la culpa con la responsabilidad objetiva, entendida en la forma más materialista y burda."

A pesar de ser la corriente que ha tenido mayor número de adherentes se le ha criticado severamente, pues si la previsibilidad sólo puede apreciarse a partir del resultado lesivo, implica que su valoración es a posteriori, es decir, en base a la

[149] Culpa y Omisión en la Teoría del Delito Editorial Porrúa 1a Ed México 1993 Págs 185 y ss.
[150] Culpabilidad Op Cit Pág 76

experiencia derivada de la observación material de los hechos, que están fuera de la conciencia del agente. Por otro lado se sostiene que la previsibilidad no es elemento constitutivo de la culpa, sino un criterio para calificar de imprudente o negligente el comportamiento del sujeto, es decir, un elemento de juicio para un diagnostico de culpa.

Por otro lado, también se ha reflexionado que si todo lo que es posible puede ocurrir y, por lo tanto preverse, y si todo lo que puede ser previsto debe evitarse, la actividad individual quedaría por tal modo reducida, que el hombre solamente haría lo indispensable para sobrevivir; que es absurdo reprochar a una persona por no haber previsto lo que otra más inteligente o prudente habría podido prever, puesto que la justicia penal no le pide cuenta al individuo de sus previsiones, sino de sus acciones u omisiones; finalmente, es evidente que si el actor del hecho culposo hubiese no solo podido sino debido prever el evento, no habría realizado la conducta que lo produjo, o habría actuado con dolo.

Finalmente, semejante critica se enderezó por parte de Antonio QUINTANO RIPOLLES[151] quien sostiene que previsto o no un resultado antijurídico es este culposo, siempre y cuando se den los demás postulados verdaderamente esenciales, de ello resulta que el de la previsión no lo es; arguyéndose que una distinción en el sentido de que lo importante no es la previsión en cuanto a hecho sino la previsibilidad en cuanto deber, pero el argumentar en estos términos se desliza el problema en cuanto a su verdadero terreno, el normativo,

[151] Derecho Penal de la Culpa Bosch Casa Editorial Barcelona España 1958 Pág 262

al acudirse al elemento valorativo del deber en el que el fenómeno psicointelectual de la previsibilidad queda relegado a un segundo plano.

Por otro lado, si reducimos esta teoría a la imprevisión de lo previsible, tendríamos que concluir que sólo cabe respecto de la llamada culpa inconsciente o sin previsión, cuya naturaleza radica en que el sujeto no previó el resultado dañoso cuando éste era previsible, pero no cabría la misma explicación de la teoría de la previsibilidad, tratándose de la culpa consciente o con previsión, puesto que en este caso, el agente sí previó el evento lesivo que luego produjo, aunque ciertamente no lo quiso, porque tuvo la esperanza de que no se presentara, entonces no es dable argumentar que la esencia de la culpa se funde en la falta de previsibilidad del resultado.

Finalmente, también se ha criticado esta teoría pues no permite distinguir con claridad la culpa del caso fortuito, dado que este último puede ser previsto por el hombre sin que sus resultados nocivos deban serle atribuidos, siendo tal hecho fortuito.

b).- Teoría de la prevenibilidad.- Esta teoría considera a la culpa como la omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un resultado penalmente antijurídico, posible, previsible y prevenible.

De la definición anterior se puede arribar que en esta postura la culpa abarca no sólo la falta de previsión sino la ausencia de prevención, es decir, consiste en la ausencia en el sujeto de la posibilidad de ver con anticipación el resultado o conjeturar sobre la posibilidad de presentarse, además, de dejar de tomar las medidas precisas para evitar el mal o daño sobre los bienes jurídicos, derivado de la falta de preparación anticipada necesaria para alcanzar el objetivo propuesto sin perjudicar los bienes tutelados.

Esta teoría es formulada por Emilio BRUSA, que al ser recordado por Alfonso REYES ECHANDIA[152] sostiene que, además de la previsión que exige la tendencia anterior, adiciona la prevenibilidad, con el argumento de que el hombre no puede prevenir todo lo que es capaz de prever.

Como se puede observar, esta teoría empleando como argumento fundamental la imposibilidad del hombre de prevenir todo lo que le resulta previsible, no le puede ser atribuido a título de culpa los resultados dañosos de los bienes jurídicos, pues sale de la esfera posible del sujeto, se utiliza como ejemplo de lo anterior que una tormenta, la caída de rayos, una inundación, pueden ser previstos por el hombre, aunque es incapaz de prevenir los resultados dañosos, y si llegaren a presentar se no le podrían ser imputados, porque estaría frente a un caso de fuerza mayor.

---

152 Cfr. Culpabilidad Op Cit Pág 78

En otra esfera de opinión, con relación a este mismo tema, se ha argumentado que dentro de los que postulan esta tesis, se señala que debe responderse culposamente cuando el resultado de la conducta sea previsible e inevitable, que es los mismo que la prevenibilidad.

Por tanto, para introducir el término inevitabilidad, como concepto distinto de la imprevisibilidad, sostiene Enrico ALTAVILLA[153] que "Significa imposibilidad de evitar un resultado, aun cuando su posible o probable o cierta producción esté presente en nuestra conciencia. Esto haría pensar en una acción ya realizada, cuya consecuencia dañosa debe impedirse, al paso que en la culpa se responde precisamente por la acción que se realiza en cuanto tenía potencialidad paras ocasionar el resultado, posibilidad que hubiera debido aparecer en la previsión del agente."

Entre las críticas que se enderezaron en su contra se ubica aquella que sostiene que la misma no explica el fenómeno de la culpa con previsión, pues en ella el sujeto no ha omitido la previsión y prevención del resultado antijurídico previsible y prevenible, sino que lo ha producido sin quererlo, porque confiaba en que no se realizaría en base a su capacidad para evitarlo.

c).- Teoría de la violación del deber de atención. Según explica Luis JIMÉNEZ DE ASUA[154], esta teoría sostiene que la

[153] La Culpa Op. Cit Págs 44
[154] Cfr Tratado de Derecho Penal Tomo V La Culpabilidad Op Cit Pág 787

culpa consiste en el incumplimiento del deber de atención exigible a todo ciudadano cuando ejecuta actividades más o menos peligrosas de las cuales pueda derivarse daño o lesión a derechos ajenos.

Esta tendencia es atribuible a Feuerbach, a la que se le critica en el sentido de que existen hechos culposos ocasionados por falta de la atención debida, sin embargo, en muchos otros, la culpa existe aunque el agente haya puesto en la realización de su propia conducta toda la atención debida y que le era exigible (como en la impericia) y sin embargo debe responder culposamente del daño ocasionado derivado precisamente de su impericia y no de la falta de atención en el acto de realizar la conducta.

d).- Teoría del error.- Esta tendencia funda la esencia de la culpa, como su nombre lo indica, en la existencia del error que asiste al sujeto al momento de realizar la conducta, exponiendo que en la culpa el agente no quiere la realización de los caracteres constitutivos del delito o de alguno de ellos, y no la quiere por causa de ignorancia o error; pero para que sea posible hablar de delito culposo, es necesario que el error o la ignorancia sean evitables, habida cuenta de las circunstancias en que se hallaba el actor al tiempo de ejecutar el hecho dada la medida del esfuerzo de sus energías espirituales, y dada aquella dirección de su atención que en determinadas circunstancias producen la conducta de un individuo que cumpla con sus deberes.

Es decir, en base a esta teoría, se considera que la culpa en una actividad involuntaria que se manifiesta cuando el agente dirige su acción a un resultado lícito, pero ocasiona por error uno delictivo; la culpa supone, en consecuencia, una falso concepto de la realidad, que puede ser el predicado tanto de la culpa consciente como de la inconsciente, en la primera el agente prevé mal porque estima que el resultado, pudiendo verificarse en términos generales, no se producirá en este caso, con lo que incurre en un error de cálculo; en la segunda, el sujeto, también por error, no prevé las consecuencias de la propia conducta o no conoce las condiciones en que su acción se desarrolla.

3.- Tesis positivistas.- En estas tendencias se ha considerado al delito culposo como el resultado de una conducta involuntaria, sin embargo, la razón por la que la sociedad en un momento dado asuma una actitud represiva es la respuesta a la necesidad de una defensa social, que se considera necesaria contra determinada conductas que ya sean intencionales o no, conscientes o inconscientes, representan por debajo del mínimo de disciplina social establecido por las leyes, en virtud de constituir expresión sintomática de una personalidad mas o menos inadaptada as la vida social, resultando con ello peligrosa, no siendo suficientes las sanciones del derecho civil, administrativo o disciplinario. Esta tendencia es atribuible a los estudios de Enrico Ferri, sociólogo y evangelista de la escuela positiva.[155]

[155] Cfr Alfonso REYES ECHANDIA Culpabilidad Op Cit Pág 81

Estas posturas resultan criticables, pues es tanto como decir que los delitos culposos son aquellos que no son dolosos, además de que el análisis social que formula del delito culposo no responde a la necesidad de una explicación jurídica del mismo, menos claro resulta si se parte de la base de la explicación que sobre la punibilidad vierte, en particular al tomar como base a la peligrosidad, pues estos argumentos también resultan aplicables a los delitos dolosos.

4.- Doctrina finalista.- En relación al estudio de este tema, se remite al lector al desarrollo del capítulo siguiente, sin embargo se adelanta que, en relación a la culpa en el finalismo se encontraron múltiples problemas, pues siendo la piedra angular de la teoría la finalidad del sujeto, resulta que en la culpa no quedaba satisfecho este requisito esencial, por ello, a graves críticas debió enfrentarse esta tendencia para superar las críticas que se le formularon.

No puede desconocerse que la teoría psicologista tuvo el mérito de haber enfrentado a la vieja concepción de la responsabilidad objetiva y el de haber enfocado el problema de la responsabilidad hacia el hombre, más que hacia el resultado de su comportamiento, pero ha sido objeto de varias críticas que en resumen expondremos a continuación.

En efecto, la concepción de la existencia del nexo psicológico entre el sujeto y su conducta, recibió diversas críticas,

pues la vinculación sólo tenía lugar cuando el sujeto dirigiera hacia la realización de la misma a su propia voluntad, lo que indudablemente se trata de la existencia del dolo, inclusive, no cualquiera de sus especies, como lo desarrolló la propia doctrina, sino sólo aquella que de manera directa era vinculante del sujeto y su actuar, pues en aquellas especies en las que la vinculación no se presenta en forma directa, sino en forma indirecta, tal es el caso del llamado dolo eventual o indirecto como también se le conoce, la vinculación no se evidencia, pues en esta especie, el sujeto sólo dirige su volunta a la realización de la conducta, más no en la producción del resultado, que no obstante llega a producir como una consecuencia natural del actuar desarrollado.

La crítica es mas evidente y sólida es cuando se aborda el tratamiento que le da esta corriente, a la llamada culpa, que es otra especie de culpabilidad, cuya esencia radica en que el evento no querido se llaga a producir como una consecuencia natural del desarrollo de la conducta, mismo que fue previsto con la esperanza de que no se llegara a producir (culpa conciente o con representación), o en su caso, no lo previó el sujeto cuando pudo ser previsible (culpa inconsciente o sin representación), encontrándose latente en ambas situaciones la violación a un deber de cuidado que personalmente y en base a las circunstancias le incumbe al sujeto.

Semejante es la afirmación de la crítica que se desprende del la orientación psicológica de la culpabilidad, formulada

por Eduardo LOPEZ BETANCOURT[156], al apuntar que "Se critica al psicologismo de imprecisión frente a la culpa, pues en ésta no hay nexo psicológico, sin que esta afirmación sea obstáculo para que se considere que en todo caso, la culpa con representación puede funcionar en el sistema psicológico."

Por su parte Alfonso REYES ECHANDIA[157] enuncia las siguientes: 1) Hace demasiado énfasis en la persona del autor de la conducta en cuanto obra suya, aunque no sabe decir por qué el sujeto debe responder de su acción.

2) Para esta teoría dolo y culpa se refunden en el concepto mismo de la culpabilidad; pero si se equiparan aquellos dos primeros conceptos con éste último, ha de afirmarse que dolo y culpa son "culpabilidad de voluntad", y por esta vía ha de concluirse que en la última instancia también la culpa es "resultado antijurídico querido", lo que no es admisible porque se identificaría como dolo.

3) Tanto en el dolo como en la culpa encuentran los psicologistas un querer y una relación psíquica entre el sujeto y el hecho realizado por él; la diferencia radica simplemente en que en el primero el agente quiere el resultado, en tanto que en la segunda no lo quiere, es innegable que el dolo es un hecho psicológico, pues está caracterizado por la voluntad o intención de su autor de llevar a cabo el resultado antijurídico. En cambio, en cuanto a la culpa, no se puede

---

[156] Imputabilidad y Culpabilidad Op Cit Pág 33
[157] Cfr Culpabilidad Editorial Temis 3a Edición Bogotá Colombia 1991 Págs 5 y 6

establecer una conexidad sicológica entre la voluntad del autor y el resultado de su acción.

4) Fundar la culpabilidad exclusivamente sobre bases sicológicas, sería admitir la posibilidad de hablar de acción culpable aun en el caso de que el agente haya obrado en legítima defensa, estado de necesidad o en cualquiera otra circunstancia justificativa, pues en todas ellas obra el nexo psicológico entre el agente y su conducta, lo que no puede ciertamente aceptarse, puesto que por tal vía se regresa a la responsabilidad objetiva que aquella teoría pretendía combatir.

5) No siendo graduable la relación síquica entre el agente y el resultado de su conducta, tampoco es posible la graduación del dolo o de la culpa, sin la cual no se entienden tales fenómenos.

6) La teoría sicológica no acierta a explicar el fenómeno de la llamada "culpa inconsciente", pues en ella no existe la relación psicológica entre el agente y su hecho, que para ellos es la esencia de la culpabilidad; y si esta clase de culpa queda fuera del fenómeno de la culpabilidad, resulta fallido el intento de lograr un sistema unitario para explicar el delito.

Por tales razones el psicologuismo ha caído en desuso y actualmente muy pocos autores continúan siguiendo sus

postulados, con las deficiencias evidenciadas en las críticas antes apuntadas.

B).- Fundamento Normativista.- Esta tendencia, como su propio nombre lo indica, tiene como principio fundamental de su estructura la existencia de elementos de carácter normativo, se atribuye la autoría de la misma a Reinhard Frank en Alemania, quien ha sido considerado como el fundador de la nueva concepción de la culpabilidad, conocida ahora como teoría normativista de la culpabilidad o, llanamente, normativismo.

La llamada teoría normativista de la culpabilidad amplía la índole subjetiva de ella, considerando que es indispensable saber tanto lo que ha querido una persona, que es esencia del psicologismo, como la razón o motivo por el que ha querido realizar esa conducta y, además, con el conocimiento necesario que debe poseer el sujeto de que se trataba de una actuación contraria a derecho cuando le era exigible, por ser posible según las circunstancias de su actuación, un comportamiento adecuado a la norma, pues la voluntad del derecho es que los hombres lo respeten y obedezcan sus órdenes, materializadas a través de sus normas imperativas y prohibitivas; sin embargo, el derecho no puede razonablemente exigir el acatamiento de sus normas bajo circunstancias especialmente excepcionales a las que se puede llegar a enfrentar el sujeto, ya sea derivadas de fenómenos naturales o de las relaciones con otros hombres altamente lesivas para el mismo,

pero siempre externas a su voluntad, porque ello equivaldría a hacer del heroísmo una obligación.

Por esta razón, señalado en este sentido el planteamiento del problema, se abordó en esta corriente normativista, la necesidad de determinar el significado y la integración de la culpabilidad, como una vinculación de naturaleza subjetiva entre un hombre y su conducta que representa al psicologismo, o bien, si para la existencia de la indicada culpabilidad, entran en concurrencia como elementos indispensables, como son los eminentemente jurídicos proporcionados por la norma, que sirven para reprochar a alguien una conducta contraria a derecho, porque le era exigible una diferente a la realizada y que es valorada como transgresora de la norma y constitutiva de delito, es decir, una conducta adecuada al mismo ordenamiento y a sus mandatos.

El normativismo, no constituye una tesis opuesta al psicologismo, sino mas bien complementa la forma tradicional; pero en razón de lo que se agrega al concepto de culpabilidad, como son aspectos de naturaleza normativa, al estar en estrecha vinculación con los mandatos o prohibiciones previstos en las normas, se producen fenómenos de gran trascendencia en la ubicación de ciertos aspectos que provocan inexistencia de delito y, además, se rompen valladares que los ordenamientos positivos imponían a la culpabilidad.

El normativismo es psicologismo y algo más, ya que la culpabilidad está plenamente imbuida en un contenido psicológico

puesto que constituye el elemento de naturaleza subjetiva del delito, por el cual se establece la vinculación entre un resultado típico y antijurídico y una conducta que, como tal, tiene la manifestación especial de voluntad de un sujeto. Sin embargo, la culpabilidad no agota su concepto por esa simple vinculación de orden psicológico, sino que requiere, además, que entren en juego elementos normativos que serán debidamente valorados para determinar si, en cada caso particular, puede reprocharse al sujeto haber guiado su conducta en forma diferente a lo imperativo o prohibido por la norma y, sobre todo, si legalmente le era exigible un comportamiento distinto al que realizó, según las circunstancias especiales y exteriores bajo las que ejecutó su conducta.

Al respecto es de gran utilidad el análisis expuesto por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA[158] sostiene que "para la concepción normativista de la culpabilidad esta no es una pura situación psicológica (intelecto voluntad). Respeta un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir, que partiendo del hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de esos motivos, sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Sólo podremos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es decir,

[158] Tratado de Derecho Penal Tomo V Op Cit Pág 164

si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del Derecho."

De los argumentos expuestos, se pueden llegar a obtener los aspectos que son fundamentales en esta teoría: 1.- La culpabilidad es un juicio de referencia, por referirse al hecho psicológico; 2.- La culpabilidad es un proceso atribuible a una motivación reprochable; 3.- La reprochabilidad de la conducta, activa u omisiva, únicamente podrá formularse cuando se demuestre la exigibilidad de otra conducta diferente a la emitida por el sujeto; 4.- La culpabilidad tiene como fundamentos, en consecuencia, la reprochabilidad y la exigibilidad.[159]

Con relación a la afirmación de que **la culpabilidad es un juicio de referencia** debe indicarse que, según lo afirmado por Sergio VELA TREVIÑO[160] deja de ser un simple elemento vinculatorio de carácter psicológico entre el sujeto y su conducta, es decir, entre un acontecimiento y su autor, para convertirse con un contenido de ilicitud, por ser contrario al deber normativo, por ello, las formas tradicionales de la culpabilidad aparecen asociadas a la voluntad de la ilicitud, por ser ellas las que contrarían las normas imperativas y prohibitivas del orden jurídico.

Como se advierte, la voluntad debe ser estudiada y valorada no en forma aislada o ambigua, sino referida a un

[159] Cfr Sergio VELA TREVIÑO Culpabilidad e Inculpabilidad Op Cit Págs 184 y 185
[160] Culpabilidad e Inculpabilidad Op Cit Págs 186 y 187

acontecimiento determinado, por ello, el carácter culpable o inculpable de la voluntad está en estrecha vinculación con el acontecimiento determinado, que además resulta típico y antijurídico.

Por tanto, se trata de determinar si la conducta es culpable, por poder reprochar al sujeto el no haber encaminado su voluntad en un sentido adecuado a la pretensión normativa, cuando le era posible y exigible la realización de un comportamiento diferente al que realizó, en consecuencia, la culpabilidad está determinada a un acontecimiento preciso y concreto que resulta ser además, típico y antijurídico, por ello, "no es posible, ni sería técnicamente correcto, crear un concepto de culpabilidad que pudiera entenderse como genérico; el enjuiciamiento se realiza, siempre, respecto de un caso concreto, individualizado, acerca del que debe resolver el juez como constitutivo o no de delito; para que haya delito, como se ha expuesto, es menester que se satisfagan, en relación con un caso concreto, todos los elementos que conceptualmente integran al delito, entre los cuales está su característica de ser culpable."[161]

Por otro lado, el autor en cita agrega que la forma de determinarse la culpabilidad del hecho concreto o del acto aislado, para atribuirlo como propiedad de la conducta típica y antijurídica, se hace mediante la formulación del juicio, que corresponde al juez, quien, tomando como fundamento el acto aislado del que conoce, determinará si el mismo es contradictorio con las pretensiones normativas porque el sujeto actualmente le era exigible un

[161] Sergio VELA TREVIÑO Culpabilidad e Inculpabilidad Op Cit. Pág 185

comportamiento que resultara adecuado a esa pretensión normativa. Si el juicio se resuelve por parte del juez en el sentido de que existió esa contradicción con la norma, formulará el reproche correspondiente y culpará al autor de la conducta individualizada, a título de dolo o de culpa, según haya sido guiada por la voluntad del sujeto la conducta de que se trate.

De lo anterior se advierte que queda así establecido que la culpabilidad se determina mediante la realización de un juicio, cuyo objeto viene a quedar constituido por la satisfacción de la reprochabilidad y la exigibilidad de la voluntad, como parte integrante de la conducta previamente calificada como típica y antijurídica. Al referirse a la conducta y su propio contenido de voluntad, lo que se esta realizando, en verdad, es el enjuiciamiento del sentido específico y determinado que se dio a la conducta aislada, o sea que, en estricto sentido, el enjuiciamiento corresponde a un hecho psicológico (el sentido dado a la conducta) con referencia a las pretensiones establecidas por las normas. Se trata, en consecuencia, de un verdadero juicio de referencia, por medio del cual se resolverá si un hecho psicológico particular y aislado, resulta contradictorio con la pretensión normativa que impone la exigencia en determinados casos, de guiar la conducta en un cierto sentido.[162]

Por otro lado, se ha explicado que el pionero de esta tendencia Reinhart Frank, sostiene que la culpabilidad no es un nexo psicológico entre el agente y su comportamiento, sino un juicio que se

[162] Cfr. Sergio VELA TREVIÑO. Culpabilidad e Inculpabilidad. Op. Cit. Pág. 186

emite sobre quien, habiendo podido comportarse conforme al deber que le era exigible, ha actuado de un modo contrario a ese deber; trátese, pues, de un fenómeno complejo de cuya estructura forman parte el dolo, la culpa, la imputabilidad y la normatividad de la motivación, y puesto que en ella intervienen estos elementos, bien puede sintetizarse su esencia en la reprochabilidad. De esta manera, dolo y culpa dejan de constituir el fenómeno mismo de la culpabilidad para convertirse en elementos suyos.

Se logró precisar este concepto con las ideas de Goldschmidt al introducir el concepto deber-poder de la siguiente manera: el sujeto tiene el deber de comportarse conforme al ordenamiento jurídico, pero actúa contrariamente a este; ahora bien, ese actuar antijurídicamente solo le es reprochable en la medida en que pudiendo obrar conforme al ordenamiento y teniendo el dominio del hecho, actuó culpablemente; de esta manera la culpabilidad resulta un "querer que no debe ser", o, en otras palabras, "la reprochable no motivación de la voluntad por la representación del deber". Obsérvese que este autor se desentiende del juicio de reproche para resaltar el fenómeno en el aspecto de una actitud reprochable.[163]

En este orden de ideas, forman parte de la culpabilidad la imputabilidad del agente, el dolo, la culpa y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad; la primera, apunta a disposición o estado de la personalidad del autor; la segunda, a una referencia psicológica del sujeto a su acto como expresión

[163] Cfr. Sergio VELA TREVIÑO. Culpabilidad e Inculpabilidad Op Cit Págs 187 y ss

jurídicamente desaprobada de su personalidad, y la tercera, a todas aquellas circunstancias de la acción que permiten valorarla negativamente; pero como tales circunstancias, dada su amplitud, no permiten enumeración taxativa como exigencias positivas de la culpabilidad, se ha optado por su enunciación negativa.

Asimismo se ha explicado ampliamente en esta teoría del normativismo que es considerada **la culpabilidad como proceso atribuible a una motivación reprochable**.

En efecto, puede decirse que todo lo que significa una conducta es producto de la volición, o sea que al realizarse cualquier comportamiento, en realidad se está materializando ante el mundo exterior el proceso psíquico previo que ha determinado la especial forma que adopta la conducta: así cuando un sujeto encamina el sentido de su voluntad hacia la realización de una conducta típica y antijurídica previamente ha resuelto dentro de sí y es un proceso psíquico puro, el sentido que ha de dar a su comportamiento. En estos casos, al producirse el resultado buscado, será dable afirmar que hubo una voluntad directamente encaminada ala producción del resultado sobrevenido y si este es típico y antijurídico, deberá formularse un reproche dirigido al proceso psíquico previo, a título de dolo, ya que la voluntad guió la conducta precisamente hacia la producción de ese resultado. Por otra parte, cuando el resultado que sobreviene no corresponde exacta y precisamente a la intención del sujeto sino que se produce debido a un efecto de la voluntad, como ocurre en todos los delitos culposos, ello

es porque en un momento previo a la realización del acontecimiento el individuo tuvo la posibilidad de optar por una conducta en lugar de otra y, al realizar el proceso psíquico de selección, optó, por determinada motivación, por la ejecución del comportamiento que culminó en la producción del resultado típico y antijurídico. En esta segunda hipótesis, también existe un proceso psíquico que determina la forma que el comportamiento adopta. En ambos casos, al sobrevenir el resultado, lesivo , deberá procederse a la formulación del juicio relativo a la culpabilidad, con base al hecho concreto que se produjo pero considerando el mismo como producto de un proceso psíquico previo, atribuible al sujeto al sujeto actuante, que podrá o no ser reprochable, según hayan sido las motivaciones que determinaron el sentido impuesto de la conducta. Estamos ya así ubicados en la llamada "teoría del motivo", que correspondió en principio a un aporte del positivismo italiano pero que ha tomado especial importancia en orden a la culpabilidad, según la concepción normativa.

Los motivos determinantes para cierta forma del comportamiento tienen una superlativa importancia, no solamente desde un punto de vista técnico, sino además desde el aspecto de la aplicación de las leyes vigentes.[164]

De lo que se ha expuesto resulta que el reproche que el juez formula al autor de una conducta típica y antijurídica, para fundamentar junto con la exigibilidad, la culpabilidad del autor de esa conducta, tiene como límite lógico y jurídico la motivación de la

[164] Cfr Sergio VELA TREVIÑO Culpabilidad e Inculpabilidad Op Cit Págs 187 y ss

conducta. Puede decirse que el reproche no va tanto dirigido a la conducta, como a su motivación. Esto puede confirmarse con aquellos casos que producen inexistencia de delito por ausencia de culpabilidad en los cuales habiendo una conducta típica y antijurídica no existe culpabilidad por motivación que no era reprochable.

Finalmente, como aspecto valorativo que encierra la culpabilidad, se aborda en el normativismo el estudio de **la relación entre la exigibilidad y la reprochabilidad.**

Debe quedar perfectamente establecido que la reprochabilidad es la conclusión del juicio relativo a la culpabilidad y que, consecuentemente, la exigibilidad es previa a la conducta del juicio.

Cuando se ha precisado que sí había exigibilidad de otra conducta, podrá formularse a la conducta emitida un reproche por ejecución, reproche que se traducirá en la comprobación y determinación de la culpabilidad. En estas condiciones, la exigibilidad siempre cede a la reprochabilidad.

En este orden de ideas, debe quedar perfectamente claro que hay exigibilidad y, consecuentemente reprochabilidad, cuando el sujeto pudo y, por lo tanto, debió obrar en forma diferente a como lo hizo.

La exigibilidad como concepto jurídico tiene un presupuesto que consiste en la existencia previa de una norma de Derecho que imponga la obligación de guiar la conducta en un cierto y determinado sentido. El sistema bajo el que está constituido el Derecho Penal sustantivo es absolutamente normativo; en el mismo se encuentran las normas que determinan las formas que pueden revestir las conductas para ser constitutivas de delito y, aun cuando no se establezca un imperativo normativo, del contenido de cada norma relativa alas conductas se desprende la exigibilidad de actuar en forma tal que no se lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicamente protegidos.

Finalmente se sostiene que la esencia misma del normativismo para estudiar las culpabilidad se ubica en la exigibilidad como concepto genérico y en su presupuesto de existencia de una norma en lo que se refiere a lo específico, cuando haya de determinarse la exigibilidad de otra conducta diferente en un caso concreto.

También se ha criticado al normativismo en el sentido de que la exigibilidad como nota imprescindible para fundamentar el juicio de reproche relativo a la culpabilidad, en razón de que, se aduce, los catálogos de tipos penales, no contienen una norma que determine la forma que la conducta debe revestir para no ser constitutiva de delito, esto aun cuando parcialmente es cierto, no es argumento suficiente pues la norma tal como aparece prevista en los ordenamientos jurídicos, lleva íntima una valoración cultural, que es la

que ha permitido elevar a la categoría de norma jurídica; esta valoración es lo que constituye el contenido mismo de la norma y, del contenido cultural valorativo, la adecuación de la conducta al tipo descrito en la norma de derecho positivo viene a ser, simplemente, la aparición actualizada de una hipótesis legal, conceptuada, en principio como delictuosa.

Por tal motivo, al hablar de exigibilidad se deben precisar las dos clases, por un lado, la primera emana de la obligación genérica que todos tenemos de respetar las normas y la consiguiente exigibilidad del cumplimiento de la obligación antedicha; la segunda, que se refiere específicamente al caso concreto, es la que sirve para fundamentar la reprochabilidad, en orden a la culpabilidad cuando a un sujeto determinado y en un momento concreto, le era exigible el respeto al contenido de la norma.[165]

Por otro lado, con relación al tratamiento y estudio que se ha desarrollado en torno a la culpabilidad, también se ubica el normativismo puro, con la consecuente ubicación distinta del dolo en la sistemática de la teoría del delito, tema que será abordado en capítulo subsecuente dada la naturaleza de su contenido.

[165] Cfr Sergio VELA TREVIÑO Culpabilidad e Inculpabilidad Op Cit Págs 189 y ss

7.- EL LÍMITE OBJETIVO DE LA CULPABILIDAD EN LA TEORÍA CAUSALISTA

En la teoría causalista se desarrollaron diversos y profundos estudios por parte de varios autores, acerca del caso fortuito, considerado como un tema que provocó múltiples opiniones que desencadenaron en distintas posturas doctrinales, sobre la ubicación y efectos que, en la sistemática de la teoría del delito, debía darse al mismo, es decir, el enfoque abarcó desde la concepción misma del caso, sus elementos y los efectos que produce en el delito.

No es extraño, que el título de este apartado sea en el sentido de concebir al caso fortuito como límite de la culpabilidad, lo que implica resaltar la tesis que en el causalismo dominó en gran medida y que fue considerada como una importante tendencia, sin desconocer aquellas que se enderezaron para considerarlo como aspecto negativo de otro u otros elementos del delito, aunque con profundas discusiones y distintas consecuencias respecto al mismo.

En este sentido, debe enunciarse que el caso fortuito fue considerado en la doctrina como un aspecto negativo de la conducta, también se estimó, por otros autores como el aspecto negativo de la relación de causalidad, asimismo fue estimado como una causa de licitud, por otro lado, no se niega a aquellos autores que estimaron al caso fortuito como una hipótesis de inculpabilidad, hasta indicar aquellos tratadistas que lo consideraron como el límite objetivo de la culpabilidad.

Se ha dicho por una esfera muy importante de la doctrina causalista que el caso fortuito es el aspecto negativo de la conducta, mediante el cual se provoca el primer aspecto negativo del delito, esto es así, se sostiene, porque el caso fortuito aun cuando tiene raíces filosóficas muy profundas, tiene como característica fundamental que el acontecimiento se produce sin la intervención de la voluntad del agente, es decir, que el sujeto dirige su voluntad a un objetivo diverso, pero por cuestiones que son ajenas a su intención, el daño o resultado se llega a producir, derivado precisamente de aspectos externos ajenos a la voluntad del sujeto, por tal razón, al no intervenir la voluntad del mismo en la perpetración del resultado fortuito, es innegable que se está en presencia del aspecto negativo de la conducta.[166]

En esta tendencia, se observa en forma preponderante el resultado producido, con lo que la valoración del caso, se torna objetivo y externo a la voluntad del agente, no interviene la voluntad ni la intención del sujeto, pues no se dirige a la producción del resultado material, ya que este se ocasiona gracias a la presencia del caso fortuito, de manera accidental, por ello, en el resultado producido se carece de la voluntad del sujeto.

---

[166] Cfr LOPEZ GALLO El Caso Fortuito, Aspecto Negativo de la Conducta Citado por JIMNEZ DE ASUA Tratado de Derecho Penal Tomo VI La Culpabilidad y su Exclusión Op Cit Pág 234 Esta afirmación del López Gallo, se funda en considerar como análogos o semejantes al caso fortuito con la fuerza mayor, es decir, deriva de la confusión entre lo que es el caso fortuito y la propia fuerza mayor, probablemente porque ambos tienen como presupuesto la imposibilidad de ser previstas y devenir de la naturaleza, sin embargo, su diferencia esencial radica en que en la fuerza mayor, no interviene la conducta del hombre en el proceso de su aparición, pues sólo son las fuerzas de la naturaleza; en cambio, en el caso fortuito, el proceso que le da origen, se encuentra presente la conducta del sujeto, es decir, la conducta humana está presente en el acto que le da origen, por tanto, su diferencia es palpable

Al respecto se ha sostenido por Enrico ALTAVILLA[167] que "El desarrollo de los fenómenos obedece a leyes naturales para las que todo efecto es consecuencia necesaria de sus causas. Por lo tanto, podemos decir que objetivamente no existe lo fortuito, pues lo que sucede tenía que suceder. Lo que pasa es que dichas leyes no siempre son conocidas por el hombre o por la mayor parte de los hombres, y así se crea, en cuanto atañe al proceso causal, una diferencia entre lo conocido y lo desconocido."

Las razones en que se funda esta postura doctrinal, radican en los elementos que conforman a la conducta del sujeto con relevancia penal, es decir, que los requisitos necesarios para que la acción o la omisión del sujeto puedan producir las consecuencias jurídicas esperadas son la voluntad, considerada como la libre determinación del sujeto, el hacer o no hacer, según se trate de la acción o de la omisión, y además, el resultado producido, que en ocasiones es material pero siempre será además, jurídico al transgredirse normas de derecho.

Es precisamente la existencia de la voluntad lo que permite que la conducta tenga trascendencia jurídica, sin la cual, a pesar de existir el hacer o el no hacer, no tendrá relevancia jurídica o se presentará, en su caso, un aspecto negativo de la conducta.

En el caso fortuito, se sostiene, hay ausencia de voluntad, pues el sujeto no dirigió su actuar a la producción del

[167] La Culpa. Op. Cit. Pág. 34

resultado fortuito, por lo que no tiene lugar la vinculación psicológica entre el sujeto y el resultado material producido, estando en presencia del aspecto negativo de este primer elemento del delito.

Otra esfera también importante de la doctrina, ha sostenido que el caso fortuito, representa el aspecto negativo de la relación de causalidad que vincula, en su caso, a la conducta con el resultado material, por tanto, al realizarse la conducta, la presencia del caso fortuito desvía la proyección de la conducta produciendo un resultado material diferente al que se propuso el sujeto.[168]

En efecto, en la cadena causal, la normalidad de los efectos de la conducta se desarrollan precisamente porque el sujeto ha ejecutado la acción, a fin de lograr un determinado resultado, sin embargo, la presencia del caso fortuito provoca que esa cadena causal que en condiciones normales hubiere producido el resultado deseado, desvía la causalidad normal, provocando el resultado dañoso, por tanto, es innegable, sostiene esta corriente, que el caso fortuito es la alteración de la relación causal normal entre la conducta y el resultado, en condiciones normales, de tal suerte, que por la desviación de las condiciones puestas en movimiento por la conducta, es como se daña el bien jurídico tutelado, representando así el aspecto negativo o desviación de la cadena causal normal.

En esta desviación de la cadena causal normal, la participación de la voluntad es ajena, pues el daño se produce por la

alteración, que en condiciones normales no se provocaría el daño, siendo en consecuencia un aspecto negativo de esta relación de causalidad.

En la doctrina, es necesario recordar que el nexo de causalidad o relación causal, existe cuando suprimiendo la conducta el resultado material no se produce, es decir, que en caso de suprimir la conducta y no obstante el resultado material se sigue presentando, entonces no existe esa relación de causalidad, pues con ello se evidencia de que no existe esa vinculación necesaria entre ambos elementos.

Además, entendida así esta postura, con un análisis más profundo, debe mencionarse que el nexo de causalidad conjuntamente con la conducta y el resultado material, son elementos del hecho, considerado como la segunda modalidad en la que se puede presentar el elemento objetivo o material del delito, por tanto, al no surgir este primer elemento, no es concebible la idea del surgimiento del delito por carecer del primer elemento que lo constituye.

Por otro lado, también se ha dicho que el caso fortuito viene a representar una causa de licitud; para quienes sostienen esta postura, se fundan esencialmente en los requisitos que llegan a exigir los ordenamientos jurídicos en cuanto para su existencia debe realizarse una conducta lícita, con todas las

---

[168] Cfr. Arturo SANTORO. Citado por JIMENEZ DE ASUA Tratado de Derecho Penal Tomo VI La

precauciones debidas. El carácter lícito de la conducta, bajo cuya condición sólo puede presentarse el caso fortuito, permite sostener que el mismo es una causa de licitud, pues mientras se realiza la conducta en forma lícita, tal valoración debe ser atribuida también a los resultados que la misma produce, siendo lícitos tales resultados, pues no sería concebible y además se desnaturalizaría el elemento objetivo o material, cuando por un lado, se considere a la conducta como lícita y por el otro, se estime como antijurídico o ilícito el resultado material derivado de la misma

Este argumento se fortalece para aquellos que ven en el caso fortuito una causa de licitud, pues lícita deber ser la conducta desarrollada, ya que de lo contrario, en caso de que la conducta ejecutada sea de carácter ilícito, tal matiz colorea al resultado fortuito, pues derivó como consecuencia de la ilicitud de la acción u omisión.

Por otro lado, se ha considerado al caso fortuito como causa de inculpabilidad, pues se llega a identificar como una hipótesis del error excusable que provoca la inculpabilidad del sujeto, tal ha sido el criterio sustentado por Carnelutti, quien consideró que lo que se llama caso fortuito no es mas que el error cometido, no obstante el conocimiento y la buena voluntad del agente, por lo que es integrante del error excusable del que la ley misma ha dado muestras de su propia existencia.

Culpabilidad y su Exclusión Op Cit Pág 326

Con una clara explicación de esta postura, Enrico ALTAVILLA[169] expresa que "Cuando no se conoce, ni puede conocerse, alguna relación causal, es evidente que no podemos abstenernos de una conducta peligrosa, pues no nos es posible prever sus consecuencias"; agregando que "No debe confundirse la previsibilidad con la posibilidad que nos lleva al dominio de la causalidad material."

Finalmente, en la doctrina causalista dominó durante mucho tiempo, la tesis de que el caso fortuito en su ubicación sistemática en la teoría del delito, es el límite objetivo de la culpabilidad.

En efecto, esa fue la opinión de muchos autores que dominó en mucho tiempo dentro del causalismo, entre ellos, destacan las ideas de Carlos FONTAN BALESTRA[170], quien sostiene que "El caso fortuito constituye el límite de la culpabilidad. Nadie es culpable si no ha habido, al menos, posibilidad de previsión del hecho típicamente antijurídico. De acuerdo con la fórmula tradicional, fortuito es lo que no ha podido preverse o que previsto no ha podido evitarse."

En este sentido, sostiene el autor en cita, que en el ámbito de la responsabilidad es donde el caso fortuito adquiere una verdadera categoría jurídica, que queda fuera de la culpabilidad. La posición psicológica del autor de un hecho con las características del

---

[169] La Culpa Op Cit Pág 34

[170] Tratado de Derecho Penal Tomo II Parte General Editorial Abeledo Perrot Segunda Edición. Cuarta Reimpresión Buenos Aires Argentina 1995 pág 212

caso fortuito no es la de quien prevé el resultado (dolo), ni la del que no lo ha previsto por no haber puesto en su obrar la diligencia debida, de acuerdo con las circunstancias del caso (culpa), sino la de quien no ha previsto lo que no era previsible.

Concluyendo el citado autor que el aspecto que ofrece el caso fortuito, cuando se hace el análisis de la culpabilidad, está dado por la relación entre el contenido del conocimiento del que obra y, como consecuencia de él, la posibilidad de disponer el acontecer causal de acuerdo con las exigencias del derecho; de ese análisis resulta que el orden jurídico no puede imponer la exigencia de que se evite un resultado cuya representación no puede esperarse y menos aún cuando representado no se puede evitar.

Se advierte que en concepto de este autor, son dos los criterios que permiten configurar la existencia del caso fortuito, por un lado, la imposibilidad del sujeto para representarse el resultado fortuito, y por el otro, la imposibilidad de poder evitarse dicho resultado, aún cuando haya existido representación del mismo. Por ello, el fundamento de la existencia del caso, se basa en la tendencia de la representación y de la prevenibilidad del mismo, criterios que sustentan la razón por la que no puede ser sancionable los resultado derivados del caso fortuito.

Por su parte CORDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO[171], sostiene que el caso fortuito es el límite objetivo de la

[171] Comentarios al Código Penal Español Tomo II. Op. Cit. Pág 243

culpabilidad, es decir, con el mismo no se actualiza una causa de inculpabilidad que resultaría ser el aspecto negativo de la culpabilidad, sino que con el caso fortuito se presenta la no culpabilidad misma del resultado acaecido, pues para que se presente el agente no debió prever el resultado, pero no derivado de su intención o de su negligencia, sino por resultar imprevisible, de donde resulta que en el acaecimiento del resultado no existe dolo ni tampoco culpa alguna, estando en presencia de la no culpabilidad del sujeto.

Con esta afirmación, se excluye la posibilidad de que se le de un tratamiento al caso fortuito como hipótesis de inculpabilidad, en la que, por lo menos, queda latente uno de los elementos del dolo o de la culpa, que aún cuando no se llegó a integrar por ausencia de algún elemento, sí se presentó la posibilidad de su existencia. En efecto, las hipótesis de inculpabilidad generalmente aceptadas, como son el error o la inexigibilidad de otra conducta, extinguen alguno de los elementos del dolo. El error, que además de ser esencial e invencible, sus efectos se producen en la extinción del elemento intelectual del dolo, que impide que el agente conozca la antijuridicidad de su conducta, pero al fin y acabo realiza una acción contra derecho, es decir, deja subsistente el elemento volitivo sólo que, por no saber la naturaleza de su actuar, no queda integrado el dolo en su plenitud jurídica. Semejante situación se llega a actualizar, cuando tiene lugar la no exigibilidad de otra conducta, hipótesis que extingue el elemento volitivo del dolo, situación que deja subsistente el elemento intelectual del mismo, pues a pesar de que el agente conoce que su acción contraría las normas jurídicas, no tiene

otra opción, sino la ejecución de la misma, con la correspondiente consecuencia de su inculpabilidad.

Esto no ocurre tratándose del caso fortuito, pues no deja subsistente ninguno de los elementos del dolo, es requisito esencial para su presencia que el actuar del sujeto sea sin intención ni imprudencia alguna, es decir, queda excluida la posibilidad de que el sujeto actúe con dolo para que el caso fortuito pueda tener lugar en el derecho con los correspondientes efectos jurídicos que produce.

8.- EL ITER CRIMINIS EN LA TEORÍA CAUSALISTA

En la sistemática causalista de la teoría del delito, se suele dividir el estudio de esta teoría, por la mayoría de los autores, en dos esferas: La primera comprende el estudio de los elementos del delito, tanto su aspecto positivo como su aspecto negativo, es decir, el contenido de cada uno de los elementos que conforman el delito, o sea, los requisitos necesarios para que el delito tenga existencia en el ámbito jurídico, así como, por otra parte, las hipótesis bajo las cuales algún o algunos de los elementos se desvanecen, o simplemente no quedan integrados, configurándose con ello el aspecto negativo que conlleva a la inexistencia del delito por no reunirse todos los requisitos necesarios para el surgimiento del mismo.

En la segunda esfera de la teoría del delito, la doctrina causalista analiza la aparición del delito, es decir, comprende tanto el iter criminis, como el concurso de delitos y, la autoría y participación, con lo que se divide el análisis del delito ya que se estudia bajo esas dos vertientes, por un lado, su constitución e integración y, por el otro, las formas como aparece en el mundo del derecho, abarcando desde el camino que sigue el delito hasta la concurrencia con otras figuras típicas.

Al respecto Celestino PORTE PETIT[172] sostiene que "La teoría del delito comprende el estudio de sus elementos, su aspecto negativo y las formas de manifestarse el mismo.

[172] Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal Op Cit. Pág 239

Consecuentemente, la teoría del delito debe enfocarse hacia estos problemas: la existencia del delito, su inexistencia y aparición del mismo."

Esta segunda esfera de la teoría del delito que encierra la forma de aparición del mismo comprende: el iter criminis o camino del delito, el concurso de delitos y, la autoría y participación.[173]

Es precisamente en el iter criminis, en donde la doctrina causalista enfoca sus esfuerzos por explicar el camino que sigue el delito, desde su ámbito interno hasta presentarse en el mundo del derecho, con las correspondientes modalidades que reviste una vez que ha surgido.

El estudio de esta primera parte de la segunda esfera de la teoría del delito, tiene importancia pues sólo es concebida, dentro de la misma teoría, en los delitos dolosos, negándose su presencia en los delitos culposos, dadas las características especiales que revisten estos delitos en función de la naturaleza misma de la culpa y su integración.

El iter criminis o camino del delito, la doctrina causalista la divide en dos fases:[174] la primera, se sostiene, es de carácter subjetivo, por desarrollarse en el interior del autor, es decir,

---

[173] Cfr. Franz VON LISZT. Tratado de Derecho Penal Tomo II. Op Cit Pág 264; Giuseppe Maggiore Derecho Penal. Tomo I Op Cit Págs 267 y 268

[174] Cfr Luis JIMÉNEZ DE ASUA Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. Op. Cit. Págs. 458 y ss

en su mente, en su inteligencia; en cambio la segunda fase, se desarrolla de manera objetiva, externa, fuera del sujeto.

En esa primer fase del iter criminis se encuentran, a su vez, tres etapas: la primera, denominada ideación o concepción, en la que se inicia el camino del delito y se caracteriza por el surgimiento de la idea criminal en la mente del sujeto activo, precisamente con la concepción de la idea de perpetrar la lesión del bien jurídico. En esta primer fase se han enderezado muchos de los esfuerzos de criminólogos y criminalistas para entender la razón por la que en la mente del sujeto surge la idea de lesionar bienes jurídicos, en ella, se analizan los factores y móviles que posee el sujeto para la ejecución de la acción antijurídica.

Es evidente que en esta primera etapa, por encontrarse en la mente del sujeto, no puede ser constitutiva de delito, apoyándose para ello en el principio que data desde el derecho romano que consiste en afirmar que el pensamiento no delinque. Sin embargo, se logró distinguir el pensamiento propiamente dicho, que no sale de la mente del individuo, de aquel que es expresado en determinada propaganda, por lo que si ésta tiende a contagiar a los demás individuos para la comisión del delito, estaremos en la figura de la apología

Por otro lado, se llegó a analizar las llamadas ideas-fuerza que pueden ser el sentimiento expresado y que pueden llegar a contagiarse, que por ser peligrosas deben incriminarse pues se corre

el riesgo de lograr la motivación de los demás; esta tendencia recibió severas críticas al pretender constituir el delito de las ideas, pues la misma debe referirse en forma concreta a una figura típica señalada en el Código respectivo. De lo contrario si se llegaran a sancionar las ideas se incurre en el absurdo de llegar a la estatificación de la ciencia del pensamiento, por ello, lo que debe ser sancionada es la resolución manifestada en aquellos casos en que se aprecie la objetividad jurídica infringida concreta.

Por otro lado, respecto a esta primera etapa del iter criminis uno de los mas connotados positivistas en la doctrina causalista, enfocó sus esfuerzos para explicar las razones por las que un individuo llega a ser delincuente, inclusive, la predisposición del sujeto al delito, es decir, se elaboró toda una teoría para llegar a explicar la razón por la que un sujeto se vuelve criminal o delincuente, desarrollándose de esta manera la teoría del delincuente nato cuya autoría se atribuye a César Lombroso, quien bajo los principios de la antropología llegó a clasificar a los sujetos delincuentes bajo un catálogo rígido, en base a sus características físicas o antropológicas, identificando con ello, sus costumbres, sus principios y su comportamiento en relación a la norma jurídica, antropología que al aplicarla al delito, recibió el nombre de antropología criminal; recibiendo severas críticas por la rigidez de su clasificación.

No debemos soslayar las aportaciones de la endocrinología, es decir, aquella parte de la medicina y de la biología que estudia el desarrollo, las funciones y las enfermedades de las

glándulas endocrinas, o sea, las glándulas que vierten en la sangre el producto de su secreción, por ello, se les conoce como glándulas de secreción interna, inclusive, se llegó a impresionar tanto a los autores de derecho penal con los avances y explicaciones que aportaba esta ciencia, que se estimó que la misma absorbería al derecho penal mismo.

La segunda etapa, denominada de deliberación, los sostenedores de la doctrina causalista, encuentran que es una etapa interna en la que se produce un conflicto entre la idea criminal surgida en el sujeto y los principios jurídicos, morales, religiosos, sociales, educativos o familiares que le fueron inculcados a lo largo de su vida.

Finalmente, como la última etapa de esta primer fase, es conocida como de resolución y se considera que está integrada por el triunfo de la idea criminal sobre los valores con los que previamente entró en conflicto, sobresaliendo de esta manera, la idea de lesionar o poner en peligro el bien jurídicamente tutelado.

Respecto a las diversas etapas del iter criminis, sostiene Luis JIMÉNEZ DE ASUA[175] "Surge primero lo que los escolásticos llamaban la tentación. La idea de delinquir aparece en la mente del sujeto. Éste puede rechazarla o no. En el primer caso, la idea puede volver. El sujeto ya delibera. Piensa el pro y el contra. De esta deliberación puede salir de nuevo rechazada la idea. Pero puede

[175] Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito Op Cit. Págs. 458 y ss

determinar una resolución criminal que, aun no manifestada exteriormente, es capaz de sufrir dos procesos. Uno, quedar anulada en el agente. Otro, salir de él;.... provocar, incitar, conspirar...."

En la etapa de resolución, se ha estimado por esta corriente, es en la que se ha gestado el surgimiento del dolo, con sus dos elementos, tanto el intelectual como el volitivo, pues en la etapa anterior el sujeto enfrentó la idea criminal con los principios jurídicos, por ello, posee el conocimiento necesario para saber que su conducta es antijurídica, esencia del elemento intelectual, no obstante lo cual resuelve la comisión del delito, esencia del elemento volitivo, quedando integrado de esta manera el dolo.

La segunda fase del iter criminis, conocida como fase externa, se inicia con la llamada resolución manifestada, en la que el sujeto activo se allega de todos los elementos humanos necesarios y suficientes e idóneos para la consumación del delito, en ella tiene cabida la preparación de la figura de la autoría, en sus diversas modalidades que reconoce el causalismo ya sea de propia mano, intelectual o mediata, también se llega a preparar la integración de la figura de la complicidad, pues se logra reclutar a los copartícipes del delito derivado de la resolución manifestada llevada a cabo por el sujeto. Se llegó a distinguir como especies de esta etapa a la proposición, la conspiración y el complot, aunque este último también ha sido considerado como una especie de conspiración.

Debe señalarse que tanto la proposición como la conspiración, no son actos preparatorios, pues se diferencian esencialmente en que éstos son actos externos y materiales, mientras que aquellas, no son actos materiales, sino verbales meramente; además, también se diferencian de la tentativa, pues las mismas no entran en el núcleo del tipo, en cambio la tentativa sí esta en el nùcleo típico al ejecutarse una parte o totalmente la conducta señalada en la norma jurídica.

Ahora bien, las resoluciones manifestadas siendo sólo actos verbales, no pueden ser sancionadas, a no ser que en forma objetiva así lo determine la norma jurídica, es decir, que se encuentre presente la objetividad jurídica, no ocurre lo mismo con la amenaza, que aún cuando es meramente verbal tiene como consecuencia la pérdida de la seguridad, lo que constituye un delito.

En esta fase, además de la resolución manifestada, quedan comprendidos otros actos preliminarmente ejecutados por el sujeto para lograr la consumación del delito; tales actos son, precisamente, los actos preparatorios, que son actos externos y materiales. Con estos actos, el sujeto de allega de elementos materiales suficientes o necesarios para la consumación del delito particularmente determinado.

Al respecto, Luis JIMENEZ DE ASUA[176] sostiene que "Estos actos son aquellos que no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero que se refieren a este delito en la intención del agente, que tiende así a preparar su ejecución...."

En el estudio de lo actos preparatorios, la doctrina causalista aborda el estudio de todos aquellos instrumentos que se allega el sujeto para lograr la consumación del delito, distinguiendo esta doctrina, los actos equívocos de los actos inequívocos. Los primeros, son aquellos en los que por sí mismos no encierran la verdadera intención del sujeto, pues por la naturaleza de ellos no se evidencia la resolución de lesionar bienes jurídicos, porque no están destinados a lesionar bienes tutelados, sino que su potencialidad lesiva, surge por la aplicación que desarrolla el sujeto en su ejecución.

En cambio, los actos inequívocos, son aquellos que en forma por demás evidente, dejan al descubierto la resolución del sujeto de lesionar bienes jurídicos tutelados, pues la naturaleza de los mismos, es precisamente la idónea para ser lesivos, sin tener otra aplicación que la de lesionar los bienes, tal es el caso de los instrumentos que en sí mismos encierran la potencialidad dañosa, como son las armas de fuego, que no tiene otra aplicación que la de lesionar bienes.

[176] Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito Op Cit Págs 458 y ss

En el tratamiento de los actos equívocos o inequívocos, ha surgido una fuerte tendencia dentro de esta concepción causalista para sancionar inmediatamente aquellos actos del sujeto que son inequívocos, pues al no dejar duda alguna sobre la resolución de cometer algún delito, fundados en principios de peligrosidad criminal y en miras de la prevención general, se llegó a sostener que deben recibir la reacción estatal y la aplicación de la pena. Sin embargo, la tendencia dominante es en el sentido de no sancionarlos para efecto de dar paso al desistimiento o arrepentimiento, además de evitar las arbitrariedades judiciales.

Asimismo, como fase externa del iter criminis está, sin duda alguna, los actos ejecutivos desarrollados por el sujeto, tendientes a lograr la consumación del delito.

En efecto, la materialización concreta de la conducta idónea para lograr la lesión del bien jurídico, forma parte de la fase externa del iter criminis, pues el sujeto, en esta etapa, pone en movimiento los medios elegidos previamente, ejecutando en parte o totalmente la conducta que debía consumar el delito, el cual puede o no ser logrado por el sujeto, sin que ello altere en forma alguna la naturaleza de esta etapa. En caso de lograrlo estaremos en presencia de la consumación, en cambio, cuando no logra ese objetivo, estaremos en presencia de la tentativa.

Es precisamente en esta parte, donde la doctrina causalista enfoca sus estudios respecto a la tentativa punible,

analizando todos y cada uno de los elementos que concurren a su conformación y presentando las consecuencias que acarrea la falta de integración de los mismos, esforzándose por explicar esos elementos.

En efecto, la tentativa fue definida como la resolución de cometer un delito, ejecutando en parte o totalmente la conducta, sin lograr consumarlo por causas ajenas a la voluntad del sujeto. De esta concepción se desprenden dos especies de tentativa punible, la primera, caracterizada por materializarse sólo un comienzo de ejecución de la conducta que debe consumar el delito, misma que recibe el nombre de tentativa inacabada, precisamente porque la conducta sólo contiene el comienzo de ejecución sin lograr concluirla, cuyo proceso causal se ve interrumpido por causas ajenas a la intención del sujeto activo.

Esta tentativa contiene una serie de elementos que permiten su análisis individual: Como primer requisito exigido para su configuración se requiere la resolución del sujeto de llevar a cabo la comisión del delito, es decir, la plena determinación del individuo de encaminar su conducta a la consecución de la lesión del bien jurídico.

Además, de este elemento subjetivo, caracterizado sólo por la voluntad desprovista de finalidad, debe desarrollarse un comienzo de ejecución de la conducta, lo que entraña que el sujeto de la fase preparatoria a pasado a la fase ejecutiva, desarrollando los actos tendientes a la consumación del delito, pero este desarrollo es incipiente, inicial, sin lograr integrar totalmente la conducta idónea

para consumar el delito, por ello, siempre estaremos en presencia de la tentativa inacabada, en cualquiera de los momentos que comprende desde que se inicie la ejecución de la conducta, hasta antes de ejecutarla totalmente.

Finalmente, como último elemento de esta especie, se encuentra la interrupción del proceso causal puesto en movimiento por la conducta, tal interrupción que impide la ejecución total de la acción y, consecuentemente, la consumación del delito, debe radicar en causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, es decir, en circunstancias externas a la intención del mismo, la que siempre se mantiene viva para lesionar el bien jurídico.

Es en este último elemento, en el que la doctrina causalista, sienta la diferencia entre la tentativa punible y aquella que no debe ser punible, llamándola como el aspecto negativo de la misma, calificándola con el nombre de desistimiento.

En el desistimiento, también existen los dos *elementos inicialmente expuesto, es decir, existe, la resolución de* comisión del delito, un comienzo de ejecución de la conducta idónea, sólo que, las causas que impiden la consumación del delito, no son externas a la voluntad del agente, sino que provienen de su propia intención o voluntad de que el delito no quede consumado. Por esta razón, al desistir el sujeto de la consumación del delito, a pesar de que desarrolló un comienzo de ejecución de los actos, sin lograr

consumarlo por causas que provienen de su propia voluntad, es por lo que el causalismo pugna porque no sea sancionados tales actos.

Por otro lado, la segunda especie de tentativa que se distingue en el causalismo, ha sido identificada con la denominación de tentativa acabada; esta especie tiene como esencia la total realización de los actos de ejecución constitutivos de la conducta que debe consumar el delito, cuando tal consumación no es lograda por causas ajenas a la voluntad del agente, es decir, por circunstancias externas a su propia intención y voluntad.

La tentativa acabada, sostiene el causalismo, tiene los siguientes elementos: La resolución de cometer el delito por parte del sujeto activo, integrante del elemento subjetivo y constituido por la voluntad encaminada a la lesión del bien jurídico; además requiere la total ejecución de la conducta que debía consumar el delito, debiéndose realizar todos los actos ejecutivos necesarios para lograr dicha consumación, misma que no es alcanzada por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

En un estudio integral de la tentativa, el causalismo analiza la procedencia de la misma relacionando sus elementos con las diferentes características de los delitos, para determinar la procedencia o la imposibilidad de que se presente, según sea el delito de que se trate.

Es en esta relación, donde se llega a determinar que la tentativa acabada no es posible su existencia tratándose de delitos formales, es decir, aquellos que, en contraposición de los delitos materiales, se integran y quedan consumados con la sola realización de la conducta, sin que el tipo penal exija como elemento la producción de algún resultado material, pues la naturaleza de los delitos formales pugna contra la naturaleza del segundo elemento de la tentativa acabada, pues siendo en aquellos suficiente la realización de la conducta para consumarlos, la total ejecución de los actos constitutivos de la conducta, que es elemento esencial de la tentativa acabada, implicaría como consecuencia lógica, la consumación del delito, estando en consecuencia, fuera de la naturaleza de la tentativa, que entraña precisamente la falta de consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente, por ello, se llega a la conclusión de que en los delitos formales, sólo tiene cabida la existencia de la tentativa inacabada, que encierra un comienzo de ejecución de la conducta, sin lograr consumarlo por causas ajenas a la voluntad del agente activo.

Como aspecto negativo de la tentativa acabada se le ha denominado arrepentimiento, caracterizado por contener los dos primeros elementos de la tentativa acabada, pues además de la resolución de cometer el delito, se necesita la total ejecución de los actos, pero, la diferencia radica en el último de sus elementos, pues mientras en la tentativa la falta de consumación se debe a causas ajenas y extrañas a la voluntad del agente, en el arrepentimiento las causas de la falta de consumación del delito se debe a la voluntad

propia y personal del sujeto, quien impide la consumación del delito a pesar de haber ejecutado totalmente la conducta que debía consumarlo, es precisamente en este elemento donde se funda la tesis de no sancionar al arrepentimiento, pues el propio sujeto impidió la lesión del bien jurídico.

9.- ERRORES Y ACIERTOS EN LA DOCTRINA CAUSALISTA

Dentro de los errores en los que incurrió el causalismo se pueden enunciar en primer término, que los causalistas encuentran como primer elemento del delito a la acción u omisión de naturaleza causal, concretada a través del movimiento corporal provocado por la voluntad del sujeto, misma que se refiere al nexo psicológico que vincula al sujeto con su conducta, desprovisto de toda finalidad, pues se le reconoce un carácter exclusivamente objetivo.

La objetivación de la conducta, condujo al causalismo a estimar que la intención o finalidad del sujeto, es considerada como elemento del dolo, y éste, es de naturaleza subjetiva, por lo que, conducta y dolo, los ubicaron en dos planos diferentes, la primera en el plano objetivo del delito y el segundo, en el plano subjetivo, en donde también ubican a la culpabilidad.

Por tanto, la culpabilidad, que es un elemento del delito de naturaleza subjetiva, está configurada por el dolo y por la culpa, caracterizada por la violación del deber de cuidad con previsión del resultado, o sin preverlo cuando resultaba previsible, según las circunstancias personales y externas de ejecución de la conducta.

En la diferenciación de los elementos del delito, el causalismo distinguió a los elementos objetivos en los que comprendió no sólo a la conducta en sus dos modalidades, sino también, a la

tipicidad y la antijuridicidad, en tanto que en el plano subjetivo del delito, abarcó a la imputabilidad y a la culpabilidad, dividiendo de esta forma la unidad del delito en estas dos esferas, con consecuencias que provocaron grandes confusiones tanto en la configuración de la tentativa como en la autoría y participación del delito.

Además de considerar la acción naturalísticamente, el tipo fue entendido en un sentido estricto, como una mera descripción de los elementos exteriores de la acción, es decir, de todo aquello que se encuentra fuera del ánimo e intención del sujeto activo, por tanto, definido en forma neutra, como una mera descripción objetiva sin valoración normativa alguna.

Respecto a la fundamentación filosófica del causalismo, se consideró que su base radicaba en la corriente naturalista y formalista, pues se aplicó el método natural al estudio de esta ciencia social, contraponiéndose con el criterio teleológico referido a los valores. En el causalismo se dominó el concepto formal de la antijuridicidad a la que se le dio como contenido esencial la contradicción del hecho o la conducta con la norma jurídica. Es decir, se estimó a la antijuridicidad ajena a toda desvaloración de la conducta, coincidiendo con la estimación de la conducta causal, ciega, desprovista de toda finalidad.

La imputabilidad fue entendida como un presupuesto de la culpabilidad, al estimarse como capacidad de querer y entender la antijuridicidad de la acción. Las intenciones, motivos, tendencias,

que múltiples disposiciones penales se encontraban como parte de su contenido, fueron estimadas también elementos subjetivos de la culpabilidad.

Por cuanto hace a la culpabilidad, además de lo explicado con antelación, fue concebida esencialmente como elemento subjetivo, como una relación psíquica entre el autor y la parte externa del hecho, o sea, del resultado material que se produjo. Es en la culpabilidad, en donde se plantea el contenido de la voluntad, por ello, el dolo y la culpa, aparecen como formas de ésta.

Por cuanto hace a la tentativa y la consumación, la autoría y la participación, la unidad y la pluralidad de delitos, fueron resumidas en el causalismo como formas de aparición del delito, por ser variaciones de la forma fundamental caracterizada por la acción de ejecución y de resultado, por tanto, fueron estudiadas y sistematizadas en la segunda esfera de la teoría.

Con ello, el causalismo se apoya en la filosofía positivista, analizando el fenómeno jurídico penal de la acción delictiva, como un hecho de orden natural, libre de sentido y finalidad, ajeno a toda valoración al considerar sólo los elementos externos u objetivos, creando en el ámbito de los elementos subjetivos las explicaciones necesarias sobre la intención y motivación del sujeto, por lo que, a la acción la deja desprovista de finalidad, reiterando sólo la existencia a de la voluntad como causa generadora de la acción.

Esto trajo múltiples confusiones, por una lado, respecto a la sistematización de los elementos anímicos que exigían diversos tipos penales en su descripción normativa, necesarios para la configuración del delito, pues al considerarlos como élementos subjetivos de la culpabilidad, no se lograba explicar, en su prelación lógica, los efectos que su ausencia provocaban, por un lado, al estar en el tipo, no se lograba integrar la tipicidad, pero, como estaban ubicados en los elementos de la culpabilidad, se debía postergar su estudio hasta la llegada de este elemento, debiéndose estimar como integrado el tipo. Lo que sin duda, rompía con su propia sistemática de prelación lógica de los elementos del delito.

Por otro lado, se llegó a hablar en el causalismo, para efecto de evitar las críticas por estas incongruencias, de los llamados dolos específicos, contenidos en el tipo, en consecuencia, el causalismo reconoció dos tipos de dolo, el genérico contenido de la culpabilidad, y el dolo específico contenido en el tipo penal, lo que no respondía a su sistemática respecto a los elementos del delito mismo.

Por otro lado, al desconocer la intención del sujeto, como contenido de la voluntad, el causalismo no logró explicar con plena satisfacción metodológica, la problemática de la tentativa, en la que, para su integración, sí requería conocer la intención del sujeto respecto a la lesión del bien jurídico, en este sentido, deja desprovista la conducta de finalidad en la integración del delito, pero sí la incluía en la integración de la tentativa, lo que, una vez más, se rompía con la

metodología sustentada y con la prelación lógica de los elementos del delito, así como con el contenido de los mismos.

Por otro lado, en el ámbito de la autoría, el causalismo, no lograba explicar la diferencia, clara y contundente, del autor material y del cómplice, en cuanto a que suprimió el contendido de la voluntad, siendo indispensable para diferenciar estos grados de la participación en el delito.

En un enfoque objetivo de los postulados emitidos y desarrollados por la doctrina causalista, pueden llegar a considerarse los aciertos que deben reconocerse a la tendencia de la acción causal, pues no todo lo que esta teoría desarrolló es digno de reproche, sino por el contrario, algunos de sus postulados fueron acertados y, algunos otros, tal vez en un número muy importante, condujeron a múltiples confusiones que provocaban errores.

El principal acierto que es innegable reconocer al causalismo, es el estudio sistemático en torno a la integración del delito, en particular, el esfuerzo para compenetrar en todos y cada uno e los elementos que conformaban ese fenómeno natural y social, apoyándose en la concepción analítica o atomizadora del delito, pero con la posibilidad de conocer el contenido de los elementos del delito.

