

**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

Tesis

**DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO. Infracción al
Principio de Responsabilidad Subjetiva, en el Código Penal para el
Distrito Federal**

Que para obtener el título de licenciado en derecho presenta:

FRANCISCO ROMERO SOSA.

Asesor:

Prof. JUAN MANUEL SANCHEZ MACÍAS

México D.F., Año 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

- **AL SEÑOR MI DIOS**, que es para mí, el camino, la verdad y la vida. Gracias, por dejar brindarte este esfuerzo.
- **A MIS PADRES**, que entre los dos han logrado formar lo que fui, lo que soy y lo que seré, mi padre guerrero incansable, mi madre la fuerza del amor.
- **A MIS FAMILIARES Y AMIGOS**, pues gracias a cada uno de ellos, he podido ser cada día mejor. En especial agradezco a los Abogados Jesús Corrales Hernández, Alejandro Haro Reyes y Edel Jorge Genchi, pues además de brindarme una invaluable amistad, sin ellos, el presente trabajo, simplemente no existiera.
- Desde luego a la máxima casa de estudios la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO**, donde encontré no sólo la formación profesional, sino también la formación más importante, la humana.

“...y por el perfeccionamiento de la teoría de la culpabilidad se mide el progreso del Derecho penal...”

Franz von Liszt. Tratado...

“En la mayoría de los casos, cuando los filósofos se empeñan en buscar la <<esencia>> de un <<concepto>> lo que realmente hacen es intentar una definición compleja y completa de cierta palabra”.

Fernando Savater. El Valor de Elegir.

**DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO. Infracción al
Principio de Responsabilidad Subjetiva, en el Código Penal para el
Distrito Federal**

Parte Primera

CAPÍTULO I. Antecedentes de la culpabilidad.....	1
1. Época antigua.....	1
A. Grecia.....	4
B. Roma.....	5
C. Derecho Germánico.....	7
D. Derecho Canónico.....	9
2. Historia en el Derecho Penal Mexicano.....	12
A. Derecho precortesiano.....	12
B. Época colonial.....	13
C. Época independiente.....	15
CAPÍTULO II. Teorías sobre la culpabilidad.....	22
1. Teoría psicológica.....	22
2. Teoría normativa.....	27
A. Teoría Compleja.....	27
B. Concepción puramente normativa (Finalista).....	35
3. Teoría funcionalista.....	52
CAPÍTULO III. Concepto de culpabilidad.....	77

1. Concepto etimológico.....	77
2. Concepto doctrinario.....	77
3. Culpabilidad de acto o por el hecho.....	85
4. Culpabilidad de autor o por conducción de vida.....	86

CAPÍTULO IV. La culpabilidad como principio y su diferencia con la responsabilidad subjetiva.....94

1. Contenido y requisitos del principio de la culpabilidad.....	94
2. La culpabilidad y el principio de responsabilidad subjetiva.....	103
A. Diferencias.....	105
B. ubicación sistemática de cada una de éstas.....	108
3. la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el producto.....	112
4. La culpabilidad y el error de prohibición.....	117
A. Vencible, consecuencias jurídicas.....	123
B. Invencible, consecuencias jurídicas.....	126
5. La culpabilidad, prevención general, merecimiento y necesidad de pena.....	127
6. Relaciones dogmáticas entre tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.....	137
7. Principio de accesoriadad limitada.....	143
8. Relaciones dogmáticas entre la culpabilidad y la punibilidad.....	144

9. La culpabilidad en el Estado Social y Democrático de Derecho penal.....	149
--	-----

Parte Segunda

CAPÍTULO V. Delitos cualificados por el resultado.....	155
1. Los delitos cualificados por el resultado.....	155
A. Concepto.....	155
B. Estructura de los delitos cualificados por el resultado.....	157
C. Clasificación de los delitos cualificados por el resultado.....	172
c') en sentido propio.....	173
c'') en sentido formal	174
c''') en sentido material.....	175
2. Acerca de cómo los delitos cualificados por el resultado vulneran el principio de culpabilidad.....	175
3. Los delitos cualificados por el resultado, la política criminal, el merecimiento y la necesidad de la pena.....	186
4. Tratamiento de los delitos cualificados por el resultado y el delito de Secuestro con resultado de muerte.....	195
Conclusiones.....	205
Propuesta.....	210
Bibliografía.....	212

INTRODUCCION

A través del tiempo el hombre ha perseguido la explicación de todo lo que le rodea, lo que permite que la ciencia, tecnología, filosofía, etc., avancen. Muchos hombres destacados han entregado o sacrificado su vida dando una lucha sin tregua para encontrar la verdad de lo que existe y con ello aportar algo a la humanidad, es una forma de trascender, de dejar huella, simplemente es una forma de entregar algo a los demás, es por qué no, una muestra de amor por el mundo.

Gran parte de lo que se establecerá en el presente trabajo de investigación, ya ha sido razonado y plasmado en obras de insignes maestros, muchos de los cuales, a pesar de que ya no están con nosotros, nos han heredado su legado, para que con las aportaciones de los actuales juristas, se continúe con el enriquecimiento de la ciencia penal.

El presente trabajo no pretende descubrir algo nuevo o encontrar la panacea del derecho, lo que aquí se pretende es recabar información vertida por muchos de los grandes pensadores, y exclusivamente en lo referente al presente tema, pues sería inacabable estudiar a todos los autores de derecho penal y todo lo que han escrito, también resultaría imposible tratar de abarcar todo lo que hay alrededor del mismo, por que un tema se enlazaría con otro, y así sucesivamente, hasta ser ilimitado, tal como lo es la vida.

Es necesario tener claro que los presentes estudios, deberán tener como fin, el brindar una mejor solución de los problemas existentes y de los que aún están por suscitarse, y con lo cual, permitir que la sociedad se siga desarrollando armónicamente.

Una vez dicho lo anterior, al igual que un detective tras su huella, investigaré o indagaré hasta llegar a determinar clara y comprobablemente el objeto de este trabajo, buscando el por qué de dicho fenómeno, esto es, los

delitos cualificados por el resultado como infracción al principio de responsabilidad subjetiva.

Así, tanto culpabilidad como resultado son las figuras jurídico penales que se tendrán más en consideración en este trabajo, pues al comprenderlas correctamente, puedo estar en condiciones de establecer mis propias conclusiones e indicar una propuesta al respecto.

Sin duda alguna, uno de los problemas más comunes que se presentan en Derecho Penal, es poder determinar cuándo una persona debe responder por haber actuado antijurídicamente, es decir, cuándo debe atribuírsele (imputarsele) el resultado o la puesta en peligro de un bien jurídico tutelado de un individuo, y más aún, cuando el resultado se agrava por concurrir una circunstancia especial que cualifica el resultado lesivo, el cual tiene como consecuencia agravar la pena; por tanto, de lo que aquí se tratará es determinar el término culpabilidad, como presupuesto de responsabilidad, el cual, de por sí, lo definen los tratadistas como de los más dificultoso dentro de la teoría del delito y como el principio que debe fungir como rector de la justicia penal.

Por tal motivo, el objeto central de este trabajo será buscar que el principio de responsabilidad subjetiva no se vea vulnerado por los delitos cualificados por el resultado, los cuales, debido a su redacción imprecisa, comúnmente originan penas indebidamente elevadas, dando pie a interpretaciones injustas, y por ende a lagunas legales que violan no sólo el principio de responsabilidad, sino también el de no analogía, situados a nivel constitucional en nuestro ordenamiento, motivo suficiente del por qué es necesario su reforma.

Sin embargo, la idea de la presente investigación no es la de resaltar o proponer una jerarquización de los elementos del delito, sino únicamente tratar de destacar la gran importancia que tiene el estudio de la culpabilidad en la teoría del mismo, pues es en esta, en donde más se estudia al hombre, especial y concretamente en su aspecto interno o subjetivo.