El pionero de la corriente causal, Franz VON LISZT, se le debe el brillante interés y análisis que efectuó en torno a la conducta y a la causa que la produce, como es la voluntad, pues con

ello, permitió que este elemento fundamental en la integración del delito, se le diera la importancia que mantiene hoy en nuestros días para la integración del delito, por tanto, no puede escatimársele reconocimiento alguno respecto a este profundo estudio que desenvolvió de la conducta.

El descubrimiento de cada uno de los elementos del delito, se presentó en forma paulatina, pues a través de los múltiples esfuerzos de distintos tratadistas desde César Beccaria, se logró sistematizar el delito, con una clara intención de conocerlo en profundidad doctrinal para delimitar con toda claridad las conductas que lo constituyen, diferenciándolas de aquellas acciones que deben ser estimadas dentro de las disposiciones legales, es decir, las acciones lícitas.

El conocimiento de la integración del delito aportada por el causalismo, permitió precisar con mayor claridad las conductas antisociales, que configuraban el delito, de aquellas acciones que, al presentarse el aspecto negativo de alguno o algunos de los elementos del delito, no permitían el nacimiento o la valoración de la acción como delictiva, lo que obligó a la aplicación por, demás necesaria, de la letra de la ley, desterrando los excesos y abusos del poder del Estado que durante muchos años se ejerció sin control alguno y bajo el exclusivo arbitrio de los gobernantes o de los tiranos.

En identificación de cada elemento del delito, el causalismo los impregnó con un contenido necesario y suficiente para

la tutela o protección de los bienes jurídicos que socialmente eran considerados como relevantes para la colectividad, salvaguardándolos de los ataques de los asociados que irrumpían con el ordenamiento jurídico al dejar de observar los mandatos contenidos en las normas jurídicas.

No debiéndose olvidar, la abundante doctrina que aportó el causalismo relativa al nexo de causalidad, que vincula a la conducta con el resultado material, el basto análisis que se desarrolló en torno a las diversas concepciones que se desenvolvieron entorno a su contenido y alcance, para dar mayor precisión respecto a la ubicación del nexo causal, determinando la problemática que el acogimiento de una tendencia traería consigo.

CAPITULO TERCERO
LA TEORIA FINALISTA DE LA ACCION EN EL DELITO

1.- FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA FINALISTA

Para referirnos a la fundamentación de la teoría finalista, conocida también como teoría de la acción final, es necesario retomar las ideas de Hans WELZEL quien es "el indiscutible jurista que da nacimiento a la llamada 'teoría de la acción final' que plantea una sistematización de la dogmática jurídico penal que se aparta de la sistemática de la dogmática llamada 'causalista'."[1]

Como se anotó en el capítulo precedente la corriente causalista que surge a finales del siglo pasado y hasta los años treinta del siglo XX, con los trabajos de Liszt y en el que resalta la obra de Mezger con una gran influencia en diversos países de América Latina.

Como una respuesta a las deficiencias que WELZEL detectó en el causalismo, en la década de los años treinta se

[1] Octavio Alberto ORELLANA WIARCO. Teoría del delito. Op. Cit. Pág. 81

En el ámbito de los valores ético-sociales, cuya misión tutelar es atribuida al derecho penal, por tratarse de los valores elementales de la vida en comunidad, tiene impacto en la concepción de la acción humana, que al decir de éste autor, "Toda acción humana para bien o para mal, está sujeta a dos aspectos valorativos diferentes. Puede ser valorada de acuerdo al resultado que origina (valor de resultado o material), y también, independientemente del logro del resultado, según el sentido de la actividad como tal (valor de acto)."[6]

Ambas formas de valor, sostiene el autor en cita, "son importantes para el derecho penal. El derecho quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales), como, por ejemplo, la integridad del estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (los llamados bienes jurídicos), de ahí que impone consecuencias jurídicas a su lesión (al desvalor de resultado). Esta protección de los bienes jurídicos la cumple en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos. Luego, se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor de acto. Así asegura la vigencia de los valores de acto ético-sociales de carácter positivo, como el respeto a la vida ajena, a la salud, a la libertad, a la propiedad, etc."[7]

---

[6] Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán Parte General Op Cit Pág 1
[7] Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán Parte General Op Cit Pág. 2

Por su parte Francisco MUÑOZ CONDE[8] sostiene que "el Derecho penal como conjunto normativo cumple una función de mantenimiento y protección de un sistema de convivencia y solo dentro del sistema y desde ese sistema puede explicarse."

Con lo anterior se advierte que la norma penal opera en el ámbito de la comunidad para la que se destina con una influencia decisiva del régimen y organización que haya adoptado la colectividad; sin desconocer que como base de todo sistema social, la norma penal debe ser funcional, que aún cuando sea neutro este concepto, incide sobre el sistema ideológico adoptado y determina la convivencia humana.

En el sistema social "En tanto que la norma penal posibilita una mejor convivencia, será funcional; cuando se convierta en perturbadora de esa convivencia, será disfuncional. Pero el concepto de funcionalidad al que aquí nos referimos no tiene tanto que ver con el sistema social de convivencia en el que la norma penal actúa, como con la forma en que la norma penal opera dentro del propio sistema."[9]

Continúa explicando el autor respecto a la funcionalidad de la norma penal que "Desde esta perspectiva se puede decir que la norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, a los individuos para que se abstengan de dañar esas

[8] Derecho Penal. Parte General Editorial Tirant Lo Blanch Tercera Edición Valencia España 1998 Pág. 61
[9] Francisco MUÑOZ CONDE Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 64

condiciones elementales. La norma penal tiene por tanto, una doble función: protectora y motivadora. Protección y motivación o, mejor dicho, protección a través de la motivación, son las dos funciones inseparables e interdependientes de la norma penal. La protección supone la motivación y solo dentro de los límites en los que la motivación puede evitar determinados resultados, puede alcanzarse la protección de las condiciones elementales de convivencia. Esta doble función de la norma penal tiene, ... repercusiones en la teoría general del delito, tanto en la configuración de la teoría de la antijuricidad, como en la de la teoría de la culpabilidad."[10]

No debe soslayarse que se ha estimado que la norma penal se sustenta, también, en uno de los principios limitadores del poder punitivo del Estado, que en el detallado estudio del autor abarca el análisis del principio de intervención mínima, pues "el poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el Derecho penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos mas importantes. Las perturbaciones mas leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. De ahí que se diga que el Derecho penal tiene carácter <<subsidiario>> frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico."[11]

---

[10] Francisco MUÑOZ CONDE Derecho Penal. Parte General. Op Cit Pág 64 En el desarrollo de su obra el autor en cita analiza el contenido de la función de protección de la norma penal abarcando el concepto de bien jurídico, estimando que son los "presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social"; además de abordar la función de motivación, comprendiendo la norma penal y el control social (Op Cit Págs 65 a 73)

[11] Francisco MUÑOZ CONDE Derecho Penal. Parte General Op Cit Pág. 79. En el estudio de este principio abarca el autor en cita, el análisis de la subsidiariedad del Derecho penal; la relativa dependencia del Derecho penal en sus presupuestos; las consecuencias del principio de intervención mínima en la protección de bienes jurídicos: el concepto de bien jurídico como límite del poder punitivo del Estado; y, las consecuencias del principio de intervención mínima, en lo que se refiere a la gravedad de las penas

Asimismo en este tema, debe tomarse en cuenta el principio de intervención legalizada por parte del Estado, ya que "La gravedad de los medios que el Estado emplea en la represión del delito, la drástica intervención en los derechos más elementales y, por eso mismo fundamentales de las personas y el carácter de última ratio que ésta intervención tiene, imponen necesariamente la búsqueda de un principio que controle el poder punitivo estatal y que confine su aplicación dentro de límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de los que ostentan o ejercen ese poder punitivo. Este principio, tradicionalmente designado con el nombre de <<principio de legalidad>>, establece que la intervención punitiva estatal tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el <<imperio de la ley>>, entendida ésta como expresión de la <<voluntad general>>."[12]

El principio de culpabilidad es fundamental en el estudio de la teoría de la acción final, que "En el Derecho penal se asigna al concepto de culpabilidad una triple significación que conviene distinguir desde el primer momento para evitar confusionismo y polémicas inútiles en relación con el contenido que hay que darle a este principio... Por un lado, la culpabilidad como fundamento de la pena... Por otro lado está la culpabilidad como elemento de la determinación o medición de la pena... Finalmente, el concepto de culpabilidad se emplea como proscripción de la

[12] Francisco MUÑOZ CONDE Derecho Penal Parte General. Op. Cit. Pág 94. Comprendiendo el estudio de este principio diversas garantías como la garantía criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución

responsabilidad por el resultado, o responsabilidad puramente objetiva...."[13]

Con ello el legislador al desarrollar en la ley la punibilidad del actuar del hombre debe tomar en cuenta los conceptos de acción, atijuridicidad y culpabilidad, como estructuras fundamentales que serán la base para salvaguardar los derechos fundamentales del hombre derivados de su propia naturaleza, desterrando toda arbitrariedad en la creación del tipo y en la aplicación de la pena, pues con ello se rescatan los principios rectores aportados por esta teoría del delito, que resultan sugerentes para una adecuada conformación

[13] Francisco MUÑOZ CONDE. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. Págs 102 y103

2.- INTEGRACIÓN DEL DELITO EN EL FINALISMO

En la estructura del delito en base a la teoría de la acción final, la misma no parte de la inexistencia total de sistemática alguna, antes bien utiliza múltiples conceptos desarrollados y estudiados por una tendencia que le precedió, como fue la teoría causalista, sin embargo, aborda el análisis de todos y cada uno de ellos, con distintos enfoques, les otorga un contenido diferente y los ubica con una sistemática que varía de la que le antecedió, tal es el caso de la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad y la punibilidad, sin embargo, su esencia es diversa y su ubicación en un esquema distinto que produce, invariablemente, diversas consecuencias, tanto en la integración del delito como en el desvanecimiento del mismo, aunque es necesario reconocer que algunas tienden a proporcionar soluciones que en la teoría causalista no eran adecuadas, de las que se pueden enunciar, entre otras, lo relativo a la tentativa, lo concerniente a la participación en el delito así como la problemática de la autoría del delito.

El desarrollo de la teoría finalista no se concreta a hacer una exposición que reviste un interés particular, sino que comprende toda una estructura y sistemática del conocimiento del delito, que permite aportar nuevas soluciones a viejos problemas reportados en la teoría causalista, con lo que se persigue que las soluciones en este sistema sean técnicas con efectos prácticos y que en la estructura causalista no quedaron satisfechos.

Es imprescindible destacar que en la doctrina finalista se delimita la misión de la parte general del Derecho penal, que entraña el señalar las características esenciales del delito y de su autor, que además, resultan comunes a todos los acontecimientos que pueda atribuírsele el carácter de delito.

En esta nueva estructura, sostiene Octavio Alberto ORELLANA WIARCO[14], "El punto de partida de la teoría finalista de la acción, es como su nombre lo indica, una concepción distinta de la acción de la que maneja la teoría causalista", pudiendo adicionar que, el contenido y estructura de la misma difiere radicalmente de aquella, al grado tal, que los elementos que la configuran son retomados del contenido de otros elementos causalistas, para conformarlo y precisar su alcance.

La teoría finalista difiere del causalismo, al rechazar que la acción sea solo la manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal, o la ausencia de ese movimiento, que produce un resultado, pues, sostiene Hans WELZEL[15], "Toda acción u omisión penalmente relevante es una unidad constituida por momentos objetivos y subjetivos (del hecho y la voluntad). Su realización recorre diferentes etapas: preparación, tentativa y consumación. Su valoración por la comunidad puede ser diferente: como jurídica o antijurídica, como culpable o inculpable. Ella está en relación inseparable con su

[14] Teoría del Delito Op Cit Pág 88
[15] Derecho Penal Alemán Op Cit. Pág 37

autor, cuya personalidad, voluntad y conciencia imprimen su peculiaridad."

Respecto al contenido de la acción, Hans WELZEL[16] sostiene, "Toda la vida comunitaria del hombre se estructura, para bien o para mal, sobre la actividad final del hombre. Esto presupone que los miembros de la sociedad pueden actuar conscientes del fin, es decir, proponerse fines, elegir los medios requeridos para su obtención y ponerlos en movimiento con conciencia del fin. Esta actividad final se llama <<acción>>. Se diferencia del simple suceso de la naturaleza en cuanto éste no es dirigido conscientemente desde el fin a alcanzar, sino que transcurre ya sea casualmente ciego o bien -como sucede considerablemente en la naturaleza orgánica, en especial en el mundo animal- adecuando ciertamente al fin, pero sin conciencia del fin (instintivamente). Precisamente la capacidad de voluntad humana de proponerse cualquier fin y sobre la base de su saber casual, poder realizar estos fines de acuerdo a un plan posibilitan al hombre la peculiaridad específica, la plenitud y vastedad de su existencia histórica, de su cultura y civilización."

En otra parte de su obra, el autor en cita sostiene que "La estructura final del actuar humano es necesariamente constitutiva para las normas del derecho penal. Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones o los mandatos del Derecho, no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones, que tienen

[16] Derecho penal Alemán Op Cit. Págs 37 y 38

la capacidad de configurar finalmente el futuro. Las normas sólo pueden mandar o prohibir una conducta final."[17]

Es por ello, que las normas penales sólo pueden contener acciones que revistan la capacidad de ser dirigidas a un fin determinado, es decir, a un acontecimiento dirigido o encauzado voluntariamente, por ello, no ciego el proceso al cual se orientan.

La creación de la norma punitiva obedece a que "Del conjunto inagotable de acciones posibles de una época, el ordenamiento jurídico escoge y prohíbe, en primer lugar, aquellas en las cuales la voluntad de realización ("dolo") está dirigida a la producción de una situación o un proceso ("resultado") socialmente no deseado, indiferentemente que ese resultado sea el fin, el medio o un efecto concomitante de la acción. Estos modelos de acción, valorados jurídicamente en forma negativa, constituyen el cuerpo principal de los tipos penales: los delitos dolosos de comisión."[18]

Con ello se explica que las normas punitivas tengan *un ámbito espacial de validez y un ámbito temporal de aplicación*, pues en base a los valores ético-sociales de la comunidad y de la época es como se justifica la necesidad de la creación de la norma punitiva, en tanto que las acciones ejecutadas atentan contra esos valores y se tornan no deseadas para la comunidad, independientemente de que el sujeto desde el inicio de la ejecución de

---

[17] Hans WELZEL Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 44
[18] Hans WELZEL Derecho Penal Alemán Op. Cit Pág. 44

su actuar se haya o no propuesto afectar el valor ético-social que la sustenta, o bien, si dicha afectación es producto de una consecuencia de su actuar o un efecto simultáneo del mimo, suficiente para dirigirle la prohibición.

En la otra esfera del actuar humano, "En cierta medida, el ordenamiento jurídico se ocupa también de acciones finales no tanto respecto al fin, sino en cuanto el actor confíe en la no producción de determinados resultados socialmente no deseados o no piense en ellos. El ordenamiento jurídico espera que el actor emplee en la elección y en la aplicación de sus medios de acción un mínimo de dirección final, esto es, "el cuidado requerido en el ámbito de relación", para evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados. Por ello, prohíbe la ejecución de acciones cuya realización prescinda del cuidado requerido en el ámbito de relación -para evitar efectos sociales no deseados-, y las conmina con una pena por regla general, es cierto, sólo cuando el resultado no deseado se ha producido. Estos son los delitos culposos de comisión."[19]

En esta esfera, lo relevante que ha sido considerado por el ordenamiento, no es el fin perseguido por el sujeto, sino la producción de resultados no considerados por el sujeto y que resultan socialmente dañosos de los deberes ético-sociales, por lo mismo, no deseados, siendo que dicho ordenamiento exige un mínimo de cuidado en la elección y en la utilización de los medios elegidos por el sujeto, y que por falta de ese cuidado mínimo exigible produce el

[19] Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán. Op. Cit. Pág. 44

resultado dañoso al deber ético-social, al que se asocia una pena para reprimir su producción.

Por otro lado, "En una proporción mucho menor, el ordenamiento jurídico manda la ejecución de acciones para la conservación de un estado deseado socialmente ("bien jurídico") y conmina con una pena la omisión de dichas acciones. Estos son los tipos de los delitos de omisión."[20]

[20] Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán. Op. Cit. Pág. 45

3.- LOS ELEMENTOS DEL DELITO EN BASE AL FINALISMO

En la concepción de la teoría finalista de la acción, el delito ha sido estudiado, apoyándose en "los conceptos ya expuestos por la teoría causalista, es decir, se hablaba de acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, pero tales conceptos son manejados con un esquema distinto, que trae como consecuencia, y ello es lo importante, soluciones a problemas que no encontraban una adecuada solución por la teoría causalista, como son los relativos a la tentativa, la participación, la autoría, etc..."[21]

Por ello, en un primer plano, conforme las ideas de este autor, puede decirse que el delito se conforma con seis elementos como ha quedado apuntado con antelación, sin embargo, esta opinión no es unánime, pues dentro de los tratadistas del finalismo existen otras opiniones respecto a su configuración.

Sin embargo, el pionero de la teoría de la acción final, Hans WELZEL[22], conceptúa al delito con los elementos en que sustenta toda su teoría, afirmando que "Una acción se convierte en delito si infringe el ordenamiento de la comunidad en algún modo normado por los tipos penales y puede serle reprochada al autor a

---

[21] Octavio Alberto ORELLANA WIARCO Teoría del Delito Op. Cit Pág. 87

[22] Derecho Penal Alemán Op Cit Pág. 57. Para esclarecer la sistemática en la estructura del delito, el autor en cita explica que "La culpabilidad -la responsabilidad personal por el hecho antijurídico- presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad, a su vez, ha de estar concretada en tipos legales La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior ... La división del delito en tres diversos grados de enjuiciamiento y valoración estructurados uno sobre y a continuación de otro proporciona un alto grado de racionalidad a la aplicación del derecho, la facilita y la asegura contra contradicciones y arbitrariedades Mediante la diferenciación de grados de valoración permite un resultado final adecuado y justo " (Op. Cit Pág 57)

título de culpabilidad. Una acción tiene que infringir, por consiguiente, de un modo determinado el orden de la comunidad, tiene que ser típica y antijurídica, y susceptible de ser reprochada al autor como persona responsable, tiene que ser culpable. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito....."

Según se desprende de la explicación de Hans WELZEL, además de la acción, considera a tres elementos configurativos del delito, con los que sumados al primero, resulta que son cuatro los elementos integradores del mismo, resaltando la importancia de esta afirmación pues, en la evolución de la teoría de la acción finalista es el pionero de esta tendencia doctrinal.

Por su parte Heinhart MAURACH[23], al abordar el estudio de los rasgos fundamentales de la estructura del delito sostiene que "La determinación tradicional de conceptos adoptada, en cuanto al delito como una acción antijurídica, penalmente típica y atribuible a su autor, permite conocer la estructura estratificada de este concepto complejo...."

La diversidad de opiniones en esta concepción resulta evidente pues este autor considera sólo a cuatro elementos conformadores del delito: acción, tipicidad, antijuridicidad y atribuibilidad, cuyo contenido explica ampliamente en toda su obra y que, sólo en forma introductoria apunta sus principales argumentos.

---

[23] Derecho Penal Parte General Tomo I Teoría General del Derecho Penal y Estructura del Hecho Punible Editorial Astrea. 1a Ed Traducción de Jorge Bofill Genzsch y otro Buenos Aires, Argentina 1994 Pág. 229

En el desarrollo del tema éste autor sustenta que "Todo delito es primeramente acción: una conducta socialmente relevante, dominada por la voluntad dirigente <<final>> del autor, encaminada a un determinado resultado, conceptualmente, sólo el hombre individual es un sujeto capaz de cometer una acción; las corporaciones no lo son, en sentido jurídico-penal. La acción es la base común a todas las formas de delito. Ella cubre tanto los delitos de acción como de omisión, los hechos punibles dolosos, así como los culposos. La diferencia dentro de las últimas dos categorías no se funda en la cuestión de si hay o no una dirección de la voluntad, sino en 'como' ella es dirigida: mientras en los hechos dolosos el objeto de la actuación de la voluntad es el resultado (típico o legal) desaprobado, los hechos culposos se caracterizan como infracciones jurídicas no dolosas, pero evitables. Es por ello que la acción se compone siempre de la voluntad y su actuación, mientras el resultado causado por ella, constituye el paso al tipo ilícito. Por dicha razón se hace en este punto la distinción de las dos formas básicas de la conducta delictiva: el hecho punible doloso, que es la forma principal y general del acontecer criminal, y el delito culposo."[24]

Por esta razón, dentro de la estratificación del concepto del delito, resalta la estructura de la acción, con un elemento fundamental que es la voluntad dirigida hacia una finalidad, cuya diferencia con la acción causalista radica precisamente en el fin que persigue el autor, por ello, los entes desprovistos de voluntad, no son

[24] Reinhart MAURACH Derecho Penal Parte General Tomo I Op. Cit. Pág 230

aptos para ser destinatarios de las normas punitivas, en particular, si resulta relevante la finalidad perseguida, ya sea penal (producción del resultado típico) o extra penal (producción de un resultado extratípico), que por efecto de la desviación de los medios elegidos derivado de la *falta de previsión, llega a producirse el resultado desaprobado.*

Por otro lado, el autor en cita, continuando con la explicación de los rasgos fundamentales en la estructura del delito, afirma que "Dentro del escalonamiento lógico de los elementos del delito, el siguiente es la antijuridicidad. Solo están sometidas al derecho penal aquellas acciones contrarias al ordenamiento de la comunidad, que son antijurídicas por atentar contra ciertas normas escritas o no escritas de la vida comunitaria, cuya tarea es prohibir lesiones, así como básicamente también la puesta en peligro de intereses jurídicamente reconocidos (bienes jurídicos). Es indiferente cómo se designen estas normas, sólo es esencial que en sí tales preceptos nada tienen que ver con el derecho penal. Conceptualmente son anteriores a la ley penal (amenaza penal) que se deduce de ellas: la ley penal, con su amenaza y condición (es castigado quien contraría el mandato de la norma o quien no cumple la orden contenida en ella), sólo adquiere actualidad cuando se hace evidente la carencia de efecto psicológico de la mera orden o de la prohibición contenida en la norma, surgiendo la necesidad de proteger la norma con una amenaza penal (la que, a su vez no contiene un mandato, sino plantea una condición). Sin embargo, representaría una insoportable extensión del poder penal si el derecho quisiera conectar una consecuencia penal a cada acción ilícita. Por el contrario, se

satisface declarando como punibles sólo aquellas infracciones a la norma que aparezcan como merecedoras de pena. Ello se realiza mediante un procedimiento que es de importancia fundamental para toda la estructura del delito: la tipificación de ciertos acontecimientos ilícitos en los tipos penales. Mediante la conexión de ciertas circunstancias de hecho constitutivas de ilícito, con una amenaza penal determinada, se selecciona -cual catálogo o registro- una cantidad penal de tipos de antijuridicidad a partir de la gran masa de acciones ilícitas imaginables, a los que les da forma definitiva, elevándolos a la categoría de ideales característicos. Éstos son utilizados (función de garantía del tipo) tanto para la delimitación de los delitos en particular, como para la determinación de la zona de ilícitos no punibles."[25]

De los anteriores argumentos se deduce claramente, que en la estructura del delito es importante la tipificación de la acción, mecanismo a través del cual se limita el poder punitivo del Estado, sólo a aquellos sujetos que realizando la conducta descrita en el tipo afectan básicamente el interés jurídicamente reconocido, adoptándose en esta medida, la idea de que la tipicidad da un indicio de antijuridicidad, es decir, es un principio para considerar que la acción es contraria al ordenamiento de la comunidad, reconocido en los deberes normativos, por lo tanto, conceptualmente, constitutivo del carácter delictivo de la acción. En este aspecto, la punibilidad es establecida como la zona de la consecuencia normativa derivada de la infracción del deber.

[25] Reinhart MAURACH Derecho Penal Parte General Tomo I. Op. Cit Págs 230 y 231

Al respecto se ha considerado que la relación entre tipicidad y antijuridicidad se deriva porque ambas entrañan un juicio de valor, inicial en la tipicidad y definitivo en la integración de la antijuridicidad, relativo a la desaprobación de la conducta ejecutada, al grado tal, que la tipicidad origina un indicio de la antijuridicidad y ésta es el juicio de valor definitivo sobre la desaprobación de la acción. Tal como se explica ahora, pareciera que la antijuridicidad, en su orden estructural, es primero que la tipicidad, sin embargo, esta aparente apreciación puede ser aclarada, siguiendo la acertada explicación que emite el preindicado autor al abordar también la relación entre tipicidad y antijuridicidad.

En la estructura de la acción final, el tratamiento que se le da a la tipicidad y a la antijuridicidad, radica en distinguir, en un primer plano, el aspecto objetivo del tipo y su contenido subjetivo, Reinhart MAURACH[26] explica que "Al igual que la mera antijuridicidad también la constatación del ilícito típico es solamente un juicio sobre el *hecho*. La comprobación de la tipicidad de una conducta antijurídica solamente importa la emisión de un juicio -esta vez definitivo- sobre el desvalor, concretamente sobre el desvalor jurídico-penal típico de la conducta, no así un juicio negativo sobre el autor. Sin embargo, este juicio sobre el hecho no puede emitirse sin considerar los acontecimientos internos-subjetivos; es más, se requiere una investigación de las circunstancias de hecho subjetivas, para poder establecer si la conducta es típica y en que consiste esa tipicidad, con

[26] Derecho Penal Parte General Tomo I Op Cit Pág 231

ello, en la forma básica de la conducta criminal (en el hecho doloso), el tipo se desdobla en dos partes: en el tipo objetivo, que comprende el acontecer externo de la acción ilícita (la actuación de la voluntad) y el resultado legalmente unido a ella y el tipo subjetivo, que contiene el conjunto de las ideas y direcciones de la voluntad del autor relevantes desde el punto de vista del derecho penal y, dentro de ellas, en especial su dolo."

La interrelación entre la tipicidad y la antijuridicidad en el finalismo, el autor en cita la explica al sostener que "Solo la acción típica antijurídica está sometida al derecho penal. Empero, después del procedimiento de tipificación realizado por el derecho penal, no es necesaria una investigación positiva de la antijuridicidad del derecho. La tipicidad crea un indicio de antijuridicidad, debido a que el derecho penal sólo alcanza a acontecimientos antijurídicos con sus tipos. El examen de la antijuridicidad de las circunstancias de hecho concretas no se hace prescindible, pero se produce una alteración en el proceso de aquélla: no se plantea la pregunta por la antijuridicidad de la acción típica -para ello está el efecto indiciario del tipo- sino, a la inversa, cabe investigar si, pese a su tipicidad, en el caso concreto de la acción se ajusta excepcionalmente al derecho. Esta pregunta debe ser respondida afirmativamente, cuando, en el caso particular, la acción externamente típica no presente infracción a una norma, sea porque la norma no quiera tener vigencia o porque un derecho más fuerte se oponga a ella; el indicio de la tipicidad pierde fuerza ante la presencia de una causal de justificación. Estas causales pueden ser extraídas, a partir del ordenamiento jurídico, tanto del

derecho escrito como del consuetudinario; las siguientes pueden ser consideradas como las causales de justificación más importantes: legítima defensa y ciertos casos del estado de necesidad. Frente a una causal de justificación, el juicio de desvalor del hecho adquiere carácter definitivo. También el autor de un hecho culposo y de un delito omisivo tienen la posibilidad de invocar una causal de justificación."[27]

Finalmente, en la estructura estratificada de los elementos del delito, la concepción de la acción finalista, a los restantes elementos adiciona la atribuibilidad, en este sentido, sostiene Reinhart MAURACH[28] que "El último presupuesto de la responsabilidad penal está constituido por la posibilidad de atribuir personalmente el ilícito típico a su autor; la atribuibilidad está dada cuando la acción del autor pueda ser considerada como el producto de una motivación errónea. El examen particular de la atribuibilidad se divide en dos etapas, que van de lo general a lo individual."

Para explicar su afirmación el tratadista reflexiona sobre el alcance y contenido de la atribuibilidad al decir que "El autor del hecho tiene que haber actuado responsablemente. No es el caso, cuando el ilícito de su actuar no le puede ser atribuido, por haber cometido el hecho en condiciones tales que hacen inexigible a toda persona -es decir, también al autor- la actuación adecuada a derecho. En un estado de emergencia o coacción similar no desaparece lo ilícito del hecho, mas si la posibilidad de responsabilizar al autor; él

[27] Reinhart MAURACH. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Op. Cit. Págs. 231 y 232
[28] Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Op. Cit. Pág. 232

puede invocar una de las causales de exclusión de responsabilidad. Estas situaciones también pueden tener efecto exculpante frente a tipos culposos y delitos de omisión. La observancia del deber general de cuidado no pertenece a esta materia, pues se trata de un problema de ilícito de la acción y, con ello, del tipo. La afirmación de la responsabilidad por el hecho constituye la base para el examen individualizador de la culpabilidad; además de ello, la responsabilidad por el hecho tiene significación práctica directa para los hechos punibles cometidos por personas incapaces de culpabilidad, para la participación y para numerosos tipos de la Parte Especial."[29]

Con relación a esta última parte de la atribuibilidad, a la que le denomina culpabilidad, el autor en cita sostiene que "La culpabilidad es la segunda etapa de la atribuibilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Por consiguiente, ella representa un juicio de desvalor personal e individualizador sobre el autor en la situación concreta y presupone la capacidad personal de éste para actuar en forma adecuada a la norma; por lo tanto, son causas de exclusión de la culpabilidad la incapacidad de imputabilidad y la falta inevitable de la conciencia de la antijuridicidad en el autor. Por el contrario, si el autor imputable tuvo la posibilidad de reconocer lo ilícito de su conducta en el caso concreto, con ello ha sido emitido el juicio de culpabilidad sobre él, culminando así el examen de la estructura general del delito."[30]

[29] Reinhart MAURACH. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Op. Cit. Pág. 232
[30] Reinhart MAURACH. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Op. Cit. Pág. 233

Por su parte Hans HEINRICH JESCHECK[31], respecto a la integración y estructura del delito desde un plano de la teoría de la acción final, sostiene que "La teoría del delito en el Derecho común conocía ya las nociones fundamentales de la dogmática del Derecho penal, y en especial la distinción entre imputación objetiva y subjetiva. Descansaba aquella en los logros de los grandes juristas en la era del Humanismo y de la Ilustración. El moderno concepto cuatripartito del delito, o sea el de la acción típica, antijurídica y culpable, se ha gestado sobre esa base, a lo largo de más de cien años y en varias etapas, a partir de las contribuciones de diferentes dogmáticos."

En el estudio del delito, desde un plano atomizador o analítico, la doctrina ha identificado las diversas concepciones que se han desarrollado respecto al número de elementos que conforman al mismo, distinguiéndose aquella que sólo considera a dos elementos, llamada dicotómica, hasta aquella que estima, en un mayor número, a siete como elementos del delito, denominada heptatómica, sin olvidar las concepciones intermedias, es decir, las concepciones tritómica, tetratómica, pentatómica y hexatómica que lo estudian estimando a tres, cuatro, cinco y seis elementos, respectivamente.

En base a esta tipología de concepciones, la teoría de la acción final acoge en su estudio una corriente tetratómica, en la mayoría de los autores que la estudian, al considerar que sólo son cuatro los elementos del delito, por ello, el resto de los elementos que

[31] Tratado de Derecho Penal Parte General Editorial Comares. 1a Ed. Traducción José Luis Manzanares Samaniego Granada, España 1993 Pág 180

aporta la concepción heptatómica, algunos, son sólo parte integral de otro elemento, y algunos otros, son una mera consecuencia de la integración del delito.

4.- LA ACCIÓN Y SUS ELEMENTOS

En la estructura cuatripartita o tetratómica del delito, desde el plano de la teoría de la acción final, la misma reconoce como el primero de sus elementos a la acción, siguiendo para ello la idea de que bajo este concepto se comprende tanto la actividad final del sujeto como su inactividad, es decir, tanto a la acción propiamente dicha como a la propia omisión.

En virtud de que la teoría de la acción final sustenta toda su estructura sistemática en la finalidad que se proponga el sujeto al realizar su actividad o su inactividad, toma como eje en la explicación del delito, a la finalidad perseguida por el autor, al grado tal que forma parte del concepto de la acción.

Al respecto Francisco MUÑOZ CONDE[32] la define como "Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad es siempre algo que se requiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin."

[32] Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 238

Por su parte el pionero de esta sistemática en el estudio del delito, Hans WELZEL[33], la define sosteniendo que "Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer 'final', no solamente 'causal'. La 'finalidad' o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente."

Por ello, el autor en cita diferenciando a la acción final de la concepción causalista estima que la "Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no es dirigido desde el fin, sino que es el resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso."[34]

Agregando en forma resumida, para evidenciar la distinción entre una concepción finalista y una concepción causalista en que: "Por eso la finalidad es -dicho en forma gráfica- 'vidente', la causalidad 'ciega'"[35].

Como razonamiento de su tesis y como sustento de la teoría de la acción final, el autor estima que la voluntad del sujeto

[33] Derecho Penal Alemán Op. Cit. Pág. 39
[34] Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán Op. Cit. Págs. 39 y 40
[35] Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán Op. Cit. Pág. 40

juega un papel importante en la determinación del fin y en la elección de los medios, pues sólo así el sujeto tiene la posibilidad de orientar su actividad a la consecución del mismo y le permite alcanzarla, como elemento fundamental en la elección de medios también se encuentra la propia voluntad del individuo, por esta razón el autor en cita explica que "Dado que la finalidad se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias del engranaje de la intervención causal, y merced a ello dirigirla de acuerdo a un plan a la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final. Ella es el factor de dirección que sobredetermina el acontecer causal exterior y en virtud de esto lo convierte en una acción dirigida finalmente. Sin ella, la acción quedaría destruida en su estructura material y rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final pertenece, por ello, a la acción como factor integrante, ya que, y en la medida en que, configura objetivamente el acontecer exterior."[36]

De la reflexión que antecede, Hans WELZEL[37] advierte que la acción final como elemento integrador del delito, se compone de dos elementos fundamentales, el primero le asigna un carácter subjetivo, subdividido en diversas etapas, en tanto que el segundo elemento, caracterizado por su naturaleza objetiva, también se encuentra integrado por diversos elementos. En este sentido asienta que "La dirección final de una acción se lleva a cabo en dos etapas, que en las simples acciones diarias se entrecruzan y sólo

[36] Hans WELZEL Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 40
[37] Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 40

pueden distinguirse conceptualmente: a) La primera transcurre totalmente en la esfera del pensamiento. Empieza con: *a*) La anticipación (el proponerse) del fin, que el autor quiere realizar. De ello sigue -a partir del fin, b) La selección de los medios de la acción para la consecución del fin. El autor determina, sobre la base de su saber causal y en un movimiento de retroceso desde el fin, los factores causales que son requeridos para el logro del mismo, incluso aquel movimiento corporal con el que puede poner en marcha toda cadena causal (medios de acción). Este proceso mental se llama, por eso, 'de retroceso', puesto que consta el fin y desde él se escogen los factores causales requeridos como medios de acción."

Dentro de esta primera etapa, subjetiva por antonomasia por encontrar cavidad en la mente del sujeto, se encuentra también, sostiene Hans WELZEL[38], "La consideración de los efectos concomitantes, que van unidos a los factores causales considerados junto a la consecución del fin. Este proceso mental no se lleva a cabo hacia atrás, desde el fin, sino hacia adelante, a partir del factor causal elegido como medio en dirección a los efectos que trae o puede traer como consecuencia. La consideración de los efectos concomitantes puede inducir al autor a reducir los medios escogidos hasta el momento o a seleccionar factores antagónicos adicionales que impidan la producción de los efectos concomitantes, o, en su caso contrario, a dirigir la acción de modo de evitarlos. La voluntad de acción orienta a la obtención del fin se encamina aquí, al mismo tiempo, a evitar los efectos concomitantes. Por otra parte, la

[38] Derecho Penal Alemán Op. Cit Pág. 41

consideración de los efectos concomitantes puede también llevar a que el autor incluya (compute en el cálculo) en su voluntad de acción la realización de los mismos, sea porque tenga por segura su producción en caso de aplicación de esos medios o, por lo menos, cuente con ella. En ambos casos la voluntad final de la realización abarca también la realización de los efectos concomitantes. Por le contrario, se excluyen de la relación final todos aquellos estimados como posibles, respecto de los cuales el actor confía que no se producirán."

Esa segunda etapa concluye cuando el sujeto exterioriza su voluntad, a través de hechos materiales y concretos tendientes a alcanzar el fin propuesto, es decir, "De acuerdo con la anticipación mental del fin, la elección de los medios y el cómputo de en el cálculo de los efectos concomitantes, el actor efectúa su acción en el mundo real. Pone en movimiento, conforme a un plan, los medios de acción (factores causales) escogidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que se han incluido en el complejo a realizar."[39]

Con lo anterior se da inicio a la segunda etapa que conforma la acción final como primer elemento del delito, esta etapa de naturaleza objetiva o material, tiene lugar en el mundo exterior en el que se ve reflejada la finalidad del sujeto y las consecuencias producidas por la puesta en movimiento de los medios elegidos, por

[39] Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán. Op. Cit. Pág. 41

ello, dice Hans WELZEL[40] que "La segunda etapa de la dirección final se lleva a cabo en el mundo real. Es un proceso causal en realidad, sobredeterminado por la definición del fin y los medios en la esfera del pensamiento. En la medida en que no se logra la sobredeterminación final en el mundo real -cuando el resultado no se produce por cualquier razón-, la acción final correspondiente es sólo intentada."

Por su parte, Francisco MUÑOZ CONDE[41] al analizar el contenido de la acción final, también distingue como sus elementos a dos fases, al decir que "La dirección final de la acción se realiza en dos fases. Una interna y otra externa. a) En la fase interna, que sucede en la esfera del pensamiento del autor, éste se propone anticipadamente de la realización de un fin. Por ejemplo: realizar un viaje. Para llevar a cabo este fin selecciona los medios necesarios (viajar en coche, tren avión). Esta selección sólo puede ser a partir de un fin. Es decir, sólo cuando el autor está seguro de qué es lo que quiere puede plantearse el problema de cómo lo quiere. En esta fase interna tiene también que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone (si por ejemplo, elige el coche como medio de viaje y si éste es largo, sabe que tiene que parar a dormir, cuenta con una avería, etc.). La consideración de estos efectos concomitantes puede hacer

[40] Derecho Penal Alemán. Op Cit Pág 42

[41] Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 238 Explicando al respecto, a propósito de la valoración que se debe llevar a cabo que "La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estas fases de la acción, una vez que ésta se ha realizado en el mundo externo Puede suceder que el fin principal sea irrelevante desde el punto de vista penal y que lo importante sean los efectos concomitantes o los medios seleccionados para realizarlo Así, por ejemplo, cuando el autor conduce un coche a más velocidad de la permitida, puede pretender una finalidad absolutamente loable (llegar a tiempo al lugar de trabajo), pero los medios empleados para ello (conducir imprudentemente un coche) o los efectos concomitantes (la muerte de un peatón atropellado) son desvalorados por la ley penal " (Op Cit Pág. 39)

que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rehace algunos de los medios seleccionados para ello. Pero una vez que los admita como de segura o probable producción, también esos efectos concomitantes pertenecen a la acción. b) fase interna. Una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo; pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal dominado por la finalidad y procura alcanzar la meta propuesta."

En otra esfera del estudio de la acción final, pero estrechamente vinculado con el contenido y elementos de la misma, Reinhart MAURACH[42] explica que "La teoría final de la acción fundada por WELZEL y la continuada especialmente por BUSH, NIESE, STRATENWERTH y Armin KAUFMANN encuentra su origen de la filosofía de HÖNIGWALD (bases de la filosofía del pensamiento) y N. HARTMANN (El problema del ser espiritual). Según ello la acción -

[42]Derecho Penal Parte General Tomo Y Op Cit Pág 255 En otra parte de su obra, a propósito de la teoría finalista y en relación al finalismo propiamente dicho, el autor en cita sostiene que "El finalismo, por su parte, renuncia a operar con un doble concepto de acción (ontológico y jurídico-penal) La acción en un sentido penal no puede ser otra que la del conocimiento filosófico. La acción no puede ser privada del elemento que permite anticipar el resultado, es decir, del elemento final en sí, por cuanto a la voluntad consciente de la meta y que dirige el acontecer causal constituye la 'espina dorsal de la acción', 'el factor de dirección que determina el acontecer causal externo y que, por medio de ello, lo transforma en una acción orientada a un fin, factor sin el cual se destruiría la estructura sustantiva de la acción, la que se reduciría a un proceso causal ciego' La finalidad se hace manifiesta con mayor intensidad en el hecho doloso, en cuanto tipo básico de lo criminal; en éste, la voluntad de acción y el dolo son idénticos por antonomasia: 'El dolo, que para la teoría final de la acción constituye el factor objetivo de configuración de la acción, es un elemento esencial del concepto del ilícito Sin embargo, también el hecho culposo se encuentra determinado de manera finalista, con la diferencia que en éste el punto de referencia de la finalidad es un o distinto 'Mientras los tipos de los delitos dolosos comprenden a la acción final en la medida en que su voluntad de acción se dirija a la realización de consecuencias (metas) socialmente indeseadas, los tipos de los delitos culposos se ocupan (en mucho menor medida que los fines) de la forma de ejecución de la acción final, con miras a aquellas consecuencias socialmente indeseadas que el sujeto actuante confía en que no se presentarán o en las que simplemente no ha pensado' En el hecho culposo, el elemento decisivo del lícito no radica en el mero desvalor del resultado, sino en el desvalor de acción " (Op Cit Págs. 256 y 257)

siempre una conducta humana, en oposición al acontecer causal objetivo y también a la reacción instintiva del animal- consiste en la dirección del acontecer real, mediante la incorporación de componente propios de determinación hacia lo deseado, hacia la meta. La acción es actividad humana final. Del mismo modo, el finalismo de WELZEL: la finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad; fijarse, por tanto, fines diversos y dirigir a su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. La finalidad y la causalidad se diferencian esencialmente por el intercambio de los momentos lógico-temporales de la relación; la segunda es el producto de una cadena causal determinada en forma objetiva, cuyas conexiones requieren una explicación posterior objetiva; la finalidad, que conoce o cree conocer la leyes de la causalidad en base a la experiencia, valora estos conocimientos anticipadamente, 'supradeterminado el nexo causal' y toma aquellos medios que permitirán dirigir el acontecer causal hacia el fin perseguido: 'la causalidad es ciega, la finalidad vidente, un actuar dirigido desde la meta."

Con relación al término utilizado por esta teoría, fundamento y vértice de toda su sistemática y que se refiere al fin perseguido por el sujeto, Hans WELZEL[43] analiza su procedencia lingüística a fin de delimitar su contenido, de esta manera sustenta que en "El ámbito del contexto de la acción se traza a menudo por reflexiones terminológicas, en parte muy restringidas, en parte muy

[43] Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 42

ampliamente. En la primera corriente se desprende de la procedencia lingüística de la palabra 'final' de finis (fin objetivo), que el contexto final de la acción se limita a la relación medio y fin, y que abarca a lo más los efectos concomitantes esperados con seguridad, mas no ya los calculados como probables."

En este sentido, la denominación figurativa para la finalidad como forma de determinación vidente, en contraposición a la causalidad ciega, se ha deducido que todas las consecuencias que han penetrado en la conciencia del actor como posibles de producirse, pertenecen a la conexión final de la acción. Esta consideración desconoce la limitación del ser humano en el campo de la anticipación. Toda acción siempre produce sus efectos en un ámbito del mundo sólo conocido en forma fragmentaria e incierta. Si el actor tuviera siempre que contar, es decir, que calcular, con la producción de todas las consecuencias posibles conocidas o desconocidas por el no podría actuar en lo absoluto. El actor en gran medida, tiene que confiar en forma indeterminada que no se producirán muchas posibilidades conocidas y aun desconocidas. Esta confianza en la no producción de consecuencias posibles pertenece a la acción humana del mismo modo que la dirección final configuradora del futuro. Por ello quedan fuera del contenido de la conexión final de acción todas aquellas consecuencias concomitantes consideradas como posibles, que el actor confía que no se producirán y pertenecen a ella sólo aquellas consecuencias con cuya producción él cuenta.

Es decir, en contraste con la relación causal, en la cual todas las consecuencias están determinadas causalmente, pertenecen a la relación final sólo aquellas que han sido incorporadas a la voluntad anticipadora de realización. No existe una acción final en sí misma, o absoluta, sino solamente en relación con las consecuencias antepuestas por la voluntad de realización.[44]

[44] Cfr Hans WELZEL Derecho Penal Alemán. Op Cit Págs. 42 y 43

5.- EL TIPO PENAL Y SUS DIVERSAS ESPECIES

En la configuración y estructura del delito, la teoría de la acción finalista también estima como elemento del mismo a la tipicidad, pues una acción se convierte en delito si infringe el ordenamiento de la comunidad en algún modo normado por los tipos penales, es decir, una acción tiene que infringir de un modo determinado el orden de la comunidad, por ello debe ser típica y antijurídica la acción ejecutada para que, posteriormente, pueda ser reprochada al autor como persona responsable.

En la conceptualización del tipo se han desarrollado diversas opiniones, al respecto Heinhart MAURACH[45] sostiene que "Se entiende por tipo la descripción que el legislador hace de un determinado comportamiento humano antijurídico. Por ello, el tipo es en primer término una acción legalmente tipificada. Debe, por consiguiente, comprender aquellos elementos que constituyen también la esencia de la acción. La voluntad enfilada a determinada dirección y la puesta en acción de dicha voluntad. Sin embargo, y debido a que el complejo contenido de ilícito de una acción sólo puede ser aportado por un resultado separable de aquélla en el plano del pensamiento, y que siempre es sólo determinable conforme a criterios jurídico-penales, tal resultado es componente del tipo. Con ello aparece el tipo como fenómeno complejo, que contiene en sí la voluntad, la actuación de esta voluntad y el resultado."

[45] Derecho Penal. Parte General. Op. Cit. Pág. 350

Por su parte sostiene Hans WELZEL[46] que "el ordenamiento jurídico quiere sancionar con penas las conductas intolerables para la vida en comunidad, podría hacerlo mediante una disposición suprema, muy general: el que se comporte de un modo gravemente contrario a la comunidad será castigado en la medida de su culpabilidad con una pena permitida. Podría formularse, también, de un modo más moderno: 'El que infrinja culpablemente los principios fundamentales del orden social democrático, o socialista, o comunista, será castigado...."

Sin embargo, a pesar de que el ordenamiento jurídico es efectivamente tutelar de los valores ético-sociales de la comunidad, una normatividad tan genérica originaría, además de excesos del poder punitivo, imprecisiones por parte de los destinatarios de los deberes normativos, es decir, "una disposición penal tan general como ésta comprende, desde luego, toda conducta punible imaginable, pero precisamente por su carácter general no permite reconocer qué conducta en particular debe estar prohibida. Ni el ciudadano puede saber qué debe hacer u omitir, ni el juez puede distinguir qué es lo que debe castigar. Por ello el ordenamiento jurídico tiene que concretar sus disposiciones penales, es decir, tiene que circunscribir objetivamente la conducta que prohíbe...."[47]

[46] Derecho Penal Alemán. Op. Cit. Pág. 58
[47] Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán. Op. Cit. Pág. 58

Con ello, en la estructuración de los tipos penales, sostiene Hans WELZEL[48] que "Tiene que especificar la 'materia' de sus prohibiciones. Esta materia de la prohibición (un concepto procedente del Derecho Natural Escolástico) contiene la descripción objetiva, material -'el modelo de conducta'-, de la conducta prohibida. Sólo gracias a este modelo de conducta pueden reconocer el ciudadano y el juez qué formas de conductas están prohibidas."

En este aspecto el tipo penal representa una doble función, por un lado, con la descripción exhaustiva de la conducta a sancionar, permite que el destinatario de la norma conozca el contenido de la disposición y evite realizar la conducta prohibida o ejecute aquella que le es impuesta, permitiendo que su conducta se apegue a derecho; asimismo, por otro lado, el tipo penal realiza la función de delimitar la actividad punitiva del estado, es decir, siendo el titular del derecho penal el estado, a quien se le ha encomendado la función de imponer las penas, por conducto del juez, esta atribución se ve limitada por el contenido del tipo, al englobar la materia de la prohibición, su quehacer sancionatorio se ve limitado, permitiendo evitar excesos de poder y arbitrariedades.

---

[48] Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 58 Con mayor claridad el autor en cita explica que "Para el Derecho Penal tiene una especial importancia el que se concrete el contenido de la prohibición. Pues sólo gracias a esa especificación concreta de la materia de la prohibición se satisface la exigencia del principio *nulla poena sine lege* Por ello, el Derecho Penal tiene que cuidar, en mayor grado que los restantes sectores del ordenamiento jurídico, la descripción objetiva lo más exacta posible, de su modelo de conducta negativa; tiene que ser Derecho Penal 'sustancial' La especial importancia de una materia de la prohibición descrita concretamente en el Derecho Penal ha sido reconocida en la moderna ciencia del Derecho Penal, desde Beling (Lehre von VEBRECHEN, 1906), mediante el requisito de la 'tipicidad' de la conducta punible El 'tipo' es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida, que ha de realizarse con especial cuidado en el Derecho Penal " (Cfr Op Cit Pág 58)

Lo anterior adquiere relevancia, al decir de Hans WELZEL[49], porque "El principio constitucional de que la punibilidad de un hecho tiene que estar 'determinada por la ley' antes de su comisión, se asienta sobre la idea de que la ley misma tiene que describir de un modo exhaustivo la materia de la prohibición (el tipo), mediante la indicación de las diversas características de la conducta delictiva."

Por ello, el legislador al construir el tipo y describir la conducta antisocial, debe ser cuidadoso en determinar con toda precisión las características de la conducta a sancionarse que permita tener delimitado el alcance sancionador del tipo, sin embargo, "No todos los tipos satisfacen este ideal de 'descripción exhaustiva' o de tipos 'cerrados'. Más bien hay muchos en los cuales la ley describe sólo una parte de los caracteres del tipo, dejando al juez la labor de completar la otra parte, al indicarle sólo el criterio con arreglo al cual ha de emprender la tarea de completarlo. Estos tipos 'que necesitan ser completados' o 'abiertos' los encontramos, sobre todo, en los delitos culposos y en los delitos impropios de la omisión."[50]

En estas dos especies de delitos como crítica a los sistemas de estructuración de los tipos, escribe WELZEL que, "En ambos casos se trata de un menoscabo lamentable de la

[49] Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 59

[50] Hans WELZEL Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 59 Expone con mayor amplitud que "En los delitos culposos, en general, sólo está legalmente descrito el resultado (la lesión o el peligro del bien jurídico); la acción prohibida, por el contrario, tiene que ser establecida por el juez de acuerdo al criterio de la infracción 'del cuidado debido en el ámbito de relación' En los delitos impropios de la omisión se deja abierto el ámbito de la autoría y tiene que ser contemplado por el juez mediante el criterio de la 'posición de garante' Por esta

determinación de la punibilidad propia de un Estado de Derecho, que, sin embargo, resulta de la 'naturaleza de la cosa'; en los delitos culposos las formas de la acción prohibida son tan variadas, que no pueden ser detalladas en conceptos abstractos en forma suficientemente 'precisa'; en los delitos impropios de omisión rige lo mismo respecto al círculo de los autores. En ambos casos, sin embargo, dispone el juez de un punto de orientación suficientemente determinado, de acuerdo al cual puede completar el tipo: en los delitos culposos es el cuidado requerido en el ámbito de relación; en los delitos impropios de omisión, 'la posición de garante'".

Con la creación de los tipos abiertos que permiten al juez interpretar y complementar la conducta sancionada, conllevan a múltiples confusiones, por un lado, al destinatario, quien no advierte anticipadamente el alcance que el juzgador puede darle a la conducta descrita en forma incompleta, y por el otro, al propio juez, quien al encontrar en el tipo la posibilidad de interpretar su alcance, permite que en aras de esa actividad interpretativa, se exceda desviándose la verdadera finalidad protectora del bien jurídico que debe advertirse en los tipos, es decir, al permitirse por el legislador una amplia posibilidad de interpretación, el exceso de poder conlleva a arbitrariedades, aun cuando la calidad de garante y el deber personal permiten identificar al posible autor de la conducta culposa u omisiva, según el caso.

En opinión de MAURACH[51] "La construcción del tipo delictivo es preocupación del legislador, quien deberá tener en cuenta,

---

razón los tipos de los delitos culposos y de los delitos impropios de omisión son sólo en parte tipos 'legales' y en parte tipos 'que deben ser completados por el juez'" (Cfr Op Cit Pág 59)

[51] Derecho Penal. Parte General Op Cit. Pág 355

de lege ferenda, conocimientos criminológicos, necesidades de política criminal y límites trazados con criterio jurídico de Estado de derecho; pero, en lo demás, en cuanto a la conformación de los tipos, es libre. Asimismo, del gran número de las construcciones típicas imaginables y llevadas a cabo por el legislador se puede destacar un grupo que puede ser considerado como la forma básica del delito doloso. Se trata de aquellos delitos en que coinciden exactamente las partes subjetiva y objetiva del tipo; el tipo subjetivo no alcanza más allá del límite del objetivo, ni el tipo objetivo contiene un plus respecto del subjetivo. Designamos tal coincidencia entre el dolo y el acontecer objetivo como congruencia."

Con independencia de lo anterior, es decir, respecto a la estructura formal del tipo penal, que permite distinguirlo como tipo abierto o cerrado, debe diferenciarse en el mismo dos aspectos fundamentales, por un lado, la descripción formalmente elaborada por el legislador al estructurar conceptualmente al tipo, con la descripción precisamente de la conducta y de los demás elementos necesarios para la tutela del bien jurídico, y, por el otro, el contenido normativo típico, es decir, el deber indisolublemente compenetrado en el tipo; tal deber, prohibitivo en ocasiones, o imperativo en otras, es lo que identifica al deber normativo.

En este sentido en el estudio del tipo penal, al enfocar su análisis a los aspectos esenciales que le caracterizan, por un lado la descripción de la conducta y demás elementos que conforman su estructura formal, que está determinada por el conjunto

de conceptos empleados por el legislador para establecer el ámbito de aplicación y la tutela del bien jurídico; y, con otro enfoque, el tipo penal, mantiene un contenido normativo necesario para la propia tutela del bien, este contenido es precisamente el deber normativo que conlleva a establecer la esencia de las disposiciones penales.

Respecto al contenido normativo del tipo, debe mencionarse las diversas especies que puede revestir, por un lado, un contenido prohibitivo, que se dirige a restringir la realización de determinadas conductas que afectan el bien jurídico; por otro lado, el deber imperativo, que se dirige a una esfera determinada de sujetos a quienes les incumbe la observancia de este deber, limitándose el universo de destinatarios sólo a quienes reúnen en determinadas condiciones los supuestos normativos, delimitados a través de la calidad de garante o del deber de cuidado, pues, sólo a ellos, es posible exigirles la conducta imperativamente impuesta. Pero además, deben incluirse las normas permisivas, que no entrañan ni una prohibición ni tampoco un deber, sino una facultad que se le otorga al destinatario, a quien en determinadas condiciones y bajo ese supuesto normativo, le está permitido dejar de observar el deber típico, es decir, le está facultado la realización de la conducta típica conceptualmente descrita por el legislador en la estructura formal del tipo penal, y en cuyo caso, no transgrede el deber propiamente dicho.

Entendido de esta forma el tipo penal, llega a explicarse la razón por la que la teoría de la acción final estima que la tipicidad, o sea, la adecuación a lo descrito por el tipo, es un indicio de

antijuridicidad, pues independientemente de que se colman objetivamente los elementos conceptuales empleados por el legislador en su conformación formal, se transgrede el deber normativo que entraña el propio tipo penal, por lo que, tipo penal y antijuridicidad son dos elementos vinculados estrechamente y que el primero presupone al segundo y viceversa.

En un análisis desarrollado por MEZGER[52] sostiene que "El tipo del injusto como antijuridicidad tipificada. El tipo, como tipo del injusto en el sentido del 59, párrafo 1, circunscribe el injusto al cual el código penal liga la conminación de una pena; es, 'injusto tipificado' (siempre que no exista una causa de exclusión del injusto). En la descripción del injusto le corresponde, por lo tanto, una significación material, es su 'fundamento real', su 'ratio essendi' y no sólo su fundamento de reconocimiento, no mera 'ratio cognoscendi'. Muchos autores lo señalan como un 'indicio' de la antijuridicidad; es cierto que el tipo no demuestra siempre la antijuridicidad de la acción (a saber, cuando existe una causa de exclusión del injusto); pero la expresión indicio se acerca demasiado, por otra parte, el mero fundamento del reconocimiento , en tanto que el tipo fundamenta y no deja simplemente reconocer el injusto cuando una causa de exclusión del injusto no lo anula. Depende de las circunstancias el saber si el tipo trae consigo el injusto en una forma conceptual determinada - como ocurre en el hecho de quitar y adueñarse de una cosa ajena -, o si crea el injusto de por sí -como en los casos de incesto o de la

[52] Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 145

impudicia contra la naturaleza. Lo uno es tan posible como lo otro. El Lehrb considera detalladamente todas estas cuestiones (182-185)."

Al respecto Hans WELZEL[53] ha sostenido que "El tipo -tanto si está descrito legalmente de un modo exhaustivo como si ha de ser complementado por el juez- es el contenido de las normas prohibitivas del Derecho Penal, por ejemplo, de las prohibiciones: no debes matar, hurtar, cometer adulterio, conducir con infracción del cuidado requerido, etc. Ambos, la norma prohibitiva y el tipo (materia de la norma), pertenece a la esfera ideal (irreal, espiritual). El tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos formas posibles de conducta humana. La norma prohíbe la realización de estas formas de conducta. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva (así por ejemplo, el dar la muerte a un hombre), esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva 'la antinormatividad' de la conducta. Ahora bien, toda realización del tipo de una norma prohibitiva es ciertamente antinormativa, pero no es siempre antijurídica. Pues el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino también de preceptos permisivos (autorizaciones). Existen preceptos permisivos que permiten, en ciertos casos, la conducta típica, por ejemplo, la realización de un tipo

[53] Derecho Penal Alemán. Op Cit. Pág 59. Con relación a la antijuridicidad vinculada al tipo, este autor sostiene que "La antijuridicidad es siempre la contradicción entre una conducta real y el ordenamiento jurídico. No el tipo (como figura conceptual), sino sólo la realización del tipo puede ser antijurídica. No hay tipos antijurídicos, sino sólo realizaciones antijurídicas del tipo." Continua explicando que "La identificación, muchas veces propugnada, del tipo y la antijuridicidad tendría que conducir, por consiguiente, a una grave confusión de conceptos." Concluyendo su distinción en que "Resulta, pues, que: 1 - Tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma) Es una figura puramente conceptual 2 - Antijuridicidad es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto." (Cfr. Op Cit Pág 60)

'dar muerte a un hombre' en caso de legítima defensa o de guerra. Su interferencia impide que la norma general (abstracta) se convierta en un deber jurídico concreto para el autor. En este caso, la realización de un tipo de prohibición es conforme a Derecho. Antijuridicidad es, por tanto, la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en conjunto (no sólo con una norma aislada)."

Al decir de Edmund MEZGER[54], respecto a este tema que "El concepto del tipo jurídico-penal. Es punible sólo el que actúa típicamente. Todo hecho punible es, por consiguiente, un injusto típico. Pero una acción típica es un injusto, siempre que no exista ninguna causa de exclusión del injusto. El concepto correspondiente ha sido desarrollado profundamente por BELING a los fines del derecho penal, pero nosotros no podemos estar del todo de acuerdo con este autor. Este tipo en sentido estricto se distingue del tipo corriente en sentido más amplio como conjunto de los presupuestos a que se liga en general una consecuencia jurídica. Una discusión profundizada del concepto ha evidenciado que en el marco del derecho penal se deben distinguir por lo menos dos significados especiales."

[54] Derecho Penal. Parte General. Op. Cit. Pág. 143. Llegando a concluir que "1 - El tipo de la acción como conjunto de los presupuestos de la acción punible (con inclusión, pues, de los requisitos de la culpabilidad); 2 - El tipo del injusto como parte del tipo de la acción que se refiere a la antijuridicidad del hecho no abarca todos los presupuestos de la pena, y especialmente la culpabilidad del autor (dolo o culpa) que se refiere, con arreglo a la mencionada disposición legal, al tipo, y que, por lo tanto, no pertenece al mismo. El propio 59 pone pues de manifiesto que el 'dolo', a saber, el conocimiento y la voluntad del hecho, no pertenece al tipo del injusto; el LEIPZ KOMM. (1954, Y, 262-263) demuestra con más amplitud que, por razones que se desprenden del derecho positivo, lingüísticas, históricas y de hecho, el dolo no pertenece al tipo del injusto. De ahí, que la ordenación hecha por NIESE, no pueda ser aceptada." (Cfr. Op. Cit. Pág. 144)

Lo anterior no se presentó en forma espontánea, pues en la evolución del concepto del injusto, los estadios por lo que atravesó la dogmática del derecho penal, intentó comprender este concepto partiendo de la distinción entre lo objetivo - subjetivo, por lo que a lo injusto debía pertenecer exclusivamente los caracteres externos objetivos de la acción, mientras que los elementos anímicos subjetivos debían constituir la culpabilidad; el fundamento doctrinal de esta concepción fue suministrado por la doctrina de la acción causal, que separaba tajantemente la acción como un proceso causal de carácter externo, del contenido subjetivo de la voluntad. De este modo incluyó todo lo externo en la antijuridicidad y todo lo interno en la culpabilidad.

Al decir de Hans WELZEL[55] sobre este tema que "Esta separación se vio además apoyada dogmáticamente por la poca claridad existente en torno al sentido de la "objetividad" de la antijuridicidad. Dado que la antijuridicidad es, según opinión admitida, un juicio desvalorativo "objetivo" (general), era fácil que surgiera la creencia errónea de que lo injusto (la acción antijurídica) tenía que ser *concebido de un modo puramente objetivo, pero en el sentido*, completamente diferente, de algo que pertenece exclusivamente al mundo exterior."

La dogmática del derecho penal, con lo antes apuntado y con la vinculación estrecha entre el tipo y antijuridicidad y su meridiana diferenciación, así como con la introducción en la

[55] Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 72

estructura conceptual del tipo de los elementos de carácter subjetivo, de tal forma que permitió diferenciarlos de aquellos de índole puramente objetivos, se amplió en gran medida el estudio del contenido del tipo.

Al respecto WELZEL[56] sostiene que "Con el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto se produjo una grieta profunda en esta separación, aparentemente tan clara, de lo externo y lo interno, lo objetivo y lo subjetivo y en la asignación de lo 'externo' a lo injusto y de lo 'interno' a la culpabilidad. Se advirtió que en muchos tipos es imposible concebir lo injusto de un modo puramente objetivo, pues está también constituido por determinados elementos anímico-subjetivos...."

Con este descubrimiento, agrega en su explicación el autor en cita que, "se había abierto una grieta profunda en el sistema anterior, de la concepción puramente 'objetiva' de lo injusto. Esta grieta, sin embargo, no indujo la opinión dominante a revisar fundamentalmente la doctrina tradicional de la acción y de lo injusto, sino que ella siguió partiendo de la consideración de que lo injusto se refiere 'regularmente a la conducta exterior (objetiva, corporal)' y que los elementos de lo injusto representan, por ello, sólo 'excepciones a la regla'"[57].

---

[56] Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 73 Para ejemplificar su argumento el autor en cita escribe que "Lo injusto específico del hurto, en contraposición a la perturbación arbitraria de la posesión prohibida por el Derecho Civil, no se agota en la simple sustracción objetiva de una cosa ajena, sino que sólo la voluntad de apropiación convierte a la sustracción en un hurto La 'apropiación', en el delito de apropiación indebida, revela aun más claramente que la acción típica no puede ser comprendida, en lo absoluto, sin la tendencia subjetiva de la voluntad que determina al acontecer externo " (Cfr Op Cit Pág 73)

[57] Hans WELZEL Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 73

Con esta distinción entre lo objetivo y subjetivo, condujo el análisis del contenido del tipo bajo esta dos vertientes, es decir, si por un lado es suficiente concretar el tipo con la simple objetivación de la conducta o si requiere algo mas que estos elementos objetivos, llegando a distinguirse que en la conformación del tipo también se encuentran presentes elementos de carácter subjetivos que aunados a los objetivos conforman el injusto penal del tipo.

En opinión de Reinhart MAURACH[58] "La relación entre las partes subjetiva y objetiva del tipo no sólo es cuestión que atañe al modo de operar del derecho penal, sino también un propósito de la sistemática, quien construya el delito desde la doctrina causalista no tenderá a ver en la parte subjetiva del tipo más que un simple reflejo pasivo del tipo objetivo, o tenderá a reinterpretar la tendencia del autor constitutiva del delito en un hecho objetivo fundante de peligrosidad. Quien al contrario, aprecie el delito primariamente como acción soportada por la voluntad, tendrá en cuenta su dinámica y deberá considerar el dolo como factor conductor y formador de la acción y con ello del tipo objetivo. Tal punto de partida es importante para el trabajo práctico del juez."

Los elementos objetivos contenidos en el tipo, no son suficientes para integrarlo pues en su conformación ontológica están también los elementos de índole subjetivo, con lo que permite

[58] Derecho Penal Parte General. Op. Cit Pág 354 y 355

distinguir trasgresión del deber normativo típico de aquellas otras transgresiones normativas que no configuran el tipo, es decir, que el injusto no queda satisfecho con la presencia de elementos objetivos, sino que se requiere la existencia de los elementos subjetivos contenidos en el tipo.

Al respecto MAURACH[59] explica que "La transitoria separación de los delitos culposos posibilita una ulterior aclaración y substanciación del concepto de tipo. El tipo no se limita a la descripción del acontecer exterior perceptible (actuación de la voluntad y resultado), sino que comprende también la orientación volitiva del autor en cuanto hecho psicológico, en la medida en que se precise de éste para la constitución de tipo delictivo. El tipo, en consecuencia, no es sólo un acontecer objetivo, es decir, perceptible; más bien se compone de dos partes: una objetiva, que comprende la expresión volitiva y el resultado, y otra subjetiva, que agrupa los acontecimientos psíquicos que constituyen el delito."

En efecto, en la indagación de los elementos subjetivos del tipo se llegó a determinar que es necesario que en la acción final del sujeto estén compenetrados elementos subjetivos, entre los que en forma constante se encuentra la existencia del dolo,

---

[59] Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 351, en otra parte de su obra afirma que de lo dicho se desprenden para la construcción global del tipo fundamentales conclusiones "a) El tipo abarca en su parte subjetiva los especiales motivos, tendencias e intenciones del autor que caracterizan el hecho "b) El tipo abarca en su parte subjetiva el dolo dirigido a la realización de la parte objetiva del tipo "c) El dolo se extiende a la realización de la parte objetiva del tipo, por lo que abarca los elementos objetivos del tipo Pero, como el tipo sólo fundamenta su presunción para la antijuridicidad de la acción, su antijuridicidad no constituye en elemento de éste (Cfr Op. Cit Pág 351

como uno de los estados anímicos del sujeto, lo que permite definir la acción como encuadrable en la descripción normativa típica.

Con mayor claridad, el pionero de la teoría de la acción final sostiene que "Al examinar los tipos penales en busca de elementos subjetivos de lo injusto, se advirtió además que en la tentativa el dolo es uno de ellos. En efecto, en la tentativa es imposible constatar, desde un punto de vista puramente 'objetivo', es decir, sin atender a la decisión subjetiva del autor, qué tipo es el que ocurre. Si alguien hace un disparo, que pasa junto a otro, este proceso causal externo pude ser tentativa de asesinato, una tentativa de lesiones corporales, o disparar en un lugar no autorizado, según cual fuera el dolo del autor. En este caso, el dolo es, sin duda alguna, un elemento del tipo, sin el cual no puede ser constatada la tipicidad del acontecer externo. De tal modo, el dolo es ya, según la doctrina dominante, un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa. La consecuencia lógica de ello debería ser -yendo más allá que la opinión dominante- que si el dolo pertenece al tipo y no sólo a la culpabilidad en la tentativa, tiene que conservar la misma función cuando la tentativa pase al estado de la consumación."[60]

---

[60] Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán. Op. Cit. Pág. 73. Al respecto el autor en cita se interroga: "¿Cómo podría depender de que el disparo dé o no en el blanco, el que el dolo sea un elemento de lo injusto o de la culpabilidad? La corrección de esta conclusión se puede demostrar, además, de modo inmediato en los tipos de los delitos consumados. Si alguien hiere mortalmente a otro, el problema de si ha realizado con ello el tipo del homicidio doloso o el de lesiones corporales cón resultado de muerte, o el del homicidio culposo, depende exclusivamente de la existencia y el contenido del dolo. El dolo se nos presenta aquí necesariamente como un momento constitutivo del tipo. En ambos casos, una recta comprensión no lleva a la conclusión de que el dolo no es sólo un elemento de la culpabilidad, sino que es ya un elemento constitutivo del tipo." (Op. Cit. Pág. 73). Sobre esta materia Reinhart MAURACH sostiene que "La siguiente exposición se apoya en una visión compleja del tipo. Tal como antes la acción, también el tipo del hecho doloso se divide en una parte subjetiva, comprensiva del dolo, como de los eventuales motivos, propósitos o tendencias del tipo, y una objetiva, que incluye la sucesión de acontecimientos fácticos, exteriormente perceptibles. Sólo la unión de ambos componentes permite obtener un cuadro plástico representativo del hecho punible. En comparación con la

Agregando a su explicación que "Sólo así es posible insertar, con sentido y sin dificultad, también los elementos subjetivos de lo injusto en el tipo. Un ánimo de apropiación no puede darse en una lesión causal ciega de la posesión, sino sólo en una acción final de sustracción. Una voluntad de apropiación sería en absoluto compatible con una lesión puramente causal de un bien jurídico. De este modo, la teoría dominante está obligada, por necesidad lógica, a reconocer al dolo como elemento subjetivo de lo injusto de todos los tipos dolosos."[61]

Concluyendo al afirmar que "Con ello, sin embargo, se ha abandonado el sistema de la determinación puramente 'objetiva' de lo injusto: en todos los delitos dolosos el dolo es un elemento esencial de lo injusto. De ahí se deduce que sólo el concepto de la acción finalista y no el concepto de la acción causal puede suministrar la base óntica de la doctrina de lo injusto. El dolo, cuyo carácter de elemento configurador objetivo de la acción lo puso de manifiesto la doctrina de la acción finalista, es un elemento esencial del concepto de lo injusto."[62]

---

tradicional doctrina del tipo vemos a éste de manera pluridimensional, o dicho de otro modo, mientras la antigua doctrina objetiva del tipo, que, por su parte, también pretendía ofrecer un cuadro-guía del iter criminis, el cual podría valer a lo sumo como una fotografía del acontecer externo, sólo el tipo complejo permite un enjuiciamiento exhaustivo del hecho " (Cfr Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 352)

[61] Hans WELZEL Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 74 En opinión de Reinhart MAURACH "La inserción del tipo complejo en la sistemática y en la forma de expresión de la ley se realiza sin dificultades La parte objetiva de la acción típica no es sino la suma 'de las circunstancias que pertenecen al tipo legal'; en otras palabras, el tipo objetivo es esencialmente idéntico al tipo legal La parte subjetiva del tipo esta constituida (sin perjuicio de la presencia de propósitos o tendencias) por el *dolo* referido a la parte objetiva " (Cfr Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 354)

[62] Hans WELZEL Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 74 Por esta razón, Reinhart MAURACH sostiene que "Los resultados y las exigencias son unívocas Es absolutamente indiferente si, al igual que la doctrina de la acción finalista, insertamos la voluntad de la acción en el tipo del hecho doloso, o si, partiendo desde el

Por su parte Edmund MEZGER[63] escribe que "Al tipo del injusto pertenecen también los elementos subjetivos del injusto. Lo que se ha dicho, tiene aquí un significado especial; en los llamados delitos de intención y en la tentativa es necesaria, para la fundamentación del injusto, la 'intención' o la 'resolución' del autor; la intención o la resolución forman un elemento del tipo del injusto. Pero cuando la intención o la resolución se realizan, la realización 'objetiva' toma el lugar del elemento subjetivo. El hecho de quitarle a otro una cosa que le pertenece requiere, ante todo, que sea un injusto típico, la intención de adueñarse de la misma (y también, por lo tanto, el conocimiento de que la cosa pertenece a otro). Pero, si efectivamente se realiza la acción (ulterior) de adueñarse de la cosa, se da 'objetivamente' el tipo del injusto, aun sin que exista el acontecimiento de la situación de hecho."

Con todos los razonamientos expuestos por los autores citados anteriormente, se llega a explicar los motivos que condujeron a la doctrina de la acción final, para sustentar los las dos especies de tipos penales, es decir, el análisis del tipo penal en dos enfoques distintos que permiten diferenciar las funciones y necesidades de cada elemento del tipo penal, abordándose el estudio del tipo penal objetivo en el que engloban todos la objetivación del tipo

---

punto de vista de la doctrina tradicional, se permite sólo paso a paso a los elementos subjetivos el ingreso en el tipo; la evolución lleva de modo inevitable al tipo cargado de elemento volitivo, complejo; pero, con ello, al dolo libre de valores, natural, como elemento soportante del tipo subjetivo." (Cfr Derecho Penal Parte General Op Cit Pág. 352)

[63] Derecho Penal. Parte General Op Cit Pág 145

y, el tipo penal subjetivo, al que corresponden todos los elementos subjetivos latentes en la conformación del tipo penal.

En efecto, Hans WELZEL[64] que es el pionero de esta tendencia doctrinal que trajo como consecuencia una remoción de los fundamentos y sistemática de la teoría del delito, sostiene que "El tipo objetivo es el núcleo real-material de todo delito. Delito no es únicamente voluntad mala, sino que voluntad mala que se realiza en un hecho. El fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad de un hecho externo. El hecho externo es, por ello, la base de la estructura dogmática del delito (como también, por lo demás, el punto de partida de la investigación criminalística del delito). La objetivación de la voluntad encuentra su expresión típica en las circunstancias del hecho objetivas, que pertenecen al tipo objetivo."

De lo anterior se desprende que las circunstancias del hecho del tipo penal objetivo, están concretadas en todo delito con la acción y junto a la misma la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que constituye el resultado de la misma, agregándose los medios especiales y las modalidades especiales de la acción como el tiempo y el lugar del hecho y, algunas otras circunstancias objetivas adicionales según se trate, reconociendo la función de distinguirlos en la parte especial del código penal, pues en alguno casos es punible la

[64] Derecho Penal Alemán Op Cit Págs. 75 y 76 Con una abundante explicación el autor concluye que "Este llamado tipo objetivo no es de ningún modo algo externo puramente objetivo, que estuviera absolutamente libre de momentos subjetivo-anímicos Ya las acciones objetivas de apropiarse, de engañar, pero también las de coaccionar, de sustraer, como en general todas las acciones de los tipos de delitos dolosos, no pueden ser aprehendidas suficientemente sin la tendencia de la voluntad que las conduce y las anima El tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado Comprende aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior " (Cfr Op Cit Pág 76)

mera acción por su naturaleza, como en los casos en los que se vulnera el valor ético-social.

Por otro lado, la teoría de la acción finalista analiza en este apartado las características del autor del tipo penal objetivo, sosteniendo que en la mayoría de los tipos, el autor no es caracterizado objetivamente, inclusive Hans WELZEL[65] lo definido concretamente al decir que "Autor es todo aquel que ejecuta la acción: el anónimo "el que " de la acción. En numerosos delitos, sin embargo, la acción típica va unida a un autor señalado concretamente.....En este caso, no es la acción como tal, sino su ejecución por un autor en una determinada condición....lo que configura la base material para la valoración de la antijuridicidad.....Se habla en este caso de delitos especiales...."

En otro orden de ideas, en la sistemática de la teoría de la acción finalista, en el estudio del tipo penal aborda el tipo penal subjetivo, que comprende el conjunto de elementos de naturaleza subjetiva que los conforman, comprendiendo en el mismo al dolo como momento final de la acción.

En efecto, el tratadista a quien se debe esta sistemática sostiene que "Toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere - el momento intelectual- y por la decisión al respecto de querer realizarlo -el momento volitivo. Ambos momentos, conjuntamente,

[65] Derecho Penal Alemán Op Cit Págs 76 y 77

como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo (= dolo de tipo). La acción objetiva es la ejecución adecuada del dolo. Esta ejecución puede quedar detenida en sus comienzos: en la tentativa; en este caso, el dolo va más allá de lo que logra alcanzar. Si la decisión al hecho es ejecutada adecuadamente hasta el término, el hecho está consumado. En este caso el hecho total no solo ha sido querido dolosamente, sino también ejecutado dolosamente. Aquí el dolo es un elemento final de la acción, en todo su contenido."[66]

No debe pasar desapercibido que en el concepto y contenido del dolo entraña el saber y querer la realización del tipo penal, es decir, que en tanto se emplee el dolo como concepto jurídico penal, su objeto es la realización del tipo objetivo de un delito, por ello, Hans WELZEL[67] sostiene que "Dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito. De esto se desprende que también hay acciones no dolosas, a saber, las acciones en las cuales la voluntad de acción no está orientada a la realización del tipo de un delito, como sucede en la mayoría de las acciones de la vida cotidiana. También pertenecen a ella las acciones culposas, en las cuales la voluntad de acción no se dirige al resultado típico realizado."

---

[66] Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 77 Con mas claridad el autor expone en su obra que "El dolo como mera resolución es penalmente irrelevante, ya que el Derecho Penal no puede alcanzar al puro ánimo Sólo en los casos en que conduzca a u hecho real y lo gobierne, pasa a ser penalmente relevante. El dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es sólo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo. Esta función final-objetiva del dolo para la acción se presupone siempre para el Derecho Penal, cuando se define el dolo como conciencia del hecho y resolución al hecho (Cfr Op Cit Pág 77).

[67] Derecho Penal Alemán. Op Cit Págs 77 y 78.

Con relación a la forma del dolo y, propiamente a su contenido, el pionero de la teoría de la acción final sostiene que "Todo dolo tiene un aspecto intelectual y uno volitivo (conforme a la voluntad). La parte intelectual comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal. No es suficiente que el autor conociera potencialmente las circunstancias del hecho, es decir, que pudiera hacerlas aflorar en su conciencia. Mucho más, ha debido tener realmente la conciencia de ellas en el instante de su hecho, habérselas representado, haberlas percibido, haber pensado en ellas, siendo, eso así, diferente la intensidad de la conciencia, según se trata del fin de los medios o de una circunstancia concomitante."[68]

Con relación al elemento volitivo, necesario en la conformación del dolo, el propio autor en cita expone que "La parte volitiva del dolo es la voluntad incondicionada de realizar el tipo (voluntad de realización). El querer condicionado, es decir aquel aún no decidido, no es todavía dolo de ningún modo." Continúa su explicación respecto al elemento volitivo y sostiene que "el querer es gramaticalmente un verbo auxiliar, necesita para su precisión inequívoca de un verbo principal y puesto que en el Derecho penal está prohibida la realización del tipo objetivo de un delito, el querer en el Derecho penal es la voluntad de realización referente al tipo de un

[68] Cfr. Hans WELZEL. Derecho penal Alemán. Op. Cit. Pág. 78. Al exponer las ideas de otros tratadistas, el autor en cita explica que " Si se prescinde de la conciencia actual de las circunstancias del hecho en el concepto de dolo, se destruye la línea divisoria entre dolo y culpa, convirtiendo al dolo en una mera ficción " Continúa su explicación y dice que "No es necesaria una conciencia reflexiva -sobre todo en relación a las circunstancias concomitantes-, mas bien en suficiente una co-conciencia no reflexiva, conciencia al margen, una conciencia de pensamiento material, no de pensamiento expresado " (Cfr. Op. Cit. Pág. 78)

delito. Por lo tanto, en el Derecho penal 'querer' no significa querer tener o querer alcanzar (en el sentido de aspirar), sino querer 'realizar'." Finalizando su exposición explicativa de este elemento del dolo al sostener que "Como la voluntad de realización, el dolo presupone que el autor se asigne una posibilidad de influir sobre el acontecer real. Aquello que, de acuerdo a la propia opinión del autor, queda fuera de su posibilidad de influencia, lo podrá por cierto esperar o desear, como encadenamiento casual con su acción, pero no querer realizar."[69]

Independientemente de lo anterior, la corriente de la acción final, analiza diversos problemas relacionados con la integración y el alcance del dolo, que en base a la corriente de la teoría causalista es abordado en otro elemento del delito.

En efecto, según el finalismo, debe precisarse el alcance del dolo a fin de determinar si las consecuencias ocasionadas

[69] Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán Op Cit Pág. 79. Para una mejor aclaración de sus argumentos, el autor indicado reflexiona en sentido inverso y describe que " A la inversa, el dolo como voluntad de realización no abarca todo aquello que el autor, al ejecutar su acción, reconoce que queda dentro de sus posibilidades de influencia. Más bien ha de distinguirse según se trate del fin, medio o resultados concomitantes A) La voluntad de realización se dirige primero (fundamentalmente) e inmediatamente al fin propuesto Desde él, como objeto a alcanzar, parte la voluntad de realización Es indiferente si considera la consecución del fin como segura o sólo como posible - b) Los medios de acción elegidos para la consecución del fin son abarcados también inmediatamente por la voluntad de realización. Pues son elegidos precisamente para la consecución del fin, como los factores causales requeridos para ello. Es indiferente si -considerados en sí mismos- le son deseados o no al autor - c) por el contrario, los resultados concomitantes son admitidos (incluidos) sólo en forma secundaria y mediata en la voluntad de realización, y en la medida en que el autor los reconozca como parte del complejo general a realizarse Esta diferencia frente al fin y los medios (o entre el fin y los resultados concomitantes) se hace evidente en el análisis finalista de la acción Mientras el autor elige los medios en un proceso de retroceso desde el fin propuesto, como aquellos factores causales que -de acuerdo a su criterio- son apropiados para realizar el fin y que por ello son abarcados en forma inmediata por la voluntad de acción dirigida a la consecución del fin, los resultados concomitantes quedan en un principio fuera de su voluntad de realización Entran en la voluntad de realización sólo en forma secundaria -igualmente desde fuera- y en la medida en que el autor reconozca, anticipando mentalmente desde los medios a las

por la ejecución de la conducta deben estimarse como coloreadas por el dolo mismo, es decir, si el autor considera como seguro que se producirá el resultado concomitante al emplear el medio de acción por él elegido o al alcanzar el resultado, la voluntad de realización abarca también esta consecuencia, porque y en tanto esté necesariamente conectada con el fin o el medio, de acuerdo a la representación del autor.

Lo anterior se desprende de la explicación del elemento volitivo del dolo, en tanto que voluntad mantiene en su contenido, al estimarse que la consecuencia se produciría necesariamente en la ejecución de la conducta o con la puesta en movimientos de los medios elegidos, ninguna duda cabe en estimar que, con el conocimiento previo que mantuvo el sujeto respecto a tales consecuencias, dirigió voluntariamente su ejecución, siendo dolosas en tal sentido los efectos producidos.

En sentido inverso, se debe dar un tratamiento distinto cuando en la representación del autor la producción de la consecuencia concomitante no está unida necesariamente al fin o a los medios, sino sólo en forma posible, habrá que distinguir si el autor cuenta con que se produzca o si, por el contrario, confía en que no acontezca. En la solución de tales hipótesis, el finalismo ha estimado que en aquellas consecuencias que él cuenta con que se produzcan al realizar su acción, tiene el autor que haberlas querido realizar

---

consecuencias, que el medio, junto o independientemente del fin, lleva consigo otras consecuencias (o puede llevarlas)." (Cfr. Op. Cit. Págs. 80 y 81)

eventualmente si emprende la acción, con ello, queda identificado plenamente el llamado dolo eventual, o equivocadamente denominado dolo condicionado.

Por el contrario, la voluntad de realización no se extiende a aquellos resultados posibles, con relación a los cuales el autor confía justamente en que no se produzcan, pues quien confía en esta forma, significa que no los quiere realizar, del mismo modo como no quiere realizar resultados en los que ha pensado, debiéndose plantear este problema en ración a la culpa.

Otro de las hipótesis que aborda la teoría finalista, respecto al alcance de los elementos del dolo y que permite establecer las fronteras en su contenido esta determinado por la consideración que formula esta tendencia en el sentido de que si el autor considera que la posible producción del resultado concomitante depende de su propio modo de proceder, no estamos en presencia de voluntad de realización como es el dolo, en cuanto que actúa con la confianza de que al resultado concomitante lo puede evitar gracias a su destreza, su presencia de ánimo, su cuidado o prudencia, es decir, en razón del rumbo concreto que imprima a su actuar; en cambio, el autor actúa con eventual voluntad de realización si no se atribuye ese poder sobre la posibilidad efectiva de evitar el resultado, dejándolo al azar la producción del concomitante resultado.

Finalmente, otra de las hipótesis a que se contrae la corriente finalista, consiste en que el autor que estima que la

producción de un posible resultado concomitante es independiente de su modo de proceder, ya sea porque está seguro de las cualidades existentes del objeto, o bien, porque está consciente de no poder contrarrestar, mediante una dirección adecuada de su actuar, la producción de un resultado, en ambos casos sólo existirá dolo, en la medida en que el autor cuenta con la existencia de tal circunstancia del hecho o con la producción del resultado concomitante, o bien, no existe el dolo si sólo tenía leves dudas respecto de los mismos.

Las hipótesis y soluciones anteriores, influyen en forma categórica en esta teoría en la delimitación y diferenciación del dolo y la culpa consciente, cuya dificultad radica en que el querer es un fenómeno anímico originario-último, que no puede ser reducido a otros procesos anímicos, ni emocionales, ni intelectuales, y por ello sólo puede ser circunscrito pero sin definirlo.

En esta concepción, denominada teoría del consentimiento (propugnada por Exner y Engisch) que se finca en estimar que el dolo entraña una posición positiva del sentimiento hacia el resultado, el autor deberá aprobar internamente el resultado, en cambió no existirá el dolo si el autor lo rechaza internamente. Pues bien, esta teoría desconoce que la voluntad de realización que conforma el dolo, también puede referirse a resultados que el autor no aprueba internamente, sino todo lo contrario, los desaprueba y deplora; esto se ve inequívocamente en los medios de ejecución y en los resultados concomitantes previstos como posibles y con su producción cuenta el autor. Fracasando esta tendencia, pues según la

cual se diferencia el dolo eventual de la culpa por el mayor grado de indiferencia frente al bien jurídico o frente a la violación del derecho.

6.- LA ANTIJURIDICIDAD Y SU FUNDAMENTO EN EL FINALISMO

Este requisito considerado como esencial en la integración del delito, forma parte de las diversas preocupaciones que comprende la tendencia doctrinal desarrollada en Alemania y que, en opinión de Reinhart MAURACH[70] "aquello que tradicionalmente recibe el nombre de teoría de la antijuridicidad es, en realidad, gracias a la moderna técnica de tipificación, lo opuesto a una búsqueda de los fundamentos y de los elementos que permiten reconocer la ilicitud de una conducta declarada como punible; en la práctica, la teoría de la antijuridicidad es una teoría de la juridicidad, más precisamente, de aquellas circunstancias de hecho que, no obstante cumplir un tipo, en el caso particular no son antijurídicas y que, por ello, pasan a ser penalmente irrelevantes."

Por otro lado, en el tratamiento de la antijuridicidad, la teoría de la acción final ha considerado que el autor que ha realizado objetiva y subjetivamente la conducta típica de una norma prohibitiva, ha actuado en forma antinormativa, por ello, la tipicidad y la correspondiente antinormatividad es un indicio de la antijuridicidad, sin embargo, ambas cuestiones mantienen su propia esencia pues no se tratan de cosas idénticas.

[70] Derecho Penal. Parte general Op Cit Pág 414

En efecto, Hans WELZEL[71], creador de esta tendencia, estima que "La antinormatividad es la contradicción entre la realización típica y la norma prohibitiva individual (abstracta)."

El sustento de esta afirmación se funda al estimarse que el tipo penal además de los elementos objetivos y subjetivos que lo conforman, mantiene como parte de su contenido el deber normativo constitutivo de la prohibición, es decir, que en la tutela del bien jurídico está presente el deber de la norma de restringir las conductas que lesionen o pongan en peligro tal bien jurídico, en consecuencia, cuando la conducta realizada por el sujeto encuentra encuadramiento en los elementos del tipo, surge de inmediato la cuestión de considerar que tal conducta se ha colocado en contra del contenido normativo caracterizado por el deber típico, por esta razón, se ha actuado antinormativamente.

No obstante lo anterior, no puede confundirse la antinormatividad con la propia antijuridicidad, pues aquélla solo representa, conjuntamente con la tipicidad, un indicio de ésta.

Por ello, para distinguirlas la ha definido el citado autor al sostener que "La antijuridicidad es, en cambio, la violación del orden jurídico en su conjunto, mediante la realización del tipo."[72]

---

[71] Derecho penal Alemán Op Cit. Pág 96
[72] Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán Op Cit. Pág. 96

Lo anterior se llega explicar mejor si se parte de la idea de que el ordenamiento jurídico pretende establecer, con sus normas y preceptos, un orden valioso de la vida social, manteniendo en su contenido deberes ético-sociales, por ello, la realización antijurídica del tipo es una conducta que contraría este orden valioso, con lo anterior, la teoría de la acción finalista, como lo sostiene WELZEL,[73] caracteriza a "la antijuridicidad como un 'juicio negativo de valor' o como 'un juicio de desvalor' sobre la conducta típica. Es preciso tener presente, sin embargo, el sentido figurado de esta expresión. El sujeto de este 'juicio negativo de valor' no es un hombre individual (ni siquiera un juez), sino el ordenamiento jurídico como tal. La sentencia del juez podría, a lo sumo, ratificar la valoración de injusto por parte del ordenamiento jurídico. Si se está consciente, sin embargo, del sentido figurado de la expresión, puede caracterizarse perfectamente la antijuridicidad como juicio negativo de valor."

Lo anterior queda mejor comprendido si se lee con sumo cuidado la explicación de WELZEL[74] al sostener que "La antijuridicidad es un juicio de valor 'objetivo', en tanto se pronuncia sobre la conducta típica a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico. El objeto que es estimado como antijurídico, es decir, la conducta típica de un hombre, constituye una unidad de momentos del mundo externo (objetivos) y anímico (subjetivos)."

---

[73] Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 60

[74] Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 61 Para dar mayor claridad al argumento, el autor en cita expone que "Debido a la ambigüedad del concepto 'objetivo' ha surgido el equívoco de que la antijuridicidad sólo podría referirse al aspecto objetivo (del mundo externo) de la acción, por ser un juicio de valor 'objetivo' En realidad el empleo de la palabra 'objetivo', en ambos casos, no tiene nada en común La antijuridicidad es

Por su parte, Hans HEINRICH JESCHECK[75] sostiene que "Antijuridicidad significa contradicción con el Derecho." Explicando al respecto que esta contradicción ha de entenderse partiendo de la base de que el legislador con las normas jurídicas protege la convivencia del hombre en la sociedad, por ello, no se resumen exclusivamente a ser mandatos coactivos, sino exigencias apegadas al orden de la comunidad apoyándose en la comprensión de los individuos que reclaman la obediencia de las mismas.

Por ello, al establecer conductas positivas que favorecen tales valores se instituyen mandatos normativos, o bien, al limitar o restringir el comportamiento contrario a tales valores, se instituyen las prohibiciones, con ambas se logra el objetivo perseguido por el legislador respectivo.

De lo anterior, Hans HEINRICH[76] llega a sostener que "Por ello, hay que ver la esencia de la antijuridicidad en un comportamiento contrario al deber de actuar o abstenerse establecido en una norma jurídica." Continuando con la explicación, el autor en cita expone que "La antijuridicidad no se agota, sin embargo, en la relación entre la acción y la norma, sino que posee también importancia por su contenido."

---

objetiva sólo en el sentido de un juicio de valor general; su objeto, la acción, en cambio, es una unidad de elementos objetivos (del mundo externo) y subjetivos" (Cfr Op Cit Pág 61)

[75] Tratado de Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 210

[76] Tratado de Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 210

Precisamente la concepción del contenido de la antijuridicidad dependerá de la conceptualización que se sostenga respecto de la naturaleza de las normas jurídicas típicas, debiéndose determinar si son normas de valoración o de determinación, o bien, si revisten ambas características, al respecto, una esfera de la doctrina considera que la norma jurídica conforme a la cual se mide la antijuridicidad de una acción es sólo norma de valoración, pues al formular el legislador las mismas, toma en consideración las situaciones y acontecimientos que responden al orden y convivencia comunitaria, así como aquellas que se oponen a los mismos, entonces el derecho no es otra cosa que la suma de juicios de valor y con su ayuda se determina el comportamiento jurídico y antijurídico, pues las normas al ser de valor, permiten juzgar el comportamiento humano tomando como referencia el orden comunitario de la sociedad.

Sin embargo, como contrapartida al criterio anterior, otra esfera de la doctrina sostiene que el orden jurídico de halla conformado por manifestaciones de voluntad del legislador que requieren un concreto comportamiento de los destinatarios, por ello, las normas deben estimarse como proposiciones de deber dirigidas a cada persona, es decir, que en las normas jurídico-penales se establecen deberes que se dirigen a personas determinadas pues ellas deben cumplir específicamente con el deber, siendo, en consecuencia, imperativos para la comunidad que les da la naturaleza de norma de determinación, pero además , en virtud de que tiende a la dirección de los hombres hacia lo correcto, permitiendo juzgar

objetivamente la desacertada conducta de un autor, por lo que también es norma de valoración, en consecuencia "las proposiciones jurídicas ofrecen un doble carácter: como imperativos son normas de determinación, y como medida de la desaprobación jurídica del comportamiento son normas de valoración."[77]

Por otro lado, en el ámbito de su contenido, una acción es antijurídica, explica el autor en cita, en atención al menoscabo del bien jurídico protegido por la correspondiente norma, por ello, el legislador ha conminado con una pena un determinado comportamiento, considerado como lesión intolerable del orden de la comunidad, al pugnar el hecho con las razones estimadas por el legislador para el sustento de la norma, por ello, la expresión relativa a la lesión, no debe entenderse en un sentido naturalístico, como el menoscabo o deterioro de un determinado objeto, sino como actuación contraria al valor ideal que debe ser protegido por la norma jurídica.

Como se puede llegar a determinar de las líneas anteriores y en cuanto al alcance de la antijuridicidad, el finalismo reconoce la existencia de especies de la misma, es decir, que la

[77] Hans HEINRICH JESCHECK Tratado de Derecho Penal Parte General Op Cit. Pág 214 Para resaltar la importancia que esto representa el autor explica que "Esto tiene la importante consecuencia práctica de que las mediadas de seguridad o educativas del juez, en relación con los enfermos mentales, jóvenes y niños, no son decisiones policiales para combatir una perturbación del orden público originada por un estado peligroso, sino auténticas sanciones que conectan con un hecho antijurídico La consecuencia teórica de la teoría de los imperativos radica en la enseñanza de que la voluntad de la acción debe ser el núcleo de la antijuridicidad de un hecho, pues la voluntad humana opuesta a lo ordenado por el Derecho es la que vulnera el mandato o la prohibición contenidos en la norma Esta concepción resulta confirmada igualmente por el fin de protección de la norma Si el fin de la norma consiste en proteger bienes jurídicos que se manifiestan en los concretos

antijuridicidad opera en base al ordenamiento jurídico que tutela los valores elevados de la colectividad, en este sentido, no se puede estimar una sola antijuridicidad, sino que su existencia está en razón directa con el orden jurídico que le sirve de fundamento.

Por esta razón, WELZEL,[78] considera que "Mientras que la antijuridicidad, como una mera contradicción entre la realización del tipo y las exigencias del Derecho, es una y la misma para todos los sectores del Derecho, existen en cada uno de estos diversos sectores tipos distintos (materias de prohibición)."

Como se advierte, la esencia de la antijuridicidad es siempre la misma al caracterizarse como la contranormatividad de la conducta típica realizada, sin embargo, el ámbito de aplicación y su alcance está determinado por la naturaleza de las normas que contraría la conducta, de donde resulta la distinción de cada una de sus especies pero siempre conservando su contenido.

---

objetos de la acción, la forma y la medida de la puesta en peligro del objeto de la acción recogida en el tipo serán determinantes para la vulneración de la norma "(Cfr Op Cit Pág 214)

[78] Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 61 Para esclarecer sus argumentos, el autor en cita explica que " Así, por ejemplo, la perturbación arbitraria de la posesión es una materia de prohibición en el Derecho Civil, pero no lo es en el Derecho Penal Sólo si la perturbación de la posesión adopta la forma de la sustracción y ésta es una manifestación de la voluntad de apropiación, será también una materia de prohibición del Derecho Penal Del mismo modo, los daños no dolosos no son una materia de prohibición penal, sino sólo civil Por el contrario, la tentativa de delito es ciertamente una materia de prohibición penal, pero no civil Sin embargo, la perturbación arbitraria de la posesión y los daños no dolosos son también antijurídicos para el Derecho Penal, por ejemplo, para la legítima defensa; y la tentativa de delito es también antijurídica para el Derecho Civil, por ejemplo, en el caso de la querella de amparo preventiva La materia de prohibición es tan variada como formas prohibidas de conducta hay en el Derecho Penal En cambio, la antijuridicidad, es decir, la contradicción entre la realización de una materia de prohibición y el ordenamiento jurídico, es una y la misma en todo el Derecho Lo que es antijurídico en un sector del Derecho lo es también en el otro " (Cfr Op Cit Pág 61)

Por otro lado, no se debe confundir la antijuridicidad con el injusto, pues aún cuando indebidamente se llegan a utilizar como sinónimos en forma indistinta, conservan propias diferencias que los individualizan, pues mientras la antijuridicidad se caracteriza por ser una relación formal, lo injusto es, en cambio, lo substancial de la antijuridicidad, es decir, es la conducta antijurídica misma.

Respecto a esta importante diferenciación, el autor que ha sido pionero de la corriente de la acción final, explica que la diferencia entre los conceptos de antijuridicidad y de injusto debe precisarse desde su origen aún cuando "La mayor parte de las veces son utilizados indistintamente, lo cual, en gran parte, no es perjudicial. En algunos casos, sin embargo, puede dar lugar a confusiones. La antijuridicidad es una mera relación (una contradicción entre dos miembros de una relación); lo injusto, por el contrario, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. Lo injusto es la forma de conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio. La antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico. Existe, pues, un injusto penal específico, del mismo modo que hay un injusto civil o administrativo específico (un ejemplo del primero es la tentativa y del segundo la perturbación arbitraria de la posesión), pero existe sólo una antijuridicidad unitaria. Todas las materias de

prohibición, reguladas en los diversos sectores del Derecho, son antijurídicas para todo el ordenamiento jurídico."[79]

Lo anterior es entendible pues a pesar de que el orden jurídico es único, llega a dividirse según la materia de regulación, es decir, que el objeto a regular permite diferenciar cada sector del orden jurídico, sin embargo, por la unidad que mantiene, no puede desconocerse que la conducta siendo antijurídica para un sector del orden jurídico, sea al mismo tiempo, lícita en otro de los sectores, o a la inversa, que en un sector esté determinada como conducta lícita y en otro se considere como antijurídica.

Estimar lo contrario, implica darle una disfunción al sistema normativo, pues en las constantes contradicciones que esto representaría haría disfuncional el sistema de derecho, además debe quedar preciso que, si una conducta es lícita para un sector del sistema jurídico, esto trae como estimación que para otro sector tanga también esta naturaleza, o a lo sumo, no esté reglamentada por no formar parte de su objeto de regulación. Lo mismo ocurre con la conducta antijurídica estimada por una rama del derecho, esto implica que para otra rama sea estimada como tal, o simplemente no lo regule, lo que no traería consigo la estimación de licitud de la acción, sino sencillamente una falta de reglamentación de la misma, pero de ninguna manera la licitud de ella.

---

[79] Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán Op Cit. Pág. 61

La esencia de lo injusto no se agota con la sola causación del resultado dañoso para el bien jurídico, es decir, con la lesión de dicho bien, desligándola de la persona misma del autor, sino que la propia acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado, al respecto Hans WELZEL[80] sostiene que "el fin que el autor asignó al hecho, la actitud en que lo cometió, los deberes que lo obligaban a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal."

Con la exposición anterior, la teoría de la acción final sostiene que la antijuridicidad considerada como la lesión causal de un bien jurídico, aún cuando se le rechaza, tiene el mérito de haber puesto de relieve la importancia del elemento: resultado, es decir, del bien jurídico, pues en la mayor parte de los delitos es esencial la lesión o puesta en peligro del mismo, pero sólo como momento parcial de la acción personalmente antijurídica, pero nunca en el sentido de que la lesión del bien jurídico caracterice suficientemente lo injusto del hecho.

Se reafirma que la esencia de la antijuridicidad no está determinada sólo en forma objetiva, sino también en forma subjetiva, en la medida en que la acción es ejecutada por el autor en forma personal, en quien se encuentra la finalidad, la actitud de lo

[80] Derecho Penal Alemán. Op. Cit. Pág. 74

ocurrido y los deberes personales que determinan lo injusto de su propio actuar, por lo que, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico no es la causa determinante para considerar integrada la antijuridicidad.

En otro orden de ideas, si es verdad que la lesión del bien jurídico considerado como el desvalor del resultado, adquiere relevancia en el ámbito del derecho penal, esto está determinado en la medida en que se encuentre inmerso dentro de una acción personalmente antijurídica, es decir, en la que se encuentran presentes los factores finalísticos, de actitud y los deberes normativos, con lo que de inmediato se surte el desvalor de la acción ejecutada, siendo el factor determinante en todos los delitos el desvalor personal de la acción.

Con la anterior afirmación se puede llegar a considerar que en la corriente de la acción final, el desvalor del resultado por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, es un elemento que carece de autonomía e independencia en los delitos de resultado material y los de peligro, pues el desvalor del resultado puede estar ausente en un caso concreto como en la tentativa imposible o inidónea, sin que desaparezca el desvalor de acción, presente aún cuando no haya sufrido lesión o peligro alguno el bien tutelado.

Comentando las ideas de Gallas, Reinhart MAURACH[81] sostiene que en la teoría de la acción final se exige una relación de valoración entre el tipo y la antijuridicidad, pero no llega a los extremos advertidos por Sauer y Mezger, pues el tipo es simplemente la ratio cognoscendi de la antijuridicidad.

Por su parte WELZEL,[82] al formular la reflexión sobre las ideas de Gallas, estima que a diferencia de Sauer y Mezger, no concibe las causales de justificación como circunstancias negativas del tipo, sino que afirma la tipicidad de una conducta aún cuando concurra una causal de justificación. No admite, sin embargo, que el tipo sea la descripción material de la conducta prohibida (la materia de la prohibición) y que sea, con esta función, el tercer elemento del delito, junto a la antijuridicidad y la culpabilidad. Todo elemento que codetermina el contenido de lo injusto sería, más bien, elemento del tipo con indiferencia de si, o hasta que punto, el legislador haya descrito materialmente el contenido de la prohibición. La medida de la diferenciación, propia del Estado de Derecho, sería sólo un principio formal, que no puede ser decisivo para la significación material del tipo en la estructura del delito.

Concluye su explicación al sostener que la actitud de Gallas obedece también a la oposición al supuesto de carácter 'desvalorizado' del tipo en la estructura tripartita del delito. A la interpretación del tipo como materia de la prohibición, que aquí

[81] Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 415
[82] Derecho Penal Alemán Op Cit Pág. 64

sustentamos, le reprocha el mismo Gallas que representa un 'retroceso al tipo desvalorizado de Beling' que es un reproche infundado puesto que la diferenciación valorativa jurídica del tipo no puede ser expresada con más claridad que mediante su definición como materia de la prohibición. Si las palabras tienen un sentido objetivo, la 'materia de la prohibición' es cualquier cosa menos una categoría formal. La interpretación del tipo como materia de una prohibición jurídica supone, evidentemente, una caracterización material de la conducta típica y no sólo su relevancia jurídica (diferencia valorativa), sino incluso la referencia (el inicio) a la antijuridicidad (nada más, sin duda, y en ningún caso la indicación de que el tipo contenga la antijuridicidad, lo cual opina también Gallas). Pero el tipo no es sólo la materia *de la prohibición*, sino que, a la vez también, materia de prohibición. Existe también, como vimos anteriormente, tipos 'abiertos', que tienen que ser complementados por el juez de acuerdo con un determinado criterio; y este criterio rector tiene que permitir, al menos, reconocer objetivamente los caracteres complementarios del tipo.

7.- LA CULPABILIDAD EN LA TEORÍA FINALISTA

A diferencia de la antijuridicidad, caracterizada por la valoración objetiva y subjetiva de la conducta que transgrede los deberes normativos, que operan para todos los sujetos, independientemente de sus características personales, la culpabilidad en el plano de la teoría finalista comprende todos los presupuestos al tenor de los cuales una persona puede hacérsele responsable de su acción antijurídica, teniendo como centro medular para su valoración al sujeto individualmente considerado.

Es decir, después de haber analizado en la sistemática de la estructura, la naturaleza y caracteres del injusto, surge inmediatamente el problema de saber a quien se le debe responsabilizar de la acción antijurídica, al respecto sostiene Hans WELZEL[83] que, "Para esto hay que entender el concepto de autor en sentido amplio: comprende toda clase de participación dolosa (autor, instigador y cómplice) y al autor culposo. La responsabilidad por las acciones antijurídicas es la culpabilidad."

Por su parte, Hans HEINRICH JESCHECK[84] ha sostenido que "Culpabilidad significa entonces que deben valorarse negativamente los principios orientadores por los que el autor se ha dejado llevar en la formación de la voluntad, y que cabe por ello

[83] Derecho Penal Alemán Op. Cit Pág 166
[84] Tratado de Derecho Penal Parte General Op Cit. Pág 364

reprocharle personalmente el hecho, o dicho más brevemente: culpabilidad es reprochabilidad de la formación de voluntad."

En efecto, si bien la antijuridicidad es la disconformidad objetiva entre la acción y el ordenamiento jurídico, al grado de que la realización de la voluntad no es como lo esperaba objetivamente el orden normativo respecto de acciones en el ámbito social, "La culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad sustancial entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho. En este 'poder en lugar de ello' del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica."[85]

Con relación a la funcionalidad del concepto, otro autor afirma que "El concepto de culpabilidad se manifiesta, según el contexto en que se utilice, en el principio de culpabilidad, la culpabilidad en la fundamentación de la pena, y la culpabilidad en la medida de la pena."[86]

---

[85] Hans WELZEL Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 166

[86] Hans HEINRICH JESCHECK Tratado de Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 364 Con relación a estos principios en la misma parte de su obra el autor en cita expone que "El principio de culpabilidad sostiene que la pena criminal sólo puede basarse en que quepa reprochar al autor su hecho, y que asimismo la pena únicamente es admisible dentro de los límites de la culpabilidad La culpabilidad en la fundamentación de la

El estudio de la culpabilidad la teoría de la acción final lo desarrolla distinguiendo los fundamentos de la misma, en los que ubica a los antropológicos que comprende el principio de culpabilidad, la libertad de decisión del hombre y la problemática de la libertad de la voluntad, en la que aborda el dogma clásico del indeterminismo incondicional y la determinación de la actuación del sujeto, mencionando que para el juicio de reproche jurídico-penal de culpabilidad no se necesita una comprensión más profunda.

En efecto, el principio de culpabilidad es considerado como el principio rector de la justicia penal, en virtud de que la pena solo puede fundarse una vez que se constate que debe reprocharse al autor la formación de la voluntad conducente a la ejecución del hecho, así como que tampoco puede ser superior a la que el autor merezca en base a su propia culpabilidad.

En este sentido, Hans HEINRICH JESCHECK[87] sostiene que "El principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión del hombre, pues sólo cuando existe básicamente la capacidad de dejarse determinar por las normas jurídicas puede el autor ser hecho responsable de haber llegado al hecho antijurídico en lugar de dominar los impulsos criminales."

Lo anterior adquiere mayor claridad si partimos de la premisa de que la libertad de decisión del hombre es vital en el juicio

---

pena es el compendio de los presupuestos que fundamentan o excluyen la reprochabilidad del hecho atendiendo a la existencia de amenaza penal La culpabilidad en la medida de la pena es el resumen de las circunstancias de las que ha de responder el autor y que deben ser tenidas en cuenta para la medición penal (Cfr Op Cit. Pág 364)

[87] Tratado de Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 367

de culpabilidad, pues estimando que toda actividad del hombre se halla determinada por elementos objetivos externos sustraídos de la voluntad del sujeto, se tendría que reprochar al mismo todos aquellos puramente causales, lo que sería un absurdo, pues se le reprocharían sus propias enfermedades.

En consideración inversa, resulta que "si todas las acciones humanas, aunque no naturalísticamente, estuvieran psicológicamente fijadas de modo inevitable por las peculiaridades del carácter, la prevalencia de los motivos concurrentes y los estímulos del mundo exterior, la pena no podría ser concebida como juicio de desvalor ético-social, antes al contrario, debería recibir un significado neutral."[88]

Por otro lado, el principio de culpabilidad en que se sustenta la orientación del Derecho Penal, debe enfrentarse con el problema de la libertad de la voluntad, para su explicación, debe recordarse que "pocos defensores tuvo últimamente el dogma clásico del indeterminismo incondicional, a cuyo tenor el hombre podría seguir en cada momento tanto la voz de la conciencia como la de la tentación, y, según ello, el mérito y la culpabilidad se determinarían de acuerdo con su libre decisión."[89]

De lo anterior se desprende que la reprochabilidad requiere que al momento de realizar el hecho el autor sea capaz de

---

[88] Hans HEINRICH JESCHECK Tratado de Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 367
[89] Hans HEINRICH JESCHECK Tratado de Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 368

impedir la formación concreta de la voluntad para su ejecución, por lo que el principio de libertad es fundamental para el sustento del reproche, por ello, aun en la causalidad que no encuentra una aplicación absoluta en las ciencias naturales, resulta necesario aceptar un margen de libertad.

Por esta razón, sostiene Hans HEINRICH JESCHECK[90] que "en la antropología filosófica se sostiene, en parte, que en el área de la responsabilidad moral y jurídica rige una forma especial de determinación, a saber, la proveniente de una ley moral, por lo que, ciertamente, debe determinarse el hombre, pero frente a la cual conserva también su libertad. En este sentido, se acoge, junto a la forma mental de la causalidad referida a la naturaleza, otra forma mental de espontaneidad conectada a la psique, en la que precisamente encontraría expresión lo creativo, autónomo y espiritual de la personalidad humana."

Por otro lado, no debe olvidarse que una fuerte corriente de opinión, en esta materia, considera como indemostrable la fundamentación del reproche de culpabilidad en la libertad del hombre considerado como persona individual, estimando que sólo cabe un juicio de culpabilidad socialmente comparativo, es decir, en la medida en que se responda a la interrogante de si una persona cualquiera, con personalidad media, colocada en lugar del autor del hecho, habría estado en situación de actuar de un modo distinto al ejecutado por el autor de que se trate, por ello, sólo en la medida del

[90] Tratado de Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 368

comparativo social permite el sustento del reproche para estimar la culpabilidad.

Finalmente, una tercera opinión ha considerado que el apoyo de la culpabilidad no es en la formación de la voluntad que conduce a la ejecución del hecho delictivo concreto, sino en la disposición caracterológica del autor, pues se le reprocha que en el curso de su vida no haya adquirido aquella fuerza de voluntad y aquel sentido ético que hubieran sido necesarios y precisos para resistir los impulsos hacia el evento antijurídico.[91]

Por su parte Hans WELZEL[92] sostiene que "a través de la voluntad el autor hubiera podido dirigir de acuerdo a la norma su conducta, el objeto primario del reproche de culpabilidad es la voluntad y sólo a través de ella también toda la acción." Inmediatamente después, en su propia obra, sostiene el precitado autor que "Culpabilidad es reprochabilidad de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto culpabilidad de voluntad. Sólo aquello respecto de lo cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad."

De las diversas consideraciones vertidas por las tendencias expuestas con antelación, cabe llegar a afirmar que para fundamentar a la culpabilidad se debe tomar en cuenta que los procesos anímicos que están presentes en el nacimiento de la

---

[91] Cfr: Hans HEINRICH JESCHECK Tratado de Derecho Penal Parte General Op Cit Págs 368 y 369
[92] Hans WELZEL Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 167

voluntad no responden a reglas o leyes de la naturaleza, sino que responden a leyes de determinación propias.

Con relación a lo anterior y con mayor claridad, Hans HEINRICH[93] ha escrito que "La posibilidad de determinación de la actuación descansa en la capacidad del hombre para controlar los impulsos que inciden sobre él y dirigir sus decisiones conforme a sentido, valores y normas."

En la situación del control de impulsos que inciden sobre el hombre al dirigir sus decisiones, "queda sin respuesta la cuestión de si el autor hubiera podido disponer de la necesaria fortaleza de voluntad y de que manera ésta se hubiera impuesto en la relación anímica de fuerzas en el supuesto de haber sido aplicada. El desplazamiento del problema hacia la expectativa de acción en relación con otro, indica consecuentemente dos cosas: la primera es

[93] Tratado de Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 369 Explicando que "El hombre se distingue precisamente de todos los demás seres vivos en que su comportamiento puede ajustarse a una dación de sentido acordada por sí mismo... Sin embargo hay dos cuestiones desconocidas y que posiblemente siempre continuarán siendo inaccesibles a la investigación, puesto que la libertad, como parte del mundo trascendente, escapa a la constatación empírica. De un lado, se ignora si la conclusión a favor de la libertad del hombre como especie puede trasladarse a la libertad del individuo en la situación concreta de su hecho, pues no cabe reproducir plenamente en vía experimental, a causa de los continuos cambios que se realizan en el alma del hombre, las condiciones en las que se toma la decisión, ni siquiera aunque fuera posible analizarlas en su totalidad. De otra parte, ignoramos de qué forma consigue el hombre resistir los impulsos criminales que le acucian y atenerse a las exigencias de la ley moral. Con otras palabras, no resulta posible probar inequívocamente ni la existencia ni el modo de operar de una espontaneidad específicamente humana en el acto de decisión individual. Es asimismo posible que el hecho penal concreto sólo constituya la consecuencia de la relación de fuerzas entonces existente entra los estímulos anímicos, y que el autor, en esa situación única, le haya faltado sencillamente las fuerzas para determinarse según las normas del ordenamiento jurídico, lo que puede ser el caso, de manera especial, en los hechos pasionales, en los que el ímpetu de los motivos puede llegar originar un trastorno de la conciencia, tal como la psiquiatría ha señalado en numerosas ocasiones. Por eso, el reproche de culpabilidad contra la persona individual únicamente puede formularse así: el autor, en la situación en que se encontraba, hubiera podido actuar de otro modo, en el sentido de que, conforme a nuestra experiencia con casos semejantes, otro en su lugar hubiera podido proceder de otro modo, en esas circunstancias concretas, ejecutando la fuerza de voluntad que quizá le faltase al autor." (Cfr: Op. Cit. Pág 370)

que en la persona adulta sólo pueden excluir el reproche de culpabilidad aquellas circunstancias extraordinarias que concurren en la persona del autor o en la situación del hecho, y la segunda consiste en la presunción de que toda persona pudo conseguir la fuerza de voluntad precisa para vencer la tentación. Ninguno de los dos supuestos descansa en comprobaciones empíricas sobre el buen éxito de la socialización en el caso particular, sino que representan exigencias del ordenamiento jurídico al autor, al que aquel trata como ciudadano responsable y no como menor o enfermo....."[94]

Por otro lado, el reproche jurídico-penal de culpabilidad no necesita una comprensión más profunda, sostiene el autor en cita, fundando su afirmación en el sentido de que el Derecho Penal exige a los miembros de la sociedad que se dejen determinar por las normas de comportamiento que la sustentan, por lo que, el requerimiento puramente ético para la obediencia del Derecho no sería suficiente a fin de mantener el orden común, requiriéndose que cualquier persona pueda ser hecha responsable de su actuación mediante sanciones que tienen íntima conexión con la experiencia general de la autodeterminación sustentada en el principio de libertad reconocida por el sistema jurídico.

En este sentido, el multicitado autor considera, que "El pensamiento de la responsabilidad del autor adulto y mental y normalmente sano constituye una realidad indudable de nuestra conciencia social y moral. Todos partimos de la certeza de la libertad

[94] Hans HEINRICH Tratado de Derecho Penal Parte General. Op, Cit Pág 370

como presupuesto de la actuación propia y esperamos también una actuación libre por parte de los demás. Igualmente, se considera obvia la responsabilidad de cada persona de la comunidad frente a los otros."[95]

De todo lo anterior se puede afirmar que el actuar humano cuya libertad se presupone, resulta el sustento del principio de culpabilidad, pues el margen de posibilidades de que dispone el hombre en el momento de la decisión se encuentra, también reconocido, restringido por numerosos factores causales, de carácter externo, tales como la edad, el sexo, el origen, experiencias, enfermedades, temperamento, estado de ánimo, cansancio, excitación, idiosincrasia, paisajes y tiempo, sin embargo, al momento de valorar la conducta desarrollada por el sujeto y actualizar el principio de culpabilidad, resulta inimaginable una sentencia judicial que pudiera considerar exhaustivamente los factores que intervienen en la formación de voluntad del autor, resultando una imposibilidad de obtener una justicia absoluta, por lo que, es perfectamente conformable la existencia de una justicia relativa, en la que el principio de culpabilidad aparece, como el más adecuado pues todos los hombres entienden este criterio y llegan a aplicarlo por si mismos, inclusive, bajo este principio debe orientarse la política criminal, en la que, las penas previstas se consideren merecidas para que tengan efectos positivos tanto para el individuo que transgredió los deberes normativos como por la comunidad.

[95] Hans HEINRICH. Tratado de Derecho Penal Parte General Op, Cit. Pág 371

Independientemente de la importancia que representa el principio de libertad para sustentar a la culpabilidad, con igual importancia concurre en la teoría de la acción final, la necesidad de la conciencia como fuente del conocimiento del Derecho y del injusto penal.

En efecto, el sustento del principio de culpabilidad no solo presupone que el hombre pueda decidir libremente (principio de libertad), sino que debe hacerlo también en forma correcta (principio de conocimiento); por ello al lado y con la misma importancia del principio de libertad que encierra la capacidad de querer, se encuentra la capacidad para valorar la conducta, inclusive, esta última llega a ser considerada como primordial, pues a través de la valoración correcta las acciones humanas son determinadas y ajustadas al deber.

A este respecto, Hans HENRICH[96] sustenta que "La conciencia constituye el medio a través del cual se perciben los conceptos valorativos y se enjuician por adelantado las acciones propias. Racionalmente, resulta tan poco explicable como la libertad, pero, al igual que esta, se acepta como evidente por todo el mundo. La conciencia es una fuerza que se encuentra a priori en el hombre, se desarrolla ya desde la más tierna infancia, pasando por varias etapas, y conduce en la personalidad madura a aquel conocimiento natural del Derecho que capacita al hombre para evitar por lo general el injusto, sin necesidad de mayores reflexiones. Los juicios de la

[96] Tratado de Derecho Penal Parte General. Op, Cit Pág 372

conciencia son por lo común, como los de un juez insobornable, claros e incondicionales, y son admitidos sin reparos por la propia persona, aún cuando esta trate de disculpar su fracaso ante el mundo que la rodea."

Por ello, tratándose del ordenamiento jurídico, es precisamente la conciencia del Derecho la que capacita al hombre para distinguir entre Derecho e injusto, aunque es de reconocerse, que la vigencia dela norma jurídica no depende de su reconocimiento por la conciencia del ciudadano, pero la conciencia del Derecho constituye el órgano natural a través del cual el individuo hace suyos los mandatos y prohibiciones jurídicos, aunque el intelecto pueda intervenir también con la comprensión puramente racional de los mandatos jurídicos y, el pronunciamiento de la conciencia haya de completarse mediante las informaciones que proceda recabar del mismo, de lo anterior, el Derecho Penal exige a todos los destinatarios el esfuerzo de la conciencia sobre el Derecho y el injusto.

Un problema vinculado al ámbito de la conciencia, la teoría finalista, lo identifica con el error de conciencia en el que es necesario distinguirlo de la convicción del autor contraria al Derecho, es decir, la vigencia de las normas jurídicas no depende de la aprobación de cada uno de sus destinatarios, sino que responde al acto de afirmación del Derecho por la comunidad, sin embargo. A pesar del carácter vinculante del ordenamiento jurídico, el destinatario de la norma jurídica puede verse impedido por su conciencia hacia un comportamiento en contradicción por aquel, surgiendo, en este

supuesto, el problema del llamado delincuente por convicción, en el que no se encuentra justificada su conducta ni exculpado, tampoco le asiste error de prohibición, pues por convicción se niega a la obediencia a una orden normativa que conoce , aunque, la decisión en conciencia contra el Derecho puede ser tenida en cuenta para la medida de la pena, atendiendo al valor ético de los motivos determinantes.

En resumen, el juicio de culpabilidad está relacionado con la totalidad de los procesos que intervienen en la formación de la voluntad, presta atención a todas las fuerzas, tendencias y principios que concurren en aquella, el reproche de culpabilidad se dirige en primera línea contra el fracaso de la instancia de control, pues allí se ubica la decisión última sobre toda actuación positiva o negativa, también, el modo de funcionar la capa personal, constituye objeto del juicio de culpabilidad, porque desde ese lugar se conduce el comportamiento inconsciente. Por eso, el nacimiento de un error vencible de prohibición se debe con frecuencia a la falta de una llamada de atención por parte de la capa personal. En especial, el contenido de culpabilidad de la imprudencia inconsciente solo puede fundarse muchas veces en un fracaso de los mecanismos de cuidado que operan automáticamente. Asimismo, en los hechos pasionales, que se producen eludiendo el centro del yo mediante la descarga inmediata con marcada disminución de la conciencia, el reproche de culpabilidad colecta con el deficiente control de los impulsos anímicos profundos por las fuerzas de la capa personal en la fase previa de la tensión pasional. Los impulsos de la capa profunda responden a la

naturaleza del hombre y son, ciertamente, controlables, pero en su nacimiento no se hayan sometidos a la voluntad.[97]

Es decir, dicho en forma más concreta, el reproche de culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma y esto no es un sentido abstracto de que algún hombre en vez del autor, sino que concretamente de que este hombre habría podido en esta situación estructurar una voluntad de acuerdo a la norma, por lo que este reproche tiene dos premisas:

1. Que el autor es capaz, atendidas sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma, constituidos por los presupuestos existenciales de la reprochabilidad que es la imputabilidad.

2. Que él está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto, que son los presupuestos especiales de la reprochabilidad constituidos por la posibilidad de comprensión de lo injusto.

Es precisamente respecto de ambos problemas donde se plantea la discusión expresada en líneas precedentes, para determinar desde un plano teórico, la posibilidad de estructuración de una voluntad responsable y de acuerdo a la norma.[98]

---

[97] Cfr Hans HEINRICH Tratado de Derecho Penal Parte General Op, Cit Pág 375
[98] Cfr: Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán Op Cit. Pág 170

Uno de los problemas a los que se enfrentó también la corriente finalista respecto a la culpabilidad, es el relativo a la vinculación de la misma con el libre albedrío, que siendo el sustento de la culpabilidad en la corriente causalista, representó un tema de gran interés y que fue abordado por la tendencia finalista, sosteniendo que en la problemática del libre albedrío se pueden distinguir tres aspectos diferentes: uno antropológico, uno caracterológico y uno categorial.

En el aspecto antropológico,[99] se sostiene que durante mucho tiempo se sustentó la tesis de que el hombre era simplemente el último eslabón de la especie de los primates, su inteligencia sólo era algo más levada, más sutilmente diferenciada del instinto animal, de mismo que se le ubicaba profundamente en el mundo biológico; sin embargo, estas concepciones se han revelado como insostenibles, pues no sólo filósofos sino también zoólogos y especialistas en sicología animal han puesto de relieve que no es una mayor diferenciación de los instintos animales, sino precisamente al contrario, que el presupuesto de las obras libres del entendimiento lo constituye una gran involución de la conducta innata, es decir, que existe un gran deterioro de las conductas instintivas en comparación con los reguladores biológicos que dirigen la conducta de los animales.

[99] Cfr: Hans WELZEL Derecho Penal Alemán Op Cit Págs 171 y 172

Por esta razón, el hombre desde el plano antropológico, por su amplia libertad respecto de los instintos, es también un ser especialmente en peligro, pues la pérdida de aquellos estados de equilibrio en que se encuentran entre sí los impulsos individuales, los movimientos instintivos y los esquemas innatos, en cualquier otro animal, habría sido mortal para la subsistencia de la especie humana, si no hubiera sido compensada con una cierta capacidad que de acuerdo con su naturaleza es tan constitutiva, como el desajuste de las formas de conductas heredadas.

En contraste con el animal, el hombre se caracteriza por una amp0lia libertad respecto de las formas innatas e instintivas de conducta y por la capacidad y misión de descubrir y establecer por sí mismo la rectitud de la conducta por medio de actos inteligentes.

Por tanto, en el hombre, la libertad existencial y desvinculación de lo orgánico, corresponde como característica positiva del hombre la vinculación de sus espíritu a los criterios de la verdad, del sentido y del valor, de acuerdo a los cuales tiene que dirigir por sí mismo su conducta mediante actos responsables, siendo por ello, un ser erigido en su propia responsabilidad.

En base a sus características personales antropológicas, sólo el hombre tiene el privilegio, como persona, entre todos los seres vivientes de atentar por medio de su voluntad contra el círculo de la necesidad, que es indestructible para los simples seres

naturales y de dar comienzo en sí mismo a una serie totalmente nueva de fenómenos.

En el aspecto caracterológico[100] del libre albedrío, la desintegración de las formas innatas de conducta y la estructuración de un yo como centro responsable, ha hecho que la estructura anímica del hombre tanga una pluralidad de estratos, como son:

Un estrato profundo que comprende los impulsos vitales de la conservación de la especie y de la autoconservación provenientes del círculo de los instintos, las pasiones, los deseos, además las aspiraciones anímicas más elevadas, inclinaciones, intereses, que afectan al yo, pues lo envuelven, lo arrastran y tratan de impulsar a una acción determinada, de modo que aparece como una víctima pasiva de los impulsos. Pero además, sobre estos impulsos del estrato profundo, se eleva la mismidad como centro regulador de los impulsos, que los dirige conforme a sentido y valor: los actos del pensamiento, que se apoya sobre fundamentos lógico-objetivos, y los de la voluntad, que se orienta de acuerdo a sentido y valor.

Además, los impulsos mismos pueden ser dirigidos también y precisamente de acuerdo a su contenido de sentido y valor para una tarea de la vida más allá del momento presente, para un sentido de la vida obligatorio y trascendente. El objeto de esta dirección final no es el proceso causal exterior, en todo caso no

[100] Cfr: Hans WELZEL Derecho Penal Alemán Op Cit Págs 172 y 173

inmediatamente, sino los impulsos que compelen a su realización (dirección de los impulsos). El criterio orientador de esta dirección no es la aptitud del medio para el logro del fin, sino el contenido de sentido supraindividual al que la persona se ve sometida y vinculada en la conducción de su vida, que en el ámbito del Derecho son las normas del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, no debemos dejar de anotar que diversos estudios han señalado que los impulsos tienen un doble carácter: a) Tienen una determinada intensidad de impulso o compulsión y, b) Tienen un determinado contenido de sentido.

Ambos aspectos pueden no coincidir: la intensidad de compulsión puede ser muy alta y el contenido de sentido pequeño, y viceversa.

Ahora bien, mientras los impulsos transcurren como vivencias de carácter pasional, es decir, exclusivamente en el estrato profundo, decide en caso de contradicción entre ellos únicamente la intensidad de compulsión, esto es, el más fuerte vence y somete a los demás (la llamada lucha de los instintos). Por tanto, la decisión de acción es entonces exclusivamente el resultado del impulso que logró el predominio. En cambio, tan pronto como se introducen los actos de dirección, conforme a sentido, del centro del yo (del pensamiento y del querer dirigido por el sentido), no se experimentan ya los impulsos sólo en su compulsión pasional, sino que son comprendidos en su contenido de sentido y en su significación valorativa para una

conducción de vida justa; de acuerdo a este contenido de sentido se convierten los impulsos en motivos, en cuanto la decisión de voluntad se apoya en ellos como en sus fundamentos objetivos (lógicos o valorativos)

En este proceso se deja pasar el impulso valioso y, por el contrario, se hace desaparecer el contenido de compulsión no valioso. También en este proceso son los impulsos del estrato profundo el presupuesto material para los actos de dirección conforme a sentido. Todos los fines de contenido provienen, tanto para bien como para mal, del estado profundo, son los fines de los instintos, de las aspiraciones, de los intereses.

Por tanto, sólo aquello a lo que nos incita y arrastra un instinto, una aspiración, un interés, puede convertirse en fin de una decisión de voluntad, sea que se adopte de modo instintivo o conforme a sentido; pero la significación insustituible de la función de dirección de la voluntad, orientada por el sentido, reside en que abre la puerta a una nueva orientación de la vida humana de acuerdo a la rectitud, el sentido y el valor, y con eso hace posible la regulación de sus impulsos por parte del hombre, lo que le está confiado de modo responsable después de la reducción de los instintos biológicos.

Por último, en el aspecto categorial del libre albedrío, sostiene Hans WELZEL[101], se aborda ya el problema de la manera o el modo en que se presenta el libre albedrío, o sea, el "como" del libre

[101] Cfr: Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán Op Cit. Págs 174 y 175

albedrío según lo indica el autor en cita, es decir, desarrolla las respuestas a la interrogante que se plantea y sobre la que se encierra toda su esencia: "¿Cómo le es posible al hombre el poder de configuración de la coacción causal a través de una dirección orientada por el sentido, en virtud de la cual puede únicamente hacérsele responsable de haber adoptado la decisión falsa en vez de la correcta? "

La respuesta no puede ser hallada por la vía del indeterminismo tradicional, pues éste destruye precisamente al sujeto responsable: si nada determinara el acto de voluntad del hombre, entonces el acto de voluntad posterior no podría guardar ninguna relación con el anterior, ni de modo inmediato, ni a través de un sujeto idéntico, porque de otra manera estaría ya determinado por algo, por lo tanto, en aplicación estricta del determinismo, el estado posterior del sujeto no debe tener, por consiguiente, nada que ver con el anterior, del que surgió la decisión.

Con esa afirmación el determinismo destruye precisamente al sujeto idéntico, al que podría hacérsele responsable de sus hechos, ya que el autor de ellos, posterior, no tendrá ninguna relación con el anterior, con esta tesis el determinismo convierte los actos de voluntad en una serie absolutamente inconexa de impulsos aislados en el tiempo.

Como es de advertirse con esta afirmación, el error del indeterminismo tradicional consiste en la creencia de que existiría

sólo una única forma de determinación, como es la causalidad, es decir, el llamado monismo causal; sin embargo, en el monismo causal no es posible hacer el reproche de que el hombre haya adoptado la decisión falsa en vez de la correcta, ya que toda decisión, independientemente de si es falsa o correcta, está prefijada de modo necesario desde el principio.

Por esta razón, ya en el ámbito del acontecer externo de la acción se ha conocido una configuración del nexo causal por el de carácter final, ahora se tiene que inquirir por la posibilidad de dirección, conforme a sentido, de los impulsos anímicos del hombre; no se trata ahora de la libertad de la acción, sino del libre albedrío, ya que esta situación problemática aparece especialmente clara en la estructura de los actos de conocimiento.

Esta forma de determinación rige de modo general para los actos del conocimiento: la comprensión de la estructura interna de un objeto no es el resultado de conexiones asociativas anteriores o de otros factores causales, sino que se determina ella misma de un modo vidente, según el objeto que se tiene en vista. Los momentos del objeto y sus relaciones objetivas son los fundamentos inteligibles sobre los que el acto del pensamiento apoya sus diversos pasos. No son causas ciegas, como en la conexiones asociativas, las que determinan las instancias del pensamiento, sino que se determina a sí mismo según el contenido lógico-objetivo del estado de cosas que está frente a él. La forma de ejecución de los actos del pensamiento revela, por eso, con la máxima claridad, la forma fundamental de la

realización de los actos finales; mientras que en la causalidad el efecto es la resultante ciega de los componentes causales existentes en aquel momento, en la finalidad el fin determina los pasos que a él conducen ; pero no es que él a su vez arrastre ciegamente hacia sí las etapas del acto, sino en cuanto contiene los fundamentos inteligibles, apoyado en los cuales el pensamiento se abre paso pos sí mismo hacia él.

Con lo anterior, debe recalcarse que la ejecución del pensamiento no es completamente independiente de causas, pues el mismo también se basa en una infraestructura causal, sin embargo, la misma, son presupuestos para la existencia de actos del pensamiento, pero no de la forma de sus ejecución, por tanto, el modo como trascurre el pensamiento no se determina por causas ciegas, sino por fundamentos inteligibles.

Esta misma situación ocurre con relación a los impulsos del pensamiento, que no pueden estar determinados únicamente por causas exteriores. En efecto, como todo acto de voluntad, el querer conocer presupone como condición material un impulso del estrato profundo, como es el interés en el conocimiento, pero su relación con los demás, impulsos inhibitorios por ejemplo, no se determina en el proceso de conocimiento según el simple grado de intensidad de compulsión, sino según su contenido de sentido como tarea objetiva: el conocimiento es posible sólo si se puede asumir responsablemente como realización de una tarea planteada al sujeto y comprendida conforme a sentido, lo cual debe entenderse en el

sentido de que si el conocimiento ha de ser posible, el sujeto cognoscente no puede ser simplemente sujeto de sus impulsos, sino tiene que tener la capacidad de comprender el impulso del conocimiento como tarea plena de sentido, que tiene que ser sostenida frente a impulsos contrarios, es decir, de asumir la responsabilidad por el acto de conocimiento.