De tal manera, procederé al estudio de la culpabilidad, comenzando por conocer su desarrollo histórico hasta llegar a nuestros días, así como las teorías que han contribuido con el enriquecimiento de esta, siendo indispensable, el estudio del naturalismo de Von Liszt y Beling, así como el desarrollo del Neokantismo y la discusión sistémica que originó el finalismo, ya que si se intentase desconocer todas estas posturas, sería imposible la comprensión de la teoría del delito por estar inmersa en problemas sistemáticos, que requieren ser clarificados por aquella. Así, en el presente trabajo estudiaré lo que representa el elemento de la culpabilidad bajo el criterio de cada una de las anteriores corrientes del pensamiento jurídico penal, para estar en posibilidad de tener una más clara comprensión de su concepto.

Con esta investigación, trato de contribuir con una llamada de atención, para tratar temas como el presente, que muchas veces son poco estudiados; deseando que algunos de mis compañeros se interesen en él, o lo critiquen, o incluso que juntos pensemos en las posibles soluciones que a raíz de este tema puedan surgir, pues como ya lo señalé la vida es ilimitada y siempre se presentaran nuevos fenómenos jurídicos que exigirán su regulación inmediata, pues ninguna verdad es absoluta, toda es relativa.

Así, basado en la idea de que el derecho debe ser omnicompreensivo, de igual manera, este trabajo busca la aventurada ambición de servir, tanto para aquellos que tuvimos la fortuna de estar en un pupitre, como para aquellos que no la tuvieron, si alguno de ellos ya sea un compañero jurista o alguna otra persona con o sin profesión, con o sin estudios, llega a comprender el sentido de mi investigación y le genera inquietudes, y mejor aún, decide aclarárselas, de esta manera mi trabajo tendrá éxito.

Parte Primera

CAPÍTULO I

Antecedentes de la culpabilidad

Sumario: 1. Época Antigua A. Grecia B. Roma C. Derecho Germánico D. Derecho Canónico 2. Historia en el Derecho Penal Mexicano: A. Derecho precortesiano B. Época colonial C. Época independiente.

1. Época antigua.

La historia del derecho penal, ha ido de la mano del concepto de culpabilidad, por este motivo es necesario estudiar esta figura a través de las distintas etapas evolutivas de aquél, para comprobar que este desarrollo del derecho a castigar no se configura en ausencia de la culpabilidad.

El derecho penal no evoluciona, ni sigue una línea, en cuanto a la manera de castigar a los individuos, pues aún actualmente existen venganzas privadas y públicas, como tendencias humanitarias, de la misma forma en que estas han ocurrido en todas las etapas pasadas de “evolución”.

Diversos autores son coincidentes al afirmar que en la mayoría de las civilizaciones antiguas, existieron etapas de desarrollo. Una primera etapa denominada de la venganza privada o de sangre, donde el hombre ejercía su derecho a vengarse del mal infringido que se traduce en una reacción de ofensa-defensa, lo que traía como resultado el triunfo del más fuerte.

Posteriormente, cuando el hombre empieza a vivir en sociedad con otros hombres (la gens), el individuo dejó el derecho de venganza en manos de la colectividad, la cual se encargó de brindarle protección, y aquel, en retribución tenía que defender los intereses de dicha colectividad, de las agresiones de otros individuos ajenos a la misma o de colectividades agresoras.

En el derecho a castigar (ya en manos del grupo), se observan como muestra de evolución, dos limitantes a los excesos de la venganza privada, por un lado la figura del Talión, que Pavón Vascónceles define así: “señalando objetivamente la medida de reacción punitiva en función al daño causado por el delito”¹, o en otras palabras, la venganza hasta la dimensión exacta de la ofensa.

Por otro lado, se observa también la figura de la composición como otra limitante a la venganza privada, que consistió en el pago económico para sustituir el mal de una pena, siendo oportuno señalar que en un primer momento la composición fue exigible por el mismo individuo, después pasaría a ser exigible por el grupo.