En consecuencia, en la corriente finalista que sostiene Hans WELZEL se afirma que el libre albedrío es la capacidad para poderse determinar conforme a sentido. Es la libertad respecto de la coacción causal, ciega e indiferente al sentido, para la autodeterminación conforme a sentido. No es –como cree el indeterminismo- la libertad de poder actuar de otra manera (luego, también mal o de modo contrario al sentido), sino la libertad para actuar conforme a sentido. La libertad no es, por eso, la posibilidad de poder elegir arbitrariamente entre el sentido y el contrasentido, entre valor y desvalor; la admisión de una libertad de elección semejante, carente de fundamento, nos llevaría nuevamente por la errónea senda del indeterminismo y destruiría al sujeto de la responsabilidad.

Lo contrario al valor llega a determinar al hombre, sin embargo aún no ha intervenido el acto de libertad, pues lo hace en forma de compulsión, es decir, la voluntad mala es dependencia causal de impulsos contrarios al valor y en tal medida es una voluntad no libre. Debiendo destacar que la libertad no es un estado, sino un acto, pues es el acto de liberación de la coacción causal de los impulsos para la autodeterminación conforme a sentido. Es en la falta

de este acto donde se fundamenta el fenómeno de la culpabilidad, por tanto, sostiene Hans WELZEL[102], "la culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello. No es la decisión conforme a sentido a favor de lo malo, sino el quedar sujeto y dependiente, el dejarse arrastrar por los impulsos contrarios al valor."

En otra parte de su obra sostiene que "La culpabilidad no significa decisión libre a favor del mal, sino dependencia de la coacción causal de lo impulsos, por parte de un sujeto que es capaz de autodeterminarse conforme a sentido. El delito es, por ello, efectivamente por entero, el producto de factores causales y, por eso, la suposición o incluso la indicación de un porcentaje de la medida en que también la voluntad libre del autor junto a la disposición y medio ambiente ha participado en la génesis del delito."[103]

Por otro lado, como tema de gran interés, también relacionado con la culpabilidad, en la teoría finalista se analizó la relación que guarda este elemento del delito con la personalidad del sujeto activo, llegando a conclusiones de una especial importancia en cuanto a la identificación del punto neurálgico de este elemento del delito.

---

[102] Derecho Penal Alemán Op. Cit. Pág. 177 Con esto se llega al límite máximo en el análisis de los problemas de la libertad La pregunta de cómo el hombre está en situación de liberarse de la compulsión causal para la autodeterminación conforme a sentido y asumir ésta como una tarea plena de sentido, no puede ser contestada, tal como no puede responderse la pregunta de cómo consigue la causa producir el efecto.

[103] Hans WELZEL Derecho Penal Alemán Op. Cit. Pág. 177

La culpabilidad, sostiene Hans WELZEL[104], como la falta de autodeterminación conforma a sentido puede ser un fracaso único del centro del yo responsable de la persona, pero puede también fundamentarse en un estrato permanente de la personalidad. La explicación a esta afirmación devienen de que los impulsos del estrato profundo quedan sometidos al centro del yo (a la función del yo o control del yo) como órgano de control y regulación, el que dirige aquellos impulsos según el orden dado de valores de la existencia, sin embargo, una vida humana conforme a sentido sería imposible si la personalidad se enfrentara a las excitaciones del estrato profundo solamente con este centro del yo puntiforme; el centro del yo puede estar en actividad sólo para unas pocas tareas actualmente decisivas, todas las demás han de quedar ya decididas en el semiinconsciente o en el inconsciente; esta decisión previa pertenece a la función del estrato de la personalidad, situado entre el estado profundo y el centro del yo.

Lo anterior responde a que el hombre se desarrolla en forma progresiva en la vida social, por medio de la educación y la propia experiencia que va adquiriendo al paso del tiempo, mediante loa percepción tanto pasiva como activa, logrando construir en sí mismo esta estructura inconsciente de la actitud; por ello, las decisiones fundamentales de la conducta social que ahí ha penetrado, la dirección de los intereses y aversiones más importantes, la educación o represión de pasiones, el estar en tensa preparación para

---

[103] Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 178

cumplir tareas y evitar peligros, dirigen ya en gran medida la conducta de la persona en el inconsciente.

De lo anterior se desprende que la culpabilidad puede, por ello, tener su raíz ya en la construcción deficiente o errónea de este estrato de la personalidad, como fundamento determinante de la acción antijurídica individual, tales son los casos del delincuente por tendencia, que ha incorporado en sí en forma insuficiente las normas de conducta social o las ha perdido, o el delincuente pasional, que ha dejado crecer en forma desmesurada en sí la pasión o no ha desarrollado las fuerzas inhibitorias, o el imprudente o negligente, que ha cultivado en forma insuficiente el estar tenso ante los peligros de carácter inconsciente. En todos estos caos la culpabilidad del hecho individual tiene su raíz en la estructura defectuosa del estrato de la personalidad, en un defecto reprochable del carácter, denominado culpabilidad de autor.

Esta explicación impacta en forma determinante en el tema relativo a la culpabilidad de la culpa inconsciente, que se desarrolló bajo las dos teorías conocidas, como son: Por un lado la teoría de la voluntad, en la que se retrotrae la culpa inconsciente a un acto concreto de lesión consciente del deber, en la mayor parte de las veces a un instante anterior a la acción que provoca la lesión; por otro lado, la teoría del sentimiento, en la culpabilidad de la culpa inconsciente, ve la razón del no pensar en ello, en un defecto de sentimiento o interés respecto del bien jurídico o respecto de evitar una lesión del bien jurídico.

Por otro lado, una vez establecida la fuente de la culpabilidad, su origen y los mecanismos que derivan en su integración, es necesario entrar al estudio particular de su contenido, es decir, los elementos que la conforman.

En principio, debe ser abordado el problema de la determinación de la capacidad de culpabilidad, es decir, la imputabilidad. La determinación de este primer elemento, representa varios problemas que deben ser analizados enfocando las consideraciones generales que se han desarrollado al respecto.

En principio, con la explicación dada en el sentido de que el hombre como ser determinado a la propia responsabilidad, es capaz de autodeterminarse conforme al sentido, con ello, se da una determinación general de la naturaleza del hombre y de su libertad, sin embargo, no se ha comprobado que el hombre individualmente considerado posea realmente y en la situación concreta, la capacidad de autodeterminación conforme al sentido, pues una afirmación de esta naturaleza indiscutiblemente se refiere a una situación de la realidad individual.

Es precisamente esta experiencia empírica, la que plantea dificultades especiales, pues el objeto que aquí se trata y que consiste en la capacidad de culpabilidad concreta, no es un objeto susceptible de percepción, sobre todo de la percepción ajena y hasta la propia conciencia de ser culpables no es un criterio para la

existencia de la capacidad de culpabilidad; por tanto, la capacidad de culpabilidad concreta de un hombre no es en absoluto objeto de conocimiento teorético, por eso es que con razón los psiquiatras conscientes de su responsabilidad rechazan el responder en forma científica este problema.

Lo anterior es entendible si se parte de la idea de que todo conocimiento científico encuentra su límite precisamente en el ámbito subjetivo del individuo, puesto que no puede convertir en objeto algo que por principio no es susceptible de objetivación, esto es, la subjetividad del sujeto. Por ello, el juicio de que un hombre determinado en una situación concreta es culpable, no es, por lo mismo, un acto teorético, sino existencial, por eso, este juicio es más fácil de formular desde el aspecto negativo que del positivo: se excluye a todos aquellos hombres que aún no son o bien no son más capaces de la misma autodeterminación, éstos son los que por su juventud o anormalidad no son capaces de culpabilidad.

Con la afirmación anterior, surge en la doctrina la *necesidad de referirse a los grados de culpabilidad, distinguiéndose al* incapaz de culpabilidad como es el niño hasta los catorce años, a causa de inmadurez mental y social, presumida por la ley; también esta la capacidad eventual de culpabilidad, que tiene el joven de catorce años cumplidos hasta los dieciocho cumplidos, pues su capacidad de culpabilidad depende de su grado de madurez y ha de constatarse frente a cada caso particular; por otro lado, se encuentra el capaz eventual de culpabilidad, que es el sordomudo, que a causa

de su dolencia puede tener retardo mental; y, finalmente, como premisa inicial, son plenamente capaces de culpabilidad las personas mayores de dieciocho años, respecto a ellas, la capacidad de culpabilidad sólo será comprobada cuando surjan dudas.[105]

De todo lo anterior se deduce que la capacidad de culpabilidad entraña la capacidad de reconocer el injusto y de obrar en consecuencia que presupone la integridad de las fuerzas mentales superiores de una persona, que son las únicas que posibilitan la existencia de una personalidad responsable.

Con relación a la capacidad de comprensión del injusto, como elemento de la reprochabilidad, se ha sostenido que la culpabilidad es la reprochabilidad del hecho antijurídico singular, o de la parte de conducción de vida antijurídica, pues lo que se le reprochará es la estructuración antijurídica de la voluntad respecto al hecho individual, o de la parte de conducción de vida. Es decir, que el presupuesto existencial de la reprochabilidad es la posibilidad de autodeterminación libre del autor, esto es, conforme a sentido, que se concreta a través de su capacidad de culpabilidad o imputabilidad; pero, la reprochabilidad presupone además de que el autor capaz de culpabilidad respecto del hecho concreto habría podido estructurar en lugar de la voluntad antijurídica de acción una conforme a derecho.

Estas premisas están estrechamente vinculadas con la existencia e integración del dolo, pues el dolo exige una conciencia

[105] Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán Op Cit Págs 183 y 184

efectiva, percepción o representación, actual de las características del tipo en el momento del hecho, pero ésta la tiene el autor sólo rara vez respecto a la antijuridicidad; por ello, la teoría del dolo tendría que conformarse más bien con un conocimiento de lo injusto en el sentido de un saber inactual, pero actualizable, más ha de tener en cuenta que tal forma de conciencia no basta para el dolo de hecho (tipo). Por ello, dolo y conocimiento de lo injusto exigen sicológicamente dos clases diferentes de conciencia: aquella exige necesariamente la representación o percepción actual al tiempo del hecho, ésta se conforma con un saber inactual.[106]

Sin embargo, la teoría del dolo no advierte que el dolo es el objeto del reproche de culpabilidad y que por eso pertenece a la acción y al tipo, mientras que la conciencia de la antijuridicidad sólo es una parte integrante de la reprochabilidad. La conciencia de la antijuridicidad no es algo que le sea reprochado al autor, sino la razón por la cual al autor le será reprochado el dolo antijurídico. Al autor se le reprochará su decisión de acción antijurídica, porque podía reconocer su antijuridicidad y, por consiguiente, porque podía omitirla. De esto se deduce que el conocimiento de lo injusto no es un elemento del dolo, sino únicamente de la reprochabilidad. Al autor se le ha de reprochar el dolo antijurídico en la medida que podía actualizar la conciencia de la antijuridicidad y convertirla en un contramotivo determinante del sentido.

[106] Cfr Hans WELZEL Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 190 Los vacíos evidentes de la teoría del dolo llevaron a sus partidarios a ampliarla: a) - A través de la no consideración de la conducta de ceguera jurídica; b) - Mediante la creación de un tipo auxiliar de la culpa jurídica; y C) - A través de la ampliación del concepto de conciencia (Cfr Op Cit pág 191)

Lo anterior se colige si se toma en cuenta que la teoría del dolo desconoce, además, que el hombre es portador de la responsabilidad por la rectitud de su decisión, según la medida de su capacidad de conocimiento ético-social. Por eso, no sólo se ha de reprochar su estructuración antijurídica de la voluntad cuando conocía su antijuridicidad, sino también cuando podía conocerla.

Por lo tanto, el concepto de culpabilidad de la teoría de la culpabilidad, descansa sobre el principio de la responsabilidad, según el cual toda persona es portadora de la responsabilidad por la conformidad al derecho de sus decisiones, dentro de los límites de su capacidad de comprensión ético-social. En cambio, el concepto de culpabilidad de la teoría del dolo, se basa, por el contrario, sobre el principio del conocimiento, según el cual, el contenido antijurídico de la decisión sólo le puede ser reprochado a la persona cuando conocía la antijuridicidad.; sólo en los pocos casos en los que el derecho penal también impone pena a la comisión culposa del hecho, la teoría del dolo pretende hacer responder al autor que actúa con desconocimiento culpable de la antijuridicidad por comisión culposa del hecho.

A fin de destacar aún más las inconsistencias de la teoría del dolo, ésta pasa por alto la diferencia profunda, en cuanto a sus principios, entre una acción dolosa cometida por error de prohibición culpable y una perpetración culposa de un hecho. En la comisión culposa de un hecho, el contenido de la voluntad es irrelevante referida al hecho, es más, en la mayoría de los casos ese

contenido de voluntad no es desaprobado por el derecho o hasta dirigirse a resultado deseables, sin embargo su ejecución es defectuosa, porque lesiona el cuidado requerido en el ámbito de la relación, pues el autor debió haber considerado, independientemente de su voluntad de realización, otras consecuencias no deseables y dirigido de acuerdo a ello su conducta.

En cambio, el reproche por error de prohibición culpable, al contrario, se refiere al contenido de decisión, que se dirigió a algo prohibido jurídicamente y es el reproche a una decisión antijurídica-culpable, pues el cuidado puede realizar, por principio esta valoración ético-social y que cuando , a pesar de ello, efectúa la acción dolosa, porque estima que se presenta una situación excepcional justificante es porque debió asegurarse de que existe realmente.

En consecuencia, es totalmente diferente el problema de valoración ético-social en los delitos culposos, pues la decisión del autor no está aquí dirigida a la realización e la lesión o puesta en peligro típica de un bien jurídico, sino a un resultado, por regla general, irrelevante desde un punto de vista jurídico y hasta deseado socialmente. Por ello, el orden jurídico sólo puede obligar al actor a prestar atención a los peligros posibles durante la ejecución de su decisión; pero como la vida encierra peligros incalculables, el orden jurídico tiene que tolerar gran parte de estos peligros y sólo puede obligar a un cuidado especial respecto de peligros para algunos

bienes jurídicos significativos; por esta razón, el derecho castiga la comisión culposa sólo en unos pocos delitos.

Como resumen de toda la teoría de la culpabilidad se puede afirmar que el objeto del reproche de culpabilidad es la voluntad de acción antijurídica; éste le es reprochada al autor en la medida en que podía tener conciencia de la antijuridicidad de la acción y ella podía convertirse en contramotivo determinante del sentido. Al autor le resulta más fácil la posibilidad de autodeterminación conforme a sentido cuando conoce positivamente la antijuridicidad, indiferente de si esta conciencia es actual al momento de comisión del hecho o pueda actualizarse de inmediato. Por eso, en este caso, el reproche de culpabilidad reviste el máximo de gravedad: más difícil le resulta al autor cuando no conoce la antijuridicidad, pero podía conocerla con un poco más de cuidado. Si hubiera podido conocer lo injusto de su hecho a través de un mayor esfuerzo de conciencia, consultas y otras formas semejantes, le debe se reprochado, aunque en medida menor en relación al primer caso. El error de prohibición evitable atenúa la reprochabilidad y, por consiguiente, la pena en la medida de su evitabilidad.

Por otro lado, mientras que en la lesión no dolosa de un bien jurídico el marco penal de los delitos culposos permite inmediatamente una atenuación adecuada a la menor medida de reprochabilidad, en los delitos dolosos para el desconocimiento evitable de la prohibición hay que deducir una cláusula general de atenuación, dado que el entorpecimiento de la capacidad general de

actuar conforme a derecho atenúa la reprochabilidad y la pena, esto tiene que regir cuando a consecuencia de un desconocimiento evitable de la prohibición fue dificultada la posibilidad concreta de actuar conforme a derecho. Si el desconocimiento de la prohibición era inevitable, quedan totalmente excluidas la reprochabilidad y la pena.[107]

En inexacta la afirmación de que en la teoría de la culpabilidad, como concepción unitaria, no conoce diferentes grados materiales de culpabilidad: la teoría de la culpabilidad, define a la misma de un modo unitario, como reprochabilidad, no como evitabilidad del resultado, dentro de la culpabilidad se diferencia si se refiere a una realización dolosa o no dolosa del tipo, pues el hecho de que en el finalismo se haga la distinción entre dolo y falta del mimos al tipo penal, atribuyendo relevancia para lo injusto, no significa que haya nivelación para la culpabilidad, sino sólo significa que lo profundiza más en la precisión.

Por otro lado, en el ámbito de la culpa, no es razonable la afirmación de que opera con dolo y culpa en la conformación del tipo penal; pues el contenido del dolo lo define con toda precisión y sólo un error sobre una circunstancia del hecho lleva a la culpa, la falta de conciencia de la antijuridicidad no afecta al dolo de tipo y no da lugar tampoco a la culpa.

[107] Cfr Hans WELZEL Derecho Penal Alemán Op. Cit Págs. 194 y 195

De acuerdo con lo expuesto, es necesario diferenciar entre error de tipo que excluye el dolo y error de prohibición que excluye la culpabilidad. El error de tipo recae sobre una circunstancia objetiva del hecho del tipo legal, es decir, excluye el dolo de la realización típica (dolo de tipo). En tanto que el error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo, por tanto, con pleno dolo de tipo, en este caso, el autor sabe lo que está ejecutando, pero supone erróneamente que está permitido, ya sea porque no conoce la norma jurídica o no la conoce bien por una inadecuada interpretación, o supone erróneamente que concurre una causa de justificación.

8.- EL CASO FORTUITO EN LA TEORÍA FINALISTA Y SU TRATAMIENTO.

En la teoría de la acción final, el tratamiento del caso fortuito no tiene un capítulo especial en el que los diversos tratadistas le dediquen un estudio particular, sino que, los lineamientos que se desarrollaron entorno a este tema, se desprenden de las diversas concepciones que se abordaron respecto a la previsión de resultados dañosos, aunque también se vislumbra una estrecha relación con el error de prohibición y el error de tipo, pero guardando especiales diferencias como se verá inmediatamente.

Retomando las ideas del pionero de la teoría de la acción final, Hans WELZEL, sostiene que el error de tipo excluye al dolo y el error de prohibición excluye a la culpabilidad.

El error de tipo es la falsa apreciación que tiene el sujeto y que recae sobre una circunstancia objetiva del hecho del tipo penal, excluyendo de esta manera, el dolo de realización típica; por lo tanto, el autor puede ser castigado por hecho culposo, cuando éste está sancionado con pena; en cambio, el error de prohibición, es la falsa apreciación que recae sobre la antijuridicidad del hecho, aún cuando haya pleno conocimiento de la realización del tipo, por tanto, subsiste el dolo del tipo.

La distinción entre el error de tipo y el error de prohibición provoca muchas dificultades, cuya explicación y origen

data desde el derecho romano, en el que se llegó a confundir el error de hecho y el error de derecho.

Pero se insiste, el error de tipo es el desconocimiento de una circunstancia objetiva del hecho perteneciente al tipo legal, sea de carácter fáctico (descriptivo) o normativo. No debiendo confundirse con la expresión error sobre la situación de hecho que no es acertada y, también, es equívoca la expresión error de hecho; la diferencia de ambas clases de error no se refiere a la oposición situación de hecho-concepto jurídico, sino a la distinción tipo-antijuridicidad.

Por lo que hace a la expresión, error de prohibición, da origen a ciertas confusiones, en el sentido de que se trataría sólo del error sobre la prohibición, esto es, sobre las reglas del actuar; sin embargo, el contenido de este concepto, es todavía más profundo, pues el error de prohibición es, más bien, la designación abreviada del error sobre la antijuridicidad del hecho real, es decir, que este error de prohibición, impide que el autor advierta que su acción típica lesiona el orden jurídico.

Sin embargo, hasta lo aquí anotado, no se deja entrever con claridad, si el caso fortuito entendido en su semántica filosófica, puede ser considerado como una hipótesis de error de prohibición, pues partiendo de su naturaleza que involucra su propia existencia, tiene lugar cuando se produce un daño no previsto por ser imprevisible; no se logra vislumbrar en la teoría de la acción final, si

debe ser considerado como hipótesis de alguno de estos dos tipos de error, de los que profundamente se dedica un particular estudio en la acción final.

Por este motivo, en el análisis que formula el finalismo respecto a las características que reviste el problema de la reprochabilidad culposa, es en donde con cierta claridad deja entrever un cierto tratamiento que se le puede atribuir al coso fortuito, expondremos las ideas principales del pionero de la acción final, que nos permiten sostener esta afirmación.

Con relación a la reprochabilidad de los delitos culposos, Hans WELZEL[108], sostiene que surge de la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, es decir, la posibilidad individual de conocimiento de la contravención de cuidado de la acción del sujeto. Como se advierte, el aspecto medular de esta reprochabilidad es conocimiento que debe poseer el sujeto, sin el cual, la reprochabilidad no pude materializarse.

Esto es así, pues el autor en cita reconoce en la explicación que proporciona inmediatamente después que, la

---

[108] Cfr Derecho Penal Alemán Op Cit Pág. 207. "En los delitos culposos rigen los mismos principios de la reprochabilidad que ya se han expuesto: dado que la antijuridicidad de los delitos culposos surge de la lesión del cuidado objetivo en la ejecución de la acción del autor, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad significa posibilidad individual de conocimiento de la contravención del cuidado de la acción del autor. Y ya que la contravención del cuidado está referida siempre a la posibilidad de una lesión del bien jurídico, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad comprende también la posibilidad de conocimiento individual de la contravención del cuidado de la acción del autor en relación a una posible lesión del bien jurídico "

previsibilidad objetiva del resultado es un momento del injusto de la acción descuidada, la previsibilidad individual, es una característica constitutiva para la reprochabilidad de aquella lesión objetiva del cuidado.

Lo anterior se entiende porque el derecho manda, de modo general, respecto de las acciones en el ámbito social, la observancia del cuidado objetivo y declara antijurídica la lesión de este cuidado. Pero esta lesión objetiva del cuidado sólo puede ser reprochable a título de culpabilidad cuando el autor individual podía prever el resultado según la medida de su capacidad de conocimiento; por eso es decisivo el estado de formación intelectual que posee el autor individualmente o que debía poseer según su posición social.

Con mucho mayor claridad, en particular los argumentos vertidos y que pudieren sustentar un criterio definido respecto al tratamiento que le da el finalismo al caso fortuito, expone el autor en cita que "Tampoco la previsibilidad individual se refiere aquí al mero resultado, sino que debe abarcar el proceso causal en sus rasgos esenciales. Siempre debe tenerse presente el curso causal concreto: es decisivo si la verdadera causa no había sido considerada. Si el autor individual sólo podía prever una parte del resultado –en sí previsible en general- únicamente se le puede reprochar la causación de ese resultado parcial."[109]

---

[109] Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán Op Cit Pág 207

Por lo que bajo un razonamiento lógico desprendido de las ideas expuestas, se puede arribar que, si por un lado, resulta necesario para la reprochabilidad de las acciones culposas, la previsibilidad del resultado antijurídico y, el caso fortuito tiene como esencia, precisamente, la falta de previsibilidad del resultado por resultar el mismo imprevisible de acuerdo a las circunstancias personales del sujeto, entonces podemos afirmar, en consecuencia, que en la teoría de la acción final, la falta de previsibilidad de resultados dañosos por resultar imprevisibles provoca la falta de reprochabilidad de la acción, en consecuencia, no se integra la culpabilidad del sujeto, siendo además, que esta previsibilidad abarca el propio procedimiento causal, según lo expone el creador del sistema.

9.- ERRORES DE LA TEORÍA FINALISTA QUE ORIGINARON SU DECADENCIA EN ALEMANIA

Bajo este rubro vamos a incluir los diversos argumentos que se han desarrollado y que consideramos fue el paso para estimar que la doctrina de la acción final, fue abandonada en Alemania, es decir, el conjunto de desaciertos que culminó en su desuso, dando cabida a otras corrientes del pensamiento en el derecho penal.

Uno de los más grandes errores que se atribuyen al finalismo fue el reconocimiento de que toda conducta humana es final, pues acarreó entre otras importantes consecuencias el desplazamiento del dolo desde el ámbito de la culpabilidad al de la tipicidad, sin embargo, frente al buen funcionamiento del sistema en relación a los delitos dolosos, pronto se enfrentaron problemas en el ámbito del delito culposo, pues siendo su principal característica la producción de un resultado no querido, el ingrediente de la intencionalidad de la conducta no prestaba ninguna utilidad dentro del ámbito de la tipicidad. Inicialmente se propuso reconocer que en el delito culposo existe una finalidad, sólo que siendo ella jurídicamente irrelevante conduce a la producción de un resultado penalmente relevante; contra esta solución se dijo, con razón, que suponía el expreso reconocimiento de fallas del finalismo y su abandono.

Lo anterior, a pesar de que Hans WELZEL, por su parte, intentó dos soluciones diversas al problema, la primera de las

cuales consistió en hacer referencia a una finalidad potencial del actor, se afirmaría entonces que, si bien quien comete un delito culposo no tiene la voluntariedad de causar el nocivo resultado, su conducta le debe ser penalmente reprochable en cuanto podía y debía haberse comportado el forma diversa para evitar el daño, pese a que esa finalidad potencial debería estar referida a la posibilidad concreta de actuación del autor, era forzoso reconocer que ella conducía en los delitos culposos a admitir que el resultado es producto de la causalidad ciega que el propio finalismo combatía y que, además, generaba un claro rompimiento entre las concepciones dogmáticas de los delitos culposos y dolosos afectando la unidad de la sistemática.

La incompatibilidad de una finalidad potencial con la intencionalidad propia de su sistema, hizo que pronto WELZEL abandonara este intento de solución reemplazándolo por uno diverso, que descansaba sobre la noción del deber objetivo de cuidado, de acuerdo con esta tesis, en el delito culposo se reprocha la no observancia del deber de cuidado exigible en el desarrollo de la acción.

Ahora bien, pese a que la manifiesta objetividad de este nuevo concepto pudiere parecer incompatible con una teoría final del injusto, de marcada tendencia subjetiva, la inconsistencia podía obviarse recurriendo a la afirmación complementaria de WELZEL, en el sentido de que la acción descuidadamente omitida debió ser intencional, de manera que en los delitos dolosos es necesario el examen de la conducción final de la acción, mientras en los culposos

se centra la atención en la ausencia de la conducción final de una conducta dirigida a evitar el resultado, siendo en todo caso determinante la forma como esa acción final se conduce.

Con las dificultades a los que se enfrentó el finalismo respecto al problema de la culpa, provocó que muchos de los seguidores de WELZEL se dedicaran a buscar una armonización del sistema, bien a través de la subjetivización total del injusto, restándole toda importancia al desvalor de resultado frente al de acción, o bien intentando lo que pondría denominarse la cacería del dolo en el delito culposo.

Por otro lado, la ubicación del dolo en la acción, como primer premisa sustentada por el finalismo, cuyo fundamento quedó asentado al considerar que el sujeto desarrolla todas sus acciones proponiéndose finalidades, siendo la piedra angular para estimar la existencia del mismo dolo, recibió también diversas críticas, en tanto que la acción del sujeto en su concepción normal, es decir, la natural acción que desarrollan todos los individuos en sus relaciones sociales, debe considerarse de carácter metajurídico pues sólo incumben por excepción al derecho penal, aquellas que satisfagan con las demás características de relevancia penal, por tanto, si la acción es metajurídica y el dolo esta en la acción, entonces, para ser congruente con el sistema, debe sostenerse que el dolo es metajurídico, lo que representa una contradicción pues por antonomasia el dolo es de naturaleza jurídica.

Uno de los autores que con mayor énfasis llegó a criticar al finalismo fue Edmund MEZGER, quien desde un punto de vista de la doctrina causal del delito, llegó a aceptar el carácter final de la conducta, pero en sentido estrictamente óntico y no jurídico; la contraposición puede esquematizarse afirmando que para MEZGER la finalidad no está en el injusto, sino en lo óntico de la acción, mientras que para WELZEL la intencionalidad desempeña un papel determinante dentro de su sistema penal, puesto que, en puridad de términos, más que una teoría de la acción final, desarrolló una teoría final del injusto.

En este sentido, el enfrentamiento no gira en derredor de un carácter final de la acción, que es comúnmente reconocido por los dos autores, sino en torno a la relevancia jurídica que debe tener, por tanto, no se niega la finalidad de la acción, sino la finalidad pero en el sentido de la ley.

Como fundamental error del finalismo, asentó MEZGER, es el desconocer que adicionalmente a la finalidad que es propia de las conductas dolosas y culposas, existe una segunda intencionalidad, exigida por la norma en delitos diversos de los culposos; el error del finalismo estaría pues, en trasladar directamente la finalidad propia de una acción óntica al plano jurídico, cuando en verdad se debería dejar incólume la intencionalidad que en el mundo naturalístico es inherente a cada conducta, para adicionalmente reconocer la existencia de otra finalidad que sería eminentemente normativa, pero restringida al delito doloso.

10.- ACIERTOS DE LA TEORÍA FINALISTA

Es indudable que en el sistema de la acción final, se lograron profundos aciertos respecto a la estructuración del delito, pues los esfuerzos de Hans WELZEL, no se dirigieron simplemente a buscar la forma de enmendar las fallas de la teoría causalista, sino que pretendieron dotar al derecho penal de un nuevo sistema que llenara los vacíos hasta entonces existentes.

Al modo de ver de la teoría finalista, la causalidad como estructura óntica era incapaz de individualizar aquello que interesa primordialmente al derecho penal, esto es, la conducta humana. En afecto, desde el punto de vista causal, no existía diferencia alguna entre el resultado acaecido sin la voluntad del sujeto, que el producido con la intervención de la misma, pues en ambos casos se trata objetivamente de una simple causación, debiendo reconocerse como única diferencia que con la intervención de la voluntad del sujeto, el resultado ha sido finalmente producido.

Con lo anterior se advirtió que el derecho penal no se interesa por todas las relaciones causales, pues la única forma de deslindar los fenómenos naturales de las acciones humanas, es recurriendo precisamente al elemento intencional; es decir, existe un ámbito ontológico que se rige por sus propias leyes, en todo aquello que sea exclusivamente causal, sin pertenecer a la intencionalidad, estando excluido de una valoración jurídico penal; por ello, mientras la causalidad es ciega la intencionalidad o voluntariedad, es vidente.

Por esta razón, en la doctrina finalista, se parte de una acción final, que comprende también a la omisión, logrando ubicar el dolo y la culpa en el terreno de la acción típica, es decir, dentro de la conformación del tipo penal, por lo que no se acepta la distinción de los causalistas en fase objetiva y fase subjetiva del delito.

Respecto a la tipicidad, es innegable que en el finalismo predominó el criterio de considerarla como un indicio de la antijuridicidad, es decir, que las acciones típicas indiciariamente son antijurídicas, a nos ser que esta valoración perdiera toda efectividad al presentarse una causa de licitud que protegiera o tutelara la acción.

Con la división del tipo penal en objetivo y subjetivo, según la naturaleza de los elementos que lo conformaron, logró el finalismo dar congruencia y adecuada ubicación a los elementos subjetivos del tipo, cosa que no había logrado el causalismo, dejando de dividir estos elementos subjetivos como integradores de la culpabilidad, para estimarlos adecuadamente dentro del tipo, con lo que su ausencia, evita las confusiones en que incurrió el causalismo al pretender argumentar una inculpabilidad por ausencia de un elemento subjetivo típico, rompiendo dicha tendencia con su propia sistemática en la prelación lógica de los elementos del delito.

En el terreno de la antijuridicidad, el finalismo tuvo uno de los más grandes aciertos al introducir como elemento esencial de su concepción el desvalor de acción y el desvalor de resultado, con algunas diferencias en las diversas tendencias en la explicación de

este sistema finalista, pero desterrando el carácter formal del concepto de la antijuridicidad que los causalistas definieron como la mera contraposición del hecho a la norma jurídica, proporcionándole un contenido valorativo y no sólo formal de excepción regla.

Por cuanto hace a la culpabilidad, logra integrar a este elemento a la capacidad de delito, es decir, a la imputabilidad, que le da una adecuada ubicación que resuelve las incongruencias en las que incurrió el causalismo durante mucho tiempo, adicionando como elementos de la culpabilidad a la exigibilidad y la reprochabilidad, para que sean esenciales en la valoración misma. Con ello, logra desterrar del ámbito de la culpabilidad, al dolo y a la culpa, para ubicarlos en el plano del tipo penal.

La explicación que el finalismo introdujo respecto a los efectos que debe atribuirse al error de tipo y al error de prohibición, con su adecuado contenido y alcance, se logró precisar su verdadera dimensión, ya sea extinguiendo el dolo típico o extinguiendo la antijuridicidad de la acción ejecutada, con lo que la esfera de aplicación de la norma jurídica se enderezó adecuadamente a los sujetos que trasgredían los deberes ético sociales con conocimiento de su actuar.

Respecto a la tentativa, el causalismo permitió una adecuada congruencia para la integración del delito tentado, pues al considerar a la finalidad como elemento de la acción, la intención del sujeto, que no logra consumar el delito, resulta congruente, pues en el

causalismo, al estar desprovista la voluntad de la conducta de toda finalidad, no se le consideraba cuando la ejecutaba el sujeto, incluso, cuando consumaba el delito, en cambio, sí era tomada en cuenta en la integración del delito tentado, lo que representaba cierta incongruencia por darle dos tratamientos diferentes a un mismo elemento del delito como es la acción.

Con la finalidad perseguida en la acción del sujeto, tanto en el delito consumado como en el delito tentado, se le da relevancia y congruencia al sistema, para explicar las razones por las que debe ser sancionado el sujeto, al reunirse los restantes elementos del delito.

La finalidad de la acción, también permitió a esta tendencia, explicar los alcances de la autoría y de la participación, desde la perspectiva perseguida por el sujeto en la realización de la acción, con lo que su responsabilidad sólo estaba centrada en base a su propia reprochabilidad, haciendo congruente el sistema de la teoría del delito.

CAPITULO CUARTO
LA TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA

1.- FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Para hablar de los fundamentos de la teoría de la imputación objetiva se debe partir de las consideraciones filosóficas sobre las que se ha desarrollado, con la finalidad de conocer los alcances, direcciones, postulados y principios que le rigen.

Como preámbulo para ubicar el tema debe recordarse que el contenido de la teoría de la imputación objetiva responde a los grandes anhelos de la ciencia penal que consiste en poder determinar con precisión cuándo la lesión de un bien jurídico debe ser considerada como la obra de un autor determinado, y cuándo dicha afectación es solamente el producto de la simple causalidad, por lo que en la búsqueda de una respuesta a tales interrogantes se ha recurrido a la elaboración de modelos de imputación.

En este sentido, a comienzos del siglo XIX, HEGEL señaló que sólo puede llamarse imputación en estricto sentido "a aquello que en una conducta puede ser reconocida como mío; de tal forma, propuso distinguir entre dos clases diversas de consecuencias que una conducta genera, pues mientras algunas de ellas son parte de la configuración misma de la acción, a ella le pertenecen, son su alma y sin ella nada representa, existen otras consecuencias que no le pertenecen a la conducta sino a la modificación que en el mundo exterior ha causado mi comportamiento; por consiguiente, solo las consecuencias que pertenecen a mi conducta como modificación del mundo exterior pueden serme imputadas, mientras las consecuencias que se derivan no de mi conducta sino de la ya producida modificación en el mundo exterior no me deben ser imputadas."[1]

En efecto, las ideas vertidas por G. W. F. HEGEL[2], relacionadas con el propósito, son en el sentido de afirmar que "Cuando la acción concierne inmediatamente a la existencia, lo mío es formal, en cuanto la existencia exterior es también independiente frente al sujeto. Esta exterioridad puede pervertir su acción y poner en claro algo otro que no es puesto en ella. Aunque todo cambio como tal que es producido mediante la actividad del sujeto, sea acto de éste, no por esto él lo reconoce como su acción, sino que reconoce por tal, en el acto solamente, aquella existencia que estaba en el saber suyo y

---

[1] Yesid REYES ALVARADO Imputación Objetiva Editorial Temis 1a Ed Bogotá Colombia 1994 Págs 4 y 5.

[2] Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas Filosofía del Espíritu Editorial Porrua 7a Ed Estudio Introductorio y Análisis de la Obra por Francisco Larroyo México 1997 Pág 261

en su voluntad, que era su propósito; solamente reconoce como propia suya, aquella parte; como de su responsabilidad."

En otra parte de su obra y relacionada con la filosofía del espíritu que desarrolla el filósofo en cita, escribe que "La objetividad externa, según la distinción que hemos visto en el querer subjetivo, constituye respecto a las determinaciones interiores del querer, el otro extremo independiente, un mundo peculiar para sí. Es, por tanto, accidental, que la objetividad externa concuerde con los fines subjetivos, que el bien se realice, y el mal --que es el fin en sí y por sí nulo-- sea nulo en ella, además que el sujeto encuentre en aquélla su bienestar, y, más particularmente, que el sujeto bueno llega a ser feliz, y el malvado, infeliz. Pero a la vez, el mundo debe hacer ejecutar en sí lo que es esencial, la buena acción; debe garantir al sujeto bueno la satisfacción de su interés particular, y arrebatársela al malvado, y aniquilar el mal mismo."[3]

En este sentido, algunos autores encuentran que el apoyo filosófico de la teoría de la imputación objetiva no tiene sólido fundamento en la filosofía Hegeliana, tal es el caso de Armin

---

[3] Guillermo Federico HEGEL. Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas. Filosofía del Espíritu. Op. Cit. Pág. 262. Con relación al querer subjetivo, el citado filósofo escribe que "El individuo libre que en el derecho inmediato es solamente persona, es aquí determinado como sujeto --voluntad reflejada en sí--, de modo que la determinación de la voluntad, en general, existiendo en el individuo como suya propia, sea distinta de la existencia de la voluntad en una cosa externa. Siendo la determinación de la voluntad puesta así en lo interno, la voluntad es a la vez voluntad particular; y se tienen las ulteriores particularizaciones de ésta y sus relaciones entre sí. La determinación de la voluntad es, por una parte, aquella en sí, la racionalidad del querer, el elemento jurídico y ético en sí; por otra, es la existencia que se tiene en la manifestación efectiva, que se actúa y entra en relación con la primera. El querer subjetivo es moralmente libre en cuanto estas determinaciones son puestas anteriormente como suyas y queridas por él. Su manifestación efectiva con esta libertad es acción, en cuya exterioridad ella reconoce como suyo o se deja imputar sólo aquello que ha sabido en sí y que ha querido." (Cfr. Op. Cit. Pág. 260)

KAUFMANN, en cambio algunos otros sostienen que el sustento de esta teoría se ubica en el método propuesto por HEGEL, mencionando la complejidad que representa y reconociéndose como soporte crucial del Derecho Penal "la afirmación Hegeliana de que una persona le puede ser imputado aquello que constituya su obra, y no aquello que sea resultado de la simple causalidad, de la mala suerte o el destino; no obstante el reconocimiento unánime de la doctrina a la importancia de dicha contribución...."[4]

En efecto, según escribe Juan BUSTOS RAMÍREZ[5], refiriéndose a las ideas de Armin KAUFMAN y Claus ROXIN, "esta contraposición proviene desde más antiguo, desde los orígenes del planteamiento de la imputación objetiva, basada en el teleologismo neokantiano y neohegeliano de principios de siglo, y que fue justamente el otro polo doctrinario frente al desarrollo de la teoría de la acción finalista. Ambas posiciones intentaban superar, dentro del marco de los principios de un Estado de derecho, los problemas con los que se habían enfrentado en la construcción de la teoría del delito tanto el positivismo puro como el eclecticismo simple de yuxtaposición de positivismo y neokantismo."

Para efecto de precisar algunos aspectos de esta posición, el teleologismo se refiere a la teoría del propósito, fines, objetos, causas finales, valores. La teleología explica el pasado y

---

[4] Yesid REYES ALVARADO Op. Cit Págs 5 y 6
[5] La Imputación Objetiva Editorial Temis 1a Ed Bogotá Colombia 1989 pág 3

KAUFMANN, en cambio algunos otros sostienen que el sustento de esta teoría se ubica en el método propuesto por HEGEL, mencionando la complejidad que representa y reconociéndose como soporte crucial del Derecho Penal "la afirmación Hegeliana de que una persona le puede ser imputado aquello que constituya su obra, y no aquello que sea resultado de la simple causalidad, de la mala suerte o el destino; no obstante el reconocimiento unánime de la doctrina a la importancia de dicha contribución...."[4]

En efecto, según escribe Juan BUSTOS RAMÍREZ[5], refiriéndose a las ideas de Armin KAUFMAN y Claus ROXIN, "esta contraposición proviene desde más antiguo, desde los orígenes del planteamiento de la imputación objetiva, basada en el teleologismo neokantiano y neohegeliano de principios de siglo, y que fue justamente el otro polo doctrinario frente al desarrollo de la teoría de la acción finalista. Ambas posiciones intentaban superar, dentro del marco de los principios de un Estado de derecho, los problemas con los que se habían enfrentado en la construcción de la teoría del delito tanto el positivismo puro como el eclecticismo simple de yuxtaposición de positivismo y neokantismo."

Para efecto de precisar algunos aspectos de esta posición, el teleologismo se refiere a la teoría del propósito, fines, objetos, causas finales, valores. La teleología explica el pasado y

---

[4] Yesid REYES ALVARADO Op. Cit Págs 5 y 6
[5] La Imputación Objetiva. Editorial Temis 1a. Ed Bogotá Colombia 1989 pág 3

presente en términos de futuro, por tanto, la teleología como tal no presupone conciencia personal, volición o proposición.

Por su parte el neokantismo es un grupo de seguidores de Kant, que consideran la cosa en sí o mundo noumérico más como un concepto límite que como un reino existente, aunque incognoscible. La realidad es para los neokantianos una construcción de la mente. Incluso el mundo noumérico de Kant es construcción de la mente. El mundo fenoménico es el real, y es el reino de las ideas. Así, pues, el neokantismo es una especie de idealismo.

Ahora bien, tratándose del neohegelismo que es el nombre dado al revivir de la filosofía hegeliana que comienza en Escocia e Inglaterra a mediados del siglo XIX y se extiende más tarde a Norteamérica; sus representantes permanecieron indiferentes a los aspectos formales del método dialéctico hegeliano y suscribieron únicamente su espíritu, lo que el propio Hegel describía como el poder de la negación y posteriormente se llamó el argumentum a contingentia mundi.

En este orden de ideas, como se advierte, el principio fundamental sobre el cual se edifica la teoría de la imputación objetiva, se desprende de lo formulado por HEGEL, que se resume en que solo puede llamarse imputación a aquello que en una conducta puede ser reconocido como de su autor, distinguiéndose las dos clases diversas de consecuencias que una conducta genera, unas de las cuales son parte de la configuración

misma de la acción, en cambio, existen otras consecuencias que no le pertenecen a la conducta sino a la modificación que en el mudo exterior ha causado el comportamiento, por consiguiente, solo las consecuencias que pertenecen a la conducta, como modificación del mundo exterior, pueden ser imputadas, pues aquellas que se derivan de la ya producida modificación en el mundo exterior, no pueden ser imputadas.

Con los principios filosóficos citados con anterioridad, trajeron como consecuencia la discusión generada en torno a la ponderación de los desvalores de acción y de resultado, se presentó un enfrentamiento entre los partidarios de una subjetivización total del injusto con acento exclusivo en el desvalor de acción y quienes pretenden revaluar para el derecho penal el desvalor del resultado.

Entre los autores que se han encaminado por sostener la reevaluación del resultado, se suele hablar de una teoría de la imputación objetiva, con la que se busca precisar la forma en que un resultado debe ser atribuido a alguien respecto de quien ya se ha fijado un desvalor de acción.

En este sentido, según lo expresa Yesid REYES ALVARADO[6] "Cuando se hace referencia a una imputación del resultado, se está entonces prolongando la inútil polémica sobre a

[6] Imputación Objetiva Op Cit Pág 73

cuál de los desvalores (de acción o de resultado) se debe otorgar preeminencia, y además se está desconociendo que en sus orígenes la imputación objetiva no fue simplemente un mecanismo para atribuir resultados, sino que fue bosquejada por Hegel como un instrumento para determinar cuándo una conducta podía ser considerada como la obra de alguien."

Sin duda, el surgimiento de la teoría de la imputación objetiva, se debe en gran medida a las deficiencias o vacíos que dejó las teorías preexistentes, que con gran dificultad pretendieron encontrar soluciones a las diversas críticas que recibieron de sus opositores, por lo que, "Un abandono de la teoría final del injusto y la adopción de un nuevo sistema penal como el que aquí defendemos, supone entender la imputación objetiva como una teoría que reemplaza lo que tradicionalmente ha sido denominado el concepto jurídico penal de acción, por lo que en manera alguna puede ser sólo referida a un resultado, sino a toda la actuación como obra de determinada persona."[7]

Como se analizó en el capítulo precedente, la teoría finalista olvidó en su sistemática, todo lo relativo a la ubicación y tratamiento de la culpa, por lo cual, provocó que surgieran diversas tendencias con la meta de encontrar soluciones acordes al método y contenido abordado, por esto, REYES ALVARADO[8] escribe que "La misma pretensión de buscar correctivos que permitieran solucionar los

[7] Yesid REYES ALVARADO. Op Cit. Pág. 73
[8] Imputación Objetiva Op Cit Pág 73

pretende una nueva elaboración de la concepción del delito edificada sobre la teoría de la imputación."[9]

Con lo anteriormente anotado, resurge precisamente la interrogante sobre qué es la teoría de la imputación objetiva, al respecto el autor antes citado considera que "En síntesis, la teoría de la imputación objetiva no hace relación tan solo a la atribución de resultados, ni alude tan solo a la relación existente entre una acción natural y su resultado, ni es una asistemática agrupación de criterios. De acuerdo con una visión correcta, debe decirse que un resultado podrá serle objetivamente imputado a un individuo, cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya realizado en un resultado, de manera que la imputación objetiva posee dos elementos que son el de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y el de la realización de dicho riesgo en el resultado, entendido este último no en un sentido puramente naturalístico sino como quebrantamiento de las normas."[10]

No obstante la consideración que precede, existen argumentos en contra de esa apreciación, por ello, "Algún sector de la doctrina ha sostenido, en contra de la imputación objetiva, que ella recurre en ciertos eventos al empleo del dolo como mecanismo de solución de los problemas, o incluso que ella necesita indefectiblemente una cierta consideración de la intencionalidad de la conducta, con lo cual debería admitirse que en realidad se trata de

[9] Yesid REYES ALVARADO Op Cit Págs 73 y 74.
[10] Yesid REYES ALVARADO Op Cit Págs 74 y 75

una teoría que al mezclar elementos subjetivos y objetivos, no hace honor a su nombre; con base en ello se pregunta críticamente qué es lo objetivo de la imputación objetiva?."[11]

Las críticas enderezadas en contra de la imputación objetiva, provienen de personas que sustentan la teoría finalista, que por su formación mezclan los aspectos normativos y naturalísticos de la conducta, de tal forma que sostienen en el ámbito ontológico de la acción, la finalidad perseguida, lo cual representa un error en la crítica, debido a los diversos planos doctrinales en los que se encuentran los postulados de ambas concepciones, pues, si bien la teoría de la imputación objetiva toma en cuenta la intencionalidad del sujeto, esta estimación la hace considerando el rol en el cual se ubica el sujeto, pues dentro de las acciones desplegadas por el mismo, le interesa precisar aquellas que resulten de interés para el derecho penal, pues en esa medida se puede considerar a la conducta como la obra de determinada persona al participar con su intención, pero desde un plano general, atendiendo a los roles y no a los sujetos, en cambio, en el finalismo, en el cual se encuentra presente la imputación subjetiva, lo trascendente para este sistema, es la intencionalidad personal y particular del sujeto, al exigir capacidad de comprensión de la situación y la posibilidad de previsión, así como la aceptación o no de la misma, por ello, la crítica responde al propio método empleado que se encuentra en planos y referencias muy distintos. [12]

---

[11] Yesid REYES ALVARADO Op Cit Págs. 75 y 76
[12] Cfr Yesid REYES ALVARADO Op Cit Págs 76 y 77

2.- CONFIGURACIÓN DEL DELITO EN LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Con relación a la configuración del delito en base a esta teoría, debe recordarse que la misma se integra por un conjunto de tendencias y opiniones desarrolladas en torno a la búsqueda de la identificación del sujeto autor del delito, es decir, el establecimiento del sujeto a quien se le puede atribuir la realización de un resultado dañoso, por lo que, la sistematización de esta tendencia debe enderezarse en encontrar los elementos que configuran al delito y lograr que responda a un método acorde a los principios que sustenta.

Algunos autores al referirse a esta teoría sostienen que la imputación objetiva puede ser aplicada tanto a delitos culposos como a los dolosos, sin embargo, el mecanismo para su aplicabilidad es distinta según se trate de alguna de esa clase o de otra, con lo que, se permite confirmar la necesidad de la bifurcación de la teoría del delito a través de la duplicidad de la imputación objetiva.

Esta separación de la teoría, según se trate de delitos dolosos o culposos, afecta no solo el principio de unidad que debe poseer el sistema penal, sino que hace depender la imputación objetiva de la previa existencia de la imputación subjetiva, es decir, para determinar si una conducta es o no objetivamente imputable a un sujeto, debe conocerse previamente si dicho sujeto actuó en forma dolosa o culposa, pues en cada caso las reglas de imputación son diversas. Solo que, cuando esté establecido que desde el punto de

vista jurídico el sujeto actuó dolosa o culposamente, queda tácitamente admitido que su conducta es objetivamente imputable.

En este orden de ideas, "si la imputación subjetiva busca precisar el contenido de un querer, que desde el punto de vista hegeliano forma parte de la imputación objetiva, es impensable que la determinación de ese contenido de la voluntad preceda a la demostración de la existencia de esa voluntad."[13]

Por otro lado, con relación a los delitos de acción y de omisión, en la imputación objetiva, se ha afirmado que esta teoría funciona de manera distinta, por ello Yesid REYES ALVARADO[14] ha sostenido al respecto que "Tampoco compartimos la propuesta de que la imputación objetiva deba funcionar de manera diferencial respecto de los delitos de acción y los de omisión, no sólo porque ello nos conduce nuevamente a una inaceptable ruptura de la unidad del sistema penal, sino porque nos remonta una vez más a la estéril discusión sobre si existe o no una distinción entre los delitos de acción y omisión y la forma como dicha diferenciación debería efectuarse."

De las explicaciones vertidas con anterioridad, el autor en cita arriba como conclusión que "En síntesis, en un sistema penal unitario como el aquí defendido, la teoría de la imputación objetiva, como determinadora del injusto del comportamiento, es aplicable a todos los tipos de la parte especial, esto es tanto a los

[13] Yesid REYES ALVARADO Imputación Objetiva Op Cit Págs 80 y 81
[14] Imputación Objetiva. Op Cit. Pág 81

delitos de resultado como a los de peligro, por igual a los ilícitos dolosos y culposos, así como a las acciones y omisiones y también debe ser referida tanto a los delitos consumados como a los tentados, puesto que para saber si una conducta es reprochable penalmente a título de tentativa, es indispensable que con ella se haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual posteriormente resulte concretado en el resultado; debe aquí nuevamente precisarse, que los resultados a los que hacemos referencia dentro del sistema penal no son meras consecuencias naturalísticas sino lesiones a las reglas de la vida de relación social, (quebrantamiento de la validez de las normas) por manera que, tanto en los delitos consumados como en las tentativas, debe existir un resultado jurídico-penal, pues de lo contrario el comportamiento no podrá ser reprochado; cuáles son los resultados que desde el punto de vista de la tentativa interesan al sistema penal, o aún más claro, cuándo una conducta es reprochable a título de tentativa, es algo que excede los límites de este trabajo, pero que de todas maneras supone tanto la determinación de un riesgo desaprobado, como la realización de ese riesgo en el resultado."[15]

Con todo lo anterior, debemos formular el primer cuestionamiento en el sentido de la necesidad de determinar cuáles y cuántos son los elementos que conforman el delito de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, sobre todo partiendo de la base de que se conforma con diversas opiniones.

[15] Imputación Objetiva Op Cit Págs. 81 y 82

Es innegable que la conducta humana se encuentra presente en la configuración del delito en base a esta teoría, sólo que debe precisarse el tratamiento que se le da a la misma.

En efecto, sostiene esta tendencia que de entre las muchas conductas que naturalísticamente son desplegadas por el ser humano, sólo debe importar al derecho penal, aquellas que suponen un atentado contra los intereses sociales, lo que significa que no todo resultado exterior, no toda la subjetividad del actuar humano interesan al derecho penal.

Se llega a plantear en consecuencia la interrogante de cuáles son esas conductas defraudadoras que al derecho penal le incumbe, pues esto es algo que la teoría de la imputación objetiva debe determinar pues la función de la misma es para reemplazar lo que en forma tradicional se ha desarrollado como concepto jurídico penal de conducta.

En este orden de ideas, se afirma que en la perspectiva de la imputación objetiva, "puede concluirse que, para el derecho penal, es acción toda causación imputable. De esta manera, el concepto jurídico penal de acción surge cuando existe una conducta injusta y culpable, es decir, cuando respecto de ella se han agotado positivamente los juicios tanto de una imputación objetiva como de una imputación subjetiva. Sin lugar a dudas estamos frente a una nueva concepción del sistema penal desarrollada en derredor de una teoría de la imputación que implica no sólo el abandono del

planteamiento causalista, sino además la superación total de la teoría final del injusto."[16]

Entendida en ese sentido el alcance del concepto, se asentó con suma claridad que en la teoría de la imputación objetiva, no hay lugar para una distinción entre los delitos de acción y los de omisión, puesto que lo que al derecho penal incumbe como conducta es aquella actuación con la cual una persona se aparta de las expectativas de comportamiento social, generando con ello una defraudación; de esta manera, ni en el plano naturalístico existen las omisiones, ni resulta de utilidad dentro del derecho penal el mantenimiento de la distinción entre acciones y omisiones, pues la posición de garante, que tradicionalmente ha servido para caracterizar al delito omisivo frente al de acción, debe ser aplicable a toda conducta ilícita.

En efecto, para una mejor explicación y lograr comprender el alcance de este postulado, conforme a la concepción de la teoría de la imputación objetiva, ha estimado que en la vida social que el derecho penal pretende controlar, existen pues múltiples ámbitos de competencia y a cada persona sólo puede serle exigible aquello que caiga dentro de su respectivo ámbito de competencia, pues cada persona está solo obligada a comportarse de acuerdo con lo que la sociedad le exige.

---

[16] Yesid REYES ALVARADO. Imputación Objetiva Op Cit Págs 71 y 72

Con este postulado, la base de una responsabilidad penal radica entonces en los ámbitos de competencia de cada individuo pues sólo a quien respecto de determinadas actuaciones posee una función de garante puede serle reprochado su comportamiento desviado y, eso no es únicamente válido a nivel del derecho penal, sino que lo empleamos en forma cotidiana.

Por otro lado, con relación al resto de los elementos que tradicionalmente se han concebido como parte integral del delito, la teoría de la imputación objetiva ha sostenido que, por tratarse en el derecho penal de una concepción que se apoya en las expectativas generadas por las relaciones sociales y que, la esencia del delito radica en la defraudación de los principios que rigen a la sociedad, siendo edificado el derecho penal sobre una concepción social y dinámica de los bienes jurídicos, pues lo que interesa son las expectativas de comportamiento que de cada persona se posen y las eventuales defraudaciones que a esas expectativas se produzcan, pierde importancia la distinción entre la tipicidad y la antijuridicidad, como elementos independientes de la teoría del delito.

En efecto, la simple adecuación formal de una conducta a la descripción de una norma penal, que es la esencia de la tipicidad en corrientes tradicionales, no tiene relevancia alguna si la respectiva conducta no ha atentado contra las relaciones sociales; en la imputación objetiva lo determinante es si un portador de roles, es decir, si un garante, alguien de quien se esperaba determinada conducta, la ha desplegado llenando las expectativas, o no lo ha

hecho generando así una defraudación social, sin importar quien es el individuo que en el evento concreto desarrolló la acción; esa consideración genérica que permite precisar cuando una conducta lesiona las leyes de convivencia social debe hacerse con base en una teoría de la imputación objetiva y constituye el contenido del injusto.

En tal sentido, toda vez que la concepción de una conducta abstractamente considerada defrauda las expectativas de comportamiento social resulta imposible la concepción de un juicio de responsabilidad penal, que por esencia es de carácter individual, por lo que es indispensable que, como complemento de la imputación objetiva, se analice el comportamiento del autor, no ya como un genérico portador de roles, sino como individuo, por tanto, ese aspecto individual de la conducta escapa a las consideraciones genéricas propias de una imputación objetiva y debe ser analizado dentro del ámbito de la culpabilidad, a través de lo que podría denominarse la imputación subjetiva.

En síntesis, puede afirmarse que el contenido de una conducta injusta es labor de una teoría de la imputación objetiva, mientras el desarrollo de lo que atañe a su aspecto individual incumbe a una teoría de la imputación subjetiva.

En esta concepción, que resulta ser valorativa de la teoría del delito, el dolo no puede ser parte del injusto, sino que debe ser tratado dentro del ámbito de la culpabilidad, en cuanto nada tiene que ver con la genérica determinación de si una conducta se ha

desarrollado o no conforme a las expectativas de comportamiento social que se derivan de la existencia de diversos roles, sino que atañe directamente a consideraciones de carácter individual.

Con lo anterior, se corrige desde el ámbito de la imputación objetiva, el desplazamiento que del dolo se hizo desde el ámbito de la culpabilidad al de la tipicidad, que solo tuvo su justificación cuando con la teoría final de lo injusto se pretendieron superar los problemas del causalismo mediante la sobrevaloración en la intencionalidad como elemento central de la teoría del delito; pero abandonada una concepción final del injusto a favor de un sistema valorativo como la teoría de la imputación objetiva, el dolo debe ser analizado en la culpabilidad como aspecto individual de la conducta, y no dentro de una teoría de la imputación objetiva, que no se ocupa de consideraciones individuales, sino del análisis de expectativas generales de comportamiento.

El análisis del dolo, dentro de la imputación subjetiva no supone en modo alguno el desconocimiento de que toda conducta humana, naturalísticamente entendida, tiene un comportamiento intencional; lo que supone en verdad, es el reconocimiento de que la distinción que desde el punto de vista natural se hace entre lo objetivo y lo subjetivo no coincide necesariamente con la diferenciación que de dichos conceptos hace el derecho penal. Es claro que desde un punto de vista naturalístico es impensable una conducta sin la existencia del aspecto subjetivo, pero ello no significa que toda subjetividad sea de interés para el derecho penal y que toda manifestación de la

subjetividad deba ser objeto dentro del ámbito de la imputación subjetiva.

En esta tesitura, los elementos del delito señalados con anterioridad, poseen un contenido diferente y una ubicación sistemática distinta a las doctrinas que le preceden al desarrollo de la imputación objetiva.

Como primer elemento de esta teoría de la imputación objetiva, se ha considerado al riesgo jurídicamente desaprobado, enfocando sus esfuerzos para determinar su alcance, partiendo de la base de lo que es el riesgo permitido, pues con este marco de referencia se logra determinar el contenido de aquel, así como la razón por la que se considera jurídicamente desaprobado.

Como premisa a este planteamiento y teniendo como fundamento la crítica que se enderezó al concepto que tradicionalmente fue elaborado respecto al bien jurídico que se fundaba en aspectos estáticos y de carácter formal, se desarrolló un nuevo concepto de bien jurídico, con características dinámicas, bajo una relación funcional dentro de la vida social, lográndose distinguir entre las conductas que produciendo una aparente lesión a los bienes jurídicos no merecen reproche alguno por ser socialmente admitidas y aquellas que, al generar una verdadera afectación del bien jurídico son socialmente desaprobadas y como tales dignas de reproche social.

Desde el enfoque de esta teoría, "todo aquel riesgo que permanece aún con el cumplimiento de las normas de cuidado que deben acompañar la ejecución de toda actividad peligrosa socialmente admitida, recibe la denominación de riesgo permitido."[17]

Lo anterior queda mejor entendido si partimos de la base que ante los avances tecnológicos que permitió que el ser humano a partir de sus orígenes primitivos se han desarrollado y le han permitido un mejor nivel de vida social, implican también el incremento en forma proporcional sobre la cantidad de riesgos a los que diariamente se ven expuestos los individuos; la eliminación de todos los riesgos latentes en la sociedad, supondría, necesariamente, la renuncia al conjunto de actividades que desarrolla y que permiten el incremento de su avance social, lo que repercutiría en un retroceso de la comunidad a sus etapas primitivas de desarrollo.

Por ello, la eliminación de toda clase de riesgo implicaría la renuncia al desarrollo de la vida social, lo que es impensable, por tanto, respecto a los riesgos que se generan "el legislador debe procurar tan solo mantenerlos dentro de ciertos límites, bien sea mediante la renuncia definitiva a aquellos adelantos tecnológicos que supongan para la comunidad mas inconvenientes que beneficios o reglamentando el desarrollo de las actividades peligrosas de manera tal que los riesgos a ellas inherentes sean reducidos a límites que puedan ser socialmente tolerados.

[17] Cfr Yesid REYES ALVARADO Imputación Objetiva Op Cit Pág 92

De lo antes dicho se deduce que solamente mediante la formulación previa de normas de cuidado tiene sentido la aceptación social de actividades riesgosas, porque de esa manera se hace exigible el cumplimiento de precauciones que permiten disfrutar de los beneficios de ciertas actividades peligrosas no eliminando todo riesgo, sino reduciéndolos a un mínimo que permita considerarlos como parte de lo que suele ser denominado como riesgo general de la vida, de esta manera todo aquel riesgo que permanece aún con el cumplimiento de las normas de cuidado que deben acompañar la ejecución de toda actividad peligrosa socialmente admitida, recibe el nombre de riesgo permitido.

Además de lo anterior, para que un riesgo, sostiene Yesid REYES ALVARADO[18], "pueda ser considerado como permitido no basta tan sólo que la actividad de la cual emana represente considerables beneficios sociales frente a un mínimo de peligrosidad sino que es indispensable la absoluta indeterminación de las potenciales víctimas de ese riesgo residual; por ello, en el hipotético evento de que anticipadamente pudieran ser individualizadas las víctimas de una actividad peligrosa ella debería ser prohibida porque su desarrollo no puede prevalecer frente a la inminente lesión de un individuo."

Con las ideas expuestas se desprende que son dos los elementos que conforman el riesgo permitido: por un lado los

[18] Imputación Objetiva Op Cit Pág 92

beneficios sociales que llegan a representar las actividades aún cuando peligrosas cumplen con determinadas normas de conducta previamente establecidas; por el otro, la indeterminación de posibles sujetos activos a quienes puede llegar a perjudicar los riesgos inherentes a las actividades peligrosas.

Con el cumplimiento de estas dos premisas, es innegable que se actualiza el postulado que fue considerado por la teoría de la imputación objetiva, en el sentido de que todas aquellas actividades desarrolladas dentro de lo que socialmente se considera un riesgo permitido no puede dar lugar a reproche jurídico de ninguna naturaleza, aún en el evento de que generen lesiones a particulares, por el contrario, son desaprobadas todas aquellas conductas que excedan el riesgo permitido, lo cual comprende no sólo aquellas actividades que han sido desplegadas a pesar de ser socialmente prohibidas, sino también las que siendo toleradas han sido ejecutadas sin la observancia de las normas de cuidado previamente establecidas para la minimización del riesgo.

De todo lo anteriormente señalado, la inclusión de una conducta dentro del riesgo permitido es absolutamente independiente del aspecto subjetivo que haya motivado al autor a desarrollarla, resultando una "importante consecuencia de reconocer que la calificación de una conducta como permitida o desaprobada no depende de la intención del autor, es la de admitir al riesgo permitido

como elemento del injusto tanto para el delito culposo como para el doloso."[19]

El riesgo permitido, en base a lo expuesto, es entonces un elemento del injusto, que por su absoluta independencia del aspecto subjetivo es aplicable tanto a los delitos dolosos como a los culposos, de manera que con la finalidad de unificar la terminología, la teoría de la imputación objetiva propone sustituir los términos deber objetivo de cuidado, que generalmente se empleaba para referirse a los delitos imprudentes, por los vocablos de riesgo permitido, que como elemento de la propia teoría, es aplicable para ambas modalidades delictivas, con lo que se pretende defender un sistema penal unitario.

[19] Yesid REYES ALVARADO Imputación Objetiva Ob Cit Pág 96

3.- ELEMENTOS DEL DELITO EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

La sistemática de la teoría de la imputación objetiva es muy compleja, por los parámetros que considera para estimar el riesgo permitido y el riesgo desaprobado, como ha quedado expuesto en el punto que antecede, por ello el estudio particular de los elementos que conforman el delito según la óptica de esta tendencia, se encuentra impregnada por esos dos criterios fundamentales que son la piedra angular de esta tendencia y sobre los cuales se edifica toda la configuración del delito.

Con la sistemática utilizada en esta tendencia, para desentrañar el número y contenido de los elementos que conforman el delito, es necesario retomar las ideas fundamentales de sus principales exponentes, que permitan encontrar con la claridad posible esa configuración del delito.

Habiendo quedado precisado el alcance y contenido del riesgo permitido, es necesario determinar, conforme a los principios de esta teoría, el lugar que ocupa en la integración del delito, por lo que, sostiene Yesid REYES ALVARADO[20], que "la polémica sobre la ubicación del riesgo permitido en la teoría del delito ha llevado a que se le considere esporádicamente como un atributo de la tipicidad, a que sea tratado como una causa tanto genérica como

[20] Imputación Objetiva Op Cit Pág. 100

específica de justificación y eventualmente también entenderlo como una forma de exclusión de la culpabilidad."

Lo anterior y pese a que en sus orígenes el riesgo permitido fue entendido como una manifestación concreta de la adecuación social, la discusión sobre el lugar dogmático fue evolucionando de manera independiente, siendo calificado por un sector de la doctrina como una excluyente de la tipicidad.

Por otro lado, no debemos desconocer que existen partidarios que consideran al riesgo permitido como un elemento de la antijuridicidad, no existe tampoco homogeneidad conceptual, pues mientras algunos le consideran como una causal autónoma de justificación, otros le atribuyen la condición de ser el fundamento de todas las justificantes.[21]

Se llega a distinguir entre las figuras del deber de cuidado y el riesgo permitido para considerarla a aquella como excluyente de tipicidad y a ésta como causa de justificación y, todavía mas sutil, se ha pretendido diferenciar entre un riesgo no prohibido que sería causal de atipicidad y la figura del riesgo permitido que tendría el carácter de justificante, con lo cual se pretende evitar contradicciones que supone el hecho de tratar el concepto general (adecuación social) como excluyente de tipicidad mientras se considera a una de sus manifestaciones (el riesgo permitido) como

[21] Cfr. Hans HEINRICH JESCHECK. Tratado de Derecho Penal Op Cit Págs 257 y 258

causal de justificación; hay finalmente, quien sostiene que pese a sus orígenes comunes, el riesgo permitido debe distinguirse de la adecuación social, pues mientras esta última es una causal de atipicidad aquel es una justificante.

Es innegable que los tratamientos diferenciales a las figuras de la adecuación social, el deber de cuidado y el riesgo permitido, en apariencia resultan innecesarios, pues considerar al riesgo permitido como un elemento de la imputación objetiva que habiendo superado los inconvenientes intrasistemáticos de la adecuación social es aplicable tanto a los delitos dolosos como a los culposos, desaparece la necesidad de conservar al deber de cuidado y a la adecuación social como figuras autónomas dentro del sistema penal.[22]

Por otro lado, se rechaza por una esfera de la teoría de la imputación objetiva, la propuesta de radicar el riesgo permitido dentro de la antijuridicidad como una causal de justificación, en cuanto ella choca contra un sistema penal edificado sobre la pretensión de tutelar los bienes jurídicos en sus relaciones sociales. En efecto, afirma esta postura, como al derecho penal no le interesa la simple concordancia formal entre una conducta y su mera descripción legal, sino la efectiva defraudación a expectativas de comportamiento social,

[22] Cfr. Armin KAUFMANN Teoría de las Normas Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna Traducción de Enrique Bacigalupo y otro Editorial Depalma 1a Edición Buenos Aires Argentina 1977 Págs 161 y ss

ninguna acción que no pueda ser considerada como lesiva de esa interrelación social debe ser calificada de típica.

De aceptarse la consideración del riesgo permitido como una causal de justificación, se tendría entonces que reconocer que la vida dentro de una sociedad moderna se caracteriza por la continua ejecución de acciones típicas pero justificadas.

En tal sentido, el riesgo permitido es, entonces, un elemento de la imputación objetiva y como tal, forma parte del injusto en cuanto el contenido de éste depende exclusivamente de la teoría de la imputación objetiva, por tanto, la crítica que se ha enderezado en el sentido de que la consideración del riesgo permitido como ingrediente de la imputación objetiva conduce a una anormalidad de esta teoría, se debe a que solo se atiende a una imputación objetiva del resultado, lo que representa una visión fragmentada de la propia teoría de la imputación objetiva con lo que se ha señalado que el riesgo permitido debe ser tratado como un aspecto de tipicidad previo al análisis de la imputación del resultado.

La crítica que se ha enderezado a esta postura doctrinal, debe ser reflexionada a fin de evidenciar la certeza o la inconsistencia de la misma, por tanto, si se "ubica el riesgo permitido como problema de tipicidad (es decir, dentro del injusto) sin calificar la realización de riesgos como causal de justificación o elemento de la culpabilidad, forzoso es reconocer entonces que la realización del riesgo debe ser también un problema de tipicidad (injusto), con lo cual

en el fondo se estaría haciendo dentro del ámbito de la tipicidad (injusto) una distinción entre creación de riesgos típicos y realización de riesgos típicos que en el fondo coinciden con el planteamiento de una teoría integral de la imputación objetiva en el sentido de exigir la creación y realización de riesgos como elementos del injusto."[23]

En cuanto al riesgo permitido como piedra angular de la imputación objetiva y causa de exclusión del injusto, debe distinguirse de la causa de justificación a fin de evitar posibles confusiones de los mismos, en este sentido, su diferencia substancial radica en que el riesgo permitido comprende todas aquellas actuaciones que responden a las expectativas de comportamiento social, es decir, se trata de una permisión general de conductas; en cambio, las causas de justificación no se refiere a una abstracta tolerancia de conductas o comportamientos, sino a especiales motivos que bajo determinadas circunstancias hacen socialmente admisible una conducta.

Por otro lado, otro elemento que tiene un papel esencial en la configuración de esta teoría, es la determinación del riesgo jurídicamente desaprobado, por ello, tomando como punto de partida las diversas ideas expuestas con antelación, podría decirse de manera simplista que "jurídicamente desaprobados son todos aquellos riesgos que provienen de conductas desarrolladas por fuera de los límites del riesgo permitido, afirmación que sin embargo dejaría sin

[23] Yesid REYES ALVARADO. Imputación Objetiva Op Cit Pág 103

dilucidar cuáles son los factores que permiten calificar a un riego como jurídicamente desaprobado."[24]

De lo anterior se advierte que para la determinación del riesgo desaprobado gira la problemática fundamentalmente en derredor de la incógnita sobre si son los factores individuales, o parámetros generales, los que deben ser tenidos en cuenta para lograr identificarlo y determinarlo, pero se debe advertir previamente como un postulado fundamental en el sentido de que no es la frecuencia de las conductas lo que permite delimitar su desaprobación, sino que lo determinante es el consenso social respecto de la aceptación o repudio de determinados comportamientos.

Independientemente de lo anterior la desaprobación de un riesgo supone una valoración de tipo social, y los juicios de valor varían de acuerdo con la ubicación espacial y temporal de las sociedades, forzoso es reconocer que una conducta podrá ser aprobada o desaprobada dependiendo, por ejemplo, de si se la juzga de acuerdo con los parámetros trazados por una determinada sociedad, resulta trascendente los aspectos temporal y espacial, es decir, las características propias de la sociedad como lo demuestra el hecho de que actividades que hoy son consideradas no solo como toleradas sino como imprescindibles en la vida social hayan sido consideradas como desaprobadas en épocas anteriores, variando de sociedad en sociedad.

[24] Yesid REYES ALVARADO Imputación Objetiva Op Cit Pág

Finalmente, sostiene Yesid REYES ALVARADO[25] que "es importante resaltar que la existencia de un riesgo desaprobado como primer elemento de la imputación objetiva solo podrá ser afirmada en cuanto esté demostrado dentro del proceso que la conducta desplegada por el autor corresponde a una actividad que en la práctica social es considerada como correcta, siendo aplicable el in dubio pro reo en todos aquellos casos en que no exista certeza sobre si determinada actividad es considerada en su medio social o profesional como la indicada para la situación concreta en que se haya desarrollado; pero cuando el funcionario judicial encuentra que dentro del proceso está demostrada la conformidad o rechazo social a determinada forma de comportamiento, debe todavía establecer si del análisis de la situación concreta se desprende que ese desobedecimiento a reglas generales de comportamiento constituye o no un riesgo jurídicamente desaprobado, valoración que por corresponder a un aspecto eminentemente jurídico (y no fáctico) está regida exclusivamente por el libre convencimiento del funcionario respectivo."

Es precisamente para hacer operable esta última parte, por el que se han creado y desarrollado mecanismos para la determinación del riesgo permitido y en riesgo desaprobado, ubicándose algunos en el plano extranormativo y otros en el ámbito normativo; para hacer sistemática esta exposición se hará referencia a los dos planteamientos extranormativos más importantes, como son:

[25] Imputación Objetiva Op. Cit. Pág

La ponderación de intereses y la figura del hombre prudente.

Con relación a la ponderación de intereses y con la finalidad de establecer si un riesgo debe ser considerado como aprobado o desaprobado se ha propuesto recurrir a una comparación entre las ventajas y los peligros que a nivel social representa determinada actividad, ponderación para la cual serían determinantes la posibilidad de adopción de medidas de seguridad capaces de minimizar los peligros, la viabilidad de esas eventuales precauciones y las implicaciones económicas que la implantación de dichas medidas de seguridad acarrearían consigo; solo cuando las desventajas de una actividad peligrosa pudieran ser reducidas a limites socialmente tolerables con base en la adopción de razonables medidas de seguridad que no entorpecerían definitivamente su desarrollo, podría afirmarse que los riesgos de ella emanados son permitidos. Una tal ponderación de intereses debería hacerse en forma independiente en relación con cada tipo penal y dependería en buena parte de si el autor ha actuado dolosa o culposamente.

No obstante este criterio, con el fin de reducir la vaguedad de la ponderación de intereses como factor determinante de la permisión o desaprobación de riesgos, se propone una clasificación de las actividades sociales de acuerdo con sus implicaciones en la vida de relación comunitaria, distinguiendo así entre acciones suntuarias que demostrarían un excesivo interés individual de las acciones socialmente útiles y acciones socialmente necesarias.

Otra propuesta para concretar el planteamiento de la ponderación de intereses supone determinar en cada caso concreto si la intervención del derecho penal es apropiada, necesaria y adecuada, de manera tal que solo con la aplicación de los mencionados principios podría solucionarse un conflicto concreto entre el interés en el desarrollo de la acción y el específico interés que al derecho incumbe en la preservación de los bienes jurídicos.

Respecto al mecanismo para determinar el riesgo desaprobado, consistente en la figura del hombre prudente, se ha sostenido que en la teoría de la causalidad adecuada surgió la necesidad de determinar cual de las diversas causas que desde el punto de vista de la equivalencia de las condiciones intervienen en la realización de un suceso debería ser tenida como penalmente "adecuada" para explicar el resultado, y como consecuencia de ello se recurrió a la creación de la imaginaria figura del "hombre prudente" como un parámetro frente al cual pudieran compararse las conductas desarrolladas por los imputados y determinar si ellas eran penalmente irrelevantes por coincidir con las del imaginario ser o si al diferir del mencionado parámetro debían ser consideradas como la causa adecuada que interesaba al derecho penal.

Por lo tanto, apoyándose en este criterio se ha propuesto recurrir a esta figura con miras de distinguir entre los riesgos tolerados y los jurídicamente desaprobados. Con base en esta propuesta, se habrá actuado dentro de los limites socialmente permitidos cuando la conducta cuestionada coincida con la que habría

desarrollado el ser ideal, mientras la acción será generadora de riesgos desaprobados cuando haya sido ejecutada en forma diversa a como lo habría hecho el ser imaginario.

Sin embargo, una genérica alusión a un ser ideal resultaba demasiado imprecisa, puesto que si se le atribuían conocimientos genéricos sobre todas las especialidades podría ser que se llegaran a considerar como desaprobados riesgos que no resultaran aplicables al hombre común y corriente por sus propias limitaciones humanas y personales; por tanto, tratándose de un ser ideal, resultaba igualmente lógico que desarrollara sus impecables actuaciones bajo unas condiciones ideales con las que no siempre se cuenta en la vida real.

Por otro lado, en un plano normativo la regulación de los riesgos desaprobados como premisa fundamental de la teoría de la imputación objetiva, parte de las ideas de Hegel quien estima que el querer constituye la mas clara manifestación de libertad del individuo, de manera que una conducta solo le sería imputable a un sujeto en cuanto él hubiera podido comportarse de manera diversa a la que en realidad lo hizo; por tanto, imputable sería solo aquello que dentro de un comportamiento pudiera ser reconocido como perteneciente al individuo y solo le pertenece aquello que es manifestación de su querer; por ello, sujeto de imputación sería solamente quien es capaz de querer en cuanto quien quiere posee la libertad de actuación. Desde este punto de vista es el querer lo que permite reconocer entre simple causalidad y la imputación, de manera

tal que a un individuo solo se le reprochará una actuación en cuanto tenía la posibilidad de evitar el resultado nocivo.

Por ello, si bien en términos generales procede la imputación contra todo aquel que no evitó el resultado pudiendo haberlo hecho, esto no es suficiente puesto que se requiere, además, el juicio de antijuridicidad que varía de acuerdo con la posición de garante del autor, de tal manera que quien no evita un resultado pudiendo haberlo hecho, pero no tenía el deber de actuar, entonces desaparecerá la antijuridicidad de su comportamiento, mientras que de quien pudiendo y debiendo evitar un resultado no lo hace se debe predicar no solo el juicio de imputación por lo que no pudo haber hecho, sino el de antijuridicidad por lo que debió haber realizado.

Como se advierte el derecho exige algunas conductas que pueden ser esperadas de los hombres, pero debe tomarse en cuenta que sólo son esperables aquellas conductas que sean posibles, con lo cual se hace una diferenciación entre los conceptos de poder y deber, llegándose a concluir que quien no evitó un resultado pudiendo haberlo hecho le es imputable dicha afectación, pero solamente habrá desplegado una conducta antijurídica cuando además hubiera tenido el deber de evitar el resultado.

Con todas esta reflexiones se desprende que de la misma manera, la aprobación o desaprobación jurídica de un riesgo, no depende de su aislada existencia, sino de su evaluación con base

a ciertas reglas de conducta socialmente admitidas, las cuales pueden estar representadas por una normatividad.

No se debe perder de vista que las reglas de comportamiento social son las que permiten determinar aquello que dentro de una respectiva comunidad constituye un riesgo desaprobado, por eso es claro que ese juicio de desaprobación depende fundamentalmente de la manera como cada sociedad se encuentre organizada y de la forma como se educa a sus miembros, razón por la cual una misma conducta puede ser considerada como generadora de riesgos permitidos en una comunidad determinada mientras esa misma acción podría ser calificada como productora de riesgos desaprobados dentro de un sistema distinto.

Para la determinación de si un riesgo es o no jurídicamente desaprobado, "lo determinante no es entonces lo que el individuo pudo hacer para evitar el resultado, sino aquello que debió hacer para impedirlo, con lo cual se abandona un criterio eminentemente subjetivo como el del "hombre prudente" para adoptar en su lugar uno claramente objetivo, fundamentado sobre la existencia de una posición de garante derivada de las expectativas de comportamiento social. Desde este punto de vista, la valoración de un riesgo como permitido o prohibido presupone la confrontación de la conducta efectivamente desarrollada con una conducta hipotética que es la que debería haberse desarrollado; sólo en ese sentido es válido afirmar que las reglas de conducta social indicadoras de la forma

como el individuo debe conducirse constituyen una hipótesis que sirve de auxiliar metódico para la valoración del riesgo."[26]

La previsión de la conducta hipotética, sólo es concebible en la medida que las previsiones establecidas por la comunidad sean consideradas sólo como normas indicadoras, es decir, representan el marco referencial para lograr contrastar la conducta desarrollada y estimar si se ajustó o no a esa previsión establecida, por tanto, la desaprobación de un riesgo depende de una ponderación entre la conducta efectivamente desarrollada y aquella que debería haberse desplegado para la evitación del resultado, no es necesariamente el cumplimiento de determinada reglamentación lo que indica que se actuó conforme a un deber, pues llegan a existir múltiples ejemplos en los cuales pese a un estricto cumplimiento de la reglamentación se genera un riesgo jurídicamente desaprobado.

Como consecuencia de lo explicado con antelación, se puede sostener que la formal violación o el literal cumplimiento de una reglamentación sirve tan solo como indicador de una eventual desaprobación del riesgo creado, pero en modo alguno debe ser considerado como requisito suficiente para su demostración, pues la desaprobación de un riesgo solo podrá ser categóricamente afirmada cuando sobre la base de ese hecho indicador se proceda al análisis de cada situación concreta.

[26] Yesid REYES ALVARADO Imputación Objetiva Op Cit Pág 117

Ahora bien, es necesario precisar de dónde llega a emanar esa reglamentación que tiene efectos indicativos para la valoración concreta del riesgo existente, es decir, cuáles son las fuentes normativas.

Para tener una visión sistemática del tema, es indispensable retomar la calificación de las llamadas fuentes normativas que pueden formularse en tres categorías diversas: la primera, se refiere a disposiciones derivadas de la ley penal; la segunda, se relaciona con normas no penales, mientras que la tercera, comprende todas aquellas reglamentaciones que sin estar contenidas en una verdadera normatividad, recogen medidas de seguridad que son reconocidas como necesarias para la minimización de los riesgos provenientes de ciertas actividades.

Por su parte las normas penales caracterizada por la propia normatividad penal es la que describe comportamientos que por ser generadores de considerables riesgos deben ser evitados.

En cambio las normas no penales estimadas como todas aquellas que mayor frecuencia son normatividades diversas del derecho penal que contienen reglamentaciones tendientes a la reducción o eliminación de los peligros que determinadas actividades llevan consigo.

Finalmente se habla de reglamentaciones extrajurídicas las cuales se deben a la diversificación de actividades

que caracteriza la vida moderna y al acelerado desarrollo de la técnica en sus diversas manifestaciones, por lo que se ha hecho necesaria la confección de determinadas reglamentaciones que permitan no solo una ordenada ejecución de esas actividades, sino además, la minimización de los peligros que muchas de ellas acarrean consigo; la diversidad misma de esos comportamientos y la permanente evolución tecnológica hacen imposible que el propio Estado se coloque al frente de su regulación expidiendo periódicamente las reglamentaciones necesarias para garantizar los niveles mínimos de seguridad que deben ser exigidos en cada caso concreto, por ello, la sociedad civil en su conjunto y organizada en forma armónica se autolimita en ciertas actividades que generando un cierto riesgo lo minimiza con la observancia de ciertas reglas que permiten obtener un mínimo de seguridad sin afectar el progreso social y económico que representa la evolución tecnológica e industrial, tales como las reglamentaciones provenientes de asociaciones profesionales.

Es verdad que estas reglamentaciones no poseen el poder vinculante que caracteriza a las disposiciones legales, pero al señalar la forma en que debe ser ejercido un arte, profesión o deporte, indican las condiciones mínimas de seguridad que deben mantenerse en beneficio de la comunidad y sus integrantes.

Por otro lado, en forma particular debe indicarse la correcta aplicación de los parámetros que para la determinación del riesgo jurídicamente desaprobado y que acabamos de señalar, permitirán en todos los casos distinguir claramente la conducta que es

socialmente tolerada y aquella que no lo es; es cierto que es frecuente que algunos casos especiales sean tratados por la doctrina en forma aislada, como si respecto de ellos no rigiera la teoría de la imputación objetiva y necesitaran por consiguiente mecanismos especiales para establecer si se trata o no de conductas jurídicamente reprochables.

Para estos efectos, como ejemplos claros de la autodeterminación de la vida social, debe precisarse que quienes dentro de la vida de relación social tienen en sus actividades la confección de productos destinados al consumo de los coasociados, adquieren por ese sólo hecho una posición de garantes que les obliga a elaborar sus productos de manera tal que no supongan para la comunidad riesgos mayores a los socialmente tolerados, de tal manera que cuando ello no sea posible, como norma mínima de seguridad, existe para ellos el deber de abstenerse de la comercialización del producto y eventualmente de retirarlo del mercado cuando sus peligros hayan sido detectados solo con posterioridad a su inicial distribución.

Como se advierte de esta particularidad, la posición de garante que genera los deberes aquí comentados es predicable tanto del fabricante de los productos como de su primer vendedor, sin cobijar a los que podrían denominarse vendedores secundarios; para estos últimos existe solamente el deber de adquirir y enajenar los productos de acuerdo con las normas vigentes y de acuerdo con las prácticas reconocidas como válidas dentro de su respectivo círculo de actividades.

Otro aspecto que merece especial atención respecto a este tema, es el que se refiere a la promoción, posibilitación o participación en autopeligros. En estos casos el análisis debe desarrollarse en las diversas reflexiones que permiten comprender la magnitud del problema y sus soluciones, pues, si bien es cierto, que a nivel constitucional suele estar garantizado el derecho a la vida e integridad personal de los ciudadanos, ello solo puede entenderse como una tutela del individuo frente a eventuales agresiones que puedan provenir de terceras personas, pero en modo alguno debe ser interpretado como una protección frente a las acciones peligrosas desarrolladas por el propio individuo, pues esto último, más que un derecho a la integridad personal, supondría la exigencia de un inexistente deber de continuar viviendo.

Con ello, un claro ejemplo de la punible promoción o posibilitacion de autodaños ajenos lo constituyen todas aquellas conductas por medio de las cuales se facilita la autopuesta en peligro de personas que están en incapacidad de comprender el peligro que afrontan o de autodeterminarse de acuerdo con dicha comprensión, tal como suele ser reconocido por la doctrina.

No debe soslayarse que en el ámbito de la realización de riesgos, la necesidad de que exista una relación entre el riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado penalmente relevante resulta indispensable para que pueda estar completo el juicio de imputación objetiva, para ello, existe consenso en la doctrina pues las opiniones divergen al momento de ubicar sistemáticamente dicho

elemento, así como respecto de su denominación, de los mecanismos que deben ser empleados para verificar su existencia, e incluso en lo relacionado con los delitos a los que debe ser aplicado.

En lo referente a la forma como debe ser denominada esa relación que necesariamente debe existir entre el riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado penalmente relevante, para poder afirmar que este último es objetivamente imputable a determinada persona, existe una enorme confusión terminológica, presentándose expresiones como las de "relación de causa", "causalidad de la culpa", "causalidad de la lesión al deber de cuidado"o "causalidad de la evitabilidad".

Posteriormente, con el afianzamiento de la doctrina en torno de la necesidad de mantener el deber de cuidado como un elemento indispensable del delito culposo, se hizo aun mas evidente que un juicio de imputación no podía existir sin la presencia de una relación entre esa contrariedad al deber de cuidado y el resultado finalmente producido, con lo cual dicho vínculo fue caracterizado con el nombre de: "relación de contrariedad al deber de cuidado."[27]

Por otro lado, aún cuando suele ser generalmente admitido que el vínculo entre el riesgo jurídicamente desaprobado y el

[27] Cfr Yesid REYES ALVARADO Imputación Objetiva Op Cit Págs 197 y 199 Agregando el autor en cita que "En consecuencia, consideramos que la dominación correcta debe ser la de "realización de riesgos" porque permite comprender inequívocamente que lo que se pretende destacar es la necesidad de existencia de un vínculo entre conducta y resultado, el cual solamente estará presente cuando el riesgo jurídicamente desaprobado haya sido el mismo que se realizó en el resultado penalmente relevante "

resultado penalmente relevante debe ser analizado dentro de un plano valorativo, existe desacuerdo en los criterios al momento de conferirle un lugar dentro del sistema penal, pues mientras algunos sostienen que debe ser estudiado dentro de la tipicidad, otros consideran que debe ser tratado como elemento de la antijuridicidad, e incluso se llegó a considerar en alguna oportunidad que se trataba de un requisito propio de la culpabilidad. Como quiera que sea, de acuerdo con el sistema penal defendido por esta teoría, el contenido del injusto está determinado por una teoría de la imputación objetiva, considerándose equivocada la aislada pretensión de ubicar la realización del riesgo como un elemento de la culpabilidad, puesto que el contenido de ella está determinado por una teoría de la imputación subjetiva.

Por otro lado, conforme a esta teoría, se considera igualmente errónea la propuesta de situar la realización de riesgos desaprobados como elemento de la antijuridicidad, no solamente porque de acuerdo con la teoría del delito que se sostiene en este sistema ella formaría parte del concepto de injusto sino, además, se conduciría a la insostenible afirmación de que la simple creación de riesgos jurídicamente desaprobados generaría una conducta típica, mientras la realización de dicho riesgo en el resultado sería la encargada de conferir el carácter antijurídico a la acción.

Independientemente de lo anterior, lo cierto es que la teoría de imputación objetiva, emplea los mismos elementos del delito, en cuanto a su denominación, que las diversas posturas,

coloreándolos con un contenido distinto que pretende hacer congruente el sistema penal bajo un principio de unidad que permita dar soluciones a cada caso en base a la normatividad establecida.

Por otro lado, el tratamiento de la teoría de la imputación objetiva ha sido diverso tanto por Günther JAKOBS[28] como FRISCH, quienes se propusieron como objetivo fundamental dotar de coherencia sistemática a la imputación objetiva, entendida como teoría del tipo objetivo, con lo que se vislumbra la auténtica naturaleza de esta teoría, que recibió severas críticas pues se llegó a considerar que se ha presentado como un conglomerado inconexo.

La concepción de estos autores, presenta tres aspecto fundamentales en común: parten de una idea rectora sobre la cual dotan de unidad global a la teoría de la imputación objetiva; sobre la base de la idea rectora, aunque diferente en cada uno de ellos, ambos conforman los dos niveles sobre los que se proyecta la imputación objetiva, por un lado el nivel del comportamiento denominándolo imputación del comportamiento según Jakobs y, teoría de la conducta típica, según Frisch, y el de la imputación del resultado, que se encuentra circunscrito en el segundo nivel en los delitos de resultado; como tercer aspecto, a partir de una perspectiva metodológica coincidente, que toma como punto de referencia la necesidad de hallar una fundamentación teórica de la responsabilidad

[28] Cfr. La Imputación Objetiva en Derecho Penal Op Cit Págs. 89 y ss

en el marco del tipo penal, para después, configurar de manera deductiva las instituciones dogmáticas que la determinan.

En este sentido, junto a los conceptos doctrinarios y teóricos, Jakobs expone las instituciones dogmáticas a través de las cuales pretende articular la teoría de la imputación objetiva.

En el primer nivel de la imputación objetiva, que se señaló con anterioridad, ubica la imputación de comportamientos, proponiendo cuatro instituciones: riesgo permitido; principio de confianza; prohibición de regreso y competencia de la víctima.

La cuestión cuya autonomía conceptual resulta más dudosa es el principio de confianza, pues tan sólo constituye una concreción de lo que generalmente puede reputarse como riesgo permitido, es decir, se trata de determinar cuando existe en ocasión del desarrollo, una actividad generadora de un cierto riesgo permitido, la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también intervienen en dicha actividad y cuando se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos. Por ello se puede pensar que la aplicación de los supuestos del principio de confianza no dejan de formar parte del grupo de casos en los que el riesgo permitido requiere una adaptación a las circunstancias concretas, cosa que también sucede en otros muchos sectores del riesgo permitido.

Por otro lado, la institución del comportamiento de la víctima, cuyos rasgos esenciales este autor las limita a esbozar pues en su obra, sólo presenta algunos rasgos dispersos y sin mucha coherencia, aunque se le reconoce que en las restantes instituciones tienen rasgos mas perfilados y que son propuestas como elementos de la imputación del comportamiento: el riesgo permitido y la prohibición de regreso.

Por cuanto al significado y alcance del riesgo permitido y que constituye un sector que parte de una concepción normativa del riesgo desligada de probabilidades estadísticas de lesión, fue definido como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente status quo de libertades de actuación desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento.

Desde esta perspectiva, hay que resaltar la polémica que se plantea en cuanto a la fundamentación de esta institución, aunque se insiste por este autor, que al riesgo permitido no siempre subyace una ponderación consciente de bienes, sino que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica; es decir, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación.

Por lo que hace a la institución más original de la imputación objetiva, concebida por Jakobs, consistente en la prohibición de regreso. Esta institución lo que pretende es enmarcar

de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva, con ellas se satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamiento imprudentes como dolosos, con base en criterios objetivo-normativos, necesidad resumida en la conocida frase de "no todo es asunto de todos".

Con este principio se llegó a vincular la teoría de la participación en la imputación objetiva del comportamiento, presentando a la prohibición de regreso como el reverso de la participación punible.

En este sentido, la institución de la prohibición de regreso, configura los límites de la responsabilidad y, por tanto, de la posición de garantía, excediendo en mucho a la antigua doctrina de la prohibición de regreso como interrupción del nexo de imputación entre un primer comportamiento imprudente y un posterior comportamiento doloso; sino que la prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir, que puede estar alejado del mismo.

La prohibición de regreso opera cuando el sujeto que realiza la actividad que facilita el comportamiento delictivo no tiene que aceptar como algo común el delito cometido; desde esta óptica, la prohibición de regreso configura el ámbito de intervención no delictiva en el suceso y determina el campo de la no participación punible.

A partir de estos postulados, se proponen por este autor, una concepción extensiva de la autoría, es decir, una concepción unitaria del injusto en el que intervienen varios sujetos o sistema unitario de participación, describiendo a partícipes y autores como creadores de una misma unidad de sentido y, por lo tanto, como intervinientes del injusto colectivamente realizado.

Con ello, frente al campo de lo no punible, el hecho conjunto ha de verse limitado de modo objetivo, y no subjetivo, por medio del ánimus de los intervinientes, precisamente por estar basada la construcción en la expresión colectiva de sentido creada a través del hecho.

Con este punto de partida, tal parecería que la diferenciación dentro del campo de lo punible, entre autores y partícipes, debería llevarse a cabo con criterios cuantitativos y no cualitativos, éste es uno de los puntos del autor en comento que se encuentra en sus obras con una delimitación de desarrollo[29].

Esta tendencia destaca el gran desarrollo que efectúa el autor en cita, respecto en el primer nivel de imputación objetiva, la imputación del comportamiento, pero con cierta debilidad en la fundamentación de la imputación de resultado, es decir, hasta cierto punto difiere en este aspecto de la imputación objetiva

[29] Cfr Günther JAKOBS. Estudios de Derecho Penal Traducción de Enrique Peñaranda Ramos y otros Editorial Civitas 1a Edición Madrid España 1997 Pág. 223 y ss.

sustentada por la mayoría de la doctrina que tiene como centro de atención a los caos particulares de esta índole. En este rubro no se concibió al resultado como injusto objetivo, ya que parte de la referencia general al concebir el resultado como aumento cuantitativo de la objetivación del quebrantamiento de la norma, lo que no permite una mejor claridad para determinar la relación entre quebrantamiento externo de la norma, que es concebida por este autor como resultado específico del injusto penal, objetivamente imputable, y el resultado en sentido material.

Finalmente, por lo que concierne al segundo nivel de imputación, que es la realización de riesgos, se le dedica la atención para determinar la relación de la imputación del resultado con el primer nivel de imputación del comportamiento, partiendo, de una definición de riesgo como conjunto de condiciones explicativas de un suceso, abordándose en este rubro el criterio del problema de los comportamientos alternativos ajustados a derecho, pues se pretende encontrar el criterio de solución en que la causación se haya producido de modo planificable o no: el comportamiento no permitido tan sólo constituirá la explicación del suceso lesivo cuando el curso causal que de él deriva se haya producido de tal manera que su evitación fuese planificable; cuando ello, no sea así, la explicación de la lesión estará en la realización de un riesgo general de la vida.

4.- ACIERTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

El análisis de la teoría de la imputación objetiva por diversos autores, permitió distinguir los distintos aciertos que representa su sistemática y el contenido que le atribuye a los elementos del delito y, en particular la de averiguar y establecer el significado de un determinado comportamiento desde el punto de vista social, que es, lo que propiamente constituye el objeto de la imputación objetiva.

Esta teoría parte de un principio fundamental, en el sentido de que el mundo social no está ordenado de manera cognitiva sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo, sobre la base de competencias y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto, por lo tanto, el hecho de que un comportamiento cause de modo cognoscible, un resultado pernicioso, que nada signifique, pues puede que en el contexto el suceso competa a otra persona.

Por ello, el juicio de imputación sobre el hecho se configura, por tanto, como un juicio teleológico, pues dada la capacidad de voluntad para establecer y realizar fines y dirigir el curso causal hacia una meta determinada, la voluntad domina lo que acontece en la naturaleza y lo convierte en hecho propio.

El hecho se presenta como un todo teleológico, es decir, como un conjunto variado de causas y efectos que halla conjunción a través de la relación con lo fines de la voluntad; en este sentido, cabría hablar de causalidad de la voluntad, lo que significa que un acontecer externo es de nuevo conducible a una voluntad que establece fines.

Con esto, en la teoría de la imputación objetiva, se trata el significado y la delimitación del comportamiento socialmente adecuado y el comportamiento socialmente inadecuado.

Una vez realizada esta delimitación, la teoría logra determinar el comportamiento que se exige a una persona determinada en cada contexto; si la persona no cumple con la exigencia del contexto, su comportamiento tiene un significado delictivo; esto no supone, sin embargo, que conforme a esta teoría, todo resultado producido causalmente pueda ser explicado a través del significado delictivo del comportamiento, ya que el resultado podría haberse producido con ocasión de dicho comportamiento, pero de modo fortuito.

Los distintos estudios desarrollados sobre esta teoría de la imputación objetiva, han permitido, desde una perspectiva metodológica, atribuirle el cometido de fijar los criterios normativos por lo cuales un resultado, en el que reside la lesión del bien jurídico, es atribuible a un comportamiento activo u omisivo, partiendo desde casos o supuestos problemáticos dentro de la causalidad.

Dentro de estos supuestos se encuentra como objeto de preocupación por la problemática que desde varis años atrás presentaban los casos englobados bajo la denominación de: comportamientos alternativos ajustados a derecho. En estos casos, el resultado lesivo sobreviene igualmente de haber adoptado el sujeto un comportamiento conforme al deber jurídico. Habiéndose solucionado mediante el criterio del fin de protección de la norma, que desde su inicio se hizo extensivo a los delitos dolosos.[30]

De acuerdo con este principio, si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se quería evitar con el establecimiento del deber que emana de la norma de cuidado, el autor estará exento de responsabilidad.

Sin embargo, conforme a la opinión de Claus ROXIN[31], quien elaboró para estos supuestos su teoría del incremento del riesgo, circunscrita en un principio a los delitos imprudentes, conforme a la misma se examina la conducta que no se le hubiera podido imputar al autor de acuerdo con el riesgo permitido, se compara con ese comportamiento la forma de actuar del sujeto y se comprueba, entonces, si en la configuración de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad del

---

[30] Cfr Günther JAKOBS La Imputación Objetiva en Derecho Penal Traducción de Manuel Cancio Meliá Editorial Civitas 1a Edición Madrid España 1996 Págs 30 y ss

[31] Cfr Teoría del Tipo Penal. Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico. Traducción de Enrique Bacigalupo Editorial Depalma. Buenos Aires Argentina 1979. Págs 49 y ss

resultado en comparación con el comportamiento que hubiese sido correcto.

En este orden de ideas y para efecto de encontrar criterios convincentes para determinar los casos en los que se debe de responder por la causación de un resultado, se propuso utilizar como criterio general de imputación, en el ámbito del delito imprudente, el fin de protección de la norma. Este criterio operaría en sustitución de la previsibilidad objetiva, consubstancial al juicio de adecuación.

La aplicabilidad de este juicio pretendía obviar las dificultades que de por sí entrañaba el juicio de previsibilidad y permitir determinar de modo más correcto si concurre la necesaria relación de antijuridicidad entre la lesión del deber de cuidado y el resultado lesivo.

Por otro lado, en razón de la problemática que representaban los casos de comportamientos alternativos ajustados a derecho, motivó el interés por elaborar una teoría general de la imputación para los delitos de resultado, comprendiendo tanto los dolosos como los culposos, pero desligadas completamente de los dogmas causales.

En este sentido, se propuso[32] una serie de criterios normativos que permitirían cumplir este cometido; en ellos, el denominador común se encontraba conformado por el principio del riesgo, conforme al cual, a la luz del resultado, lo determinante es saber si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado, por lo que sobre este parámetro, para determinar el juicio de imputación objetiva de resultado se propuso: a) la disminución del riesgo; b) la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante; c) el incremento o falta de aumento del riesgo permitido, y; d) la esfera de protección de la norma.

Para una mejor claridad, se explicó por esta teoría que la idea de la disminución del riesgo Claus ROXIN[33] la llegó a formular en el sentido de que lo que reduce la probabilidad de una lesión no se puede concebir como dispuesto finalmente respecto del menoscabo de la integridad corporal y, en consecuencia no puede ser imputado.

En cuanto al ámbito de la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante, se dio cabida por el autor en cita, a casos como el del sobrino que manda al tío a pasear en el bosque en una noche de tormenta, supuesto que hoy se engloba en la categoría del riesgo permitido y de los riesgos generales de la vida; y toda la

[32] Cfr Günther JAKOBS La Imputación Objetiva en Derecho Penal Op. Cit Págs 33 y ss
[33] Cfr Teoría del Tipo Penal Op Cit Págs 94 y ss

esfera de la llamada teoría de la adecuación, así como la problemática de las llamadas desviaciones del curso causal.

Por lo que respecta al incremento del riesgo, se siguió reservando para la problemática de los comportamientos alternativos ajustados a derecho, conforme a los criterios por el mismo autor desarrollados años antes.

Finalmente, recurrió, el autor en cita, al fin de protección de la norma, como criterio destinado, básicamente, a abarcar casos de favorecimiento de autopuestas en peligro, puestas en peligro de un tercero con su consentimiento, daños sobrevenidos posteriormente y, casos en los que se produce un segundo daño, fin de protección de la norma que se reservó inicialmente para delitos imprudentes.

Con el doble significado del fin de protección de la normase sostuvo, por una parte, en cuanto al alcance que tenía la norma objetiva de cuidado de los delitos imprudentes; pero, por otra parte, el fin de protección de la norma se hacía en referencia al alcance de la norma de la correspondiente figura delictiva, llamándole a esta última acepción alcance del tipo, para evitar confusiones.

Estos parámetros, a salvo del referido alcance del tipo, se llegaron a sintetizar bajo la fórmula de que, para que un resultado sea objetivamente imputable a un comportamiento causal en relación con dicho resultado, es necesario que el comportamiento

incorpore un riesgo jurídicamente desaprobado que sea el que se realiza en el resultado.

La adopción de los criterios propuestos, no fueron entendidos como criterios para una teoría general de la imputación de los delitos de resultado y, por tanto, modificadores de la estructura típica del delito, ya sea activo u omisivo, doloso o culposo, sino que su adopción se lleva a cabo con el carácter de parámetros interpretativos que operan en el ámbito del tipo objetivo de dichos delitos, previa la constatación de la existencia de la relación de causalidad sobre la base de la teoría de la equivalencia de las condiciones; pero diferenciándola entre la estructura del delito doloso y el imprudente.

El empleo generalizado de criterios normativos de imputación, diferentes de los que permiten determinar la relación causal, tiene lugar, ante todo, en los delitos imprudentes, sin embargo, a ello algunos autores adicionan el nexo de antijuridicidad, cuya concurrencia exigen junto a la infracción del deber objetivo de cuidado, el resultado y el nexo causal, como la aplicación al delito imprudente de los criterios de imputación objetiva; de dicho requisito deriva que el resultado hubiera podido ser evitado mediante un comportamiento cuidadoso y que el resultado causado por la acción cuidadosa no queda fuera del ámbito de protección de la norma transgredida.

Con todo ello, una traducción de la concepción inicial de la teoría de la imputación objetiva al lenguaje jurídico-dogmático,

se sitúa en el plano de la teoría de la acción, pues con la idea de hecho objetivamente imputable, como acontecer dominable por la voluntad, esta concepción lo que hace es construir un concepto de acción que engloba tanto la imputación de actuar u omitir del sujeto como la del propio resultado externo, pues ambos forman parte del concepto de hecho y, por lo tanto, del de acción.[34]

[34] Cfr Günther JAKOBS La Imputación Objetiva en Derecho Penal Op Cit Pág. 28

5.- ERRORES DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN

Uno de los errores mas acentuados en la teoría de la imputación objetiva, se debe a la falta de un tratamiento unitario de la materia, que se debe, en gran medida al intento de compatibilizar, a partir de presupuestos no coincidentes, los elementos que configuran el injusto del delito imprudente con los nuevos criterios propuestos; y ello sin asumir la eventual necesidad de reinterpretar en su totalidad el significado de dichos elementos configuradores del injusto imprudente a la luz de los nuevos criterios.

En este sentido, en el seno de los delitos dolosos, la aplicación de criterios de imputación presenta una menor aceptación doctrinal de la teoría de la imputación objetiva, pues un sector de la doctrina rechaza con carácter general la necesidad de recurrir en este ámbito a criterios complementarios[35] de naturaleza normativa para determinar si un resultado es objetivamente imputable a un comportamiento.

Aunado a lo anterior, incluso entre quienes aceptan dichos criterios se discute si el juicio de imputación es o no es de naturaleza objetiva, problema que se manifiesta con especial claridad en la cuestión de los llamados conocimientos especiales.

[35] Este argumento se desprende de lo sustentado por Francisco MUÑOZ CONDE quien afirma que "la teoría

Como se advierte, existe discusión aún sin resolver, sobre la procedencia de esta teoría en materia de delitos dolosos, pues tratándose de los delitos imprudentes, la opinión es unánime sobre su aplicabilidad.

En efecto, entre los autores que asumen los criterios de imputación en el ámbito de los delitos dolosos, se llega a constatar, un mayor grado de coincidencia en torno a los presupuestos sobre los que se asienta el juicio de imputación, en todo caso, mayor del que es constatable en el delito imprudente.

La razón de lo anterior, se debe a que en el delito doloso se acepta que sólo partiendo de una determinada concepción del injusto y concretamente del desvalor de acción, resultan operativos los criterios propuestos, pues en esencia se parte de un desvalor de acción, concebido de modo objetivo-normativo y se señala que, sólo pueden ser imputados aquellos resultados que son fruto de un comportamiento que ante todo se presenta como objetivamente peligroso para un bien jurídico; el riesgo se convierte en concepto básico de la fundamentación del injusto, pues el Derecho penal sólo puede prohibir conductas peligrosas.

Sin embargo, en el seno de la creación del riesgo, la doctrina niega la imputación en supuestos de disminución de riesgo, falta de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y

---

de la adecuación constituye el modo de determinar la concurrencia de la relación causal, y que los criterios del incremento del riesgo, falta de realización del riesgo y fin de protección de la norma, operan como criterios complementarios " Cfr. Derecho Penal Parte General Op Cit Pág 265

supuestos de riesgo permitido, si bien no falta algunas diferencias entre los distintos autores.

Por otro lado, si lo que persigue la teoría de la imputación objetiva es la presencia de reglas y principios comunes a los diversos delitos, la adopción de criterios de imputación del resultado en el ámbito del delito de comisión, debería hallar correspondencia en el ámbito de los delitos de omisión. Sin embargo, la trasposición de los requisitos básicos propuestos para los delitos de comisión activa a este contexto, entrañaría que quien teniendo un deber de garantía se limita a no impedir un riesgo irrelevante o que no excede del nivel del riesgo permitido, no le es imputable el resultado; como tampoco debe ser objetivamente imputable el resultado cuando el riesgo que se concreta en el mismo no es el que el sujeto que omite la conducta estaba obligado a combatir y eliminar con su acción.

La doctrina mayormente dominante en torno a esta teoría, no ha sido unánime para la aplicación de una concepción sintética de los criterios de imputación, recurriendo apriorísticamente a casos individuales, llegando a constatarse diferencias substanciales de solución.

Estas diferencias deben ser añadidas con las que son parte de la discusión en torno al presupuesto sobre el que debe asentarse el juicio de imputación en la omisión. En este ámbito debe tenerse presente que frente al sector mayoritario que exige como presupuesto que el sujeto que omite hubiera evitado con su acción el

resultado disvalioso y el daño, que representa la correspondencia de la causalidad en la conducta positiva, otro sector de la doctrina se conforma con la constatación de que el comportamiento inactivo haya creado o incrementado el riesgo del resultado, en el sentido de la teoría del incremento del riesgo, lo que supone una sensible modificación de los parámetros sobre los que se determina la imputación de resultado.

Por todas esas razones, la introducción en el ámbito típico de criterios de imputación del resultado surgidos en base a determinados tratamientos de casos particulares, no permite afirmar, que se haya producido una reforma global o general de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva.

Asimismo, tampoco es dable señalar que para los diversos autores la imputación objetiva tenga el mismo alcance en el delito doloso que en el delito imprudente, ni que su ámbito operativo se conciba de modo coincidente; lo anterior, a pesar de que el cometido que se le pretende dotar en los dos ámbitos sea el mismo. Debe reconocerse que la adopción de los criterios mencionados ha entrañado una reformulación parcial del concepto de disvalor de acción y, en esta misma medida, también del injusto penal, sin embargo se sigue operando con una concepción que parte de la base de una distinta configuración del injusto del delito doloso y del delito imprudente.

Con ello, en el delito doloso, la presencia del mismo dolo conlleva a los autores a dotar de eficacia distinta a los criterios de imputación utilizados en el delito imprudente, en base a la naturaleza misma de delito.

Por otro lado, el hecho de que la relación entre infracción del deber objetivo de cuidado e imputación objetiva, siga siendo confusa en la literatura jurídica, dificulta la comprensión de la imputación objetiva en este contexto.

Las dificultades y discrepancias enunciadas, se encuentran también en los delitos omisivos como se ha narrado en líneas precedentes, pues las cuestiones abiertas entre los autores que se adhieren a este punto de vista siguen siendo múltiples, pues más allá de los términos empleados como peligro desaprobado y su propia realización, sobre los que existe un amplio acuerdo, los criterios determinantes para la concreción posterior, muestran gran diversidad de posturas y poco consenso.

En este contexto, una más de las críticas enderezadas al sistema de imputación objetiva, es en el sentido de que los criterios que permiten una restricción de la imputación objetiva de los resultados no se desarrollan y operan en el ámbito de la acción, sino que su lugar adecuado es en el tipo.

En cuanto al método empleado en el sistema, se sostiene, por un lado, el método deductivo empleado por una corriente

del pensamiento en la determinación de los criterios sobre los que se fundamenta la responsabilidad; en cambio, otra esfera importante de esta tendencia, sostuvo la presencia del método inductivo, como se denota del hecho de que los criterios se desarrollan a partir de la problemática particular que suscitan determinados casos y, esto, a pesar de que los criterios de imputación del resultado se quieren configurar como producto de una sistema teleológico-funcional.

Si a todo ello, se agrega lo previamente indicado sobre el distinto alcance y aplicación de los criterios en función del tipo de comportamiento a valorar, la conclusión no puede ser otra que la de hallarnos lejos de una teoría general de la imputación o del injusto típico, cuya proyección sea idéntica para las distintas formas del comportamiento penalmente relevante, por ello, estas concepciones expuestas en la teoría de la imputación objetiva, están más próximas de ser una argumentación temática que un sistema de nuevas estructuras.

Por todas las críticas que se pueden enderezar en la imputación objetiva, tanto Günther JAKOBS[36] como FRISCH se propusieron como objetivo fundamental dotar de coherencia sistemática a la imputación objetiva, entendida como teoría del tipo objetivo, con lo que se vislumbra la auténtica naturaleza de esta teoría que se ha presentado como un conglomerado inconexo.

[36] Cfr. La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Op. Cit. Págs. 89 y ss.

La concepción de estos autores, presenta tres aspecto fundamentales en común: parten de una idea rectora sobre la cual dotan de unidad global a la teoría de la imputación objetiva; sobre la base de la idea rectora, aunque diferente en cada uno de ellos, ambos conforman los dos niveles sobre los que se proyecta la imputación objetiva, por un lado el nivel del comportamiento denominándolo imputación del comportamiento según Jakobs y, teoría de la conducta típica, según Frisch, y el de la imputación del resultado, que se encuentra circunscrito en el segundo nivel en los delitos de resultado; como tercer aspecto, a partir de una perspectiva metodológica coincidente, que toma como punto de referencia la necesidad de hallar una fundamentación teórica de la responsabilidad en el marco del tipo penal, para después, configurar de manera deductiva las instituciones dogmáticas que la determinan.

CAPITULO QUINTO
LA DOGMÁTICA PENAL

1.- CONCEPTO DE DOGMÁTICA

Para abordar el estudio del concepto de la dogmática, es necesario asentar que el dogma se ha entendido como el "punto fundamental de doctrina, en religión o en filosofía.- Conjunto de creencias o principios."[1]

Por otro lado, Celestino PORTE PETIT[2] al estudiar el alcance del término que nos ocupa, después de varias reflexiones afirma que "La ley tiene, pues, el carácter de dogma y como éste no es sino una posición firme y cierta, principio básico de una ciencia, resulta que aquélla será la premisa de toda sistematización jurídico penal."

[1] Cfr. Diccionario de la Academia Real de la Lengua Española

[2] Cfr. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal Op. Cit. Pág. 26 Agregando inmediatamente, el autor en cita, que "En realidad, la ley es como un dogma, porque es el instrumento con que trabaja el juzgador, pero no entendida como un fetiche, sino como una norma de la cual hay que descubrir su voluntad." (Op. Cit. Pág. 26)

El autor en cita, en otra de sus obras, sostiene que "la dogmática jurídico penal consiste en el descubrimiento, construcción y sistematización de los principios rectores del ordenamiento penal positivo."[3]

Como se llega advertir de las afirmaciones anteriores, su denominación proviene de su propia esencia, sostiene Giuseppe MAGGIORE,[4] que "literalmente, dogmática significa <ciencia de los dogmas>, o sea, de las normas jurídicas dadas dogmáticamente, como verdades ciertas e indiscutibles."

En el aspecto filosófico, el dogma es un término griego que significa una ordenanza pública mediante decreto y también una opinión. Actualmente significa una opinión filosófica, explícitamente formulada y generalmente admitida, en un sentido despectivo; asimismo significa una opinión aceptada como autoridad, sin apoyo de la demostración y la experiencia.[5]

Por su parte el filósofo Manuel KANT[6] llama dogma a una proposición directamente sintética basada en conceptos, Distingue el dogma de la mathema, que es una proposición similar elaborada por una construcción de conceptos, recordándose que en la historia del cristianismo los dogmas han venido a significar la

[3] Celestino PORTE PETIT Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. Gráfica Panamericana México 1954 Pág 22

[4] Cfr. Derecho Penal Editorial Temis. 2ª Ed Bogotá 1952 Pág. 55 Asimismo el autor indicado al citar a Grispigni asienta que "la norma debe ser captada tal como es, como un dogma y precisamente por eso la disciplina se llama dogmática jurídica" (Op Cit Pág 56)

[5] Cfr Dagobert D RUNES Diccionario de Filosofía Editorial Grijalbo 1ª Ed México 1969 pág. 103

[6] Crítica de la Razón Pura Colección Sepan Cuantos No 203 Editorial Porrúa México 1998. Pág 105

definición de las verdades reveladas y propuestas por la autoridad suprema de la Iglesia como artículo de fe que deben ser aceptados por todos sus miembros

Por otro lado, sobre el concepto de la dogmática, contamos con un sinnúmero de definiciones, de entre las que destacan en las últimas fechas, las de diversos tratadistas que se han ocupado de este tema, por la trascendencia que representa.

Dogmática jurídica, sostiene Robert ALEXY[7] "es una serie de enunciados que se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del derecho, pero no pueden identificarse con la descripción, están entre sí en una relación de coherencia mutua, se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente y tiene contenido normativo."

Por su parte Rolando TAMAYO Y SALMORAN[8] haciendo una diferenciación entre dogmática y teoría jurídica afirma que "la dogmática informa sobre el contenido del derecho positivo, constituye un instrumento que nos permite obtener respuestas concretas,...contiene las reglas de formación del discurso jurídico racional y, como tal, constituye una teoría de la justificación jurídica."

[7] Teoría de la Argumentación Jurídica Traducción Manuel Atienza y otra Centro de estudios Constitucionales Madrid España 1998 Pág 246

[8] Dogmática Jurídica y Teoría Moral. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho Instituto Tecnológico Autónomo de México. No 4 Abril de 1996 Pág 39

Aún cuando Carlos SANTIAGO NINO[9] no proporciona un concepto de dogmática, sí proporciona sus elementos fundamentales que permiten identificarla, sosteniendo que es la descripción del derecho desde un punto de vista científico, que permite sus aplicación para dar soluciones adecuadas a los caos que se presentan.

Independientemente de lo anterior, lo cierto es que las diversas formas de conceptuar a la dogmática las podemos englobar en estos criterios generales:

a). Se ha sostenido, por una parte, que la dogmática, es un ulterior momento de la exégesis, porque estudia las conexiones de las varias normas penales para llegar a la construcción de aquellos conceptos y de aquellos principios jurídicos que regulan los varios institutos de derecho penal y de sus relaciones, para elevarse a conceptos más generales y por tanto, a la construcción del sistema, ya que en efecto, la dogmática penal es la penetración del espíritu de las normas a través de su interpretación, su integración y su coordinación, para llegar a la precisión del canon que sirve para la exacta valoración de los hechos humanos que se verifican en la sociedad.[10]

En esta primera concepción de la dogmática, aún cuando la misma no es considerada como exégesis de la propia ley, se apoya en las disposiciones legales para desarrollar sus conceptos,

[9] Cfr. Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica Editorial UNAM México 1989 Pág 33
[10] Cfr Celestino PORTE PETIT Apuntamientos Op Cit Pág 27

los que desprende del contenido de las normas, al estudiarlas en forma sistemática y coordinada, permitiéndole formular, bajo principios inductivos, partiendo de lo particular a lo general y descubrir en todas aquellas normas, las notas que se llegan a repetir constantemente en las mismas, logrando entresacarlas como el común denominador, lo que autoriza a formular estimaciones genéricas, advirtiendo su inmutabilidad a pesar del distinto contenido que en particular conserven las disposiciones jurídico penales, al regular situaciones concretas que permiten la vida en sociedad al tutelar valores de mayor jerarquía.

Con el empleo del método inductivo, la dogmática se compenetra profundamente en el contenido de las disposiciones jurídicas, pues al lograr la elaboración de conceptos generales, se descubren en los mismos las razones y causas inmediatas relevantes para su estructura y su subsistencia, con lo cual se permite conocer el alcance protector de la misma norma jurídica, así como su función en la regulación de los hechos humanos que se desarrollan en la colectividad, destacando la importancia de los bienes jurídicos para ser tutelados.

b). En una segunda concepción, la dogmática jurídico penal, también conocida como ciencia del derecho penal en sentido estricto, es considerada como la disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que forman el seno del ordenamiento jurídico positivo: el Derecho penal.[11]

[11] Cfr Celestino PORTE PETIT Apuntamientos Op Cit. Pág 27

En esta vertiente la dogmática ha sido estimada como conjunto de principios y conocimientos que tienen como objeto el contenido de las normas jurídico penales, integradoras del propio derecho penal.

Para referirnos al contenido de las normas jurídicas, debemos mencionar que comprende tanto al precepto como a la sanción, que en su caso se ha tomado en cuenta por el legislador para la salvaguarda y protección de los bienes jurídicos, es decir, bajo este concepto, se abarca el conjunto de elementos tanto objetivos como subjetivos y normativos, necesarios para la tutela de los bienes jurídicos de mayor valor en la colectividad.

Por otro lado, sin duda, al estimarse a la dogmática penal, en esta concepción, como una ciencia, implica que necesariamente mantiene en su estructura la existencia de un método indispensable par llegar al conocimiento del contenido de dichas normas, con el alcance precisado con antelación.

No debemos soslayar, que las normas jurídico penales, no sólo prevén conductas o hechos sancionables por la ley, sino que, algunas otras, tienen como función reglamentar los aspectos generales aplicables a todo delito en particular, por ello, en el estudio que la dogmática penal desarrolla comprende estas dos esferas normativas, con ello extrae las constantes que se repiten y se

mantienen inmutables en las disposiciones legales para construir sus propios conceptos.

c). Un tercer concepto, es en el sentido de que la interpretación de los preceptos dispositivos, la construcción de las instituciones jurídicas y su reducción a sistema, constituyen los objetos de la dogmática jurídico penal.[12]

En esta concepción se destacan los instrumentos metodológicos en los que se apoya la dogmática para realizar el estudio del contenido de las normas jurídicas, a través su interpretación lo que permite lograr la construcción de las instituciones de derecho penal así como el sistema mismo, es decir, mediante la interpretación de las normas se logra desentrañar su alcance jurídico, precisando su finalidad, sus elementos, su sentido y la esencia de la misma disposición.

d) Por otro lado, se ha estimado que en su auténtico significado, dice Luis JIMÉNEZ DE ASUA[13], la dogmática jurídico-penal cosiste en la reconstrucción de derecho vigente sobre base científica, es decir, la dogmática posee una función instrumental representativa, que consiste en refigurar el fenómeno jurídico de manera tal que sea más conforme a su peculiar vigencia histórica, inclusive, es necesario distinguir en este apartado, la dogmática propiamente dicha de un derecho vigente, de la dogmática de uno histórico, pues en el primer caso, se traduce en una dialéctica que se

[12] Cfr Celestino PORTE PETIT Apuntamientos Op Cit Pág 27
[13] Tratado de Derecho Penal Tomo I Op Cit Pág 83

desarrolla entre los hechos humanos y la norma jurídica, por ello, en esta esfera tiene una naturaleza esencialmente social, pues representa el contraste entre la norma abstracta y la vida de la colectividad. En el segundo supuesto, es considerada la mutación total del derecho en su estructura interna,
comprendiendo su propio ordenamiento, permitiendo estudiar los orígenes de tales mutaciones, sus factores históricos y sus consecuencias.

Por esta razón, la dogmática penal de ninguna forma puede ser estimada como conocimientos inmutables, sino por el contrario, el conocimiento se adquiere con el mismos dinamismo en que se desarrolla el avance de las disposiciones jurídicas, pues al compenetrase en los principios que sustentan las normas de derecho, al cambiar ésta, al adecuarse a la vida social, ese mismo dinamismo se ve reflejado en el avance de la dogmática..

La base científica de la dogmática, se sustenta en que la misma se apoya en principios comprobables, que se reflejan en la vida de la colectividad, pues mediante un proceso dialéctico verificado entre la norma jurídica y los hechos humanos, permite adaptar la norma a los requerimientos de la vida social, pero para lograr entresacar del contenido de las mismas normas esos principios que operan en la vida colectiva, transformarlos, conocerlos e interpretarlos, se adopta un método necesario para la observación y comprobación de los fenómenos sociales.

Por ello los dogmáticos, no pueden permanecer incólumes frente al avance de las disposiciones jurídicas, representaría una incongruencia anticientífica, pretender someter la vida social a determinados principios considerados inmutables, cosa que está por demás lejos de ser considerado como esencia de un estudioso de la dogmática o de un dogmático, que ante todo endereza su estudio al contenido dinámico de las propias normas jurídicas.

La dogmática jurídico penal no debe ser confundida con el dogmatismo filosófico, pues aunque mantienen orígenes semejantes, los métodos empleados por cada uno de ellos son diversos, así como el objeto de conocimiento, por tanto, son diversas las consecuencias que traen aparejadas.

En efecto, la dogmática es una ciencia, como tal emplea el método científico aplicable a las ciencias sociales, está sujeta a la observación y verificación de sus principios y postulados, teniendo como objeto de conocimiento las normas jurídicas consideradas como dogmas, al no poderse discutir por el estudioso la creación de las mismas, pero no implica la creencia ciega de su contenido, sin ulterior reflexión, sino por el contrario, entraña el análisis y rigor crítico para perfeccionarla o mejorarla.

En cambio, el dogmatismo filosófico es un término usado por muy diversos filósofos para referirse a las ideas de sus contrarios más o menos despectivamente, puesto que la palabra no ha podido desprenderse de una cierta tradición lingüística. En la

filosofía griega los escépticos, que dudaban de todo, llamaban dogmática a cualquier afirmación de algo. Con más precisión se puede aplicar el término dogmatismo a declaraciones desprovistas de una base racional, mientras que en la mentalidad popular la palabra sigue aludiendo al rigor del dogma de la Iglesia, que apela más a la fe que a la razón.

El dogmatismo desde Manuel KANT[14] adquiere una significación específica y se refiere a declaraciones metafísicas hechas, sin previo análisis de su justificación, sobre la base de la naturaleza y capacidad de la razón. Esto fue lo que KANT quiso poner de manifiesto con su crítica. Esta crítica es válida para todos los sistemas metafísicos de los siglos XVII y XVIII y también posteriores, que admiten los principios a priori sin fundamento racional. También se aplica a principios de carácter generalizado mantenidos sin tener en cuenta las condiciones empíricas.

Por todas las explicaciones anteriores, la dogmática jurídico penal, no puede identificarse con el dogmatismo, en cuanto se diferencian radicalmente, pues mientras el dogmatismo supone la creencia sin razón alguna de lo afirmado, la dogmática entraña el análisis del contenido de las normas jurídicas; además de que, el dogmatismo formula juicios a priori, es decir, antes de que el conocimiento se adquiera a través de los sentidos, en cambio, la dogmática, está fundada en el análisis del contenido de las normas

[14] Crítica de la Razón Pura Colección Sepan Cuantos Editorial Porrúa México 1998 Pág 103 y s s

jurídicas, pero sujetando su verificación operativa con el contraste dialéctico que se lleve a cabo entere las mismas y la realidad social.

Finalmente, el dogmatismo no admite la verificación de las ideas, sino que se dan como verdades inmutables, en cambio, la dogmática, requiere que en el análisis del contenido de las normas jurídicas, se lleve a cabo en el contexto social, entresacando los principios que se encuentran latentes en ellas y formulando ideas generales sobre los mismos.

Para que la dogmática pueda realizar su función, es necesario la interpretación de la ley, bajo los sistemas que se han desarrollado al respecto, pero resaltando aquél que tiende a desentrañar su voluntad, es decir, empleándose el método teleológico logrará encontrarse esa intención de la norma jurídica.

Además de la interpretación, la dogmática construye las instituciones de derecho penal, apoyándose en el contenido de las normas, entresacando los principios generales; finalmente, debe lograr la coordinación de esas instituciones, con la finalidad de hacerlas coherentes, es decir, suprimiendo toda contradicción entre ellas. Efectuando de manera inmediata la formulación de premisas universales, consideradas por el juzgador, a quien le correspondería efectuar la aplicación de las mismas a través del método deductivo, logrando aplicar la ley al caso concreto, creando las normas individuales.

2 .- EL DOGMA Y LA NORMA JURIDICO PENAL

Un tema de gran interés es el de distinguir el dogma de la norma jurídico penal, la razón responde a que en la doctrina un gran número de autores ha sostenido que la norma es considerada como un dogma, de tal suerte que el estudio de la misma, se ha denominado dogmática, sin embargo, ese vocablo no lo usan con la connotación filosófica que se le ha atribuido, inclusive, no le resultan aplicables las críticas que sobre el particular ha enderezado Manuel KANT en sus obras cumbres, pues se refiere a aspectos diferentes a la naturaleza de la norma jurídica.

Para iniciar este estudio, es de suma importancia referirnos al concepto filosófico de dogma, a fin de partir de estas primeras ideas y desentrañar su alcance y contenido propio.

Al respecto Dagobert D. RUNES[15] sostiene que actualmente el dogma, "significa una opinión filosófica, explícitamente formulada y generalmente admitida, en un sentido despectivo; opinión aceptada como autoridad, sin el apoyo de la demostración o experiencia."

En este sentido, el dogma es una proposición o juicio emitido en forma tal que es considerado como una verdad indiscutible, sin estar sujeto a análisis o reflexión alguna, pues se emite sin apoyo en la experiencia o en la razón del hombre, sino que su formulación es

[15] Diccionario de Filosofía. Op. Cit. Pág. 103

apriorística, pues no se apoya en la experiencia anterior ni se sujeta a una comprobación posterior a su emisión.

El dogma desde el plano filosófico, no admite ninguna forma de debate o discusión sobre el alcance y contenido de sus principios, por ello, sus postulados son considerados y admitidos en forma indiscutible, pues al no estar involucrada la razón son valorados como una verdad inatacable.

En cambio, respecto a la norma jurídica, partiendo de sus propios orígenes y dada la finalidad a la que se destina, se apoya no sólo en la voluntad del legislador, quien es el creador de la misma, sino en forma particular en la experiencia social para hacerla funcional, pues de otro modo sólo sería una descripción fría de hipótesis abstractas que nada regularían de las conductas humanas.

En este sentido, lo primero que es considerado para la estructura de la norma es la experiencia por la que ha atravesado la sociedad a la que se dirige, por lo que el término experiencia está estrechamente vinculado con la creación de la norma y le permite una adecuada regulación, siendo como se denota, radicalmente diferente el surgimiento de la norma jurídica de un simple dogma filosófico.

El término experiencia ha tenido diversas acepciones, pero entre esa variedad es necesario precisar la que ha adquirido uso y contenido, si bien no en forma exclusiva, sí la que en forma predominante la ha identificado, por lo que "el sentido o la

acepción de experiencia como conocimiento de los fenómenos sensibles (externos e internos) concatenados entre sí por nexos de causalidad."[16]

No debe ser soslayada la connotación que se le ha dado al término, en el sentido de identificarla con las enseñanzas que el ser humano va sacando de lo vivido por él mismo y de lo vivido por sus prójimos, ya sea antepasados o contemporáneos, enseñanzas derivadas de lo experimentado y que suelan producir una especie de entendimiento o de mayor destreza para tratar problemas prácticos, incluso también teóricos, tal es el sentido de esta palabra, además de que la experiencia enseña a hacer las cosas cada vez mejor.

Lo anterior sin olvidar que originariamente el término experiencia tuvo significados diversos, al grado de estimar bajo este vocablo al conocimiento directo de algo que nos es dado a nuestra mente de manera inmediata. Ese algo dado puede ser un dato sensorial, un estado de conciencia, puede ser una idea o principio evidente, un valor, un enunciado matemático, puede ser asimismo una estructura finalista, como la que se da en un organismo biológico; y puede, en fin de cuentas, ser cualquier otro objeto que se nos presente de manera directa e inmediata.[17]

En resumen, en todos esas acepciones, al hablar de experiencia se intenta manifestar que no se trata de objetos

---

[16] Luis RECASENS SICHES Introducción al Estudio del Derecho Editorial Porrúa 10ª E.d. México 1993 Pág 49

[17] Cfr Luis RECASENS SICHES Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa 10ª E.d México 1993 Pág. 49

elaborados por la mente o la razón, que no se trata de aportaciones del sujeto pensante, sino que, por el contrario, se trata de objetos preexistentes, los cuales nos aparecen como datos ante nuestra conciencia, de un modo previo a las interpretaciones que nuestra inteligencia pueda añadir sobre tales objetos. Así, se ha ampliado enormemente la angosta extensión que el concepto de experiencia tuvo en la ciencia y filosofía modernas, como experiencia sensorial, añadiéndole muchas áreas situadas más allá del ámbito de nuestra percepción sensorial y de las ciencias naturales.

Esta acepción es base fundamental para conceptuar a la experiencia jurídica que se toma como conocimiento inmediato y directo de una serie de datos que intervienen en la formación y en el desarrollo del Derecho.

En un primer acercamiento a la experiencia jurídica se podría describir ésta, por de pronto, a modo de necesaria observación preliminar y que nos hallamos ante algo dado de una manera inmediata y directa, configurado por un conjunto muy *complejo pero unitario de muchos y diversos datos, los cuales están* entrelazados de modo recíproco.

El conjunto de datos, complejo y unitario, figuran unos hechos de relaciones interhumanas, propiamente de relaciones sociales y colectivas, hechos en los que encarna una dimensión conflictiva, esto es, un problema práctico, una cuestión de conducta, en la que se da una cuestión dramática, un choque entre diversas

aspiraciones humanas, entre éstas y las limitaciones que la realidad impone

Esas aspiraciones están relacionadas no sólo con necesidades y deseos, sino que además, están cargadas con frecuencia de valoraciones, todo eso plantea un problema práctico, que está demandando un tratamiento adecuado y una solución pertinente

Esa experiencia es, por tanto, una experiencia de realidades y de valores, tal como ellas son, así como de valoraciones o ideales, de afanes, de necesidades. Esas realidades no son simplemente realidades frías, sino realidades vistas ya a través de lentes estimativos; realidades que, entre otros componentes, incluyen como ingredientes de las mismas algunas valoraciones, constituidas por creencias y convicciones estimativas, diferentes a veces en los diversos interesados, profesadas por los diversos hombres y por los distintos grupos sociales involucrados en esos hechos conflictivos.

La experiencia en esta dimensión incluye, también, además, el hecho de que quienes profesan esas estimaciones, o propugnan determinadas aspiraciones ideales, pretenden que éstas concuerden con criterio de valor objetivamente válidos, lo que implica la intuición de unos valores a los que se considera dotados de una intrínseca validez.

En suma, se trata de la experiencia de problemas prácticos de convivencia y cooperación interhumanas, matizados con algunas dificultades, problemas que demandan un tratamiento adecuado y una solución, al menos relativamente satisfactoria, de acuerdo con pautas de justicia, conforme a un criterio valorado. Esos problemas prácticos por ser tales, consisten en colisiones, en disputa que requieren ser solventadas prácticamente de modo ejecutivo, es decir, no tan sólo ser resueltas en el plano de la teoría, sino al nivel de la práctica en la realidad efectiva, de modo terminante y perentorio, de manera firme y decisiva o impositiva.

Esa experiencia jurídica es no sólo el conjunto de estímulos que suscitan la producción del Derecho, tanto de las leyes o normas generales, como de las normas individualizadas en las sentencias judiciales y en las resoluciones administrativas. Es además también el surgimiento que implican los programas o ideales estimativos concretos, ideados por el filósofo o adoptados por el político o sentidos por las gentes populares.[18]

Como primera y gran diferencia que encontramos entre dogma y norma jurídica, es precisamente la experiencia que sirve de base a la creación de la norma, cuestión que no toma en cuenta el dogma considerado en su acepción filosófica y cuya naturaleza intrínseca estriba en no admitir la existencia de la experiencia.

[18] Cfr. Luis RECASENS SICHES Introducción al Estudio del Derecho Editorial Porrúa 10ª E d. México 1993 Págs 50 y 52.

Por otro lado, la norma jurídica al dirigirse a la colectividad y entrar en contraste con la conducta humana, permite advertir su operatividad o eficacia, es decir, si la misma logra dirigir la conducta de los destinatarios a la finalidad por la que se ha creado. Este contraste con la realidad circundante a la vigencia de la norma, permite conocer si la misma responde a las necesidades de regulación de las conductas humanas, a fin de que, se advierta sus deficiencias o su necesidad de adecuación o modificación a una realidad, es decir, la norma jurídica permite ir adecuando su contenido a las necesidades de la colectividad a la cual se dirige.

La modificación de la norma jurídica representa una diferencia especial con el dogma, pues mientras aquélla es modificable válidamente sin alterar sus propia naturaleza y esencia, éste, el dogma, no admite modificación alguna y mucho menos está sujeto a la observación, pues esto alteraría su naturaleza y dejaría de ser considerado como dogma o verdad absoluta e indiscutible.

No debemos soslayar, que el contenido de la norma jurídica es para la tutela o salvaguarda de valores socialmente relevantes que en cada época la colectividad los estima de mayor jerarquía, por lo que está impregnada de valores ético sociales, que en determinados momentos o bajo ciertas circunstancias son modificables, siendo acorde la transformación de la norma conforme el avance de la colectividad y de sus propios valores.

En cambio el dogma, su esencia radica en lo inmodificable de sus postulados y contenido, pues al no admitir la verificación del mismo se mantiene como una verdad inmutable e indiscutible.

En otro orden de ideas y para evidenciar aún más su diferenciación de la norma jurídica con el dogma en su acepción filosófica, resulta indispensable asentar que la norma jurídica está sujeta a sus propios ámbitos de validez, es decir, los espacios dentro de los límites predeterminados, en razón del territorio, tiempo y del destinatario, en los cuales produce sus efectos el contenido que prevé, estos espacios permiten distinguir, los ámbitos de validez espacial, temporal y personal de la norma de derecho.

El dogma es vertido como una verdad inmutable, válidamente considerada, sin tomar en cuenta ningún otro factor que su propio contenido, con lo que se denota gran diferenciación con la norma jurídica.

Si *existen grandes y profundas diferencias entre el* dogma y la norma jurídica, cabe cuestionarnos cuál, entonces, es la razón por la que a ésta de le llega a denominar como dogma.

Consideramos que la razón responde más a cuestiones formales que de contenido, es decir, en virtud de que la norma jurídica en un determinado espacio de territorio y tiempo es obligatoria y, como tal debe ser cumplida cabalmente, contra su

Por tal razón, concluye el autor en cita, mal puede llamarse dogma a una regla que enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones, que es, de acuerdo con la Teoría Pura del Derecho, un juicio hipotético[21]

Se ha llegado a clasificar los dogmas jurídicos tomando como punto de referencia su operatividad en el ámbito del derecho, lográndose distinguir los dogmas aplicables a todas las ramas del derecho de aquellos que sólo resultan aplicables a una especial rama, pudiendo coincidir los primeros con lo principios generales de derecho, aunque no necesariamente deben coincidir.[22]

Si se llegaran a sostener que la ley tiene carácter de dogma, por ser una proposición firme y cierta, siendo el principio básico de una ciencia, como se llega a sostener en ese supuesto podría hacerse dogmática sobre cualquier rama del derecho, ya que obviamente todo estudio de algo presupone ese algo, y sería permitido hablar de dogmática jurídico civil o dogmática jurídico administrativa, y en tal caso habría tantas ciencias del derecho como especialidades tiene éste. También puede decirse que cualquier estudio sobre una rama del Derecho puede tener el mismo fin que la dogmática jurídico penal, pues entre otras cosas el estudio del derecho también se propone la búsqueda del contenido volitivo de la

[21] Cfr. Carlos AROCHA MORTON. Crítica a la Dogmática Jurídico Penal Op. Cit Pág 26
[22] Cfr Miguel VILLORO TORANZO Historia y Dogmática Jurídicas como Técnica de Interpretación del Artículo Tercero Constitucional Secretariado Nacional de Educación y Cultura México 1964 Pág 48

proposición jurídica, cuyo resultado es el novedoso fin proclamado por la dogmática[23]

Esta afirmación queda mas claramente explicada, cuando se menciona el método de interpretación que sostiene PORTE PETIT, al afirmar que no existe más interpretación que la teleológica, pues no debe hablarse sino de una sola interpretación: la teleológica, que busca la voluntad de la ley, con lo que la crítica que se le ha enderezado es en el sentido de que supone una supervoluntad, a pesar de que la ley vale como voluntad del estado, no como expresión de un querer subjetivo, además de que el sentido de la ley no puede ser la voluntad del Legislador, ya que en caso de no haber interpretación, se tendría que afirmar que no hubo voluntad, por otro lado, jamás se lograría dar fin al descubrimiento, si lo hay, de una voluntad; finalmente, la regla de Derecho no es sino la expresión de un deber cuyo nacimiento se encuentra condicionado por la realización del supuesto y no la expresión de una voluntad.[24]

---

[23] Cfr Carlos AROCHA MORTON Crítica a la Dogmática Jurídico Penal Op Cit Pág 26 Este autor al recordar a don Celestino PORTE PETIT, sostiene que como brillante defensor de la dogmática afirma que "La ley tiene, pues, el carácter de dogma, y como éste no es sino una proposición firme y cierta, principio básico de una ciencia, resulta que aquélla será la premisa de toda sistematización jurídico penal " (Cfr. Op Cit pág 26)

[24] Cfr Carlos AROCHA MORTON Crítica a la Dogmática Jurídico Penal Op Cit Pág 27

3.- ESTRUCTURA DE LA DOGMÁTICA PENAL

Como es sabido, la escuela dogmática surge en el ámbito del derecho como contraposición de la escuela exegética del derecho, la razón es que no se sujeta estrictamente a la intención del legislador, lo que en sí mismo es relativo debido a que solamente los psicólogos pueden conocer la psique del creador de las normas jurídicas, según el momento en que las produjeron y según lo que el mismo persigue.

Asimismo, esta escuela también representa una respuesta contraria a la escuela del derecho libre, en virtud de que no se permite que el juzgador como principal intérprete del derecho se aparte de lo que la ley establece, evitando su actuación en forma subjetiva, en miras de una aplicación de justicia.

Por esta razón, se ha considerado a la dogmática como ciencia, con un método y conocimientos ordenados, en donde el principal instrumento de estudio es la lógica formal, apartándose completamente del momento histórico y del acontecer social en el que surge el derecho; por tanto, la dogmática tiene como finalidad obtener los elementos generales de naturaleza formal, contenidos en las normas jurídicas y que son susceptibles de una conceptualización abstracta.

Con relación a la sistemática de esta teoría, se ha sostenido por Robert ALEXY[25], que se llega a expresar a través de cinco tipos de postulados o enunciados, a saber:

a) Los que dan el propio lenguaje dogmático. Son aquellos que proporcionan las definiciones de los conceptos jurídicos originales o genuinos, siendo los conceptos originales aquellos que existen porque la ley los contempla como tales, es decir, la norma que contiene como mínimo la conducta humana.

b) Los que indican el uso del lenguaje dogmático. Son aquellos que definen a los otros conceptos jurídicos que aparecen en la norma, cuando el mismo concepto mantiene diversas connotaciones, dependiendo de la posición del intérprete.

c) Los que expresan una norma no extraída de la ley. Son aquellos que surgen de la opinión de los juristas, es decir, existen cuando el jurista considera dogmática una opinión.

d) Los que describen y caracterizan cierto estado de cosas. Son aquellas normas individuales que sirven para producir, eliminar o conservar el estado de las cosas.

e) Los que formulan principios. Estos enunciados son aquellos que tienen un alto nivel de generalidad y que para poder aplicarlos requieren, en las mayoría de las veces, normas adicionales.

[25] Cfr Teoría de la Argumentación Jurídica Op Cit Pág 257

Con la finalidad de tener una visión completa de la dogmática jurídica, es necesario referirnos al objeto de la misma, a fin de que se logre vislumbrar la razón por la que se ha considerado como ciencia en el ámbito jurídico.

Al respecto se ha considerado que el objeto de la escuela dogmática es el de calificar y sistematizar las diversas situaciones normativas hipotéticas, es decir, no explica ni comprende, ni orienta los hechos o fenómenos del mundo, físicos o humanos, sino hace una calificación normativa, esto significa que tiende a integrar los conceptos jurídicos, a fin de obtener los principios generales y abstractos, denominados dogmas jurídicos, ya sea generales o particulares según la rama del derecho de que se trate.

Es incuestionable que para alcanzar su objeto la dogmática jurídica debe desarrollar una serie de actividades, al respecto, sostiene Calos SANTIAGO NINO[26], la actividad consiste en encontrar principios de gran generalidad que permitan explicar enunciados cuya verdad y validez se admiten y que generen nuevas hipótesis empíricas y normativas que deben ser contrastadas con las demás normas, logrando la abstracción de sus principios.

Por su parte Robert ALEXY[27] encuentra que la actividad dogmática se presenta en tres dimensiones: a) Empírico-descriptiva, que consiste en la descripción y conocimiento anticipado

[26] Cfr. Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica Op Cit Pág 34 y ss
[27] Cfr. Teoría de la Argumentación Jurídica Op Cit Pág 226 y ss

de la actividad de los tribunales y la averiguación de la voluntad del legislador; b) Analítica-lógica, que consiste en el análisis de los conceptos jurídicos y la investigación de las relaciones entre las distintas normas y principios; c) Práctico-descriptiva, consiste en elaborar propuestas para interpretar normas y establecer directrices

Asimismo, es necesario precisar que la dogmática, como ciencia jurídica, pretende una finalidad específica que consiste en la construcción de un sistema conceptual capaz de dar razón rigurosa de la totalidad de la experiencia jurídica, elaborándolo a partir del contenido de la normas positivas.[28]

Por cuanto hace a la función que desempeña la dogmática, debe mencionarse que Robert ALEXY[29] distingue seis aspectos funcionales de esta ciencia, cuyo contenido fundamental radica en la pretensión de alcanzar esa finalidad que acabamos de enunciar en líneas anteriores; estas funciones son: a) Estabilización, que consiste en que el intérprete podrá basarse en dogmas que ya han sido previamente fijados en largos periodos en base a predeterminadas formas de solución de problemas, pudiendo reproducirlos; b) Progreso, tiene lugar en la medida en que se determinan formas de decisión durante cierto tiempo, lográndose apreciar los resultados; c) Descarga, se presenta cuando en el caso existen enunciados dogmáticos aceptados durante cierto tiempo, lo que permite al intérprete hacer más ligera su labor; d) Técnica,

[28] Cfr Enrique ZULETA PUCEIRO Aspectos actuales de la Teoría de la Interpretación Editorial Edeval Valparaíso Chile 1980 Pág 43

[29] Cfr Teoría de la Argumentación Jurídica Op. Cit Págs 255 y ss

consiste en que al establecer determinados dogmas, logra crear un sistema de enseñanza y aprendizaje, de tal suerte que cuando el intérprete emplea determinado dogma, no sólo logra interpretar la ley, sino que logrará entender su esencia; d) Control, que permite ver constantemente los resultados al aplicar las decisiones por determinado tiempo, por tanto, propicia seguridad y control sobre las mismas; y, e) Heurística, que permite crear modelos para lograr la interpretación, de tal forma que evita empezar de nuevo constantemente.

En una radical diferencia respecto a las funciones de la dogmática, Carlos SANTIAGO NINO[30] encuentra que desempeña dos exclusivamente: a) Adecuar las normas jurídicas a determinadas pautas que establecen soluciones valiosas y esta función se ejerce no sólo en los casos de lagunas normativas, de contradicciones entre normas o de indeterminación semántica de las mismas, sino, incluso, en supuestos en los cuales hay una solución definida y precisa, pero que contradice postulados valorativos aceptados. De este modo el dogmático cumple con la valiosa función de ir adecuando el derecho legislado a las cambiantes circunstancias fácticas y a las variaciones en las preferencias sociales; b) Creadora del derecho, por la cual el esfuerzo del dogmático de hallar fundamentación legal para las soluciones que propone, responde generalmente a la creencia sincera de que las mismas se hallan incluidas de alguna manera, a veces misteriosa, en el sistema jurídico vigente y que su función cosiste en descubrirlas.

[30] Cfr. Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica. Op. Cit. Págs. 32 y 33.

La dogmática representa, en el estudio del derecho, distintas ventajas que influyen en la comprensión y explicación del sistema jurídico.

En efecto, Miguel VILLORO TORANZO[31], encuentra cuatro principales ventajas a este método de interpretación del sistema de derecho, que se pueden resumir en los siguientes postulados: a) Obliga a concordar la interpretación de un caso con el sistema de derecho; b) Otorga mayor consistencia a la certeza jurídica que se aparta del subjetivismo del intérprete y del subjetivismos del legislador; c) No excluye la justicia del caso, pues es propio de la tradición dogmática atender equitativamente al mismo y, d) La interpretación obtenida será esencialmente jurídica, lo cual quiere decir que moderará con una tradición secular los vaivenes de las mutaciones sociológicas e ideológicas.

Con cierta semejanza a las ideas precedentes, Niklas LUHMANN[32] encuentra sólo tres ventajas del método dogmático y las resume en los siguientes postulados: a) Permite un control sobre una cantidad indeterminada de decisiones; b) Permite reducir la indeterminación de las regulaciones legales y, c) Permite la inclusión de otras posibilidades de decisión.

[31] Cfr Historia y Dogmática Jurídicas como Técnicas de Interpretación del Artículo Tercero Constitucional Secretariado Nacional de Educación y Cultura México 1964 Pág 39 y ss

[32] Cfr Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica Centro de Estudios Constitucionales: Madrid España 1983 Pág 34 y ss

En México, uno de los mas grandes seguidores de esta tendencia, reconoce que la dogmática no es bastante o suficiente para ofrecer un conocimiento integral del fenómeno jurídico, cuenta habida de que el dogmático debe apoyarse de otras ciencias y disciplinas auxiliares para conocer integralmente el fenómeno de referencia; por tanto, el reconocimiento de esta necesidad, conlleva también a reconocer la profunda complejidad de las relaciones jurídico penales y de otra índole y que llevan a la disciplina hacia un rango igual o superior al de las restantes ramas del derecho.[33]

Por cuanto hace a la integración de la dogmática jurídico penal, sostiene el autor en cita, que comprende tres importantes momentos a fin de lograr su cometido:

a).- La interpretación de la ley penal para buscar su voluntad, que debe llevarse a cabo, independientemente de los diversos métodos que se han desarrollado al efecto, empleando el método teleológico.

b).- Una vez hallada su voluntad, necesita construir las instituciones jurídicas, entresacando de las normas vigentes aquellos principios que las organizan y establecen su contenido.

c).- Debe sistematizar y coordinar todas las instituciones, persiguiendo la coherencia y congruencia, suprimiendo

[33] Cfr Celestino PORTE PETIT Importancia de la Dogmática Jurídico Penal Op Cit Pág 22

contradicciones que redunden en un inadecuado alcance y contenido de las mismas.

Para lograr mejor la comprensión de cada uno de estos elementos de la dogmática jurídico penal, desarrollaremos algunas de las propias ideas de nuestro autor, relativas a cada uno de los temas en que se divide la dogmática.

Por cuanto hace al primer momento que se refiere a la interpretación teleológica, se sostiene que ésta se divide en dos elementos: a) Jurídicos y b) Extrajurídicos[34].

Los primeros, incluyen los elementos históricos, la ratio legis, el sistemático y la legislación comparada. En los segundos, los elementos político, sociológico, ético, económico y físico-geográfico, entre otros (de la objetividad jurídica o del interés protegido e integrativo.)

El elemento histórico es el conocimiento del origen y del desenvolvimiento de la ley penal; el sistemático, entraña la consideración de que el ordenamiento jurídico es un sistema, la norma penal no tiene vida autónoma, separada, sino que está íntimamente ligada a las restantes normas, siendo por tanto obligado relacionarlas para su interpretación; la legislación comparada, por su parte, se analiza en cuanto a la influencia que llega a ejercer determinada legislación extranjera.

[34] Cfr. Celestino PORTE PETIT Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Op. Cit. Pág. 119 y ss.

Por cuanto hace a los elementos extrajurídicos, en particular el político, nadie niega la influencia que la política ejerce sobre el derecho y la creación de la norma, pero no debe confundirse la política con la justicia; el elemento sociológico entraña la ineludible necesidad de conocer los fenómenos que se producen en la convivencia social para encontrar la voluntad del texto de la ley; finalmente, el elemento ético se encuentra presente, cuando en la investigación del telos de la ley penal, se otorga relevancia a conceptos morales que fundamentan normas jurídicas.

Por lo que hace a la construcción de las instituciones de derecho penal, la dogmática debe rescatar los principios generales que se desprenden de las normas jurídicas, encontrando los aspectos que en común regulan, así como el contenido de las mismas, con lo cual se elaboran los conceptos y las figuras jurídicas empleadas en el derecho penal, delimitando su ámbito de aplicación y alcance.

Para este efecto, el método sistemático representa gran utilidad, al considerarse a la norma jurídica como parte de un todo que es el sistema de derecho, debe encontrarse su finalidad en razón del sistema mismo, sin considerarla como una norma aislada o separada del conjunto, por ello, la íntima relación que guardan las normas jurídicas, debe atenderse a la totalidad del ordenamiento y no en forma individual o aislada.

Respecto a la coordinación de las instituciones, la dogmática permite que ninguna de ellas entre en conflicto o contenga

elementos que estén en contradicción con los que conforman otras instituciones, logrando hacerlas coherentes y congruentes en su estructura y en el sistema jurídico.

Debe Señalarse que para este efecto, el método sistemático también representa importancia, pues logra que la coordinación sea en base al sistema jurídico, haciéndolo funcional al tomar en consideración todo el conjunto de normas que lo constituyen.

Estos elementos de la dogmática jurídico penal, tienen lugar en forma sucesiva, pues para el desarrollo de la creación de las instituciones primero debe desentrañarse la volunta de la ley; lo mismo ocurre con el último momento, para que tenga lugar, deben existir los dos anteriores, lo que significa que mantienen sus elementos una prelación lógica en forma sucesiva.

No pasamos por alto, algunas tendencia que se han desarrollado, en el sentido de criticar sobremanera la existencia de la dogmática jurídico penal, además de rebatir cada uno de los momentos que la integran, exponiéndose toda una argumentación sobre el particular.[35]

[35] Cfr. Carlos A. AROCHA MORTON. Crítica a la Dogmática Jurídico Penal. Editorial Manuel Porrúa. 1ª Ed. México 1955

4.- IMPORTANCIA DE LA DOGMÁTICA PENAL

En el ámbito del derecho penal, la dogmática adquiere gran trascendencia por el principio de estricta aplicación del derecho que rige en esta materia, ampliamente conocido y que se resume en los apotegmas "nullum crimen sine lege" y "nulla poena sine lege", es decir, que no hay delito sin ley ni tampoco existe pena sin ley previa.

Es por estos dos apotegmas en donde se edifica toda la necesidad de una construcción dogmática en el derecho penal, en virtud de los principios, método empleado y finalidades que la misma persigue.

La dogmática jurídico penal fue construida inicialmente por Ernesto Beling, sobre el "Tatbestand" que es un vocablo empleado en el artículo 59 del Código Penal Alemán y que los autores hispanoamericanos le han dado una absoluta importancia a su sistemática.

La dogmática jurídico penal, sostiene Celestino PORTE PETIT[36], "consiste en el descubrimiento, construcción y sistematización de los principios rectores del ordenamiento penal positivo; es decir, es una exposición sistematizada de la teoría del delito construida sobre la parte general del Código Penal, por ello, es

[36] Importancia de la Dogmática Jurídico Penal Gráfica Panamericana. 1a Ed México 1954 pág 22

considerado este autor como el representante eminente de esta tendencia en México quien, conjuntamente con diversos tratadistas, ha sostenido que la dogmática penal para poder realizar su función, primeramente debe interpretarse la ley penal, con la finalidad de buscar su voluntad; una vez que se le encuentra, necesita construir las instituciones jurídicas y, por último, sistematizar y coordinar todas ellas.

El jurista al dogmatizar, procede de la inducción para formular la premisa universal, y el juez, al aplicar la ley después de establecida dicha premisa, actúa por deducción. Por ello, la aplicación de la ley está ubicada en el plano puramente práctico, con un método invertido, pero apoyado en los principios establecidos.

Como se advierte, son tres los momentos de la dogmática, por un lado, la interpretación de la ley en busca de su voluntad; por el otro, la construcción de las instituciones jurídicas, y, finalmente, la sistematización y coordinación de todas ellas: En estos tres momentos se edifica toda la dogmática jurídico penal.

En efecto, con relación al primer momento de la dogmática, que consiste en la interpretación de la ley y el desentrañamiento de su voluntad, que es el primer momento del método jurídico, se ha indicado que puede dividirse en razón del sujeto, de los medios para realizarla y de los resultados a los que se arriba, lográndose clasificar la interpretación en: doctrinal, judicial,

auténtica o legislativa, gramatical, declarativa, restrictiva, extensiva y progresiva.

Sin embargo, para los efectos de método de interpretación en la conformación de la dogmática, no debe hablarse más que de una sola especie de interpretación: la teleológica[37], que tiene como único objetivo la búsqueda de la voluntad de la ley.

Con relación a este importante aspecto de la dogmática, MANZINI ha considerado a "la interpretación, como investigación del verdadero sentido de la ley, constituye una operación lógica, es manifiesto que ésta, aunque se valga de medios diversos, es en sí misma esencialmente única, y por eso, bajo el aspecto objetivo, no pueden admitirse especies diversas de interpretación, sino orientaciones, medios y resultados diversos."[38]

Una vez efectuada la interpretación, debe procederse a la construcción de las instituciones jurídicas y, por último, sistematizar y coordinar todas ellas, que en su conjunto conformas la dogmática jurídico penal.

Por otro lado, se ha planteado en la doctrina el problema consistente en saber si la dogmática es suficiente que

---

[37] La teleología desde el plano de la filosofía, deriva de télos, que significa fin, cumplimiento Es la teoría del propósito, fines, objetos, causas finales, valores, el bien Lo contrario de mecanismo Este explica el presente y el futuro en términos de pasado; la teleología en cambio, explica pasado y presente en términos de futuro La teleología como tal no presupone conciencia personal, volición o proposición, hacia el que se atiende (Cfr Dagobert D RUNES Diccionario de Filosofía Op Cit Pág 364)

[38] Citado por Celestino PORTE PETIT Importancia De la Dogmática Jurídico Penal Op Cit Pág 23

permita ofrecer un conocimiento integral del fenómeno jurídico; es claro que dadas las bases metodológicas en que se funda el desarrollo de la dogmática, la respuesta a este planteamiento es en el sentido negativo, es decir, que el dogmático debe servirse en su labor, de otras ciencias y disciplinas auxiliares para conocer integralmente el fenómeno de referencia, por ello, esta necesidad de esos conocimientos, conlleva al convencimiento de la gran complejidad de las relaciones jurídico penales y de otra índole que elevan a esta disciplina hacia un rango igual o superior al de las restantes ramas de Derecho.

En términos más restringidos se puede sostener que la dogmática jurídico penal no diferiría en mucho del esfuerzo de técnica jurídica que tradicionalmente se aplica para desentrañar y determinar el contenido de la ley penal, la voluntad y el propósito con que fue dictada por el legislador, su función se desenvolvería en el plano de la interpretación, sin embargo, ésta representa en la conformación de la estructura de la dogmática, la primera etapa seguida de la construcción de las instituciones y coordinación de ellas.

Es necesario subrayar que la dogmática parte de la ley, de la norma vigente, apoyándose en un principio de exégesis de las mismas, pero investigando sus principios generales de las cuales las mismas dependen y la deducción de las consecuencias de tales principios, además de que tiende a precisar la esfera de los hechos y las relaciones a los que pueden ser adaptables los indicados principios, desarrollándolos mediante construcciones lógicas

consideradas como realidades, constituyendo con ello la parte esencial de la dogmática.

Por cuanto a la construcción de las instituciones, la dogmática se apoya en todo el conjunto normativo para entresacar el contenido y los elementos que las conforman y que son reconocidos por la ley; de tal suerte, que para precisar los elementos que conforman el delito, se analiza el conjunto normativo, extrayendo el número de los mismos y el contenido que le atribuye la ley. Por ende, la construcción de las instituciones se endereza en base a la propia ley.

Por lo que toca a la coordinación de esas instituciones, la dogmática también se apoya en lo señalado por las normas vigentes, a fin de hacerlas congruentes y evitar las contradicciones de contenido y forma, logrando la coherencia en la interpretación y alcance de las disposiciones legales, para que en su aplicación se supriman indebidas arbitrariedades.

El más importante sector del derecho penal que maneja el penalista, corresponde a la teoría del delito, en la cual se ha de elaborar el destino propio del derecho punitivo, pues es la columna vertebral de la que se desprenden todas las consecuencias que impactan en la vida social y sólo pariendo del delito es posible llevar a cabo una elaboración a fondo o una revisión de la ciencia punitiva.

Esta misma importancia, se refleja en el papel que entraña la dogmática penal, pues tiene como principal objetivo el análisis y construcción del delito, a través de lo previsto en las normas jurídicas, desentrañando sus elemento, el número de ellos, el contenido, su alcance y las hipótesis en las que llega a desaparecer este fenómeno propio del derecho penal.

En este sentido, la finalidad primordial de la dogmática es construir desde la perspectiva de las disposiciones penales, el alcance del delito y su estructura, sin olvidar, su aspecto negativo y las formas de aparición del mismo con relación a otras figuras típicas.

En consecuencia, la construcción de las instituciones a las que se refiere la dogmática, implican por supuesto, la construcción conceptual de la estructura del delito, partiendo de las normas positivas y vigentes; señalando que la coordinación que también desarrolla, entraña la de cada elemento del delito que se desprenda de la ley, para hacerlo coherente y congruente con la voluntad de la misma que previamente se desentrañó.

5.- LA DOGMÁTICA PENAL Y LA TEORÍA DEL DELITO

La dogmática jurídico penal para llegar a cumplir con su cometido, primeramente debe interpretarse la ley penal con la finalidad de buscar su voluntad, una vez encontrada la misma, necesita construirse las instituciones jurídicas y, por último, debe lograrse la sistematización y coordinación de todas ellas.

Partiendo de esta base, vamos a sistematizar los diversos problemas a los que se enfrenta la dogmática en la construcción del delito según la previsión de las normas positivas, a fin de determinar su función que debe realizar en miras de una adecuada aplicación de la ley.

Como es innegable, en la construcción del delito se ha dividido la doctrina en dos grandes tendencias, cuyos efectos se ven reflejados en su estructura dogmática, por un lado, la tendencia totalitaria del delito, que considera al mismo como indivisible, sin la posibilidad de efectuar un estudio de cada una de sus partes; en cambio, la segunda esfera de opinión, ha estimado al delito como fenómeno con posibilidad de separación en cada uno de sus elementos configurativos, destacándose las tendencias en razón del número de elementos que lo conforman y cuya explicación se encuentra en capítulos precedentes, destacándose su importancia por permitir que sean estudiados cada uno de ellos para comprender su contenido.

Esta tendencia analítica, no deja de perder de vista la indisoluble unidad que guardan los elementos del delito, sosteniendo que, a pesar de su posibilidad de separación, el delito se entiende por la suma y conjunción de todos sus elementos, por la íntima conexión que mantienen.

En este sentido Eduardo MASSARI[39] ha sostenido que el delito es un "sistema de elementos organizados, tanto en su concepción ideal como en su correspondiente proyección dinámica; complejo de datos colaborantes; coordinación de partes y de funciones; una individualidad que toma su esencia unitaria no de una sobreposición o de una aproximación extrínseca de datos diversos, sino de un mutuo y armónico juego funcional, de una fusión íntima, de un ritmo que, como en un sistema vasculatorio, se propaga por toda la rica red de los elementos de que resulta. El delito no es este, ni aquel, ni el otro elemento; está en el conjunto de todos sus presupuestos, de todos sus elementos constitutivos, de todas sus condiciones; está antes que en la inmanencia, en la confluencia de todos ellos."

La posibilidad de dividir el delito en cada uno de sus elementos, es indudable que reporta muchas ventajas que se obtienen precisamente del análisis del delito, como las de conocer y precisar cada uno de sus propios elementos, así como la de lograr una mejor sistematización de sus aspectos negativos: no debe de negarse la necesidad del estudio analítico del delito, en virtud de que el estudio

[39] Citado por Celestino PORTE PETIT Importancia de la Dogmática Jurídico Penal Op. Cit Págs 26 y 27

en esta forma es indispensable, no sólo para los fines de la ciencia jurídica, sino también para la práctica del derecho.

En el ámbito del derecho penal, el gran tema que le reporta una destacada importancia corresponde a la teoría del delito, en la cual, se ha de elaborar el destino del propio derecho penal, pues sólo partiendo del delito, es posible llevar a cabo una elaboración a fondo o una revisión o replanteamiento de la ciencia punitiva.

En el plano de la teoría del delito, con el fin de obtener un estudio integral de esta institución propia del derecho penal, debe enfocarse su estudio tanto en el aspecto de su integración como en lo que se refiere a su desvanecimiento, es decir, la teoría del delito abarca tanto el aspecto positivo como negativo del delito, en el primer caso, el delito existe, en tanto que en el segundo, el delito deja de existir o simplemente no existe, que es lo más adecuado para efecto de evitar toda confusión terminológica, pues no logran integrarse todos y cada uno de sus elementos.

La construcción del delito dogmáticamente, entraña la necesidad de conocer y coordinar todas las normas jurídicas que se encuentran previstas en la legislación vigente, para efecto de entresacar de ellas, los elementos que el legislador consideró como indispensables en la configuración del delito, es decir, como acto inmediato posterior a la interpretación de la norma jurídico penal cuyo contenido se refiere a la estructura del delito, debe construirse esta

figura del derecho penal, partiendo de los principios acogidos por el legislador en las normas jurídicas.

Para ello, no es necesario discurrir en este apartado, sobre la terminología que debe emplearse para referirse a estos elementos, sino sólo debe ser en el sentido de mencionarlos como esenciales para la existencia del delito, independientemente de que puedan ser calificados con otros términos.

Para la mejor comprensión de la labor de la dogmática referida a la construcción del delito a partir de las normas jurídicas, debe mencionarse que en España José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ[40], después de estudiar las respectivas normas jurídicas, sostuvo que "el delito puede definirse como la conducta típicamente antijurídica y culpable, sin que sea necesario añadir el requisito de la pena"; por lo que su estructura se construyó sobre la base de la conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Semejante análisis desarrolló Juan DEL ROSAL[41], al mismo Código Español, logrando ambos encontrar dogmáticamente y desprendidos de los diversos preceptos del Código Penal, los elementos que conformaron el delito, siendo semejante el contenido de tales preceptos al del Código Penal que ha imperado México desde 1931.

[40] Citado por Edmund Mezger Derecho Penal Parte General Editorial Bibliográfica Argentina 1a Edición Buenos Aires Pág 79
[41] Principios de Derecho Penal Español Tomo II Vol I Págs 419 y ss

En efecto, don Mariano JIMÉNEZ HUERTA[42], otro mexicano preocupado por los problemas de la dogmática jurídico penal, escribió que "El artículo 7 del Código Penal de 1931 expresa que delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales; pero el concepto no queda integrado únicamente con esas palabras. De ser así, sería también innecesario el elemento de culpabilidad, pues el mismo no se menciona en dicho artículo. Sin embargo, en la definición del artículo 7 hállase ínsito dicho elemento, por ser uno de los conceptuales del delito. Idénticamente acontece en orden de la antijuridicidad del acto u omisión que sancionan las leyes penales. El carácter antijurídico de dicho acto u omisión está también ínsito en la fórmula sintética de la ley, por ser, igualmente, un elemento conceptual de la infracción. Cuando la acción u omisión enjuiciada no sea en el caso concreto antijurídica, bien por disposición expresa de la ley, bien por especiales consideraciones que impiden que el acto puede ser valorado de contrario al Derecho, no es posible hablar de la existencia de un delito, pues falta uno de los elementos integradores de su contenido conceptual. Las formas de expresión de la ley no agotan la idea conceptual del delito. Fuera de la ley, por perfecta que sea su redacción, quedan pensamientos y esencias que han de jugar papel importantísimo a través de la función creadora y de la interpretación."

Como es de advertirse, la estructura dogmática del delito, no puede quedarse ceñida exclusivamente a la letra de la norma, sino apoyándose en la interpretación de la misma para

[42] La antijuricidad Imprenta Universitaria México 1952. Págs 123 y 124

desentrañar su voluntad, se logran obtener todos los restantes elementos del mismo, de tal manera que bajo la fórmula empleada por el legislador, se extraen como elementos del delito a la conducta, típica, antijurídica y punible.

Sin embargo, relacionando este precepto con el propio ordenamiento, se logran descubrir válidamente la construcción del concepto del delito, como una conducta típica, imputable, antijurídica, culpable, que requiere a veces alguna condición objetiva de punibilidad y punible.[43]

De todo lo anterior, la dogmática tiene plena aplicación cuando de las normas jurídicas se logra construir la estructura del delito, de tal manera que tan pronto se realiza una acción u omisión es típica, en la medida de que exista adecuación a alguno de los tipos penales que describe el Código Penal en su parte especial, o bien, en alguna ley que sin tener este mismo carácter prevea en su reglamentación delitos; es presuntivamente antijurídica en tanto dicha conducta no esté amparada o protegida por alguna causa de licitud de las que enuncia la legislación penal en la parte general. Es imputable, al no presentarse la excepción-regla de incapacidad de obrar en Derecho Penal.

Por otro lado, también se infiere de la legislación el carácter culpable de la conducta, según lo señalado en diversos preceptos de la misma legislación, en la medida en que no surja una

[43] Cfr Celestino PORTE PETIT Importancia de la Dogmática Jurídico Penal Op Cit Pág 30

causa que destruya la culpabilidad; y, por último, será la conducta punible si no existe una causa que la excluya, es decir, si no existe una excusa absolutoria de las que enuncia la ley.[44]

Por ello, la dogmática de la teoría del delito, se materializa, cuando en base al contenido normativo se desprenden los elementos del delito y el contenido que el legislador le quiso impregnar al construirlas, modificándolas conforme resulte necesario para su eficacia en la vida social y una mejor proyección y tutela de los bienes jurídicos.

Es innegable que el contenido de los elementos del delito, varía según la orientación doctrinal que nutra el espíritu del legislador al momento de elaborar la norma punitiva, lo que redunda en la diferenciación del número de elementos, sustancia y alcance que de los mismos se le asigne, repercutiendo sus efectos en la colectividad, en particular, en relación al ámbito de protección de los bienes jurídicos y al carácter de sujeto activo a quien se le pudiere atribuir este evento delictivo, por tanto, la orientación adecuada de las normas jurídicas, permitirá una mejor aplicación de los tipos y determinar el radio de acción normativa.

---

[44] Al respecto PORTE PETIT sostiene que "el concepto del delito conforme a nuestro ordenamiento jurídico es el de una conducta, típica, antijurídica, imputable, culpable, que requiere a veces alguna condición objetiva de punibilidad y punible, que corresponde a una concepción heptatómica, dándose, igualmente los aspectos negativos de esta definición En consecuencia, la mecánica utilizada por el dogmático para descubrir el concepto de delito de acuerdo a nuestro ordenamiento legal debe ser a base de un procedimiento sistematizado " (Cfr. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal Op. Cit Pág 31)

Es por ello, que en una visión objetiva de la tendencia doctrinal o metodológica que se adopte al crear los tipos penales, indudablemente redundará en los individuos a quienes se le dirige los deberes contenidos en las disposiciones jurídicas, de tal suerte, que se advertirá el mayor o menor alcance de tales deberes y la mayor o menor dificultad de integración del delito y su atribuibilidad.

En efecto, la adopción dogmática de una tendencia causalista, advertirá como elementos esenciales del delito, la existencia de la voluntad como causa generadora de la conducta, que a su vez, es causa del resultado producido, de tal suerte, que esa relación de causalidad entre estos dos elementos, se regirá por criterios materialistas o naturalísticos, representando en la integración normativa del delito, las mismas dificultades o incongruencias de las que se le ha criticado en la doctrinal a esta tendencia.

Este mismo efecto tendrá lugar, en la conformación intelectual del aplicador del derecho, quien en primera instancia, debe efectuar un silogismo lógico deductivo para aplicar los principios generales contenidos en la normatividad a los casos concretos, individualizando con ello las normas, produciendo normas particulares que resuelvan la controversia, a través de la punición o, en su caso, la exculpación del sujeto.

Semejantes efectos se encuentran, en el supuesto de que el legislador, con el afán de crear tipos protectores de bienes jurídicos, se oriente por los principios de naturaleza finalista, pues en

este entendido, la dogmática tendrá una tendencia en considerar como aspecto medular de la conducta, no a la voluntad incolora o desprovista de finalidad, sino a la finalidad misma del sujeto, quien dirige su acción al logro de ese fin y quien, con la elección de medios y la capacidad de previsibilidad, debe responder de los resultados dañosos a título de dolo, reduciendo la existencia de la culpa sólo a aquellos casos en los que la legislación enuncie expresamente. Lo anterior, independientemente de todas las diversas orientaciones que en la configuración del delito introdujo el finalismo en la doctrina del delito.

Consecuencias idénticas se reflejan en los aplicadores del derecho, quienes con un corte finalista, interpretarán el contenido de las normas punitivas, creando con ello, una dogmática del delito diametralmente diversa a la causalista, cuyos impactos se presentarán en la aplicación del derecho y la protección de los bienes jurídicos.

No debe también olvidarse, que la dogmática sustentada en una doctrina con orientación de imputación objetiva, revestirá consecuencias similares, ya que el dogmático tendrá entonces que interpretar las normas bajo los principios del riesgo permitido y del riesgo desaprobado, advirtiendo la tutela de los bienes jurídicos bajo los principios de esta tendencia, por ello, resulta de gran importancia señalar, la trascendencia de la orientación doctrinal que alimenta la dogmática penal, para precisar las consecuencias que traerá consigo el acogimiento de una determinada corriente doctrinal.

No debe pasarse por alto, que la doctrina del modelo lógico del derecho penal, caracterizado por la división de los mundos normativo y fáctico, su orientación tiende a ubicar en la configuración del tipo, todos los elementos necesarios para la integración del delito, cuyo contenido de cada elemento, es diverso a las tendencias anteriormente señaladas, únicamente con la necesidad de la correspondencia, uno a uno, de aquellos elementos con los del delito; adicionando, como elemento exclusivo del mundo fáctico y propio del delito a la culpabilidad. En virtud de que ningún elemento se encuentra fuera del tipo penal, esta misma sistemática debe seguirse en la interpretación normativa con este corte doctrinal asumiendo las consecuencias que trae consigo.

Por si fuera poco, la dogmática fundada en un funcionalismo, recibirá la influencia de los principios que le sustentan, repercutiendo tanto en la conformación del delito, su integración, el contenido de sus elementos y los efectos, que impactarán al momento de la aplicación de las normas a los destinatarios de las mismas en la colectividad.

Mayor dificultad representa, cuando el legislador al crear la norma jurídica, se orienta no sólo por una tendencia doctrinal en la conformación del delito, sino que se apoya en dos o más sistemáticas, justificando que los principios que sustentan, le genera un pleno convencimiento para el combate al delito, lo que motivará que la dogmática sustentada en diversas tendencias doctrinales,

provoque múltiples incongruencias por los postulados opuestos que sustentan.

El problema de acoger más de una tendencia en la conformación del delito, no sólo trae problemas de carácter metodológico y normativo, de interpretación y contenido, sino que en el momento de la aplicación de las normas y de las instituciones, se conjugan elementos diametralmente diferentes, en cuanto a su orientación, por ello, las legislaciones penales, fundadas en diversas tendencias doctrinales conformadoras del delito, sólo producen un efecto contrario al perseguido por el legislador, es decir, que lejos de tutelar adecuadamente los bienes jurídicos, los mismos quedan desprotegidos, pues ante una incongruencia en la integración del delito representa la imposibilidad de su existencia.

En efecto, esta gran dificultad tiene lugar, cuando el legislador se oriente en la conformación de la conducta por aquellos principios de corte causalista, fundados en la causa y efecto, es decir, en orientaciones naturalísticas, en cambio, para la conformación de la culpabilidad, el legislador se sintió convencido de seguir los principios finalistas; entonces, la incongruencia sistémica va a funcionar cuando el causalismo considera como elemento de la conducta a la voluntad desprovista de finalidad y naturalista, objetivista, en tanto que la culpabilidad finalista, tomará en cuenta la imputabilidad del sujeto, la exigibilidad y reprochabilidad, además de la motivación, que será el elemento para mediar el grado de reprochabilidad.

Semejante problema se presenta, si el legislador se orienta en la conformación de la acción, con principios de corte finalista, caracterizada por el señalamiento del fin, la elección de medios y la previsibilidad de consecuencia, así como la puesta en movimiento de los medios, la producción de tales consecuencias y el nexo causal; sin embargo, para la integración de la culpabilidad el legislador haya optado por fundarla en principios causalista normativista, en la que, en los elementos que integran a la culpabilidad, se encuentra el dolo, la culpa y la reprochabilidad fundada en la exigibilidad. Como se logra advertir, los elementos subjetivos de la acción, con determinado contenido según el finalismo, pugnan con los elementos subjetivos de la culpabilidad según el causalismo. En este entendido, la dogmática fundada en normas con incongruencia en su contenido, dificultan la integración del delito, al grado que los bienes jurídicos dejan de estar debidamente tutelados por la punibilidad señalada por el legislador, al resultar imposible la configuración del delito en contra del sujeto que los ha lesionado.

Estos dos ejemplos sirven para ilustrar el gran papel que juega la dogmática penal en la configuración del delito y, la trascendencia que representa el seguimiento de una determinada tendencia doctrinal o metodológica en la configuración del mismo, por tanto, se presenta una incongruencia la adopción de diversas corrientes doctrinales, con postulados distintos y contenido diferente.

Para efecto de evitar estas inconveniencias teórico doctrinales que sólo redundan en la aplicación del derecho, haciendo

mas o menos gravoso para los destinatarios de las normas penales, los efectos punitivos derivados de la adopción de una determinada sistemática, lo adecuado es que las normas jurídicas, de manera objetiva, sin inclinarse a una determinada tendencia, establezcan las previsiones necesarias para la tutela de los bienes jurídicos, separándose de las tentaciones doctrinales y enfocando su esfuerzo al mejor y mayor protección de los valores ético sociales de trascendencia para la colectividad.

Sin embargo, se reconoce que en muchas de las veces los cuerpos legislativos se ven influenciados por la simpatía de una u otra tendencia doctrinal, en estas circunstancias, para efecto de evitar hacer incongruente el ordenamiento jurídico y desterrar la incoherencia de las instituciones del derecho, es definitivamente necesario acoger en plenitud una u otra de las tendencias que alimenten el espíritu del legislador para sustentar el contenido de la norma jurídica, pero lo que nunca es aconsejable es la combinación de principios doctrinales de corrientes incojugables, que sólo provocan incoherencias en el contenido de las normas, incongruencias en la conformación de las instituciones y, sus efectos, se ven reflejados en una desprotección de los bienes jurídicos de toda la colectividad al provocar diversas interpretaciones normativas.

6.- LA DOGMÁTICA PENAL Y LA NORMA JURÍDICA

Según lo hemos expuesto en el desarrollo de este capítulo, es evidente que entre la dogmática jurídico penal y la norma jurídica, existe una estrecha vinculación, al grado de que la dogmática sólo se justifica por la existencia de la norma, es decir, no hay dogmática si no existe norma jurídica.

En efecto, partiendo de que la dogmática consiste en el descubrimiento, construcción y sistematización de los principios rectores del ordenamiento penal positivo, indudablemente el objeto de estudio de la misma es precisamente el ordenamiento penal.

En este sentido, con la dogmática se estudia el contenido de las normas jurídico penales, su voluntad y la sistematización de todas ellas pariendo de que el ordenamiento penal es un sistema, por lo que no se le puede ver en forma aislada o individual, sino referida a todo el conjunto normativo.

Entonces, la verdadera esencia de la dogmática es la lealtad a la ley, mirada ésta con tal acatamiento hasta considerarla en un auténtico dogma.

Al respecto se ha sostenido que "La ley tiene, pues, el carácter de dogma, y como éste no es sino una proposición firme y

cierta, principio básico de una ciencia, resulta que aquélla será la premisa de toda sistematización jurídico penal."[45]

Ahora bien, para precisar el carácter predicativo o normativo que como proposición tiene la ley, debe parirse de ésta, en cuanto que es una entidad télica y no fáctica, pertenece a la segunda categoría, es decir, tiene carácter normativo. "Es, pues, no una proposición predicativa, sino normativa, dotada, por consiguiente, de una voluntad, cuya búsqueda es, en última instancia, el fin de la dogmática."[46]

Debiéndose distinguir entre la ley y una mera opinión, de tal suerte que respecto a esta última nadie podrá reprochar cuando no llegue a coincidir con otras; pero se debe distinguir lo que es la ley de lo que sólo representa una mera opinión.

En el desarrollo de la dogmática, debe existir una clara lealtad a lo señalado por la ley, de tal suerte que no puede ser modificada; por ello, la necesidad de desentrañar la voluntad de la ley, como primer momento de la dogmática.

Es claro que al hablar de la ley, se hace referencia a su significado total, a su contenido substancial, no entendida como fetiche, sino como un sistema de normas que no pueden identificarse con las palabras de un precepto gramaticalmente autónomo.[47]

---

[45] Celestino PORTE PETIT Importancia de la Dogmática Jurídico Penal Op Cit Pág 21
[46] Celestino PORTE PETIT Importancia de la Dogmática Jurídico Penal Op Cit Págs 21 y 22
[47] Cfr Celestino PORTE PETIT Importancia de la Dogmática Jurídico Penal Op Cit Pág 16

Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo con estas afirmaciones, tal es el caso de Carlos A. AROCHA MORTON[48], quien sostiene que "Piensan los dogmáticos que la norma es dogma, y de este calificativo, arranca el nombre de la Escuela, y el primer error. Un dogma es una verdad que se debe creer aunque no sea comprenda, según la acepción tradicional de la palabra. Ahora, si cuando dicen dogma quieren expresar una ley preexistente, (y por esta razón el estudio que realizan se llama dogmático), bien podrían aclararlo y decir que clase de ley es aquélla. Pues a pesar de la profesión de fe jusnaturalista indicada, no es la norma de Derecho Natural a la que se refieren, sino la positiva o vigente; y así, de ser en primer caso, nos faltaría tiempo de enumerar los argumentos en contrario, y de ser lo segundo, el calificativo de dogma está incorrectamente aplicado. La regla de derecho no es dogma, sino un juicio hipotético que estipula una sanción bajo una condición prevista por ella."

Por estos razonamientos, el autor en cita, llega a sostener que "Mal puede llamarse dogma a una regla que enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones, que es, de acuerdo con la Teoría Pura, un juicio hipotético."[49]

---

[48] Crítica a la Dogmática Jurídico Penal Op Cit Pág 26

[49] Carlos A AROCHA MORTON Crítica a la Dogmática Jurídico Penal Op Cit Pág 26 Por esta razón, sostiene este autor, "podría hacerse dogmática sobre cualquier rama del derecho, ya que obviamente todo estudio de algo presupone ese algo; y nos sería lícito hablar de una dogmática jurídico civil o dogmática jurídico administrativa y en tal caso habría tantas ciencias del Derecho como especialidades tiene éste."

Con este criterio, este autor sostiene que desde hace tiempo "se ha descartado como propósito de la interpretación jurídica el descubrimiento de la voluntad de la norma, si es que una norma puede estar dotada de una voluntad como dice Porte Petit. Pero, si lo que quiere decir es que se indaga por la voluntad del legislador, (lo que sí podría predicarse con propiedad), anotemos de inmediato las conocidas objeciones: a) la ley vale como voluntad del Estado, no como expresión de un querer subjetivo; b) el sentido de la ley no puede ser la voluntad del Legislador, ya que en caso de no haber interpretación, tendríamos que afirmar que no hubo voluntad; c) jamás se lograría dar fin al descubrimiento, si lo hay, de una voluntad; d) la regla de derecho no es sino la expresión de un deber cuyo nacimiento se encuentra condicionado por la realización del supuesto, y no la expresión de una voluntad..."

Independientemente de esa apreciación, existen opiniones que contradicen esas afirmaciones, pues si se parte de que en la ley se plasma la voluntad del legislador, su precisión en el momento de su elaboración, resulta materialmente imposible conocer lo que estaba pensando el legislador al elaborar la norma jurídica, máxime que el mismo, está conformado de manera colegiada, integrado por una pluralidad de miembros cuyos actos legislativos, según el procedimiento de creación de la ley, puede aprobarse por mayoría calificada, mayoría absoluta o mayoría relativa, según lo señale la ley fundamental que regula y establece el procedimiento de creación de las normas jurídicas.

Por ello, la precisión del pensamiento del legislador, no sería materia de estudio del jurista, sino de un psicólogo social o colectivo cuya pericia le permitiera establecer el pensamiento del creador de las normas jurídicas.

No es menos importante subrayar, que la norma jurídica una vez que se crea, se separa de la intención original del legislador, al grado que adquiere autonomía propia, aunque ésta no excluye la posibilidad de que, para una mejor interpretación de la norma, se pueda recurrir al diario de los debates legislativos, pero sólo como instrumento auxiliar en el procedimiento de interpretación de la ley, pero nunca como un elemento sin el cual no sea posible desentrañar la finalidad de la disposición jurídica, de tal suerte, que en el seno del debate, se hallarán múltiples y diversos criterios, argumentos contradictorios, opiniones diversas según lo hayan realizado los legisladores.

Por otro lado, si bien la naturaleza de la norma es la de ser un juicio hipotético, esto no excluye que en el ámbito de la interpretación, se analice la semántica y sintáctica de la misma, precisando los alcances de los vocablos empleados por la ley, pero sin separarla de conjunto normativo, resaltando el carácter sistemático del ordenamiento jurídico.

Siendo la norma jurídica la piedra angular para el desarrollo de la dogmática jurídico penal y el propio objeto de su estudio, es necesario hacer algunas referencias en torno a ella.

La norma jurídica penal es aquella disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva.

En este sentido, la dogmática jurídico penal tendrá como objeto y base, la disposición jurídica que establece el delito y la sanción, debiendo realizar la interpretación de la norma y la construcción del delito, logrando establecer la coordinación entre cada uno de ellos, con el fin de evitar incongruencias o incoherencias, de tan suerte que, se ha dicho, el delito es la columna vertebral del propio derecho penal.

Por cuanto hace a los elementos que integran a la norma jurídico penal, son dos: el precepto y la sanción. Al precepto se le denomina precepto primario y a la sanción precepto secundario.

El precepto contiene la figura delictiva y funciona en forma positiva, cuando ordena o manda la realización de una determinada conducta; en forma negativa, cuando contiene una prohibición.

Es indudable, que el precepto que ordena una conducta, al mismo tiempo prohíbe la abstención de esa conducta, de tal manera, que el no ejecutar la acción es configurativo de delito pues se llega a transgredir el deber normativo. Semejante acontecimiento se produce en el precepto que prohíbe una conducta, pues al mismo tiempo ordena la abstención de la conducta prohibida.

Es tarea de la dogmática jurídico penal el análisis integral del contenido del precepto o supuesto normativo y también de la sanción desentrañando su voluntad, para precisar su alcance jurídico.

La adecuación a lo descrito en la norma penal, implica que todos los elementos del supuesto jurídico han quedado satisfechos, es decir, que se han realizado todos y cada uno de los requisitos señalado en la ley; lo que entraña que el deber prohibitivo o imperativo inmerso en el supuesto jurídico pudo haber quedado violentado; esto resulta interesante destacar ya que debe precisarse si la sanción es consecuencia de la antijuridicidad de la conducta, o bien, si la conducta es antijurídica porque es sancionable. Por ello, la relación estrecha entre precepto normativo o supuesto jurídico y la sanción prevista forman parte del cometido de la dogmática.

CAPITULO SEXTO
LA DOGMATICA PENAL EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

La concepción que se ha tenido del delito en nuestra dogmática penal, ha resentido diversos y substanciales cambios, pues durante la creación de estos cuerpos normativos, los legisladores se han visto influenciados, en ocasiones en gran medida, por las corrientes doctrinales vigentes en esa época, al grado que pretendiendo acogerlas en su integridad llegaron a romper con el orden constitucional, como fue el caso del Código penal de 1929, lo que provoco su efímera vigencia en nuestro País.

En este sentido destacaron los conceptos que del delito proporcionaron los Códigos Penales de 1871 y 1929, como antecedentes inmediatos de nuestro actual Código Penal de 1931, que con todas sus reformas aún continúa definiendo el delito.

En este sentido, el Código Penal de 1871[1] formula la distinción entre delito y falta, cuyo punto de diferencia radicaba en la

---

[1] Leyes Penales Mexicanas Instituto Nacional de Ciencias Penales Op Cit Pág

naturaleza del cuerpo normativo que se infringía por la conducta desarrollada, las infracciones transgredían reglamentos o bandos de policía, en tanto que para el delito su esencia se señaló expresamente en el artículo 4 que: "Delito es: la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda."

En esta disposición la esencia del delito radicaba en la contraposición de la conducta con la norma jurídica, advirtiéndose la extrema formalidad para definirlo al precisar con claridad la transgresión de los deberes normativos, ya sean prohibitivos o imperativos, según la naturaleza de la conducta, con una clara tendencia causalista, al considerar aspectos objetivos o externos para la concepción del delito.

Por su parte, el Código Penal de 1929[2], siguiendo un corte de la escuela positivista, en la que se consideraba al delito como un fenómeno natural y social, una la responsabilidad de carácter social, un método científico y considerando a la pena como una medida de readaptación social, estimando en buena parte, al delincuente como un sujeto fundamental en el drama del delito; en este aspecto, el artículo 11 del extinto Código, señalaba: "Delito es: la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal."

Como se logra advertir, en este cuerpo de leyes, se orientó por los principios de la corriente del bien jurídico, como piedra angular para precisar el contenido y alcance del delito, pues lo

[2] Leyes Penales Mexicanas Instituto Nacional de Ciencias Penales Op. Cit Pág.

esencial del mismo, era la lesión del citado bien protegido, sin embargo, su definición resultó incompleta al quedar excluidos todos los momentos previos, que sin lograr la consumación, formaban parte de los actos ejecutivos, es decir, la tentativa, que por esencia, no logra lesionar el bien tutelado, sino en todo caso, sólo lo coloca en una situación de peligro. No obstante su tendencia también fue de naturaleza objetivista al tomar en cuenta esencialmente la lesión del bien jurídico tutelado, acogiendo el causalismo por estimar como parte de su definición a los aspectos naturalistas del delito.

En el año de 1994, se publicaron reformas substanciales al Código Penal, aplicable en el Distrito Federal en los delitos del fuero común y en toda la República en los delitos del fuero federal, mismas que el 1 de febrero de 1994 entraron en vigor.

Estas reformas vigentes a partir de 1994, se pretendieron orientar con una tendencia finalista, al modificarse varios aspecto importantes en la estructura del delito, tales como el contendido de la acción, la ubicación del dolo, su contenido, la materia de culpabilidad, entre otros, procurando desterrar un causalismo que había subsistido en el contenido normativo por varios año, sin embargo, las reformas no advirtieron la necesidad de una modificación absoluta, provocando una combinación de doctrinas que desencadenaron en diversos problemas.

Estas reformas no se limitaron a la legislación sustantiva, sino que comprendió a la legislación procesal federal y

local, en la que se plasmaron exigencias procesales acordes con las reformas introducidas, exigiendo a los órganos de procuración y administración de justicia la necesidad de profundizar en el conocimiento y manejo de las reformas, para cumplir cabalmente con las finalidades de las normas. Exigiéndose en el ámbito procesal, por ejemplo, la necesidad del acreditamiento de los elementos del tipo penal y del dolo como elemento de la acción delictiva.

Posteriormente, en mayo de 1999, se reforma el artículo 1 del Código Penal de 1931, para reservar su aplicación sólo al ámbito Federal por lo que, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal elaboró un Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común, apoyándose de múltiples disposiciones del Código Penal Federal, existiendo desde ese entonces un Código Local independiente al ámbito federal.

Además de todo lo anterior, por el grado de técnica jurídica y procesal que se requería para la comprensión y manejo de las reformas de 1994, en particular la exigencia para el acreditamiento de los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal, en el año de 1999, la Constitución General de la República se reformó, exigiendo tan sólo el acreditamiento del cuerpo del delito, variando la orientación procesal y retomando una tendencia naturalista.

1.- CONCEPTO DE DELITO EN NUESTRA DOGMÁTICA

En el Código Penal de 1931[3], también se introdujo la definición del delito, aun cuando diversos autores han criticado severamente las innecesarias definiciones que se plasman en las legislaciones penales respecto al concepto de delito, no obstante, se mantuvo esta orientación en este Código que es de aplicación Federal, señalando en el artículo 7 que: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."

El mismo contenido se esta disposición se encuentra en el correlativo precepto del Código Penal para el Distrito Federal, al señalar en idénticos términos el concepto de delito.

Esta disposición de los citados cuerpos de leyes, provocan diversas reflexiones, con relación a su contenido y a su alcance.

En primer término, para las legislaciones penales, el delito sólo queda conformado por tres elementos, según se deduce de estas disposiciones; por un lado, el delito es acto y omisión, lo que significa, que en la estructura objetiva o material del delito, sólo tiene

[3] Este Código Penal fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931 vigente hasta nuestros días en el ámbito federal, por las diversas reformas que ha resentido, en particular las introducidas en el decreto publicado en Diario Oficial de la Federación el 18 de mayo de 1999, en el que se le otorgó vigencia sólo en el ámbito federal, al reformarse el artículo primero, con el que se dividió, en forma inadecuada, ante una absoluta falta de técnica legislativa, el ámbito de aplicación del mismos Código, pues la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, después de ser reformado el citado artículo primero, reforma el mismo precepto del mismo código, cuando ya había sido previamente reformado sin tener aplicación en materia local

contempladas como formas de conducta el hacer o el no hacer del sujeto, ya sea que se le denomine por nuestra dogmática como acto o como acción, según se desprende este último vocablo de lo señalado en el artículo 8 de los mismos Códigos al prever que las acciones u omisiones delictivas solo pueden cometerse dolosa o culposamente, el primer vocablo lo identifica con la locución acto y, el segundo, con el vocablo omisión[4].

El segundo de los elementos que se desprenden de las disposiciones y que está comprendido en el concepto de delito, es la sanción penal, es decir, la advertencia de privación señalada por el legislador. Sin embargo, estos dos no son los únicos elementos que se desprenden de este concepto, sino que según se encuentra redactada, esta sanción debe estar señalada en la ley; es decir, para efecto de que la consecuencia se aplique, debe surtirse el supuesto normativo, lo cual sólo ocurre cuando el acto u omisión se adecue a la disposición preceptiva, lo que significa que la tipicidad es otro de los elementos que se llegan a desprender del concepto de delito señalada por nuestra legislación penal con una correspondencia uno a uno entre los elementos del delito y los elementos del tipo penal.

Es decir, la tipicidad entendida como la correspondencia univoca (uno a uno) entre los presupuestos del delito y los elementos del delito, que terminó por producir la exacta

---

[4] En la doctrina causalista se definió al acto como movimiento corporal, era el vocablo empleado por Luis JIMÉNEZ DE ASUA para referirse al primer elemento del delito, considerando el aspecto externo del hacer del sujeto

delito, por exclusión, no es la corriente acogida por nuestros legisladores penales.

Todo lo anterior a reserva de ilustres exponentes de la dogmática jurídico penal mexicana, que entienden que se orienta con el finalismo y, a mayor abundamiento, del propio contenido del Código Penal Federal e, inclusive, del Código Penal del Distrito Federal en materia común, mismos que cuando regulan y plasman los conceptos de dolo, culpa, error de tipo, error de prohibición, etc., están admitiendo la fuerte influencia de la doctrina finalista, con las variantes que se exponen en capítulos subsecuentes.

Tampoco es el sistema del modelo lógico del derecho penal la que nutre estos conceptos, pues en base a esta sistemática, el delito es meramente fáctico y, si bien es cierto, mantiene relación uno a uno con los elementos del tipo, a través de la tipicidad, se reconoce en este sistema, que ningún elemento vive fuera del tipo penal, salvo la culpabilidad que es elemento exclusivo del delito, consideración que no es tomada en cuenta en el concepto señalado en nuestra legislación penal, pues exige para conformar la definición del delito, el acto u omisión en forma objetiva, que aún cuando si son considerados en la doctrina del modelo lógico del derecho penal, deben estar asociados a elementos subjetivos, cuestión que no acontece ni son reconocidos en los conceptos normativos de delito.

Sin embargo, el modelo lógico quedó perfectamente reflejado en el contenido del artículo 168 del Código federal de Procedimientos Penales, en su versión de 1994, posteriormente retocada con las subsecuentes reformas, aunque no eliminada totalmente, en el propio cuerpo legal citado, en los artículos 168 y 134, siguientes y concordantes.

Por esta razón, se debe afirmar que, en este apartado no se acoge la doctrina del modelo lógico del derecho penal para conceptuar al delito.

Esto es más evidente, pues el primer elemento que considera como necesario para el delito es el acto u omisión, el primero entraña movimientos corporales, en tanto el segundo, encierra la inactividad del sujeto.

Las legislaciones formulan la diferenciación de estas dos formas de conducta, pues no emplean en un solo vocablo las dos modalidades, sino que las distinguen considerando precisamente su diferenciación naturalista, pues la primera entraña actividad y, la segunda inactividad o no hacer.

Esta misma distinción es propia de la corriente causal del delito, en donde se atiende al aspecto externo o natural de la conducta del sujeto, por ello, queda confirmada esta afirmación sobre el causalismo como corriente orientadora de este concepto de delito, salvo las limitaciones expresadas en páginas anteriores.

2.- ELEMENTOS DEL DELITO EN NUESTRA DOGMÁTICA

Es en la aplicación de los tres momentos fundamentales que considera la dogmática jurídico penal, para cumplir cabalmente con su cometido, como son: la interpretación teleológica de las normas jurídicas, la construcción de las instituciones del derecho penal y la sistematización y coordinación de ellas, como procederemos a analizar las disposiciones normativas previstas en las legislaciones penales Federal y del Distrito Federal, para efecto de desentrañar cuántos y cuáles son los elementos que conforman el delito en nuestra dogmática.

De la revisión de las disposiciones jurídicas de la parte general del Código Penal Federal y del Distrito Federal, se desprenden los elementos del delito considerados por nuestras leyes, como esenciales para la configuración del mismo, siguiendo para ello, una tendencia atomizadora en su integración, pues se advierte la posibilidad de su separación para el análisis individual de cada uno.

En este contexto, el artículo 7 de los Códigos en mención, señalan como primer elemento del delito al acto u omisión, es decir, bajo estas dos modalidades de la conducta, nuestras leyes penales centran la existencia de la actividad o inactividad del sujeto, con la tendencia que se ha comentado en el punto que antecede, pero sin duda, reconociendo a la actividad humana como esencial para la integración del delito.

Por otro lado, el segundo de los elementos del delito que señala la teoría general, nuestras legislaciones penales también lo reconoce como necesario para la configuración del delito, esto se desprende de una interpretación a contrario sensu, de las fracciones II de los respectivos artículos 15 de los citados códigos, al establecer que el delito se excluye cuando se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate, o bien, falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate.

Estas disposiciones normativas son producto de las reformas constitucionales a los artículos 16 y 19, del 13 de septiembre de 1993, que fueron la base para las reformas penales substanciales de 1994, pues anterior a esta reforma no había un reconocimiento expreso de la necesidad de integrar todos y cada uno de los elementos que señala la descripción típica penal; fue a partir de ese año, cuando conforme a esta disposición se reconoció la necesidad de reunir todos y cada uno de los elementos del tipo para efecto de evitar que el delito se excluya, lo que significa que una vez que se satisfacen todos y cada uno de los requisitos exigidos, el delito existe, es decir, queda debidamente integrado.

La integración de los elementos de la descripción típica, se le ha reconocido, unánimemente, por toda la teoría general, con el nombre de tipicidad, pues es la adecuación a lo descrito por el tipo penal y esta adecuación sólo es posible, en la medida en que todos los elementos de la descripción típica queden debidamente

satisfechos, o sea, se reúnan en plenitud dichos elementos, con una correspondencia unívoca, uno a uno, entre los elementos del tipo y los elementos del delito.

No debe pasarse por alto, un aspecto fundamental contenido en las fracciones II de los respectivos artículos 15 de los Códigos en mención, al establecer que el delito se excluye cuando se demuestre la inexistencia o falte alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate, lo que significa que deben demostrarse todos y cada uno de los elementos de la descripción normativa del tipo, con la correspondencia unívoca, pues al demostrarse la inexistencia de alguno de ellos, será suficiente para estimar que el delito se excluye, según el epígrafe de las disposiciones indicadas, esto trae consigo la necesidad de relacionarlo inmediatamente con el tipo penal correspondiente, para efecto de determinar el alcance y contenido típico, pues con ello se demostrará para que el delito no se excluya, que se satisfacen todos y cada uno de los elementos del tipo.

Esta afirmación trae consigo varias implicaciones, si por una parte el tipo penal sólo llega a describir elementos objetivos o materiales, entonces será suficiente el acreditamiento de los mismos, pero cuando el tipo penal contenga además de elementos objetivos o materiales, algunos elementos normativos o subjetivos, entonces necesariamente deben satisfacerse todos y cada uno de los elementos que contenga la descripción típica.

El tercero de los elementos del delito, reconocidos por la teoría general y que se refiere a la antijuridicidad, nuestras legislaciones penales en la parte general, no le da un tratamiento especial ni una enunciación particular, sólo la podemos desprender de la parte final del artículo 7 de los citados códigos, cuando expresamente señalan que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Con esta disposición surge de inmediato el planteamiento que se señala en la doctrina, en el sentido de que el acto u omisión son antijurídicos y por ello están sancionados por la ley. Este planteamiento tiene esta particular solución en las legislaciones penales, es decir, aun cuando no se señala con claridad si la sanción es como consecuencia de lo antijurídico del acto u omisión, o si la sanción es lo que le da el carácter de antijurídico al acto u omisión, lo cierto es que el acto u omisión son antijurídicos y por ello están sancionados por la ley.

Otro de los elementos del delito que se desprenden de las legislaciones penales federal y local, sin formular una opinión preliminar respecto a la tendencia seguida por las leyes, se deduce también, bajo interpretación a contrario sensu, de las fracciones VII de los citados artículos 15, que señalan que el delito se excluye cuando al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente

hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 Bis de este Código.

Con la interpretación a contrario sensu, se advierte que para evitar que el delito quede excluido, el agente debe tener al momento de realizar el hecho típico, la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, lo que se resume en exigir que el sujeto tenga capacidad de comprensión y capacidad de conducción, es decir, capacidad de voluntabilidad, para conducirse de acuerdo a esa comprensión.

Ambas exigencias, comprensión y conducción, encierran en esencia, la capacidad de entender y la capacidad de querer, pues la primera consiste en la capacidad de comprender la naturaleza de la conducta o acción realizada o de la omisión, en su caso, en tanto que la segunda, consiste en la capacidad para dirigirse en los actos ejecutados, es decir, la voluntariedad del sujeto.

Por cuanto hace a la culpabilidad, sin hacer un pronunciamiento previo respecto a la doctrina que se sustenta en nuestra dogmática penal, debemos indicar que la misma se encuentra enunciada en el párrafo penúltimo del artículo 13 del Código Penal Federal y el correlativo del Distrito Federal, cuando al referirse a los

sujetos activos señala el legislador que, los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Por lo tanto, la culpabilidad, es el elemento del delito que resulta necesario para basar el grado de responsabilidad que debe atribuirse al sujeto, según la modalidad de su autoría o en base a su participación.

El artículo 15 fracción VIII de los respectivos Códigos Penales establece que, el delito se excluye cuando se realice la acción u omisión bajo un error invencible: Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Con una interpretación a contrario sensu, de las citadas fracciones, se desprende que el delito debe realizarse, para que no quede excluido, con pleno conocimiento de los elementos esenciales que integran el tipo y, con pleno conocimiento respecto a la ilicitud de la conducta, conociendo la existencia de la ley o el alcance de la misma y, conociendo que su conducta no está justificada.

Esta interpretación a contrario, se desprende de la literalidad de las disposiciones normativas, de tal suerte que si el error es causa de exclusión del delito, lo contrario al mismo es el pleno

conocimiento que debe poseer el sujeto. Asimismo, si el enlace entre las dos hipótesis es disyuntivo, al estar señalado con la "o", con una interpretación a contrario, debe copularse las dos hipótesis con la "y", de tal suerte que deben concurrir ambas para que el delito no se excluya.

Por otro lado, si en el inciso b de los preceptos en cita, se señala que el error puede recaer sobre la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta, entonces, para que opere adecuadamente la interpretación a contrario, debe decirse que el conocimiento del sujeto debe recaer respecto a la ilicitud de la conducta, conociendo la existencia de la ley, conociendo el alcance de la misma y conociendo que no está justificada su conducta. Con lo anterior el delito no se excluye, en consecuencia, queda debidamente integrado en base a las exigencias normativas.

Finalmente, la fracción IX de los correlativos artículos 15, muchas veces indicados, establecen que el delito se excluye cuando, atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

Con una clara interpretación a contrario sensu, se advierte que para la integración del delito, a fin de evitar su exclusión,

se requiere que en base a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, sí le sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de sí haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

Estos últimos contenidos de las respectivas fracciones VIII y IX de los artículos 15 de los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal, forman parte de algún o algunos de los elementos del delito, que en su momento, conforme se desarrolle el contenido de los temas subsecuentes, se les dará la ubicación, según se trate de la doctrina que se adopte por el legislador al señalarlos en las normas penales, sin hacer un pronunciamiento anticipado respecto a las tendencias que en sus sistemáticas los desarrollan para la estructuración del delito, pero quedan enunciados para el estudio futuro que sobre los mismos se retomará.

Después de una revisión detenida de las normas penales de los Códigos en cita, no se advierte que exista, en la parte general, una expresa y clara enunciación de las condiciones objetivas de punibilidad, a la manera de la doctrina heptatómica desarrollada en la teoría analítica o atomizadora del delito, por esta razón, sólo señalamos su falta de regulación general de este aspecto o requisito del delito.

Por último, la punibilidad, sí esta enunciada en el contenido de los respectivos artículos 7 de los Códigos Penales indicados, al definir el delito como el acto u omisión que sancionan las

leyes penales, en consecuencia, debe existir sanción en la ley, para que el acto u omisión puedan ser considerados como delito, sin que esta identificación represente un pronunciamiento preliminar de la tendencia o tendencias acogidas por la legislación penal al estructurar el delito, dejando el estudio para los puntos subsecuentes pero enunciando lo que dogmáticamente puede llegar a desprenderse de las normas jurídicas.

De estos razonamientos y de las disposiciones jurídico penales, se llega a desprender que en nuestra dogmática, hasta lo aquí enunciado y exclusivamente del contenido de las normas penales, el delito se integra con el acto u omisión, típico, antijurídico, imputable, culpable y punible; cuyo contenido y alcance se vislumbrará en los apartados respectivos de este capítulo.

3.- LA ACCIÓN EN NUESTRA DOGMÁTICA PENAL.

La legislación penal Federal y del Distrito Federal al enunciar el primero de los elementos del delito lo incluye en la definición que proporcionan en los correlativos artículos 7, al establecer que, delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Con estas disposiciones, nuestros legisladores no emplean el vocablo acción para referirse al primer elemento del delito, sino que lo hacen distinguiendo las dos modalidades de conducta, por un lado emplea el vocablo "acto" y también utiliza el de "omisión", lo que significa que nuestros legisladores formulan la distinción de los comportamientos humanos en base al aspecto externo de la conducta, sin soslayar que en los artículos 8 de los respectivos Códigos, al referirse al dolo emplean la palabra "acciones" para indicar a las de naturaleza delictivas.

En efecto, sólo atendiendo al ámbito externo o natural del comportamiento del ser humano, es como se puede llegar a distinguir el hacer y el no hacer, el primero implica una serie de movimientos corporales ejecutados por el agente, en tanto que el segundo entraña la inactividad del sujeto; por ello, esta distinción no parte de su concepción jurídica, sino de la forma como se materializa la conducta, es por ello que en líneas precedentes se sostuvo la idea de una orientación bajo un criterio naturalista seguida por nuestra dogmática respecto a este elemento del delito, al hacer precisamente

la distinción de los comportamientos en base a criterios de carácter material.

El término acto, es el vocablo desarrollado en la doctrina causalista y sustentado por Luis JIMÉNEZ DE ASUA, quien consideró que es el vocablo mas adecuado para referirse a este primer elemento del delito, pues encierra el acto de voluntad del hombre, resolviendo las dificultades que trae consigo el empleo del término hecho, pues aquel reviste mayor elasticidad semántica que éste.

Sin embargo, las legislaciones penales Federal y del Distrito Federal, al prever las causas de exclusión del delito, señalan respectivamente en las fracciones I de los correlativos artículos 15, que el delito se excluye cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente.

Con estas disposiciones, se advierte el empleo de tres términos distintos para referirse al primero de los elementos del delito, por un lado, se utilizan en los artículos 7 el vocablo acto u omisión, en los correlativos artículos 8 emplean el vocablo acciones, en tanto que en las fracciones I de los artículos 15, se refieren al hecho. Estos términos, que provocaron abundantes estudios en la doctrina causalista al señalar el ámbito externo o material del comportamiento humano y sus consecuencias en el mundo exterior, guardan substanciales diferencias en la teoría del delito, pues mientras en el primero y segundo de los preceptos encierran al acto

de voluntad, en el tercero requiere, además, la producción de un resultado material y la vinculación naturalista entre ambos elementos, es decir, en su integración se encuentra la necesidad del nexo de causalidad, con lo que en la sistemática de la teoría del delito existe distinto tratamiento y diferentes consecuencias.

En apariencia se podría pensar que el legislador de ambas legislaciones penales Federal y del Distrito Federal, emplea los vocablos indistintamente o pretende darles un significado semejante, sin embargo, en la doctrina se debatió por diversos autores la radical diferenciación de los vocablos, en base a sus distintas consecuencias tanto para su existencia o integración, como para los aspectos negativos de los mismos, sin embargo, la trascendencia de su empleo encierra una clara orientación de la sistemática que sustenta nuestra dogmática.

En efecto, bajo una interpretación a contrario sensu de las fracciones I de los correlativos artículos 15 tanto del Código Penal Federal como del Distrito Federal, son causas de exclusión del delito, que el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente, lo que se traduce en que, para que el delito quede integrado y no se excluya, el hecho se debe realizar con la intervención de la voluntad del agente.

El común denominador que se advierte en los tres términos empleados por el legislador, acto, acciones y hecho, es la presencia de la voluntad del agente, tanto en el acto u omisión a que

se hace referencia en los artículos 7, las acciones en los artículos 8, así como en el hecho a que se refieren las fracciones I de los citados artículos 15 de los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal, pues considerarlo de otra manera el delito se excluye.

Ahora bien, si es la presencia de la voluntad el común denominador de los tres vocablos empleados por el legislador, es necesario precisar el alcance de esta voluntad cuya presencia resulta indispensable para evitar que el delito se excluya, es decir, para que el delito exista plenamente.

Para resolver este planteamiento, se debe tener presente lo señalado por los respectivos artículos 8 de los Códigos Penales en cita, en cuanto indican que las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Con este señalamiento formulado en las legislaciones, se deduce que, el dolo y la culpa, forman parte del contenido de la acción o de la omisión, pero no consideradas metajurídicamente o fuera del derecho penal, sino sólo de las acciones u omisiones consideradas como delictivas, es decir, el dolo y la culpa, existen en las acciones u omisiones típicamente señaladas como delito por el legislador mas no fuera de la normatividad.

Con este razonamiento se puede sostener que el dolo y la culpa, desde el plano de nuestra dogmática, se encuentra en la acción típica o en la omisión típica; pero para estar en presencia de

las mismas y poder integrarlas, se requiere de la concurrencia de la acción y del tipo, o bien, de la omisión y del tipo penal; con lo que surge inmediatamente una interrogante sobre la ubicación particular y concreta de localización específica del dolo y de la culpa, si debe estimarse como parte de la acción u omisión señaladas en el tipo, pero al fin y acabo parte de la acción u omisión, o bien, si se encuentra en el tipo penal referido a la acción o a la omisión descritas.

Esto reviste particular trascendencia, pues si se estima que el dolo y la culpa forman parte de la acción u omisión, entonces éste es el contenido de la voluntad a que se contrae las fracciones I de los artículos 15 de los Códigos Penales, interpretadas a contrario sensu, reconocido por el tipo penal al formar parte de la descripción de la acción u omisión.

Sin embargo, si se parte de que el dolo y la culpa se encuentran como contenido del tipo penal referido a la acción u omisión descritas, entonces el contenido de voluntad a que se contrae las fracciones I de los artículos 15, es ajeno a la existencia del dolo y de la culpa, llegando a sostenerse que dicha voluntad esta desprovista de finalidad, pudiéndose sostener una conclusión distinta.

En efecto, el contenido de voluntad a que se refiere nuestra legislación, al estar desprovista de dolo y culpa, no es distinto al empleado por la corriente de la acción causal conceptualizada como la autodeterminación del espíritu del sujeto, es decir, la relación

existente entre el sujeto y su conducta de tal forma que la misma pueda ser atribuible al querer del sujeto.

No se advierte con ello, en la conformación del primer elemento del delito separado del tipo penal, ningún otro elemento que debe acompañar a la voluntad, pues de la redacción de las fracciones I de los artículos 15 de los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal, no se señala un elemento adicional a la voluntad, o sea, no se indica el contenido de la voluntad. Por ello, suponer que la voluntad señalada por el legislador esta coloreada con la finalidad perseguida por el sujeto, significa introducir nuevos elementos en su contenido no contemplados por el legislador al elaborar normativamente este primer elemento del delito.

En efecto, la voluntad fue ampliamente estudiada por Franz VON LISZT, quien dedicó gran parte de sus obras en estudiar la acción humana, pero como producto de la voluntad del sujeto, desprovista de finalidad, cuenta habida de que tal voluntad solo representaba el querer del agente, desprovisto de finalidad, solo la relación psicológica que lograba vincular al sujeto con su actividad o inactividad.

Por lo que hace al acto a que se refiere el precepto multicitado, no mantiene otro elemento distintivo de la voluntad necesaria para que el delito no se excluya, por ello, el acto es en la forma como lo expuso JIMÉNEZ DE ASÚA, como acto de voluntad, sin adición de ningún otro elemento diverso a la relación subjetiva que

vincula al sujeto con su conducta, es decir, sin comprender ningún otro elemento, de carácter finalista en su conformación.

Esto es así, pues para la integración de este primer elemento no se requiere la determinación de finalidad alguna, tampoco la elección anticipada de los medios y, menos aún, la previsibilidad de las consecuencias paralelas o conexas a la prosecución del fin.

En cambio, si se estima que el dolo está en la acción y omisión típicamente descritas, el panorama de interpretación es diverso, pues entonces, se puede estimar la incipiente conformación de una acción finalista, sólo que el contenido del dolo debe ser analizado para precisar su alcance y sus elementos conformadores.

Por cuanto al contenido del dolo, dogmáticamente se desprende de lo señalado en los correlativos artículos 9 de los Códigos indicados que disponen en idénticos términos que: Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.

Del contenido de las disposiciones citadas, se advierte que nuestras leyes federal y local, como contenido del dolo señalan dos elementos;

a). Conocimiento de los elementos del tipo penal (o la previsibilidad del resultado típico).

b). Se quiera (o se acepte) la realización del hecho descrito por la ley.

Con estos dos elementos, relacionándolos con las posiciones doctrinas se advierte que en la doctrina causalista psicologista, pregonada por diversos tratadistas, el dolo se construye exclusivamente con base en dos elementos: a) el conocimiento de los hechos descritos en el tipo legal, b) el querer esos hechos que previamente se han conocido.[5]

El pionero de esta corriente, definió el dolo como "la representación del resultado, que acompaña a la manifestación de voluntad."[6]

El concepto de dolo comprende, por tanto: a) La representación del acto voluntario mismo, así como de las circunstancias en que fue ejecutado. b) La previsión del resultado. c) En los delitos de comisión, la representación de la causalidad del acto; en los delitos de omisión, la representación del no impedimento del resultado. En esta conciencia reside la distinción del dolo, del deseo y de la esperanza; en estos últimos es necesaria la intervención de

[5] Cfr. Olga ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL. Análisis lógico de los delitos contra la vida Op Cit. Pág 31

[6] Franz VON LISZT Tratado de Derecho Penal Op Cit Pág 410

circunstancias exteriores, que el autor no puede dominar, ni esperar con seguridad.

En cambio, el dolo en el marco normativo causalista, se define con tres elementos: a) conocimiento de los hechos descritos en el tipo legal; b)conocimiento de la significación antijurídica de los hechos; c) querer esos hechos.

Como diferencia substancial se deduce que el dolo en la tendencia psicologista causalista, está desprovisto de toda valoración, pues sólo el conocimiento de los elementos del tipo y el querer, conforman el dolo; en cambio, el carácter valorativo del dolo en la corriente normativista causalista, al exigir el conocimiento de la significación antijurídica de los hechos.

Esta última es la opinión, entre otros, de Edmund MEZGER[7], quien sostiene que "Actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado."

---

[7] Tratado de Derecho Penal Tomo II Editorial Revista de Derecho Privado Madrid España 1957 Pág 102. Con base en el conocimiento de la significación, en Alemania se elaboraron diversas tesis Entre ellas, la estricta teoría del dolo, en la cual se postula que el conocimiento del injusto debe ser actual, o sea que el sujeto tiene que percibir efectivamente que tales hechos son ilícitos. Surge también la limitada teoría del dolo, en la cual el conocimiento del injusto no necesariamente debe ser actual, basta que se dé potencialmente, es decir, que el sujeto esté en posibilidad de conocer el significado de su acción Seguidamente y previa al surgimiento de la teorías finalista, aparece la estricta teoría de la culpabilidad, en la que el conocimiento del injusto es elemento de la culpabilidad y no del dolo; éste ya fue separado de la culpabilidad y reubicado en la acción con un contenido determinado por dos elementos; el conocimiento del injusto, por tanto, va a ser elemento determinante en la existencia o inexistencia de la culpabilidad, pero en nada afectará al dolo Finalmente la limitada teoría de la culpabilidad, que a veces relaciona el conocimiento del injusto con el dolo y a veces con la culpabilidad, lo cual, además de ser asistemático, crea profunda confusión." (Cfr Olga ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL Análisis lógico de los delitos contra la vida Op Cit. Págs 31 y 32)

Finalmente, la concepción del dolo proporcionada por la corriente de la acción final sustentada por Hans WELZEL[8], quien dice que "En tanto se emplee el dolo como concepto jurídico penal (como dolo de tipo), su objeto es la realización del tipo objetivo de un delito. Dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito. De esto se desprende que también hay acciones no dolosas, a saber, las acciones en las cuales la voluntad de acción no está orientada a la realización del tipo de un delito...."

En otra parte de su obra sostiene que "Todo dolo tiene un aspecto intelectual y uno volitivo (conforme a la voluntad). La parte intelectual comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal. No es suficiente que el autor conociera potencialmente las circunstancias del hecho, es decir, que pudiera hacerlas aflorar en su conciencia. Mucho más, ha debido tener realmente la conciencia de ellas en el instante de su hecho, habérselas representado, haberlas percibido, haber pensado en ellas, siendo, eso sí, diferente la intensidad de la conciencia, según si se trata del fin de los medios o de una circunstancia concomitante."[9]

Por lo que se refiere al elemento volitivo, el autor en cita sostiene que "La parte volitiva del dolo es la voluntad

[8] Derecho Penal Alemán. Op Cit. Pág 77
[9] Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán Op Cit Págs 78 y 79

incondicionada de realizar el tipo (voluntad de realización). El querer condicionado, es decir, aquel aún no decidido, no es todavía dolo de ningún modo....Ya que el querer es gramaticalmente un verbo auxiliar, necesita para su precisión inequívoca de un verbo principal y puesto que en el Derecho penal está prohibida la realización del tipo objetivo de un delito, el querer en el Derecho penal es la voluntad de realización referente al tipo de un delito. Por lo tanto, en el Derecho penal querer no significa querer tener o querer alcanzar (en el sentido de aspirar); sino querer realizar."[10]

Como se advierte, los elementos del dolo reconocidos por nuestra dogmática, coinciden, con una muy pequeña semejanza, con los expuestos tanto por la corriente psicologista causalista y por la corriente finalista, pues en ambas hay coincidencia de que su integración se debe a dos elementos, por un lado, el conocimiento de los elementos del hecho típico y, por el otro, el querer; sólo que su diferencia esencial con las opiniones de ambas radica en que nuestra dogmática exige conocimiento de los elementos del tipo penal, en su integridad, es decir, no sólo el conocimiento de la parte objetiva del tipo, sino todos los elementos del tipo. Además, se diferencian ambas corrientes en el elemento querer, en este último elemento, en el finalismo se centra en el querer realizar, en tanto que en el causalismo es sólo el querer ciego, sin estimarse como verbo auxiliar que debe ir acompañado de otro para darle el contenido preciso que se requiere en la integración del mismo.

[10] Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán. Op. Cit. Pág. 79

Con estas anotaciones, si nuestra dogmática exige el conocimiento de los elementos del tipo penal y se parte que el tipo penal está conformado por elementos objetivos, normativos y subjetivos y que, además, según se expuso en capítulos precedentes, en la existencia de los elementos subjetivos se funda la calificación del tipo penal subjetivo expuesto por la corriente finalista y que, en esos elementos se comprende al dolo típico, entonces, debemos estimar, que en nuestra dogmática se debe conocer los elementos típicos objetivos, normativos y subjetivos, en donde se encuentra el dolo, es decir, que conforme con nuestra ley penal, obra dolosamente el que conociendo el dolo (como elemento del tipo) o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley. Lo que resulta una incongruencia pues se exige que el sujeto activo conozca el dolo como elemento subjetivo típico para actuar dolosamente, según las normas jurídico penales.

Esta incongruencia tiene lugar si se parte que existe un principio de doctrina finalista acogida por nuestras legislaciones penales al trasladar el dolo y la culpa a la acción, pero desnaturalizando el contenido del dolo finalista, pues para ello, nuestra ley sólo debió indicar el conocimiento de la parte objetiva del tipo, con lo que se desvanece la incongruencia.

Sin embargo, conforme al contenido del dolo, éste por ser diferente al expuesto por la corriente finalista al abarcar el conocimiento de elementos subjetivos del tipo en donde está el dolo, para evitar la incongruencia ya apuntada, entonces se debe sostener

que el contenido del dolo en nuestra ley, no es a la manera expuesta por el finalismo, sino por el causalismo psicologismo, al no introducir elementos valorativos, lo que resulta que en la conformación de la acción se acogen dos corrientes doctrinales, por un lado, finalismo incipiente al trasladar el dolo y la culpa a la acción, pero combinada con causalismo psicologismo en cuanto al contenido del dolo, pues de estimar que es un dolo finalista, resultaría una incongruencia al exigir el conocimiento del dolo típico para actuar en forma dolosa.

A este respecto debe recordarse un criterio muy claro señalado por la doctora Olga ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL[11], cuando apunta una crítica al finalismo de Hans WELZEL al definir el dolo, asentando que "Para WELZEL, dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo. Esta definición, rigurosamente examinada, no es afortunada, ya que si, como WELZEL lo ha sostenido, el tipo se integra con una parte objetiva y una subjetiva –que es precisamente el dolo o en su caso la culpa- entonces, según la definición, para que exista el dolo se requiere conocer y querer el dolo, lo cual carece de sentido. Maurach corrige ese defecto y dice: El dolo, conforme a la fórmula más universal, es el querer, regido por el conocimiento, de la realización del tipo objetivo."

Mayor inconsistencia se advierte, si de sostenerse la corriente finalista como la que le da sustento en nuestras legislaciones a la conformación del delito, se advierte que como contenido del tipo es también la culpa, según la corriente finalista, entonces, obrará

[11] Análisis Lógico de los delitos contra la vida. Op. Cit. Pág. 32

dolosamente el que conociendo la culpa (como elemento del tipo penal) o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.

Con lo que se debe volver a confirmar que en la integración de la acción en nuestra dogmática existe una absoluta incongruencia pues a pesar de trasladar el dolo y la culpa a la acción u omisión delictiva, el contenido del dolo es diverso a la corriente de la acción final, lo que representa la imposibilidad de integrar plenamente la acción requerida como elemento del delito, que sin duda alguna redunda en la vida social al perseguir los delito y al pretender sancionar al sujeto en el plano de la punición de la conducta.

Para efecto de hacer congruente la integración de este primer elemento del delito, se requiere corregir no sólo el contenido del dolo señalado por nuestras legislaciones penales, sino efectuar después de la revisión integral de este elemento, como en este apartado se ha ensayado, reorientar la regulación del elemento del delito, estableciendo normas jurídicas que resulten congruentes en su conformación propia y en su relación con los restantes elementos del delito, descubriendo la verdadera intención de la ley para tutelar los bienes jurídicos, dejando de importar parcialmente corrientes doctrinales que, si bien funcionaron en alguna época y en cierto lugar, fue porque respondían a la educación de la sociedad a la que fueron dirigidas, pero el trasladar esas instituciones a otras sociedades, con valores diferentes, costumbres distintas y deficiencias particulares, no

responden a la necesidad de tutelar adecuadamente los bienes jurídicos socialmente relevantes.

Por otro lado, respecto a la segunda forma de conducta reconocida por nuestra dogmática concretada a través de la omisión, nuestros legisladores sólo la enuncian, en forma unitaria, en la parte relativa de los artículos 7 y 8 de los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal, al señalar, por un lado, que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, en tanto que en el artículo 8 establecen que las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

La previsión de la omisión como forma de conducta, estimada en su carácter natural, está enunciada en forma unitaria, es decir, no formula una evidente distinción entre las dos especies de omisión que en la doctrina y en la teoría del delito se han desarrollado, tanto en la doctrina causalista como en la tendencia finalista, es decir, no se hace referencia a la omisión simple o a la comisión por omisión, también identificada como resultado material por omisión, al considerar como relevante no a la simple omisión, sino a la producción de un resultado dañoso y prohibido, derivado de la omisión de la conducta esperada y exigida por el ordenamiento jurídico para evitar el daño al bien jurídico.

Sin embargo, las legislaciones penales, en el ámbito de la regulación de la omisión, sí refieren en forma por de más clara, la calidad de garante como presupuesto indispensable en la

consumación del delito omisivo. Esta calidad de garante, conceptualizada como la relación especial, estrecha y directa en que se halla un sujeto y un bien jurídico singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien, en su alcance jurídico está determinada en los párrafos segundo de los citados artículos 7 de los respectivos ordenamientos indicados.

En efecto, el párrafo segundo de los artículos 7 de los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal, en idénticos términos establecen que, en los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

Como se advierte, en el ámbito de la calidad de garante señalada por nuestra dogmática, se acoge como fuentes del deber de obrar en los delitos omisivos a la ley, al contrato y al actuar precedente.

Respecto a la preexistencia de la ley, como fuente del deber de actuar, no genera mayor complicación, pues la naturaleza de la norma que lo prevea es indistinta, así como su jerarquía en el sistema de derecho es indiferente, de tal suerte que puede estar contenida lo mismo en una legislación civil que laboral,

constitucional o administrativa, o inclusive de carácter reglamentario, pues la norma penal que lo señala como fuente, no establece una especial naturaleza ni orden jerárquico en el sistema jurídico.

No ocurre lo mismo con relación a las dos restantes fuentes del deber, pues al establecerse la previa existencia de un contrato que genere el deber de actuar, el tratamiento es diferente, pues al introducirse esta institución regulada por el derecho civil, la fuente del deber se advierte comprometida al grado que auténticos deberes de actuar, se podrán desvanecer si el contrato no satisface tanto los elementos de existencia como los requisitos de validez.

En efecto, siendo el presupuesto normativo para la integración del delito que produzca un resultado material por omisión, la previa existencia del contrato, debe ser analizada, en primer lugar, esta institución regulada por el derecho civil que exige para su existencia el consentimiento y el objeto, y en algunas veces la solemnidad, además, en la conformación del consentimiento existen normas jurídicas del orden civil que lo reglamentan estableciendo el momento en que queda debidamente conformado, así como las condiciones del objeto que puede formar parte del mismo, distinguiendo al objeto directo del objeto indirecto, con una reglamentación suficiente para sus fines.

Por otro lado, en la legislación civil, respecto al contrato, se señalan disposiciones relativas a la regulación de los requisitos de validez como es la capacidad de ejercicio, la licitud en el

objeto, motivo o fin, la voluntad libre y cierta y la formalidad establecida por la ley.

Una vez satisfechos tanto los elementos de existencia como los requisitos de validez, entonces, conforme a la legislación civil, el contrato surtirá plenamente sus efectos jurídicos, siendo eficaz en el ámbito del derecho. De lo contrario, el acto jurídico adolecerá de inexistencia o de nulidad, ya absoluta o ya relativa, según lo dispongan las leyes, pues se establecen las causas de nulidad y las consecuencias que la misma trae consigo.

La enunciación del contrato como fuente del deber en los delitos omisivos, debe ser primeramente eficaz conforme a la ley que lo regula y, una vez que surta todos sus efectos jurídicos, será como se generen las obligaciones que conforman su objeto, es decir, la obligación de actuar en el ámbito del derecho penal para evitar el resultado dañoso, de lo contrario, no será causa generadora de la obligación de actuar y en consecuencia no se surtirá el presupuesto para atribuirle al sujeto el resultado material, pues la fuente de su deber de actuar resulta ineficaz.

Estas son sólo algunas de las complicaciones que se introdujeron en las reformas de 1994 al Código Penal, que hoy en día se encuentran vigentes; pudiéndose evitar tanta complicación, si de una reflexión detenida, hubiere sido suficiente con señalar como fuente del deber la aceptación previa del mismo, con la finalidad de

que, sin rebasar las normas penales, su problemática se resolviera en el ámbito del derecho punitivo.

En cuanto al actuar precedente, que también se encuentra contemplado en las legislaciones penales como fuente del deber, fundado en que la conducta desplegada por el sujeto provoca un incremento del riesgo de los bienes jurídicos, requiere una reflexión especial, en el sentido de que tal como se encuentra señalado en la ley, no se hace la indicación de que debe estar desprovisto de toda intención dirigida a la producción del resultado material, es decir, que el sujeto al desarrollar la conducta que genera un incremento del riesgo de los bienes jurídicos, no debe dirigir su actuar al aumento de dichos riesgos, pues de ser así, los resultado dañosos provocados se ubicarían en el plano de la actividad desarrollada por el sujeto y estarían fuera del ámbito de los delitos omisivos, precisamente porque el actuar del sujeto con conocimiento de los elementos del tipo y en base a su querer, dirigió su actuar a incrementar el riesgo, luego entonces, el resultado dañoso producido se ubicaría en el plano de la actividad, en el hacer del sujeto, es decir, su producción es materia de un acto voluntario y no de una omisión.

Para efecto de evitar esta confusión, debe contenerse en la norma una exigencia negativa, en el sentido de que el sujeto no haya dirigido su actuar al incremento del riesgo, para evitar traspasar el terreno de la omisión; por ello, como fuente del deber, si bien el actuar precedente lo genera, este actuar precedente no debe ser doloso, no debe dirigirse a la producción del incremento

del riesgo, sino que el incremento del riesgo sea producto del desarrollo normal del actuar, imponiendo el deber de evitar la lesión del bien jurídico y permaneciendo en el plano de los delitos de omisión.

4.- CONFIGURACIÓN DEL TIPO

El tipo penal, se caracteriza por la descripción formulada por el legislador de los eventos antisociales, cuyo contenido resulta necesario para una mejor protección del bien jurídico, en el que se establece como punibilidad la advertencia de privación de bienes jurídicos, dirigida a todos los sujetos que transgredan los deberes normativos, determinada en su magnitud por el grado de lesión del bien jurídico y en su duración por el grado de culpabilidad.

Como es de advertirse de la concepción doctrinal del tipo, se desprende la necesidad de un contenido que resulta necesario para la protección del bien jurídico y es gracias a ese contenido y a la necesidad de tutela de bienes jurídicos, como se establece el alcance y la ratio essendi de la norma punitiva, lográndose configurar los tipos penales. Este contenido del tipo se establece a través de los elementos o requisitos exigidos en la norma para que opere la adecuación necesaria entre el hecho y el tipo, es decir, que en la medida en que en el evento fáctico queden satisfechos todos y cada uno de los requisitos exigidos por el tipo, en esa medida quedará satisfecha la adecuación, surtiéndose en consecuencia la tipicidad necesaria para la integración del delito.

El contenido del tipo representada por el conjunto de elementos o requisitos exigidos por la norma determina la mayor o menor protección del bien jurídico, de tal suerte que entre mayor es el número de elementos que conforman el contenido del tipo, menor es la protección del bien jurídico, en cambio, entre menor es el número de elementos o requisitos exigidos en el contenido del tipo penal, mayor será la protección del bien jurídico.

Esta relación inversamente proporcional entre el número de elementos y protección del bien jurídico, se debe a la necesidad de satisfacer un número mayor de requisitos, haciéndose más gravosa la adecuación a su descripción hipotética; en cambio, cuando el número de requisitos es menor, se amplía la tutela del bien jurídico, porque para establecer la relación conceptual entre la norma y el facto es menos gravosa.

En nuestra dogmática penal, el contenido del tipo se encuentra reconocido en las fracciones II de los artículo 15 de los correlativos Códigos Penales Federal y del Distrito federal, con una interpretación a contrario sensu, al establecer que el delito se excluye cuando se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate, o falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate, según lo refieren respectivamente los códigos citados.

Con esta disposición normativa, en cada ámbito de aplicación, se advierte el criterio del legislador al señalar precisamente que los tipos penales señalados en la parte especial de los códigos indicados, están configurados por elementos típicos.

Estas disposiciones jurídicas es resultado de las reformas que se introdujeron al código vigentes a partir de 1994, las que se caracterizaron por una amplia revisión de las disposiciones penales para efecto de superar las diversas deficiencias que se reconocían del código penal en esa época.

Conjuntamente con las reformas a la ley sustantiva, también fueron reformados los Códigos de Procedimientos Penales tanto en materia federal como local, con la finalidad de hacer congruente el ámbito procesal con el derecho sustantivo, estableciéndose en los artículos 168 y 122, respectivamente, los elementos del tipo que debían quedar debidamente demostrados para el ejercicio de la acción penal, trasladando la problemática sustantiva de la conformación típica, al terreno procesal, al señalar que para el ejercicio de la acción se debían demostrar los elementos del tipo, clasificándolos como objetivos, normativos y subjetivos, comprendiéndose en estos últimos al dolo típico.

No obstante la forma como queda configurado el tipo en la doctrina finalista, distinguiéndose el tipo penal objetivo, en el que se comprende todo el conjunto de elementos objetivos o materiales de la descripción, es decir, es el núcleo real material del tipo; y, el tipo

penal subjetivo, en el que queda comprendido el dolo, pues toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere –el momento intelectual- y por la decisión al respecto de querer realizarlo –el momento volitivo. No obstante esta distinción, nuestra dogmática penal, no señala en forma por demás clara y contundente la forma como actualmente queda integrado el tipo penal.

Antes de las reformas a los artículo 16 y 19 de la Constitución, los Códigos Federal y Local de Procedimientos Penales señalaban en el artículo 168 los elementos que conformaban el tipo penal y cuyo acreditamiento resultaba necesario para el ejercicio de la acción penal, entre los que se indicaba el dolo como elemento del tipo; sin embargo con las reformas posteriores de este Código, en las que se regresó a un criterio naturalista al acogerse de nueva cuenta el llamado cuerpo del delito, en el ámbito de la conformación del tipo penal no existe una disposición clara y contundente, sólo el artículo 8 de los respectivos Códigos Penales en cuanto señalan que las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Con ello se advierte la necesaria presencia del dolo en las acciones y omisiones delictivas, sin lograrse precisar si el dolo es parte integral de la acción o está ubicado en la conformación del tipo, con las consecuencias señalas en el apartado que antecede.

5.- ELEMENTOS TÍPICOS EN LA DOGMÁTICA PENAL

En una revisión de las disposiciones penales previstas en la parte general de los Códigos Federal y del Distrito Federal, no se advierte una reglamentación particular respecto al número y clase de elementos que conforman el tipo penal.

Es verdad que los elementos del tipo penal están estrechamente vinculados con la necesidad de protección de los bienes jurídicos, por ello, el número y especie de elementos son variables según se trate del bien y su protección.

No obstante lo anterior, la teoría del tipo penal ha señalado algunos elementos que resultan indispensables para su propia existencia, así Hans HEINRICH JESCHECK[12] indica que "los pilares básicos del tipo son el bien jurídico, el objeto de la acción, el autor y la acción, cada uno adornado de los demás elementos que los caracterizan de forma más precisa."

En cambio otra esfera de la doctrina se refiere a elementos objetivos, normativos y subjetivos, como los necesarios para que integren el tipo. Siendo objetivos los estados y procesos externos, susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente,

[12] Tratado de Derecho Penal Tomo I Op Cit Pág 350

perceptibles por los sentidos y que están fijados por la ley en forma descriptiva.

Son normativos los que exigen una valoración jurídica o cultural para determinar el alcance y su aplicación para efecto de lograr la protección del bien jurídico.

Finalmente son subjetivos, los que se encuentran en el alma del autor, encontrándose en este aspecto la caracterización del tipo penal subjetivo, en la estructura de la teoría finalista, cuyo contenido esencial es la existencia del dolo, como momento final de la acción del sujeto, cuyo concepto ha sido explicado en el capítulo correspondiente de la acción final.

En este sentido se debe tener muy presente lo señalado por los correlativos artículos 8 de los mismos cuerpos legales, en cuanto indican que las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Con este señalamiento formulado respecto a las legislaciones penales, se deduce que, el dolo y la culpa, forman parte del contenido de la acción o de la omisión, pero no consideradas metajurídicamente o fuera del derecho penal, sino sólo de las acciones u omisiones consideradas como delictivas, es decir, el dolo y la culpa, existen en las acciones u omisiones típicamente señaladas como delito por el legislador mas no fuera de la normatividad.

Con este razonamiento se puede sostener que el dolo y la culpa, desde el plano de nuestra dogmática, se encuentra en la acción típica o en la omisión típica; pero para estar en presencia de las mismas y poder integrarlas, se requiere de la concurrencia de la acción y del tipo, o bien, de la omisión y del tipo penal; con lo que surge inmediatamente una interrogante sobre la ubicación particular y concreta de localización específica del dolo y de la culpa, si debe estimarse como parte de la acción u omisión señaladas en el tipo, pero al fin y acabo parte de la acción u omisión, o bien, si se encuentra en el tipo penal referido a la acción o a la omisión descritas.

Esto reviste particular trascendencia como ya fue expuesto con antelación, pues si se estima que el dolo y la culpa forman parte de la acción u omisión, entonces éste es el contenido de la voluntad a que se contraen las fracciones I de los correlativos artículos 15 de los citados Códigos Penales, interpretado a contrario sensu, al formar parte de la descripción de la acción u omisión reconocida por el tipo penal.

Sin embargo, si se parte de que el dolo y la culpa se encuentran como contenido del tipo penal referido a la acción u omisión descritas, entonces el contenido de voluntad a que se contrae las fracciones I de los respectivos artículos 15, es ajeno a la existencia del dolo y de la culpa, llegando a sostenerse que dicha voluntad está desprovista de finalidad, pudiéndose sostener una conclusión distinta.

Para una mejor claridad en la exposición de la idea debe recordarse que según el finalismo "Todo dolo tiene un aspecto intelectual y uno volitivo (conforme a la voluntad). La parte intelectual comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal. No es suficiente que el autor conociera potencialmente las circunstancias del hecho, es decir, que pudiera hacerlas aflorar en su conciencia. Mucho más, ha debido tener realmente la conciencia de ellas en el instante de su hecho, habérselas representado, haberlas percibido, haber pensado en ellas, siendo, eso sí, diferente la intensidad de la conciencia, según si se trata del fin de los medios o de una circunstancia concomitante."[13]

Por tanto, como se explicó en el punto precedente y según se advierte, los elementos del dolo reconocidos por nuestra dogmática, coinciden, en una muy pequeña semejanza, con los expuestos tanto por la corriente psicologista causalista y por la corriente finalista, pues en ambas hay coincidencia de que su integración se debe a dos elementos, por un lado, el conocimiento de los elementos del hecho típico y, por el otro, el querer; sólo que su diferencia esencial con las opiniones de ambas corrientes radica en que nuestra dogmática exige conocimiento de los elementos del tipo penal, en su integración, es decir, no sólo el conocimiento de la parte objetiva del tipo, sino todos los elementos del tipo. Además, se diferencian ambas corrientes en el elemento querer, en este último en el finalismo se centra en el querer realizar, en tanto que en el

[13] Hans WELZEL Derecho Penal Alemán Op Cit. Págs 78 y 79

causalismo es sólo el querer ciego, sin estimarse como verbo auxiliar que debe ir acompañado de otro para darle el contenido preciso que se requiere en la integración del mismo.

Con estas anotaciones, si nuestra dogmática exige el conocimiento de los elementos del tipo penal y se parte que el tipo penal está conformado por elementos objetivos, normativos y subjetivos y que, además, según se expuso en capítulos precedentes, en la existencia de los elementos subjetivos se funda la calificación del tipo penal subjetivo expuesto por la corriente finalista y que, en esos elementos se comprende al dolo típico, entonces, debemos estimar, que en nuestra dogmática se debe conocer los elementos típicos objetivos, normativos y subjetivos, en donde se encuentra el dolo, es decir, que conforme con nuestra ley penal, obra dolosamente el que conociendo el dolo (como elemento del tipo) o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley. Lo que resulta una incongruencia pues se exige que el sujeto activo conozca el dolo como elemento subjetivo típico para actuar dolosamente.

Esta incongruencia tiene lugar si se parte que existe un principio de doctrina finalista acogida por nuestra legislación penal al trasladar el dolo y la culpa a la acción, pero desnaturalizando el contenido del dolo finalista, pues para ello, nuestra ley sólo debió indicar el conocimiento de la parte objetiva del tipo, con lo que se desvanece la incongruencia.

Sin embargo, conforme al contenido del dolo, éste por ser diferente al expuesto por la corriente finalista al abarcar el conocimiento de elementos subjetivos del tipo en donde está el dolo, para evitar la incongruencia ya apuntada, entonces se debe sostener que el contenido del dolo en nuestra ley, no es a la manera expuesta por el finalismo, sino por el causalismo psicologismo, al no introducir elementos valorativos, lo que resulta que en la conformación de la acción se acogen dos corrientes doctrinales, por un lado, finalismo incipiente al trasladar el dolo y la culpa a la acción, pero combinada con causalismo psicologismo en cuanto al contenido del dolo, pues de estimar que es un dolo finalista, resultaría una incongruencia al exigir el conocimiento del dolo típico para actuar en forma dolosa.

6.- LA TIPICIDAD Y LA ANTIJURIDICIDAD DE ACUERDO A NUESTRA LEGISLACIÓN

Como ya fue expuesto en el desarrollo de los capítulos precedentes, tanto en el finalismo como en el causalismo, la tipicidad reside en la relación conceptual que se formula, mediante la cual se determina el encuadramiento a lo descrito en el tipo penal.

No sólo debe mencionarse la adecuación de la conducta al tipo, pues es bien sabido que los tipos llegan a requerir diversos elementos, ya sea que se configure el tipo penal objetivo o el tipo penal subjetivo, o bien, como lo expusiera Hans HEINRICH JESCHECK[14] "cada uno adornado de los demás elementos que los caracterizan de forma más precisa"

En cuanto a la tipicidad, en la legislación penal federal y local, no existe norma jurídica alguna que señale expresamente el momento a partir del cual la tipicidad queda debidamente integrada para los efectos de la configuración del delito, por esta razón deben ser trasladados para una explicación adecuada, los conceptos y reglas generales de la teoría del delito a fin de conocer el alcance del ámbito de la legislación vigente.

Sólo existen algunas referencias respecto a la necesidad de que los elementos del tipo penal queden debidamente

[14] Tratado de Derecho penal Op. Cit Pág 350

satisfechos, al grado que las fracciones II de los correlativos artículos 15 de los Códigos Penales disponen que el delito se excluye cuando se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate, lo que significa en una interpretación a contrario que, para la integración del delito y no se excluya, se requiere que se demuestre la existencia de todos y cada uno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate, es precisamente éste el alcance de la tipicidad, que se traduce en la existencia de todos y cada uno de los elementos del tipo penal.

Además de lo antes expuesto, existen diversas disposiciones jurídicas que se refieren a la producción del resultado típico, tal es el caso de los artículos 9 de los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal, que al referirse al dolo indican la producción del resultado típico, lo mismo sucede con relación a la culpa a que hace referencia el mismo precepto en el párrafo segundo. Lo que se traduce en que, forma parte de la tipicidad, la presencia del resultado típico para colmar la descripción normativa.

Por lo que hace a la *antijuridicidad*, elemento valorativo del delito, en la dogmática penal de nuestras legislaciones Federal y del Distrito Federal, no existen disposiciones claras y contundentes respecto al alcance de este elemento del delito, tampoco respecto a la integración y a su contenido, pues no se formula ninguna referencia al desvalor de la conducta o al desvalor del resultado o a ambos; únicamente se exponen en las fracciones III, IV, V y VI de los artículos 15 de los Códigos punitivos, las diversas

causas de licitud que el legislador a partir de las reformas de 1994 introdujo en la ley, por lo que, aplicando la interpretación a contrario, será antijurídica la conducta cuando no esté protegida por alguna causa de licitud señalada en la ley. En este sentido, se vuelve la vista en que la interpretación dogmática implica el retorno a la excepción regla, expuesta por el causalismo y, tantas veces criticada por los estudiosos de la corriente finalista.

En efecto, si el delito se excluye cuando tiene lugar la existencia de las causas de licitud señalas en la legislación penal, entonces significa que para que el delito no se excluya, el hecho no debe estar protegido o amparado por alguna causa de licitud de las señaladas en las disposiciones legales.

Con esta interpretación que se desprende de la carencia de reglamentación integral respecto a la antijuridicidad, se retorna al criterio de la excepción regla para darle un contenido formal y no un contenido propio derivado del desvalor del resultado o desvalor de conducta, siendo necesaria una regulación positiva en la que se le de un contenido a la antijuridicidad de naturaleza diversa a la excepción regla, para darle un contenido positivo y substancial, suficiente para definir la postura de la dogmática evitando la combinación de corrientes doctrinales en la legislación penal.

De las causas de licitud, destaca por su importancia, el criterio que introdujo el legislador a partir de las reformas de 1994 en las fracciones III de los artículos 15 de los Códigos Penales, que

aún cuando con ligeras diferencias en su redacción y contenido, lo cierto es que en estas disposiciones se acoge la ausencia de interés como fundante de la licitud de la acción, es decir, la ausencia de interés concretada a través del consentimiento del ofendido, o del legitimado según lo refiere el Código Penal del Distrito Federal, o el llamado consentimiento presunto del ofendido, denominado como consentimiento tácito según la legislación penal local; sin embargo este criterio fue ampliamente debatido por Luis JIMÉNEZ DE ASUA quien siempre consideró que la ausencia de interés como criterio fundante de las causa de licitud, representaba la negación del propio derecho, pues a través del mismo, la licitud de la conducta o la ilicitud de la misma, quedaba en manos de un sujeto privado, titular del bien jurídico, quien al expresar su consentimiento la conducta realizada por el sujeto era de carácter lícito, pero en caso de no haber mediado su voluntad, entonces la conducta del sujeto se teñía de carácter ilícito, resultando antijurídica la acción.

Residiendo el carácter lícito o antijurídico de una conducta en la voluntad del sujeto, implica suprimir la naturaleza heterónoma y coactiva del derecho, es decir, su naturaleza se resume en la expresión de la voluntad de un sujeto titular del bien jurídico, y no la fuerza del derecho dependerá de su naturaleza heterónoma.

Como se advierte de las disposiciones jurídicas en comento, el legislador, acogió literalmente las dos hipótesis de ausencia de interés ampliamente debatidas en la doctrina, pues previó

el consentimiento del ofendido o el consentimiento presunto del ofendido, con lo que textualmente se acoge lo debatido por la doctrina.

Con esta postura de la dogmática penal, no puede llegar a afirmarse que se sustente en criterios finalistas, pues para ello, es necesario abordar el ámbito valorativo de la acción y del resultado, a fin de que la antijuridicidad tenga un contenido propio y sustento definido.

Por otro lado, el introducir el consentimiento del ofendido como causa de licitud, a pesar de los diversos requisitos que se establecen y a los cuales se condiciona su procedencia, no resuelve las múltiples complicaciones que trae consigo en la sistemática del delito y de sus aspecto negativo. Para entender mejor este argumento, en el supuesto caso que el propietario del bien objeto del apoderamiento haya expresado su consentimiento para que fuera apoderado, traerá dos implicaciones, por un lado, debe suponerse que el consentimiento del ofendido es una hipótesis de atipicidad al no reunirse todos los elementos de la descripción típica en términos de las fracciones II de los artículo 15 de los Códigos Penales, pero al mismo tiempo se estaría en la hipótesis de las fracciones III de los citados preceptos que establece el consentimiento del ofendido como causa que excluye el delito; en esta situación, bajo la sistemática de una prelación lógica de los elementos del delito de la corriente causalista, no puede ser analizada la licitud de la acción sin que antes se integre la tipicidad de la misma, pues para saber si una conducta es o no antijurídica primero debe ser típica.

Por esta razón, se insiste, no es la corriente finalista la que se encuentra presente en el contenido y alcance de las disposiciones jurídico penales en este apartado, sino mas bien, una tendencia causalista, al retomar la excepción regla para darle el contenido de la antijuridicidad y para acoger como causa de licitud el criterio fundado en la ausencia de interés, ampliamente atacado por Jiménez de Asúa, sostenedor del sistema causalista.

Por lo tanto, si en la antijuridicidad no se acoge la corriente finalista al seguir utilizando la excepción regla, no obstante que en la integración de la acción se pretendió seguir sus postulados, pero desnaturalizando el contenido del dolo finalista al exigir nuestra dogmática el conocimiento de los elementos del tipo, en los que se encuentra el propio dolo, debemos arribar en consecuencia, a la afirmación en el sentido de que en nuestro sistema jurídico penal, son dos las corrientes que se pretendieron conjugar, con postulados contrarios y sistemática diferente, no obstante, se pretendió mezclarlos en las disposiciones jurídicas, que sólo han culminado con la concurrencia de principios contradictorios y opuestos que imposibilitan en forma inmediata e indiscutible, la integración del delito en su aspecto positivo y se desnaturalizaron varios de los postulados de la corriente finalista y de la propia corriente causalista.

7.- LA CULPABILIDAD EN NUESTRO CÓDIGO PENAL

En este apartado es importante resaltar dos cuestiones fundamentales, por un lado, precisar lo que es la culpabilidad en nuestra dogmática y, por el otro, desentrañar su contenido y alcance, a fin de llegar a encontrar la corriente y la sistemática que sustenta este elemento en la configuración del delito y su propia trascendencia.

En las legislaciones penales Federal y del Distrito Federal, se establecen diversas disposiciones legales cuyo contenido es precisamente la culpabilidad del delito, para efecto de lograr el objetivo propuesto, señalaremos con claridad los diversos preceptos e intentaremos un estudio sistemático de los mismos para efecto de desentrañar la intención de su reglamentación y su sistemática.

Como premisas relevantes debemos indicar que nuestras legislaciones penales federal y local, se refieren a la culpabilidad en el penúltimo párrafo de los correlativos artículos 13, en cuanto señalan que, los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

También existe el precepto señalado en los artículos 52 de los códigos citados, en los que se establece que, el juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes

dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente.

En cuanto al ámbito de la exclusión de este elemento, los artículos 15 de los correlativos Códigos Penales, contiene diversas hipótesis como las establecidas en las respectivas fracciones VIII y IX, que señalan que el delito queda excluido cuando se presente el contenido de esas dos disposiciones legales, para efecto de comprender su alcance es necesario analizarlas por separado.

Los artículos 15, fracciones VIII de los citados Códigos establecen en forma idéntica que, el delito se excluye cuando se realice la acción u omisión bajo un error invencible: Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si se parte de la idea de que el error es el concepto equivocado que posee el sujeto, o, el juicio falso formulado por el mismo, entonces, su antónimo o interpretación a contrario es lo acertado o lo correcto del concepto o el juicio verdadero, lo que es equivalente al conocimiento pleno que logra poseerse por un sujeto determinado.

Por esta razón, con una interpretación a contrario sensu, de las fracciones VIII de los artículos 15 de los citados códigos, se desprende que el delito debe realizarse, para que no quede excluido, con pleno conocimiento de los elementos esenciales que integran el tipo y, con pleno conocimiento respecto a la ilicitud de la conducta, conociendo la existencia de la ley o el alcance de la misma y, conociendo que su conducta no está justificada.

Esta interpretación a contrario, se desprende de la literalidad de la disposición normativa, de tal suerte que si el error es causa de exclusión del delito, lo contrario al mismo es el pleno conocimiento que debe poseer el sujeto. Asimismo, si el enlace entre las dos hipótesis es disyuntivo, al estar señalado con la "o", con una interpretación a contrario, debe copularse las dos hipótesis con la "y", de tal suerte que deben concurrir ambas para que el delito no se excluya.

Por otro lado, si en el inciso b) del precepto en cita, se señala que el error puede recaer sobre la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta, entonces, para que opere adecuadamente la interpretación a contrario, debe decirse que el conocimiento del sujeto debe recaer respecto a la ilicitud de la conducta, conociendo la existencia de la ley, conociendo el alcance de la misma y conociendo que no está justificada su conducta. Con lo anterior el delito no se excluye, en consecuencia queda debidamente integrado en base a la exigencia normativa.

Finalmente, las fracciones IX de los artículos 15 de los respectivos códigos penales muchas veces indicados, establece que el delito se excluye cuando, atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

Con una clara interpretación a contrario sensu, se advierte que para la integración del delito, a fin de evitar su exclusión, se requiere que en base a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, sí le sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de sí haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

Como se advierte, en el aspecto positivo que se desprendieron de las dos fracciones anteriormente indicadas, se deduce la necesidad del conocimiento de los elementos esenciales que integran el tipo.

Para encontrar el alcance de esta exigencia normativa, es necesario señalar que en la clasificación de los elementos del delito formulada por la doctrina causalista, sí se llegó a distinguir entre elementos esenciales y elementos accidentales, comprendiendo en los primeros a aquellos elementos sin los cuales el delito no existe, es decir, resultan esenciales porque su existencia es indispensable para la existencia del delito mismo; en cambio, son

accidentales, aquellos elementos que no resultan indispensables para la existencia del delito, comprendiéndose en ellos las llamadas circunstancias, cuya naturaleza estriba en que al agregarse a los tipos fundamentales o básicos, tienen como efecto aumentar o disminuir la sanción.

Sin embargo, respecto a la configuración del tipo, en la doctrina causalista se formula una clasificación en elementos esenciales o accidentales. En cuanto a la corriente finalista, existe la opinión de Hans HEINRICH JESCHECK[15] quien estima que "los pilares básicos del tipo son el bien jurídico, el objeto de la acción, el autor y la acción, cada uno adornado de los demás elementos que los caracterizan de forma más precisa."

Este conocimiento de los elementos esenciales que integran el tipo y el conocimiento respecto a la ilicitud de la conducta, es el desarrollo de la capacidad de entender que tiene el sujeto, es decir, la capacidad de entender encierra en su contenido la posibilidad de conocer valoradamente el contenido del tipo y de la antijuridicidad de la acción desarrollada por el agente, por ello, la materialización o el ejercicio de esta capacidad de entender, culmina con el conocimiento que posee el sujeto respecto a los elementos del tipo y respecto a la antijuridicidad de la acción, o sea, la ilicitud de la conducta; lo que indudablemente forma parte de la imputabilidad del sujeto al momento de la ejecución de la acción.

[15] Tratado de Derecho Penal. Op Cit Pág 350

Ahora bien, independientemente de lo anterior, también se establece, en las fracciones IX de los precitados artículos, la necesidad de que al sujeto le sea racionalmente exigible una conducta diversa a la que realizó, por haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

Este requisito fundamental que consiste en la exigibilidad de otra conducta, en base a las condiciones tanto *personales como circunstanciales en que se desarrolló la acción*, representa una parte fundamental para integrar el juicio de reproche normativo en contra del actuar del agente.

Con todo lo aquí dicho, se advierte que en el campo de la culpabilidad nuestra dogmática requiere, por una parte, el desarrollo de las capacidades de comprensión tanto de los elementos del tipo penal como del carácter ilícito de la acción, lo que se traduce en el contenido de la imputabilidad, que forma parte del contenido de la culpabilidad y, por otra parte, la posibilidad de actuar conforme a derecho.

Por lo que, para integrar la culpabilidad y advertir su plenitud, se requiere la exigibilidad de una conducta diversa a la realizada, racionalmente exigible de acuerdo a las condiciones personales y circunstanciales en que se ejecutó, por ello, la exigibilidad de conducta diversa también es indispensable para integrar la culpabilidad en el campo de nuestra dogmática penal.

Aun cuando no se advierte una disposición clara cobre la procedencia del juicio de reproche que debe enderezarse en contra del sujeto al realizar la conducta antijurídica con pleno conocimiento de su significado en el ámbito del derecho, al señalarse en la ley que en base al grado de culpabilidad será responsable el sujeto, esto permite que se estime como elemento esencial de valoración para que el sujeto responda por su acción ejecutada.

Con todo ello, se arriba a la afirmación de que la culpabilidad en nuestra dogmática, no mantiene un contenido causalista, pues el dolo y la culpa, pregonada por esta tendencia, no lo considera nuestra ley como elemento de la culpabilidad, pues los traslada a la acción, según se advierte de los artículos 9 de los citados códigos, por lo que, por ese sólo hecho, no es una culpabilidad causalista.

En cambio, en las disposiciones penales indicadas, se llega advertir, una tendencia finalista en relación a la integración de la culpabilidad, aún cuando la ley no haga referencia al juicio de reproche necesario para evidenciar esta tendencia, sin embargo, se desprende del contenido que considera la ley para integrarla, como es, por un lado, la imputabilidad del sujeto y, por el otro, la exigibilidad de conducta diversa.

Llegando, después de estas reflexiones, a considerarse que estos contenidos de las fracciones VIII y IX del artículos 15 de los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal,

forman parte del elemento culpabilidad para la integración del delito, cuya ubicación en la sistemática representa un elemento que mantiene en su integración un principio de valoración normativa de la conducta del sujeto y su propia motivación, indispensables para individualizar el grado de reprochabilidad y, en base a ello, la punición del sujeto.

A) SISTEMA DE NÚMEROS CLAUSUS

El sistema de números cerrados que se introdujo al Código Penal a partir de las reformas de 1994, vigentes hasta nuestros días, relativo a la procedencia de la culpa en los delitos que limitativamente se señalan por este cuerpo de leyes, viene a confirmar la tendencia finalista que pretendió inspirar al legislador y se acogió en nuestra dogmática, pues sólo en los tipos expresamente señalados en los respectivos artículos 60 de los Códigos penales Federal y del Distrito Federal, es concebible la posibilidad de ser cometidos por violar un deber de cuidado, previendo el resultado dañoso con la esperanza de que no se produjera, o no previendo cuando resultaba previsible.

Sin embargo, la adopción de este sistema que reglamentó y limitó la presencia de la culpa en los delitos previstos en el código punitivo, no fue producto de una revisión detallada y de la necesidad de tutelar el bien jurídico en contra de las acciones u omisiones culposas, sino que, ante la premura de la adopción de un sistema que inspiró estas reformas, muchos de los bienes jurídicos

lejos de estar debidamente tutelados por las disposiciones penales, se dejaron de proteger, sin reparar en la trascendencia de estas desprotecciones.

En efecto, para la adecuada tutela del bien jurídico, no puede derivarse de la apresurada adopción de un sistema determinado de tratamiento del delito, sino debe atenderse a la necesidad social de su protección por la trascendencia del valor jurídico, en contra de acciones u omisiones que violen el deber de cuidado y cuya gravedad representen una alteración de los valores socialmente relevantes para la convivencia.

Nuestras legislaciones al adoptar el sistema de números clausus en los artículos 60, limitó la procedencia de la culpa a los delitos expresamente establecidos en esa relación, sin embargo, revisando detenidamente la relación de tipos enunciados, se advierte la desprotección de múltiples bienes jurídicos, que a pesar de ser fundamentales no están tutelados, tal es el caso de la vida del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, ocasionada por un tercero sin la voluntad de la mujer embarazada, tipificado en el artículo 330 de los citados cuerpos legales, que prevé el aborto sufrido.

Al no encontrarse esta disposición enunciada en el catálogo de los delitos que pueden cometerse en forma culposa, en un intento de proteger el bien jurídico como es la vida del producto de la concepción, entonces el tercero que hizo abortar a la mujer sin su

voluntad, deberá ser sancionado como delito doloso, a pesar de que el mismo no haya dirigido su voluntad hacia ese fin privativo de la vida, es decir, a pesar de que en la realidad de su actuar, el resultado típico sea producto de la violación de un deber de cuidado, con la previsión o sin ella. Esta solución jurídica resulta totalmente fuera de una realidad material, pues el sujeto, quien no tuvo la finalidad de privar de la vida, resentirá los efectos de una sanción de delito doloso aunque no hubiera dirigido su voluntad hacia ese fin, lo que resulta atentatorio de todo principio de lógica elemental de interpretación material de los hechos.

En cambio, si se reconoce que en el campo del derecho penal sólo se debe atender a la ley exactamente aplicable al delito de que se trate, al no encontrarse enunciado el tipo en el catálogo de los delitos culposos señalado en los correlativos artículos 60 de los códigos penales, debe concluirse que no existe el tipo penal culposo, en consecuencia, no debe aplicarse pena alguna que no esté expresamente determinada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate, por tal razón, el sujeto no podrá ser sancionado por ese resultado típico producido. Solución que también atenta contra todo principio de lógica y, en particular, se deja sin proteger ese bien jurídico tutelado en el artículo 330 de los citados códigos.

No obstante, sí se incluye en este catálogo, un tipo penal como el homicidio en razón del parentesco o relación, previsto en los correlativos artículos 323 de los respectivos códigos penales, por tal motivo, admite la posibilidad de ser cometido en forma culposa,

es decir, violándose un deber de cuidado con previsión del resultado y con la esperanza de que no se produzca, o, no previéndolo cuando resultaba previsible.

Esta posibilidad de presentarse la forma culposa en este tipo penal, contraría la propia naturaleza del tipo el cual en su descripción normativa exige que en la privación de la vida, el sujeto activo tenga conocimiento de esa relación de parentesco; lo que permite presuponer que el activo debe encausar su conducta a la finalidad típica precisa de privar de la vida a su pariente consanguíneo o civil en el grado a que se refiere la ley o con el que mantiene unaq situación jurídica determinada.

Por tal motivo, permitir que el delito que por exigencia normativa requiere el conocimiento de la relación de parentesco y se dirija la conducta al fin típico, se pueda llega a cometer en forma culposa por estar en el catálogo de los delitos culposos, los que sólo representa la confirmación de que la apresurada inclusión del sistema de números clausus, llega a establecer absurdos jurídicos que atentan contra la adecuada y técnica protección de los bienes jurídicos.

Estos son sólo dos ejemplos de lo infuncional del sistema de números clausus que, pretendiendo acoger un incipiente e inacabado finalismo, provoca regulaciones inapropiadas en detrimento de la tutela de los bienes jurídicos.

B) SISTEMA DE NUMEROS APERTUS.

El sistema de números abiertos en la procedencia de la culpa en los diversos delitos previstos en las legislaciones penales, estriba en que la comisión de los ilícitos por violación de un deber de cuidado, previendo el resultado típico con la esperanza de que no se produzca o, no previéndolo cuando resultaba previsible, importa la posibilidad de que en base a la naturaleza de la conducta señalada en el tipo, como núcleo esencial de su descripción, sea la piedra angular para determinar la posibilidad de su comisión a través de esta forma.

Es decir, en el sistema de números abiertos, la posibilidad de cometer el delito en forma culposa no depende de la enunciación limitada de la ley, mediante un catálogo predeterminado, sino que, está determinado por la naturaleza misma de la acción u omisión contenidos en cada tipo penal.

Este sistema permite una mayor libertad a la existencia de la forma culposa que, si bien es de un corte naturalista al remontarse a la especial forma de acción u omisión señalada en el tipo, logra una mejor protección de los bienes jurídicos contra todas las acciones que le son lesivas, sin tener mayor límite que la naturaleza del núcleo del tipo penal y sus propios elementos configurativos.

8.- LOS ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD EN LA DOGMÁTICA PENAL

Respecto al contenido o elementos que conforman la culpabilidad en nuestra dogmática penal, deben ser extraídos de la interpretación de diversas disposiciones legales, pues no existe una disposición literal que establezca en forma textual la conformación de este elemento del delito.

En efecto, dentro de la construcción de las instituciones de derecho penal en forma dogmática, se requiere el análisis de los diversos contenidos normativos para que se logre vislumbrar, bajo una adecuada interpretación, la intención perseguida con la disposición y su ámbito de aplicación, permitiendo sistematizarlas en su contenido y en la relación con otras instituciones observando los principios de coherencia y congruencia,.

Los diversos preceptos que hacen referencia a la culpabilidad como elemento del delito, no definen su contenido, sino asientan la función que adquiere en la configuración del delito, tal es el caso de los artículo 13 y 52 correlativamente de los multicitados cuerpos legales, en cuanto refieren que la responsabilidad del sujeto será en la medida de su propia culpabilidad.

Sin embargo, con esta función no queda del todo claro el contenido de dicho elemento, pues atribuirle la regulación del grado de responsabilidad, no permite dilucidar sus elementos que la

conforman, siendo indispensable acudir a otras normas jurídicas que tienen por objeto de regulación, alguno o algunos de dichos elementos, explicados por la doctrina y reconocidos por el legislador al instaurar las normas.

En este sentido, de la revisión de los códigos penales se advierten requisitos dados en forma negativa, que para la adecuada integración de este elemento del delito, se hace necesaria su interpretación a contrario sensu, como se expuso en el punto que antecede y se reitera en este apartado.

Se debe recordar que los respectivos artículos 15 fracciones VIII de los citados Códigos establece en forma idéntica que, el delito se excluye cuando se realice la acción u omisión bajo un error invencible: Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si se parte de la idea de que el error es el concepto equivocado que posee el sujeto, o, el juicio falso formulado por el mismo, entonces, su antónimo o interpretación a contrario es lo acertado o lo correcto del concepto o el juicio verdadero, lo que es equivalente al conocimiento pleno que logra poseerse por un sujeto determinado.

Por esta razón, con una interpretación a contrario sensu de las correlativas fracciones VIII de los respectivos artículos 15 de los citados códigos, se advierte que el delito debe realizarse, para no ser excluido, con pleno conocimiento de los elementos esenciales que integran el tipo y, con pleno conocimiento respecto a la ilicitud de la conducta, conociendo la existencia de la ley o el alcance de la misma y, conociendo que su conducta no está justificada.

Esta interpretación a contrario, se desprende de la literalidad de la disposición normativa, de tal suerte que si el error es causa de exclusión del delito, lo contrario al mismo es el pleno conocimiento que debe poseer el sujeto. Asimismo, si el enlace entre las dos hipótesis es disyuntivo, al estar señalado con la "o", con una interpretación a contrario, debe copularse las dos hipótesis con la "y", de tal suerte que deben concurrir ambas para que el delito no se excluya, es decir, que la acción u omisión se realice con pleno conocimiento de los elementos esenciales que integran el tipo penal y con pleno conocimiento de la ilicitud de la conducta, lo cual opera cuando el sujeto conozca la existencia de la ley, el alcance de la misma o porque sepa que no está justificada su conducta.

Por otro lado, en una referencia particular de lo previsto en el inciso b) del precepto en cita, se señala que el error puede recaer sobre la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta, entonces, para que opere adecuadamente la interpretación a contrario, debe decirse que el

conocimiento del sujeto debe recaer respecto de la ilicitud de la conducta, conociendo la existencia de la ley, conociendo el alcance de la misma y conociendo que no está justificada su conducta. Con lo anterior el delito no se excluye, en consecuencia queda debidamente integrado en base a la exigencia normativa.

De toda la explicación que antecede, podemos desprender que, para que el delito no quede excluido se requiere:

a) El pleno conocimiento de los elementos esenciales que integran el tipo penal. Este elemento de conocimiento, obtenido por la interpretación a contrario, tiene cierta semejanza con el contenido del dolo a que se refieren los artículos 9 de los multicitados códigos, pues obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley; sólo que su diferencia específica radica en la posibilidad de distinguir los elementos típicos esenciales que se requiere en este apartado y el conocimiento integral del tipo, que se exige para el dolo. Esta diferencia específica permite distinguir los dos contenidos, pues en el dolo no hay una valoración de la conducta, a pesar de las críticas que se han enderezado en capítulos precedentes, en cambio, el conocimiento como requisito de este aparatado, exige la valoración de la ilicitud de la acción como elemento conjuntivo que debe concurrir en su integración.

Para encontrar el alcance de esta exigencia normativa, es necesario señalar que en la clasificación de los

elementos del delito formulada por la doctrina causalista, sí se llegó a distinguir entre elementos esenciales y elementos accidentales, comprendiendo en los primeros a aquellos elementos sin los cuales el delito no existe, es decir, resultan esenciales porque su existencia es indispensable para la existencia del delito mismo; en cambio, son accidentales, aquellos elementos que no resultan indispensables para la existencia del delito, comprendiéndose en ellos las llamadas circunstancias, cuya naturaleza estriba en que al agregarse a los tipos fundamentales o básicos, tienen como efecto aumentar o disminuir la sanción.

Este conocimiento de los elementos esenciales que integran el tipo y el conocimiento respecto a la ilicitud de la conducta, es el desarrollo de la capacidad de entender que tiene el sujeto, es decir, la capacidad de entender encierra en su contenido la posibilidad de conocer valoradamente el contenido del tipo y de la antijuridicidad de la acción desarrollada por el agente, por ello, la materialización o el ejercicio de esta capacidad de entender, culmina con el conocimiento que posee el sujeto respecto a los elementos del tipo y respecto a la antijuridicidad de la acción, o sea, la ilicitud de la conducta; lo que indudablemente forma parte de la imputabilidad del sujeto al momento de la ejecución de la acción.

b) El pleno conocimiento respecto a la ilicitud de la conducta, ya sea, conociendo la existencia de la ley o el alcance de la misma o, sabiendo que la conducta no está justificada. Esto representa la posibilidad de valorar la conducta por parte del propio

sujeto, situación que materializa y es el efecto, de la concreción de la capacidad de entender, que no es otra cosa que la hipótesis de imputabilidad.

Por otro lado, también debe traerse en el análisis el contenido de las fracciones IX de los respectivos artículos 15 de los códigos penales, que señalan que el delito se excluye cuando, atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

Con una clara interpretación a contrario sensu, se advierte que para la integración del delito, a fin de evitar su exclusión, se requiere que en base a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, sí le sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de sí haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

Como se advierte, el aspecto positivo desprendido de las dos fracciones anteriormente indicadas, se deduce la necesidad del conocimiento de los elementos esenciales que integran el tipo.

Ahora bien, independientemente de lo anterior, también se establece, en las fracciones IX de los precitados artículos

15, la necesidad de que al sujeto le sea racionalmente exigible una conducta diversa a la que realizó, por haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

Este requisito fundamental que consiste en la exigibilidad de otra conducta, en base a las condiciones tanto personales como circunstanciales en que se desarrolló la acción, representa una parte fundamental para integrar el juicio de reproche normativo en contra del actuar del agente.

Con todo lo aquí dicho, se advierte que en el campo de la culpabilidad nuestra dogmática requiere, por una parte, el desarrollo de las capacidades de comprensión tanto de los elementos del tipo penal como del carácter ilícito de la acción, lo que se traduce en el contenido de la imputabilidad, que forma parte del contenido de la culpabilidad y, por otra parte, la posibilidad de actuar conforme a derecho.

Por lo que, para integrar la culpabilidad y advertir su *plenitud, se requiere la exigibilidad de una conducta diversa a la* realizada, racionalmente exigible de acuerdo a las condiciones personales y circunstanciales en que se ejecutó, por ello, la exigibilidad de conducta diversa también es indispensable para integrar la culpabilidad en el campo de nuestra dogmática penal.

Aun cuando no se advierte una disposición clara cobre la procedencia del juicio de reproche que debe enderezarse en

contra del sujeto al realizar la conducta antijurídica con pleno conocimiento de su significado en el ámbito del derecho, al señalarse en la ley que en base al grado de culpabilidad será responsable el sujeto, esto permite que se estime como elemento esencial de valoración para que el sujeto responda por su acción ejecutada.

9.- LOS ASPECTOS NEGATIVOS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO

Bajo esta denominación se incluyen todas las hipótesis en las que los elementos del delito no se llegan a integrar por no reunirse, en su integridad y plenitud, su contenido.

En efecto, el delito para poder integrarse requiere de una serie de elementos que son indispensables para que el delito exista, el cual, según la corriente atomizadora, puede escindirse o separarse para el análisis de su contenido y su propio alcance, pero sin perder de vista la unidad, en la que estriba la naturaleza del delito.

Cuando algún elemento del delito no logra su integración por presentarse alguna hipótesis que lo excluye o no permite completar su contenido, entonces, se estará en presencia del aspecto negativo del delito de que se trate, por ello, las hipótesis del aspecto negativo están en relación directa tanto con los elementos del delito que en forma general se han estimado como indispensables para su existencia, como con aquellos que en forma particular o especial tipifican la conducta relativa.

En este sentido, a cada elemento en su aspecto positivo del delito, corresponde una especial forma de exclusión, cuya problemática e hipótesis han sido ampliamente abordadas por la doctrina y reconocidas, algunas de ellas, por las legislaciones

vigentes, con las modalidades que requiere el sistema punitivo correspondiente.

A) AUSENCIA DE CONDUCTA

El aspecto negativo del primer elemento del delito, ha sido reconocido, por la mayoría de los estudiosos del derecho penal, con el nombre de ausencia de conducta para referirse a las diversas hipótesis en las cuales la conducta no puede considerarse como integrada plenamente, en virtud de existir una causa que excluye su debida conformación y, como consecuencia, sin que sea hábil para conformar el primer elemento del delito.

La ausencia de conducta está estrechamente vinculada con su propio contenido, es decir, que se está en presencia de este aspecto negativo del elemento del delito, cuando su contenido no sea el idóneo o adecuado para que se considere como existente en el ámbito del derecho.

Por esta razón, si el aspecto negativo de este elemento está en relación directa con el contenido del elemento, es necesario recordar este contenido para que se advierte con claridad su ausencia. En efecto, una fuerte tendencia de opinión en la teoría del delito, sostuvo que el contenido de la conducta esta conformado con la voluntad del sujeto, al grado de estimar que la voluntad, era la

causa de dicha conducta y que la ausencia de voluntad implica la ausencia de conducta.

Sin entrar en innecesarias repeticiones, sólo se debe recordar que el causalismo ha sido la tendencia que en forma muy detallada se preocupó por estudiar la conducta y la voluntad del sujeto, sin ampliar nada al respecto pues se dedicó todo un capítulo para el análisis de esta tendencia de opinión.

En tanto el finalismo también estimó la existencia de la voluntad, pero dirigida a un fin determinado, de tal suerte que no se trataba de una voluntad ciega, sino dirigida a un determinado fin propuesto por el sujeto y al cual se dirigía la acción, con la elección de medios y la previsibilidad de las consecuencias paralelas o conexas a tal finalidad.

En este sentido, se está en presencia de la ausencia de conducta cuando haya ausencia de voluntad, es decir, que la acción o la omisión a que se refiere la ley penal, se ejecuten con ausencia de la voluntad del sujeto, en consecuencia, a pesar de que se realicen los movimientos corporales constitutivos de la acción o, se produzca la inactividad del sujeto, si en ellos no está presente la voluntad se estará ante la ausencia de conducta, por lo que, aún cuando exista la producción de un resultado típico, no es posible que el delito exista.

La ausencia de conducta está reconocida como una causa de exclusión del delito, en las correlativas fracciones I de los artículos 15 de los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal, al disponer que el delito se excluye cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente.

Las hipótesis de ausencia de conducta en la doctrina, son ampliamente discutidas por los tratadistas, llegando a la uniformidad de criterios respecto a la vis absoluta, vis mayor y los movimientos reflejos, en las cuales existen opiniones coincidentes respecto a la ausencia de voluntad. Sin embargo, hay otras hipótesis en las que las opiniones se han dividido, algunos estimándolas como ausencia de conducta y, otras, como aspecto negativo de otro elemento del delito, tal es el caso del hipnotismo, sonambulismo etc.

Un aspecto que resulta muy trascendente en este aspecto negativo de la conducta es la de señalar que, si se considera que el dolo es el contenido de la voluntad del agente al momento de realizar la acción, entonces, cuando en el sujeto faltare el dolo se debe llegar a la conclusión de que se estará en presencia de una ausencia de contenido de la voluntad, por lo que una voluntad sin contenido no puede considerarse como voluntad pues la misma desde el plano finalista no puede ser ciega, sino vidente.

En cambio, si se considera que la voluntad no tiene como contenido al dolo, es decir, que el dolo está en el tipo y no en la acción, entonces se debe concluir que, el contenido de la voluntad no

es el dolo, lo que conlleva que la voluntad es ciega al estilo del causalismo y no del finalismo, lo que corrobora que en la conformación de la acción se sigue una doble tendencia, tanto el causalismo como el finalismo.

B) ATIPICIDAD

Se llama atipicidad al aspecto negativo de la relación conceptual entre el hecho y el tipo penal, es decir, la atipicidad se puede conceptuar como la inadecuación a lo descrito en el tipo penal.

Lo mismo que el aspecto positivo de la tipicidad como elemento del delito, la atipicidad no puede centrarse a enunciar sólo la inadecuación de la conducta al tipo, pues el tipo penal se llega a conformar no sólo con la acción o la omisión, sino que, en su descripción, mantiene tantos elementos como los que resulten indispensables para la mejor tutela del bien jurídico, inclusive, entre mayor número de elementos contenga el tipo penal mayor será el número de hipótesis de atipicidad, pues ésta se presenta al faltar alguno de los requisitos exigidos por la descripción normativa.

Este aspecto negativo del delito se encuentra señalado en las fracciones II de los artículos 15 de los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal, que establecen respectivamente que el delito se excluye cuando se demuestre la

inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate, o cuando falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate, según se señala por estos cuerpos legales.

Como se advierte, la atipicidad opera en razón directa del contenido de cada tipo penal, por lo que dependerá de la naturaleza y número de elementos que contenga, para determinar la amplitud o limitación de este aspecto negativo del delito.

Se hace notar que, a diferencia de la ausencia de conducta que se instituye como una regla general válida para todos los tipos penales independientemente de su contenido y que no requiere determinarlo previamente, la atipicidad funciona o tiene lugar en relación directa al contenido del tipo penal, de tal suerte que dependerá de la naturaleza y número de elementos, la mayor o menor posibilidad de que la inadecuación a su descripción se presente.

Por esta razón, es entendible que en la ley penal, en forma dogmática, no se establezcan previamente las diversas hipótesis de atipicidad, aunque las mismas son desprendibles del simple aspecto negativo de cada elemento del tipo; por lo que la enunciación positiva del mayor número de elementos que lo llegan a conformar, permitiría acudir a un marco referencial positivamente reconocido que coadyuve con la identificación de la hipótesis de atipicidad al presentarse su ausencia.

En este orden de ideas, los efectos de la atipicidad, reconocidos por la doctrina, se resumen en tres vertientes fundamentales: por un lado, el aspecto negativo del delito, sin la posibilidad de integrarse alguno otro, es decir, la acción del sujeto es metajurídica por encontrarse fuera del derecho penal; por otro lado, la llamada traslación de tipo, que significa la integración de un tipo penal diferente a aquel cuyos elementos íntegros no fueron satisfechos, por esto resulta entendible la razón por la que las correlativas fracciones II de los artículos 15 de los códigos en cita, señalan que el delito se excluye cuando se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate, lo que permite sostener que se puedan reunir otros elementos de un tipo penal de un delito diferente. Finalmente se ha hablado en la doctrina de la llamada tentativa imposible, que si bien es una consecuencia de atipicidad por no existir bien jurídico, objeto material o medios inidóneos, aún cuando resulta discutible en la doctrina la punibilidad de la misma, un sector sostiene la posibilidad de su sanción.

En este sentido la atipicidad, es resultado también de un proceso intelectual derivado de la confrontación entre la acción u omisión ejecutada y el tipo penal, así como las demás disposiciones jurídicas, a fin de determinar si existen todos los elementos del tipo del delito de que se trate, o, se llega a integrar un delito diverso.

C) CAUSAS DE LICITUD

Las causas de licitud o causas de justificación, como también se le conocen en la doctrina, representan el aspecto negativo de la antijuridicidad, en virtud de las cuales la conducta está permitida o autorizada por la ley.

Se han formulado en la doctrina diversas definiciones de las causa de licitud, entre las que se encuentra aquella que sostiene que existe una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos, están permitidos, facultados o autorizados por la ley, a virtud de una ausencia de interés o por la existencia de un interés preponderante.

De la definición anterior se desprenden los criterios en los que se fundamentan las causas de licitud, siendo la ausencia de interés o la existencia del interés preponderante. El primero, se resume en el consentimiento del ofendido o en el consentimiento presunto del ofendido; este criterio fue ampliamente debatido por diversos estudiosos, pues rompe con la heteronomía del derecho al dejar el carácter lícito o antijurídico de la conducta, en la voluntad del titular del bien jurídico, de tal suerte que si el titular, no expresa su consentimiento, entonces la acción es antijurídica, en cambio, cuando expresa su voluntad, la acción es lícita.

Al respecto, entre ambos cuerpos de leyes, respecto a esta materia, existen pocas diferencias, pues mientras el Código Penal Federal señala exclusivamente el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, el Código Penal del Distrito Federal, amplía este concepto al legitimado legalmente para otorgarlo, con lo que la posibilidad de expresar la voluntad se amplía a todas aquellas personas que sin ser el titular del bien jurídico, ostentan la representación legal o voluntaria del mismo para expresarlo.

Por otro lado, respecto a las formas legales para expresar el consentimiento, entre ambos ordenamientos existe la otra diferencia, pues mientras el Código Penal Federal señala que la manifestación expresa o tácita debe ser sin vicio alguno, el Código Penal del Distrito Federal señala que debe ser sin vicios del consentimiento. Además de que entre ambas legislaciones al referirse al llamado consentimiento presunto, el Código Federal lo limita al ofendido, en tanto que el Código Penal del Distrito Federal amplía esta posibilidad al legitimado para otorgarlo.

Por otro lado, el principio del interés preponderante radica en considerar la existencia de la causa de licitud, cuando la conducta lesiona un bien jurídico, para salvaguardar otro bien jurídicamente protegido por la ley. Señalándose en la ponderación de bienes jurídicos, tanto el criterio cuantitativo como el criterio cualitativo. Es decir, tomando en cuenta el valor cuantitativo del bien en conflicto, o en su caso, tomando en cuenta el apego a derecho de

los bienes en colisión, adquiriendo mayor valía aquel que esta ajustado a las normas jurídicas.

Sin entrar a un estudio profundo de las diversas causas de licitud, sólo diremos que en la legislación penal se reconocen a la ausencia de interés, la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento legítimo del deber, señalados en las correlativas fracciones III, IV, V y VI de los respectivos artículos 15 de los Códigos punitivos Federal y del Distrito Federal.

En una revisión comparativa entre ambos cuerpos legales, sólo se advierten algunas diferencias entre ambas legislaciones. Tratándose de la legítima defensa, el Código Penal Federal señala la proporcionalidad de medios, en tanto que el Código Penal del Distrito Federal se refiere a la proporcionalidad de la conducta respecto a la agresión; con relación a la presunción de legítima defensa, el Código Penal Federal señala sólo la actitud del agresor de tratar de penetrar el domicilio del agredido, en tanto que el Código Penal del Distrito Federal se refiere a la consumación de haber penetrado; en esta materia, también se distingue el vocablo empleado por el Código Penal del Distrito Federal al señalar que el ejercicio de la legítima defensa la realice el inculpado, dejando de advertir que la conducta al ser lícita no puede ser inculpado, salvo que la ley ordene el necesario proceso para demostrar la existencia de esta causa de licitud, lo que representaría una incongruencia pues a quien realizó una conducta lícita se le somete a proceso. Finalmente, respecto al

cumplimiento del deber y el ejercicio del derecho, mientras el Código penal Federal señala la racionalidad del medio empleado, el Código Penal del Distrito Federal se refiere a la racionalidad de la conducta, por lo demás no se distinguen otras diferencias substanciales entre ambos ordenamientos.

Finalmente, en esta materia los correlativos artículos 16 de los multicitados códigos establecen que, al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V y VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo.

D) LA INCULPABILIDAD DE LA CONDUCTA

Si se ha sostenido en líneas precedentes que el aspecto negativo de cada elemento del delito está estrechamente relacionado con su contenido, entonces, será necesario conocer éste para saber la amplitud de su propio aspecto negativo.

Con relación a la culpabilidad, si se ha afirmado que conforme a nuestra dogmática penal, se integra con la imputabilidad, con la exigibilidad y con la reprochabilidad, según se desprende de las interpretaciones de distintas disposiciones jurídicas, entonces, su aspecto negativo deberá estudiarse en relación directa a tal contenido, dándole mayor énfasis a la problemática de la inimputabilidad por la trascendencia que representa en el campo de derecho penal y por la

reglamentación que existe en nuestros códigos. Tanto Federal como del Distrito Federal.

En efecto, el actual contenido de las fracciones VII de los artículos 15 de los Códigos Penales en cita, es producto de la reforma que entró en vigor en febrero de 1994, pues con anterioridad la inimputabilidad se reglamentaba, con un contenido distinto en la fracción II del precitado artículo.[16]

Las fracciones VII de los correlativos preceptos indicados, textual e idénticamente establecen:

> Artículo 15. El delito se excluye cuando:
>
> VII. Al momento de realizar el hecho típico el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.
>
> Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código;[17]

---

[16] Antes de la reforma de 1994, la fracción II del artículo 15 del Código Penal, establecía que: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: II - Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión; excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente;" Ahora bien, este precepto antes de 1984 establecía como causas de inimputabilidad a la sordomudez y a la enajenación, reglamentadas en los artículos 67 y 68 del citado Código

[17] El artículo 69 bis del Código Penal Federal establece: "Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de

De lo anterior se desprende que la estructura de la inimputabilidad en la legislación mexicana, ha tenido una conformación con una referencia clara al carácter biológico, psiquiátrico y psicológico del sujeto como factores que le dan sustento.

Al respecto Francisco PAVÓN VASCONCELOS[18] expone "El criterio biológico se apoya, como es sabido, en consideraciones de orden biológico u orgánico relacionadas con la inmadurez mental del sujeto. Los códigos, apoyados en dicho criterio, señalan una determinada edad que ordinariamente fluctúa entre los 16 y los 18 años, para establecer la línea divisoria entre los sujetos imputables y los inimputables."

Se puede advertir que de la fracciones VII de los artículos 15 de los Códigos Penales ya citados, se desprende como fundamento de la inimputabilidad circunstancias de orden biológico, es decir, alguna cuestión de carácter orgánico relacionada con la incapacidad de comprender el carácter ilícito del hecho típico, o, en su caso, algún otro que origine la incapacidad para conducirse de acuerdo a esa comprensión.

---

afectación de la imputabilidad del autor " El artículo 67 de dicho cuerpo normativo señala: "En el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo al procedimiento correspondiente Si se trata de internamiento, el sujeto inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento En caso de que el sentenciado tenga el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez ordenará también el tratamiento que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquella, independientemente de la ejecución de la pena impuesta por el delito cometido "

De lo anterior se desprende que el criterio biológico acogido por la legislación penal, es más amplio, pues no sólo se refiere a la inmadurez mental del sujeto como hipótesis de incapacidad de comprensión o de conducción en los actos, por lo que, el criterio biológico que se introdujo en la legislación penal debe traer consigo como efecto determinante las incapacidades indicadas.

Por otro lado, en la fundamentación de la inimputabilidad opera en la doctrina el criterio psiquiátrico, que "elabora el concepto de inimputabilidad en función del trastorno mental, en cuyo último caso desígnasele comúnmente con el nombre de enfermedad mental o anomalía psicosomática permanente."[19]

Este criterio de orden psiquiátrico representado por el trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, representa una incapacidad de comprensión del carácter ilícito de la conducta, también incide en la capacidad para conducirse de acuerdo a dicha comprensión.

Por otro lado, el criterio psicológico, como fundamento de la inimputabilidad "apóyase en la noción psicológica que merece el sujeto calificándolo de inimputable por cuanto no es capaz de entendimiento y autodeterminación y en términos generales comprende la inmadurez mental, independientemente del factor cronológico y toda clase de alteraciones o traumas psíquicos que

---

[18] Imputabilidad e Inimputabilidad Editorial Porrúa 2a Edición México 1989 Pág 96 El Código Penal en
[19] Francisco PAVÓN VASCONCELOS Imputabilidad Op Cit Pág 96

afectan la esfera intelectiva de su personalidad o constriñen su voluntad, o alteraciones más o menos profundas del biopsíquismo en la medida en que disminuyan su capacidad de comprensión y de actuación."

A este respecto debemos señalar que también del contenido de las correlativas fracciones VII de los artículos 15 se desprende que la inmadurez mental derivada de afectaciones biológicas, cuando por un padecimiento congénito afecte la capacidad comprensiva o de conducción del sujeto, como se desprende del desarrollo intelectual retardado o de la capacidad disminuida considerablemente.

Aunado a lo anterior, se debe agregar que tal desarrollo intelectual retardado o la disminución considerable de las capacidades de comprensión y conducción puede tener una causa social, por el abandono del sujeto que le impida adquirir el conocimiento, comprensión y conducción adecuada a la norma.

Finalmente, según lo previsto en la parte inicial de las respectivas fracciones VII de los preceptos en comento, la hipótesis de inimputabilidad debe tener lugar "al momento de realizar el hecho típico el agente", de donde debemos suponer, que estas hipótesis normativas de la disposición legal, son de trascendencia valorativa de la conducta que trae efectos penales.

De este último señalamiento, la doctrina ha indicado la distinción entre inimputabilidad general e inimputabilidad especial, al respecto Sergio VELA TREVIÑO, ampliando el estudio de la inimputabilidad y con relación a lo afirmado sostiene "dividiremos el estudio de la inimputabilidad en tres grandes grupos. Al primero lo denominamos inimputabilidad genérica determinada normativamente, el segundo se refiere a la inimputabilidad específica y al último lo llamamos inimputabilidad absoluta."

En este aspecto, el sujeto para ser considerado inimputable debe tener incapacidad de comprensión de sus actos e incapacidad de conducción de los mismos de acuerdo a esa comprensión, además debe estar reconocida en una norma jurídica los efectos que dichas incapacidades traen consigo como causa de inimputabilidad.

Por todo ello y según el contenido normativo de estas correlativas fracciones, podemos desprender como causas de inimputabilidad legalmente previstas en la legislación mexicana a las siguientes:

a) No tener la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho típico en virtud de padecer trastorno mental.

El trastorno mental, término empleado en la reforma legal que se introdujo a partir de 1994, que originó el actual contenido de las fracciones VII de los respectivos artículos 15 de los Códigos

Penales, no se limita exclusivamente al carácter transitorio que puede revestir el mismo, como ocurría en lo previsto en la fracción II del citado artículo 15 antes de 1994, con lo que la reglamentación actual es más amplia que permite incluir bajo ese término tanto el trastorno mental permanente como el transitorio.

Tratándose del primer caso, el trastorno mental permanente, también conocida como causa de inimputabilidad general cuyos efectos inciden en toda la actividad desarrollada por el individuo, se ha llegado a identificar con el concepto de enajenación mental, es decir, "El trastorno general y persistente de las funciones síquicas cuyas causas patológicas son ignoradas y mal interpretadas por el enfermo y que le impiden la adaptación lógica y activa de las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni para la sociedad."[20]

En este aspecto, se ha llegado a identificar la enajenación mental pues "también se le asimila al fenómeno de la alienación mental y en este sentido se la considera como cualquier forma de perturbación mental que incapacita al individuo para actuar de acuerdo a las normas legales y convencionales de su medio social."[21]

Finalmente, quedan comprendidos bajo este término "las distintas formas de psicosis, es decir, aquellas enfermedades que

[20] Alfonso REYES ECHANDIA Imputabilidad Op Cit Pág 91
[21] Alfonso REYES ECHANDIA Imputabilidad Op Cit Pág 91

rompen el equilibrio del ser humano con su mundo exterior y su mundo interno, sea disociando la personalidad (esquizofrenia, parafrenia), sea alterando periódica y clínicamente, en forma exagerada la afectividad (psicosis maníaco depresiva) sea derrumbando la inteligencia y el juicio (demencia senil, demencia arteriosclerótica), sea produciendo conjunto de síntomas bien delimitados y conocidos como consecuencia de enfermedades físicas generalmente febriles (cuadros de reacción exógena, confusión mental, toxifrenias)."[22]

b) No tener la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho típico en virtud de padecer desarrollo intelectual retardado.

La grave anomalía síquica. "En efecto, la anormalidad síquica juzgada con criterio riguroso, científico y profundo, no tiene otro alcance que el de un concepto de carácter especulativo, que sirve indiscutiblemente como término de comparación para analizar la gama infinita de las anormalidades síquicas... tratar de definir como entidades nosológicas independientes el estado de enajenación mental, la intoxicación crónica y la anomalía síquica, tanto más si este último término es entendido como marcada desviación de lo que es típico y normal pero sin implicaciones de condiciones patológicas."[23]

---

[22] Alfonso REYES ECHANDIA Imputabilidad Op Cit Pág 91
[23] Alfonso REYES ECHANDIA Imputabilidad Op Cit Pág 91

En este aspecto, con la "expresión anomalía síquica han querido considerarla algunos autores como frase específica para designar un síndrome siquiátrico determinado, al mismo tiempo que los italianos llaman frenastenia; los franceses y algunos alemanes, degeneración síquica, otros, como Levi-Valency y Dupré, debilidad mental; y otros, retrasados, atrasados y anormales."[24]

c) No tener capacidad de conducirse de acuerdo con la comprensión del carácter ilícito del hecho típico en virtud de padecer trastorno mental.

La incapacidad de conducirse en los actos del sujeto, es producto de una afectación que incide sobre la voluntabilidad del sujeto, es decir, que conociendo el carácter ilícito de los actos, la causa afecta a la voluntad, tal es el caso, por ejemplo de la llamado cleptomanía, que es un trastorno patológico que impulsa a determinadas personas a robar, impulso que incide en la voluntad del sujeto para conducirse de acuerdo a la comprensión de la conducta.

También forman parte de ésta hipótesis diversas modalidades de anomalía síquica, como "el acto obsesivo de un siconeurótico que se hace contra la voluntad de quien lo realiza y después de una lucha interna acompañado de angustia."[25]

---

[24] Alfonso REYES ECHANDIA. Imputabilidad Op Cit Pág 91
[25] Alfonso REYES ECHANDIA. Imputabilidad Op Cit Pág 91

En la doctrina resulta muy debatido el tema de la intoxicación crónica, como hipótesis de incapacidad de conducirse de acuerdo con la comprensión del carácter ilícito del hecho, es decir, "este fenómeno se refiere a individuos que llevan algún tiempo, más o menos largo, ingiriendo alcohol u otra sustancia tóxica, en los cuales se ha producido un estado de intoxicación permanente y no transitoria, que les afecta el funcionamiento mental normal, hasta el punto que les impide en pleno uso de sus facultades mentales superiores en un grado tal que no sean capaces de darse cuenta de lo que hacen, o no pueden actuar con libre capacidad de volición o tienen obnubilada la consciencia o no alcanzan a medir las consecuencias de sus actos, es decir, se ha producido un deterioro marcado de su mente y su personalidad, en muchos casos con tremendas repercusiones, algunas veces irreversibles, sobre su organismo, que presuponen alteraciones morfológicas demostrables por medio de la anatomía patológica, u alteraciones funcionales detectables por la medicina interna o por los exámenes paraclínicos de laboratorio."[26]

d) No tener capacidad de conducirse de acuerdo a la comprensión del carácter ilícito del hecho típico en virtud de padecer desarrollo intelectual retardado.

Lo enlistado con anterioridad y que son las causas de inimputabilidad que se desprenden de la disposición legal, con el contenido que cada una de ellas mantiene y que ha quedado precisado, no son infinitas pues las causas de inimputabilidad tienen

[26] Alfonso REYES ECHANDIA Imputabilidad Op Cit Págs 99 y 100

tres límites, establecidos en las propias disposiciones legales, como son:

1) Que el agente haya provocado su trastorno mental dolosamente;

2) Que el agente haya provocado su trastorno mental culposamente, bajo dos modalidades:

a) Previendo el resultado típico con la esperanza de que no se produzca.

b) No previendo el resultado típico cuando éste es previsible.

3) Que la capacidad de comprensión o de conducción, se encuentre considerablemente disminuida.

En este orden de ideas, las consecuencias de las causas de inimputabilidad establecidas en la legislación penal, se distinguen en tres sentidos:

a) Si se trata de una causa que extinga la capacidad de comprensión y de conducción de acuerdo a la misma, por trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, tendrá como efecto la exclusión de la capacidad de culpabilidad, eliminando el carácter delictivo de la acción ejecutada.

b) Tratándose del trastorno mental provocado dolosamente por el autor, responderá por el delito doloso, es decir, que el trastorno mental por él mismo originado, sólo se debe considerar como medio comisivo en la ejecución de la conducta típica.

En cambio, si el trastorno mental es provocado culposamente por el autor, previendo el resultado típico con la esperanza de que no se produzca, o sin haberlo previsto siendo previsible, responderá del delito en forma culposa, siempre que el delito cometido admita ésta modalidad, pues tratándose de delitos dolosos, con la provocación de la causa de la inimputabilidad en forma culposa, no puede asociársele pena alguna por falta de tipo penal que así lo sancione; pues es inconcebible que a un resultado culposo se considere provocado dolosamente.

c) En cambio, cuando la capacidad de comprensión o de conducción del sujeto se encuentre considerablemente disminuida, según lo previsto por el artículo 69 bis del Código Penal, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta las dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67, o ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación en la imputabilidad del autor.

En los correlativos artículos 67 de los respectivos Códigos Penales, señala que en el caso de los inimputables, el

juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente.

Si se trata de internamiento, el sujeto inimputable será enviado a la institución correspondiente para su tratamiento.

En caso de que el sentenciado tenga el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez ordenará también el tratamiento que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquélla, independientemente de la ejecución de la pena impuesta por el delito cometido.

Esta última disposición jurídica amerita formular dos reflexiones:

a) El tratamiento por consumir estupefacientes o psicotrópicos, es procedente y,

b) La ejecución de la pena por el delito cometido es procedente independientemente del tratamiento.

De lo anterior se puede deducir que la imputabilidad disminuida, es decir, cuando las capacidades de comprensión y de conducción se encuentren disminuidas, no es causa de exclusión de la culpabilidad del sujeto, en consecuencia no extingue el carácter delictivo de la conducta, y la privación de los derechos que decrete el

juzgador en contra del sujeto tendrá el carácter de una verdadera pena.

Por otro lado, las fracciones VIII de los artículos 15 de los mencionados códigos, señalan que el delito se excluye cuando se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o, b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.

Sólo debemos agregar, que el error es invencible cuando las condiciones personales del sujeto o por las circunstancias en que se desarrolló el hecho, el sujeto no podía superar el error, lo que provoca que el sujeto actúe en forma inculpable por estar frente a lo invencible del error. De lo anterior se advierte que la causa de inculpabilidad no es el error considerado en sí mismos, como la falsa apreciación de la realidad, sino que lo excluyente del delito es su carácter invencible, pues de lo contrario, esto es, si el error es vencible, entonces se le sujetará a la sanción del delito culposo, si el delito de que se trate admite esta modalidad en los términos señalados en el artículo 60, pues de lo contrario, no habrá punibilidad alguna al no existir tipo penal exactamente aplicable al delito de que se trate. Sin embargo, en caso de que el error vencible recaiga en la

ilicitud de la conducta, se le sancionará con una pena proporcional de hasta una tercera parte de la sanción prevista al delito de que se trate.

Finalmente, las fracciones IX de los artículos 15 de los códigos punitivos, señalan que el delito se excluye cuando, atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

Esta hipótesis suprime otro de los elementos de la culpabilidad que consiste en la exigibilidad de otra conducta, necesaria para establecer el juicio de reproche, por tanto, al no poderle exigir al sujeto conducta diversa a la ilícitamente realizada, se actualiza la exclusión de este elemento de la culpabilidad.

10.- EL CASO FORTUITO EN NUESTRA LEGISLACIÓN

El caso fortuito se regulaba en la fracción X del artículo 15, antes de las reformas al Código Penal vigentes a partir de 1994, sólo que con un mayor contenido y requisitos que como actualmente se encuentra reglamentado en la misma fracción de los preceptos de los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal.

En 1993 en la previsión del caso fortuito se establecía que "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: X.- Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas."

Conforme al contendido de la reformada disposición legal, como elementos para la integración del caso fortuito se exigían: a) Producir un daño; b) Por mero accidente; c) La ejecución de un hecho lícito; d) Con todas las precauciones debidas; e) Sin intención ni imprudencia alguna.

Todos estos requisitos explícitamente determinados, permitían sostener antes de las indicadas reformas y con el seguimiento de un evidente causalismo, que la naturaleza del caso fortuito en la dogmática penal, era el límite objetivo de la culpabilidad, pues el daño producido no era consecuencia de dolo o culpa, sino que su causación derivaba de un mero accidente, pero además, debía ser

producto de la realización de una conducta lícita, con lo que quedaba desterrada la discusión doctrinal sobre la ubicación sistemática del caso fortuito en la teoría del delito y, en particular, los efectos legales que su presencia podían llegar a producir.

En efecto, en la doctrina durante muchos estudios de connotados tratadistas, se dilucidó la problemática de su ubicación en la estructura sistemática de los aspectos negativos de los elementos del delito, pues algunos autores lo estimaban como aspecto negativo de la conducta semejante a la fuerza mayor pues se producía accidentalmente; otros le atribuyeron el efecto de romper con el nexo de causalidad, de tal suerte que representaba una desviación de la cadena causal normal derivada de una conducta; algunos más le atribuían el carácter de ser una causa de licitud al exigirse la realización de un hecho lícito; algunos otros le reconocían el efecto de ser una causa de inculpabilidad al provocar la extinción del elemento intelectual del dolo, pero dejando subsistente el elemento volitivo.

Finalmente, se le reconoció sistemáticamente, siguiendo la tendencia causalista, como el límite objetivo de la culpabilidad, pues se estableció que el daño causado al producirse sin intención ni imprudencia, ejecutando el hecho lícito con todas las precauciones debidas, se estaba en la hipótesis de lo no previsto por ser imprevisible, por lo que la previsibilidad jugó un papel determinante para ubicarlo correctamente en tal sistemática causalista.

Sin embargo, con las reformas penales de 1994, el texto de las correlativas fracciones X de los respectivos artículos 15 de los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal, se modificó substancialmente al suprimirse todos los requisitos establecidos en la disposición anterior, quedando sólo la previsión de que el delito se excluye cuando, el resultado típico se produce por caso fortuito.

Con la actual previsión, resurge el problema doctrinal de su ubicación sistemática, pues al no mencionar los requisitos necesarios para su presencia, permite una vasta interpretación sobre lo que es el caso fortuito y sobre los elementos que lo integran, impactando sobremanera en los efectos que produce y en su sistemática en los aspectos negativos del delito.

Los elementos requeridos en la disposición vigente a partir de 1994, se circunscriben a tres requisitos para que el delito se excluya, a saber: a) La producción de un resultado; b) Que el mismo sea típico y; c) Por caso fortuito.

Como se advierte, no existe claridad sobre la tendencia que inspiró al legislador para acoger el caso fortuito siendo discutible en nuestra dogmática la ubicación sistemática que debe dársele y los efectos que puede producir, pues en forma idéntica mantiene como contenido ambos Códigos Penales.

11.- EFECTOS DE LA REGLAMENTACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

La reglamentación que formula la parte general de los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal relativa al delito, trae consigo diversas consecuencias, según la sistemática que lo inspira y que se refleja tanto en su aspecto positivo como el aspecto negativo del delito, pues las normas jurídicas cuyo objeto de regulación son sus elementos generales, establecen la forma como el delito se integra y la manera como se desvanece el carácter delictivo de la conducta, por ello, representa una gran importancia la adecuada orientación de las normas jurídicas, toda vez que, según la conformación doctrinal que inspire al conjunto normativo, redundará en la mayor o menor dificultad en la integración del delito, que se verá reflejada sin duda alguna, en la mayor o menor punición de la conducta del sujeto.

En efecto, la teoría general ha centrado su atención en el estudio de los elementos del delito, su contenido y su conformación, según han explicado las diversas tendencias de opinión que desarrollaron distintos postulados, en torno a su aparición y a su aspecto negativo, así como la diversa sistemática que ha servido de apoyo para la explicación de su método.

Cada tendencia y sistemática de la estructura del delito representa una particular problemática, en virtud del contenido que le asigna a los elementos del delito y la ubicación que en la

estructura le atribuyen, por tanto, cada postura representa problemas especiales que redundan en la aparición o desvanecimiento del delito.

La complicación es mayor, si en la orientación que inspira a las normas jurídicas se llegan a adoptar dos o mas tendencias, pues, adicionales a los problemas inherentes a cada una de ellas, se agregan las incongruencias que se provocan en la conjugación de principios y postulados de distintas orientaciones, cuyos efectos impactan en la persecución de los delitos por el contenido de los elementos.

En efecto, si por un lado las legislaciones penales al establecer la integración del primer elemento del delito se inspira en una tendencia causalista, lo lógico es suponer que el contenido de este elemento va a responder a los postulados de dicha tendencia, con ello, se logrará congruencia en el contenido del elemento y en su posibilidad de conformarlo adecuadamente, lo mismo ocurre si la base de orientación es la corriente de la acción final, acogiendo sus postulados y principios, el sistema será congruente en la medida en que toda la estructura del delito se funde en la misma teoría. En cambio, si en este primer elemento la dogmática se inspira no sólo en la corriente causal sino que, en su estructura se adoptan los postulados de otras teorías, es lógico suponer que los problemas para la integración del elemento se incrementan al tratar de hacer coherente estos postulados sustentados en principios diversos, entonces la dificultad para su integración aumenta en la misma proporción de la conjugación de postulados.

El problema es todavía mayor, si en el contenido de este primer elemento se adopta una tendencia causalista, pero en la sistemática para la integración de los restantes elementos del delito las legislaciones adoptan un principio de tendencia finalista, lo que provoca que el sistema sea incoherente, aumentando la dificultad en la integración del delito si el contenido de los restantes elementos, no coincide con el contenido sustentado por la misma teoría finalista.

Semejantes son las dificultades a las que se enfrenta nuestra dogmática, al acoger nuestras legislaciones penales diversas teorías, no sólo en la sistemática del delito, sino en el contenido de cada uno de los elementos que lo conforman, lo que provoca que las dificultades para estimarlos integrados se incrementen en perjuicio de la tutela de los bienes jurídicos.

Esto es así si se atienden las explicaciones vertidas en el desarrollo de todo este capítulo, en el que se logró advertir las orientaciones adoptadas por las legislaciones penales, en cuanto a la configuración del primer elemento del delito, pues, por un lado, la ley estima a la voluntad como productora de la conducta, al grado tal que su ausencia provoca la exclusión del delito, lo que representa un corte causalista, sin embargo, en el contenido de la voluntad, se acoge la tendencia finalista al trasladar el dolo y la culpa a las acciones u omisiones delictivas; esto sería congruente si en su contenido se sigue la misma orientación, pero el contenido del dolo, tal como esta redactado en nuestra dogmática, no es a la manera del finalismo, pues nuestra legislación exige para su integración el conocimiento de

los elementos del tipo penal, en los que, conforme a la tendencia finalista se encuentra el dolo, por tanto, exige nuestra ley para configurar el dolo el conocimiento del dolo, lo que conlleva a una incongruencia sistémica si se sostiene esta tendencia, o bien, para evitar esta incongruencia se puede considerar que el contenido del dolo no es a la manera del finalismo, que sólo refiere el conocimiento de la parte objetiva del tipo, por tanto, el contenido legislativo es de la tendencia del causalismo, lo que también representa una incongruencia, pues el contenido de voluntad es finalista pero el contenido del dolo es de corte causalista.

Lo mismo ocurre con relación a la tipicidad y a los elementos del tipo penal, pues según el finalismo se distingue el tipo penal objetivo y el tipo penal subjetivo, en los que se engloban los diversos elementos que conforman el tipo, en este último se contempla la existencia del dolo, sin embargo, conforme a nuestra dogmática penal, la exclusión del delito se debe sólo a que se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos del tipo, lo que hace suponer fundadamente, que no distingue el tipo penal objetivo del subjetivo, sino que la ausencia de cualquiera de los elementos producen los mismos efectos en cuanto a la exclusión del delito, siendo adoptada, en consecuencia, una tendencia causalista en este rubro; considerar lo contrario hace exigible la distinción entre tipo objetivo y subjetivo, con todo su contenido, situación que no acontece según nuestras disposiciones legales.

Por lo que hace, a la integración del elemento antijuridicidad, nuestra dogmática vislumbra una tendencia causalista en su configuración, pues no se sigue un contenido positivo como desvalor de acción o de resultado, ya que se sigue adoptando la excepción regla para integrarla, siendo antijurídico lo que no es lícito, adquiriendo un rígido formalismo para su aparición al considerar que la conducta es antijurídica cuando no esté tutelada por alguna causa de licitud; esto se deduce de la interpretación a contrario de las disposiciones jurídicas de los correlativos artículos 15 de los códigos penales, en particular, al exigir que el sujeto conozca que su conducta no sea lícita.

Respecto a la imputabilidad, si bien se vislumbra una tendencia finalista al considerarla como elemento de culpabilidad, según se advierte de la interpretación a contrario de las disposiciones legales que prevén las causas de exclusión del delito, cuyo contenido y alcance quedó debidamente explicado en el desarrollo de este capítulo, esta imputabilidad se resume en el conocer el carácter ilícito y en el querer para conducirse de acuerdo con esa comprensión, lo que difiere muy poco de la concepción finalista, pero no coincide totalmente al introducirse cierto contenido causalista, por lo que la culpabilidad reconocida dogmáticamente, trae las implicaciones expuestas en el apartado respectivo.

Mayor claridad del pretendido seguimiento de esta tendencia finalista se advierte, cuando en la legislación penal se adopta el sistema de números clausus para la procedencia de la culpa

en los delitos particulares, sin embargo, también se advirtió la problemática de este sistema al desproteger bienes jurídicos, cuando no prevé sanción alguna en base a la naturaleza de la acción u omisión ejecutada al violarse un deber de cuidado, previendo el resultado con la esperanza de que no se produzca o no previéndolo cuando resultaba previsible.

Además de lo anterior, si bien para integrar la culpabilidad nuestra dogmática incluye como contenido la exigibilidad, según interpretación a contrario de las fracciones VIII de los artículos 15 de los códigos penales, la adopción plena del finalismo se ve truncada, al no mencionar como elemento de la misma culpabilidad la motivación del sujeto para completar el juicio de reproche, por ello, es un corte doctrinal inacabado o incompleto que conduce a múltiples confusiones y complicaciones. En efecto, de la revisión de los códigos, no se advierte la exigencia de que para la punción del sujeto el juzgador deba considerar la normal o anormal motivación del sujeto, lo que permite sostener el carácter incompleto del sistema pretendidamente adoptado

En el campo de la tentativa, es indudable que el código reconoce una orientación finalista, al sancionar la resolución de comisión del delito cuando se ejecuta en parte o totalmente la conducta que debía consumarlo, si no se logra por causas ajenas a la voluntad del agente, en este sentido, la finalidad del sujeto predomina para efecto de conocer el alcance y contenido de su voluntad, sancionando proporcionalmente al sujeto según el delito que se

propuso cometer; resolviendo nuestra legislación el problema de la incongruencia causalista en este apartado que dejaba de estimar el contenido de la voluntad en los delitos consumado, pero le otorgaba relevancia jurídica a tal contenido en la integración de la tentativa; con esto, tanto la finalidad de la acción como la finalidad en la tentativa permiten la congruencia del sistema inacabado.

Finalmente, en cuanto a los aspectos negativos del delito, la conjugación de teorías y principios también se encuentra palpable, como se advierte a continuación algunos casos.

En materia de la inimputabilidad en la legislación mexicana debe comprender no sólo el criterio cronológico, biológico o psicológico, sino también el criterio cultural que estriba en considerar como inimputables a aquellos sujetos que, según las condiciones socioculturales, mantienen lejanía con la sociedad civil, no solamente en razón de distancia, sino en razón de costumbres, lenguaje, idiosincrasia, en general, cierto aislamiento de sus comunidades.

Lo anterior llega a comprenderse ya que, conforme al artículo 4 constitucional, la Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, debiendo la ley proteger y promover el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social. Con lo que en el ámbito penal, debe reconocerse, que en razón de la lengua y la cultura, muchos de los miembros de las

comunidades indígenas ignoran el contenido de los deberes normativos, por tanto, la ley debe atender tal situación.

Por ello, debe introducirse como causa de inimputabilidad el retrazo cultural evidente que impide conocer el carácter ilícito de la conducta.

Por otro lado, debe también reconocerse como causa que origina inimputabilidad, a la senectud, que en algunas ocasiones afecta la capacidad de comprensión del sujeto, siempre que sea evidente dicha incapacidad.

Una legislación penal con la adopción de diversas tendencias en la integración del delito, sólo conlleva a la gran dificultad para su integración, con un claro forzamiento del contenido de las normas jurídicas para tratar de hacerlas congruentes y coherentes en el sistema de derecho, que en muchas de las ocasiones redunda en la desprotección de los bienes jurídicos propiciando impunidad ante los obstáculos jurídicos que dificultan la existencia del delito, por ello, una legislación no debe expresamente orientarse en un sistema determinado, sino que, en forma objetiva debe establecer las normas jurídicas necesarias y con contenido suficiente para la protección de bienes jurídicos y el combate al delito.

CONCLUSIONES

I.- La Dogmática Jurídico Penal, es el estudio del contenido de las normas jurídico penales para desentrañar su voluntad, que permite la elaboración de sus principios y la sistematización de sus reglas para efecto de elaborar sus instituciones y la coordinación entre ellas, logrando la congruencia y coherencia de todo el sistema que regula.

II.- La Dogmática Jurídico Penal indiferiblemente desarrolla el esfuerzo de interpretar la ley a través de los métodos teleológico, literal, sistemático y funcional, que permite descubrir su voluntad y elaborar las instituciones jurídicas que regula, así como su sistematización para hacerlas coherentes y congruentes.

III.- Las reformas al Código Penal, vigentes a partir de 1994, pretendieron orientarse en la corriente de la acción final, al modificarse aspectos importantes en la estructura del delito, tales como el contenido de la acción, la ubicación del dolo, su contenido, la materia de la culpabilidad, entre otros, procurando desterrar la corriente causalista que había subsistido por varios años en el contenido normativo, sin embargo, la reforma no fue integral lo que provocó una combinación de corrientes doctrinales que desencadenaron en diversos problemas.

IV.- Con las reformas constitucionales del año 1999, en las que se exigió en el ámbito procesal, la comprobación del cuerpo del delito, se

retornó a la corriente causalista, con ligeras modificaciones, por comprender sólo los aspectos materiales de la infracción punitiva.

V.- La definición del delito proporcionada en los correlativos artículos 7 de los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal, sólo atiende a aspectos objetivos o externos, pues por un lado exige para su integración al acto u omisión y, por el otro, la sanción señalada en la ley, acogiéndose una corrientes causalista en su concepción.

VI.- Para la identificación del primer elemento del delito, nuestras legislaciones penales, emplean diversos vocablos como los de acto, omisión, hecho y acciones, según se desprende de diversos preceptos, no obstante su distinta connotación en el ámbito de la teoría del delito.

VII.- En la conformación del primer elemento del delito, la dogmática penal exige la existencia de la voluntad, constituyendo su contenido, al grado tal que su ausencia es causa de exclusión del delito.

VIII.- El contenido de la voluntad está determinada por la existencia del dolo o de la culpa, siempre que sean considerados como elemento de la acción u omisión típicamente descrita; pues en caso de que el dolo o la culpa estén considerados como elementos del tipo, entonces no podrá considerarse como elementos de la voluntad, estimándose desprovista de finalidad.

IX.- El dolo finalista entraña el conocimiento de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal, es decir, la conciencia de su existencia en el instante de realizar el hecho, la percepción o representación de todas las circunstancias objetivas que conforman el tipo.

X.- No obstante lo anterior, el contenido del dolo según nuestra dogmática es diverso al dolo finalista, al indicarse en los correlativos artículos 9 de las legislaciones federal y local, que obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley. Con esta anotación, si nuestra dogmática exige el conocimiento de los elementos del tipo penal y se parte de que el tipo penal está conformado por elementos objetivos, normativos y subjetivos, y que en estos últimos se ubica la existencia del dolo según el finalismo, entonces, debemos estimar que sólo actúa dolosamente el que conozca la existencia del dolo, lo que resulta una incongruencia sistemática; salvo que la corriente adoptada por nuestra legislación no sea finalista.

XI.- La incongruencia que encontramos es en el sentido de que, si existe un principio de doctrina finalista acogida por nuestra dogmática al trasladar el dolo y la culpa a la acción, se desnaturaliza el contenido del dolo finalista, pues para ello, nuestras leyes sólo debió indicar el conocimiento de la parte objetiva del tipo, con lo que se desvanecería la incongruencia.

XII.- Por cuanto hace a la calidad de garante, como presupuesto en los delitos de impropios de omisión y que señala el segundo párrafo de los artículos 7 de la legislación penal federal y local, la introducción del contrato como fuente del deber, genera múltiples implicaciones civiles, en tanto que debe ser eficaz previamente, para ser considerado como fuente de obligaciones, de tal suerte que, en caso de resultar inexistente o nulo, no será considerado como fuente del deber de obrar; no siendo atribuible al sujeto el resultado dañoso, por tanto, señalando sólo la aceptación previa del deber, resolvería esta problemática sin rebasar el ámbito del derecho penal.

XIII.- La tercera fuente de la calidad de garante, como presupuesto en los delitos de omisión impropia y que señala el segundo párrafo de los artículos 7 de la legislación penal federal y del Distrito Federal, que se refiere al actuar precedente como fuente del deber, genera una confusión al dejarse de exigir que dicho actuar no debe ser doloso, pues en caso de ser doloso el actuar que provoque un incremente en el riesgo, su tratamiento está fuera del ámbito de los delitos omisivos, para ubicarse en el problema de los delitos de acción, por tanto, una adecuada reglamentación es exigir que el actuar precedente no debe ser doloso para resultar una auténtica fuente del deber de actuar en delitos omisivos.

XIV.- Con relación a la configuración del tipo penal, las legislaciones penales Federal y del Distrito Federal vigentes, no distinguen entre el llamado tipo penal objetivo y el subjetivo, pues sólo refieren a los elementos del tipo penal, lo que conlleva a suponer que en este rubro,

no se identifica claramente la tendencia finalista como sustento en la integración del tipo.

XV.- Respecto a la antijuridicidad y su contenido, nuestra dogmática penal no formula ninguna referencia especial al desvalor de acción o de resultado, sólo señala en los correlativos artículos 15 fracciones III, IV, V y VI, de las legislaciones penales, las diversas causa de licitud que doctrinalmente han sido admitidas indiscutiblemente, por lo que, si el delito se excluye cuando tiene lugar la existencia de las causas de licitud señaladas en las legislaciones penales, entonces significa que, para que el delito no se excluya, el hecho no debe estar protegido o amparado por alguna causa de licitud de las señaladas en las disposiciones legales. En este sentido, esto implica el retorno a la excepción regla expuesta por el causalismo y muchas veces criticada por el finalismo.

XVI.- Merece particular mención el contenido de las correlativas fracciones III de los respectivos artículos 15 de la legislación penal federal y del Distrito Federal, que contemplan la ausencia de interés y que provoca la exclusión del delito, pues en este sentido la licitud o antijuridicidad de la acción, se deja a la decisión del titular del bien jurídico o del legitimado, con lo que la heteronomía del derecho se desvanece para dar cabida a la preeminencia de la voluntad del sujeto.

XVII.- La imputabilidad es la capacidad para conocer y comprender la ilicitud de la conducta o para determinarse de acuerdo con esa

comprensión, fundándose en factores biológicos, psicológicos o psiquiátricos, siendo un elemento de la culpabilidad, según nuestra dogmática.

XVIII.- Con relación a la culpabilidad, se arriba a la afirmación de que en nuestra dogmática no se acoge la corriente causalista, pues el dolo y la culpa no son considerados por nuestra ley como elementos de la culpabilidad, como fue pregonada por esta tendencia, al trasladarlos a la acción u omisión según se advierte de los correlativos artículos 8 de los citados códigos; en cambio, de las disposiciones penales se llega a advertir una tendencia finalista en relación a la integración de la culpabilidad, pues aún cuando la ley no hace referencia expresamente al juicio de reproche necesario para evidenciarla, se desprende del contenido necesario para integrar la culpabilidad, por un lado, la imputabilidad y, por el otro, la exigibilidad de otra conducta.

XIX.- El sistema de números clausus para la procedencia de la culpa acogido por nuestra dogmática, es un sistema inacabado, pues al omitirse muchos de los tipos penales, que pudieren consumarse con la violación de un deber de cuidado, al no estar indicados en el catálogo de delitos culposos, representa una desprotección de bienes jurídicos.

XX.- La integración de la tentativa punible en el ámbito de la legislación penal, queda sistemáticamente regulada al trasladarse el dolo a la acción u omisión, por lo que la finalidad perseguida por el sujeto es el elemento medular para la punición de la conducta, desterrándose la inconsistencia causalista que estimaba la voluntad

ciega en la consumación del delito y la necesidad de su dirección final en la tentativa punible.

XXI.- Por todo lo anterior se advierte la conjugación de corrientes doctrinales en la estructura del delito, que provoca la desnaturalización de múltiples principios para lograr la integración del delito, cuya repercusión se evidencia en la tutela de los bienes jurídicos.

XXII.- Se requiere una reforma integral de la parte general de los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal y de los códigos que siguen su orientación, para efecto de hacer congruentes y coherentes tanto el contenido de los elementos del delito como su propia coordinación, a fin de seguir una adecuada sistemática unitaria que permita lograr una mejor tutela de los bienes jurídicos, desterrando cualquier pronunciamiento doctrinal para señalar en forma objetiva las conductas que deban ser punibles a fin de combatir eficazmente al delito.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

ALEXY ROBERT.- Teoría de la Argumentación Jurídica. Traducción Manuel Atienza y otra. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid España. 1998

ALIMENA BERNARDINO.- Principios de Derecho Penal. Volumen I. Librería Victoriano Suárez. Madrid. 1915

ALTAVILLA ENRICO.- La Culpa. Del Delito Culposo, sus repercusiones civiles, su análisis sicológico. Editorial Temis. Reimpresión de la 4ª edición. Bogotá Colombia. 1999

ANTOLISEI FRANCESCO.- El Estudio Analítico del Delito. Traducción Ricardo Franco Guzmán. Edición Anales de Jurisprudencia. México. 1954.

ARISTÓTELES.- Moral a Nicómaco. Editorial Porrúa. Colección Sepan Cuantos. México. 1987

AROCHA MORTON CARLOS.- Crítica a la Dogmática Jurídico Penal. Editorial Porrúa. 1ª edición. México. 1955

BACIGALUPO ENRIQUE.- Delitos Impropios de Omisión. Editorial Temis. 2ª Edición. Bogotá Colombia. 1983

BACIGALUPO ENRIQUE.- Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis. Bogotá Colombia. 1989

BETTIOL GIUSEPPE.- Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis. Bogotá Colombia. 1965

BUSTOS RAMÍREZ JUAN y ELENA LARRAURI.- La Imputación Objetiva. Editorial Temis. 1ª Edición. Bogotá Colombia. 1989

C. NUÑEZ RICARDO.- Derecho Penal Argentino. Tomo I. Parte General. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires Argentina. 1959.

CALDERON CEREZO A. Y J. A. CHOCLAN MONTALVO.- Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Bosch Casa Editorial. 1ª Edición. Barcelona España. 1999

CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.- Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 2ª Edición. México. 1970.

CARRARA FANCESCO.- Programa de Derecho Criminal. Editorial Depalma. Buenos Aires Argentina. 1944

CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 2ª Edición. México. 1981.

CORDOBA RODA Y RODRÍGUEZ MOURULLO. Comentarios al Código Penal Español. Tomo II. Bosch Casa Editorial. Barcelona España. 1981

CUELLO CALON EUGENIO.- Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Volumen I. Editorial Bosch. Barcelona España. 1975

D. RUNES DAGOBERT.- Diccionario de Filosofía. Traducción de Ana Doménech y otro. Editorial Grijalbo. 1ª Edición. México. 1960

DE AQUINO TOMAS.- Summa Teológica. Editorial Porrúa. Colección Sepan Cuantos. México. 1987

DEL ROSAL JUAN.- Principios de Derecho Penal Español. Tomo II. Volumen I. Madrid España. 1968

DIAZ-ARANDA ENRIQUE.- Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México. Editorial Porrúa. 2ª edición. México. 2000

ENGELS FEDERICO.- El Papel del Trabajo en la Transformación del Mono en Hombre. Ediciones Quinto Sol. México. 1994.

FONTAN BALESTRA CARLOS.- Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Parte General. Editorial Abeledo Perrot. 2ª Edición. Buenos Aires Argentina. 1995

GARÓFALO RAFAEL.- Criminología. Estudio sobre el Delito y la Teoría de la Represión. Traducción Pedro Dorado Montero. Ángel Editor. Facsimilar. México. 1998

GRAF ZU DONHA ALEXANDER.- La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina. 1958.

HEGEL G. W. FEDERICO.- Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas. Editorial Porrúa. Colección Sepan Cuantos. México. 1997.

HEINRICH JESCHECK HANS.- Reforma del Derecho Penal en Alemania. Parte General. Editorial Depalma. 1ª Edición. Buenos Aires Argentina. 1976

HEINRICH JESCHECK HANS.- Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares Granada. 4ª Edición. Granada España. 1993

HERNÁNDEZ GIL ANTONIO.- Metodología de la Ciencia Jurídica. Tomo V. Editorial Espasa-Calde. Madrid España. 1988

HESSEN JOHANNES.- Teoría del Conocimiento. Traducción de José Gaos. Editorial Losada. 1ª Edición. Buenos Aires Argentina. 1997

INACIPE. Leyes Penales Mexicanas. México. 1979

ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL OLGA.- Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida. Editorial Trillas. 1ª. Edición. México. 1982

JAKOBS GÜNTHER.- Estudios de Derecho Penal. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos y otros. Editorial Civitas. 1ª Edición. Madrid España. 1997

JAKOBS GÜNTHER.- La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Editorial Civitas. 1ª Edición. Madrid España. 1996

JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS.- Principios de Derecho Penal. La Ley y El Delito. Editorial Sudamericana Abeledo Perrot. 3ª Edición. Buenos Aires Argentina. 1958

JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS.- Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Filosofía y Ley Penal. Editorial Losada. 5ª Edición. Buenos Aires Argentina. 1950.

JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS.- Tratado de Derecho Penal. Tomo III. El Delito. Editorial Losada. 5ª Edición. Buenos Aires Argentina. 1950.

JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS.- Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. El Delito. Segunda Parte. Editorial Losada. 5ª Edición. Buenos Aires Argentina. 1950.

JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS.- Tratado de Derecho Penal. Tomo V. Culpabilidad. Editorial Losada. 5ª Edición. Buenos Aires Argentina. 1950.

JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS.- Tratado de Derecho Penal. Tomo VI. La Culpabilidad y su Exclusión. Editorial Losada. 5ª Edición. Buenos Aires Argentina. 1950.

JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS.- Tratado de Derecho Penal. Tomo VII. La Exteriorización del Delito. Editorial Losada. 5ª Edición. Buenos Aires Argentina. 1950.

JIMÉNEZ HUERTA MARIANO.- Derecho Penal Mexicano. Tomo I. Parte General. Editorial Porrúa. 2ª edición. México. 1983

JIMÉNEZ HUERTA MARIANO.- La Antijuricidad. Imprenta Universitaria. México. 1952

JIMÉNEZ HUERTA MARIANO.- La Tipicidad. Editorial Porrúa. 2ª Edición. México. 1975.

KANT MANUEL.- Crítica a la Razón Pura. Editorial Porrúa. Colección Sepan Cuantos. México. 1998

KAUFMANN ARMIN.- Teoría de las Normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna. Traducción de Enrique Bacigalupo y otro. Editorial Depalma. 1ª Edición. Buenos Aires Argentina. 1977

LANDABURU LAUREANO.- El Delito como Estructura. Revista de Derecho Penal. Volumen II. Buenos Aires Argentina. 1946.

LOPEZ BETANCOURT EDUARDO.- Imputabilidad y Culpabilidad. Editorial Porrúa. 1ª edición. México. 1993

LUHMANN NIKLAS.- Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid España. 1983

MAGGIORE GIUSEPPE.- Derecho Penal. Volumen I Editorial Temis. Bogotá Colombia. 1954

MARQUEZ PIÑERO RAFAEL.- Derecho Penal. Parte General. Editorial Trillas. 3ª Edición. México. 1994.

MAURACH HEINHART.- Derecho Penal. Parte General. Tomo I Teoría General del Derecho Penal y Estructura del Hecho Punible. Traducción de Jorge Bofill Genzsch y otro. Editorial Astrea. 1ª Edición. Buenos Aires Argentina. 1994

MEZGER EDMUND.- Derecho Penal. Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor. Traducción de la 5ª Edición por Ricardo C. Núñez. México. 1985

MONTERROSO SALVATIERRA JORGE EFRAIN.- Culpa y Omisión en la Teoría del Delito. Editorial Porrúa. 1ª Edición. México. 1993

MUÑOZ CONDE FRANCISCO.- Teoría General del Delito. Editorial Tirant Lo Blanch. 2ª Edición. Valencia España. 1991

ORELLANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO.- Teoría del Delito. Sistemas Causalista y Finalista. Editorial Porrúa. 6ª Edición. México. 1998

PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.- Imputabilidad. Editorial Porrúa. 2ª Edición. México. 1982

PETROCELLI.- La Antijuridicidad. Revista de la facultad de Derecho. UNAM. XII. México. 1963

PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 15ª Edición. México. 1993

PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. Dogmática de los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal. Editorial Porrúa. 6ª Edición. México. 1980

PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.- Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. Gráfica Panamericana. 1ª Edición. México. 1954

QUINTANO RIPOLLÉS ANTONIO.- Derecho Penal de la Culpa. Bosch Casa Editorial. Barcelona España. 1958

RECASENS SICHES LUIS.- Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. 10ª Edición. México. 1993

REYES ALVARADO YESID.- Imputación Objetiva. Editorial Temis. 1ª Edición. Bogotá Colombia. 1994

REYES ECHANDIA ALFONSO.- Culpabilidad. Editorial Temis. 3ª Edición. Reimpresión. Bogotá Colombia. 1991

REYES ECHANDIA ALFONSO.- Obras Completas. Tomo I. Derecho Penal, Tipicidad y Culpabilidad. Editorial Temis. 1ª Edición. Bogotá Colombia. 1998

REYES ECHANDIA ALFONSO.- Obras Completas. Tomo II. Antijuridicidad, Imputabilidad y Criminología. Editorial Temis. 1ª Edición. Bogotá Colombia. 1998

ROUSSEAU JUAN JACOBO.- El Contrato Social o Principios de Derecho Político. Editorial Porrúa. Colección Sepan Cuantos. México. 1998

ROXIN CLAUS.- Teoría del Tipo Penal. Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico. Traducción de Enrique Bacigalupo. Editorial Depalma. Buenos Aires Argentina. 1979.

SANTIAGO NINO CARLOS.- Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica. Editorial UNAM. México. 1989

SOLER SEBASTIÁN.- Derecho Penal Argentino. Parte General. Tomo I. Editorial TEA. 5ª Edición. Reimpresión. Buenos Aires Argentina. 1987

SOLER SEBASTIÁN.- Derecho Penal Argentino. Parte General. Tomo II. Editorial TEA. 5ª Edición. Reimpresión. Buenos Aires Argentina. 1987

STUART MILL JOHN.- Libertad. Editorial Porrúa. Colección Sepan Cuantos. México. 1987

TAMAYO Y SALMORAN ROLANDO.- Dogmática Jurídica y Teoría Moral. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Número IV. Instituto Tecnológico Autónomo de México. Abril de 1996

VELA TREVIÑO SERGIO.- Culpabilidad e Inculpabilidad. Editorial Trillas. 1ª Edición. (3ª Reimpresión). México. 1985

VILLALOBOS IGNACIO.- Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa. 5ª Edición. México. 1990

VILLORO TORANZO MIGUEL - Historia y Dogmática Jurídicas como Técnica de Interpretación del Artículo Tercero Constitucional. Secretariado Nacional de Educación y Cultura. México. 1964

VON LISZT FRANZ.- La Idea del Fin en el Derecho Penal. Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad de Valparaíso Chile. 1ª Edición. México. 1994

VON LISZT FRANZ.- Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Traducción de Luis Jiménez de Asúa de la 20ª Edición. Editorial Reus. 4ª Edición en Español. Madrid España. 1999

WELZEL HANS.- Derecho Penal Alemán. Traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. 4ª Edición. Santiago de Chile. 1993

WELZEL HANS.- El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Ediciones Ariel. Barcelona España. 1964

ZAFFARONI EUGENIO RAUL.- Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. II. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1ª Edición. México. 1988

ZAFFARONI EUGENIO RAUL.- Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. III. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1ª Edición. México. 1988

ZULETA PUCEIRO ENRIQUE.- Aspectos Actuales de la Teoría de la Interpretación. Editorial Edeval. Valparaíso Chile. 1980