En virtud de la culpabilidad, que es el tema que atañe en el presente trabajo y después de la ubicación de esta primera etapa, es menester establecer que en la época antigua era más importante el resultado dañoso, en su aspecto material, que la voluntad de la conducta, o en pocas palabras, existía en esta primera etapa, el delito sin culpabilidad, tal como lo afirma Pavón Vasconcelos: “En la mayoría de los casos bastaba con la simple comprobación de la relación natural entre la conducta del sujeto y el daño material causado, para aplicar la pena”²

En una etapa posterior se observaba que las primeras reacciones punitivas, en la mayoría de las antiguas civilizaciones, fueron establecidas bajo un carácter religioso, así, lo que dio a la postre fundamento al derecho de venganza privada, fue ya no por la ofensa al individuo o al grupo, sino la ofensa a la divinidad, lo que llevó a denominar a esta etapa, como la de la venganza divina.

Establecido el carácter religioso de la mayoría de las civilizaciones antiguas, cabe destacar que la civilización babilónica fue una de las pocas

¹ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano, parte general*, 3ª ED., México, Porrúa, 1991, p. 56.

² Ídem.

que no fundó su derecho penal en ese sentido, sino en el ordenamiento que imperaba en el derecho a castigar de la época, el código de Hammurabi (XXIII, A. C). Además de ser la primera civilización en fundar legalmente su derecho a castigar, también es destacable el hecho de que fue la primera legislación en distinguir los delitos cometidos voluntariamente de los realizados imprudentemente y a excepcionar la pena por caso fortuito, por lo tanto, la babilónica fue una de las pocas legislaciones que fue capaz de no aplicar la pena con riguroso criterio objetivo.

Otra civilización a destacar es la China, pues ya en una segunda etapa de su evolución penal, dio rasgos de punición en base a la intención, y tal como lo señala el maestro Rafael Márquez Piñero:

En esta etapa se establecieron disposiciones que hacían menos cruel el derecho penal chino; así, se ordenó tener en cuenta los móviles del delito, se admitían diversas excusas absolutorias, por hechos juzgados como no intencionales, por ejemplo aquellos delitos cometidos por miedo a un hombre poderoso, por venganza o retribución de un favor, por presión a causa de cosas de mujeres, afición al dinero etc.³

Por último, es importante señalar a la civilización hindú, porque a través de establecer el código de Manu (XIII A. C.), fue la primera cultura en hacer la distinción nítida entre la imprudencia y el dolo, además de tomar en cuenta las motivaciones de los delincuentes y el caso fortuito en el hecho delictivo.

En conclusión, con la evolución del derecho a castigar en estas trascendentales civilizaciones, se empieza a vislumbrar una concepción de la culpabilidad, la cual se va aclarando y enriqueciendo, conforme se avanzó en el devenir histórico del derecho punitivo.

³ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal, Parte general*, reimpresión, editorial Trillas, México 1999, p. 39.

A. Grecia

La cultura helénica se distinguió por separar el sentido religioso de su derecho a castigar y por fundamentarlo en la soberanía del Estado, destacando la importancia de separar los delitos que afectan los intereses de todos de los privados, acabando así con la venganza privada y divina; además, esta forma de organización con base política, buscó tratar de limitar la crueldad que era característico en el derecho penal antiguo.

En Grecia, debido a la existencia de varias ciudades, se percibe distintos derechos punitivos, entre los cuales destacaron:

a) El derecho penal en Esparta, regido bajo la creación de leyes con carácter heróico, de sentido universalista y de disciplina castrense, castigaba al soldado cobarde en combate y al afeminado, pero no existe dato que refiera la presencia de la culpabilidad en dicho conjunto de leyes.

b) Otra ciudad que destacó por su importancia con respecto a su derecho a castigar fue Atenas, porque sus leyes penales fueron creadas y establecidas sin ser inspiradas ya no por ideas religiosas, sino más bien, en ellas predominaba el concepto de Estado, además, en Grecia, fueron distinguidos los derechos en contra de la comunidad de los que eran en contra de los derechos personales, aún así seguía imperando el criterio objetivo en la culpabilidad, que fue llevado hasta el extremo con Dracón, al establecer que se castigara con la pena de muerte todos los actos delictivos.

Pero el aspecto importante en la evolución de la culpabilidad, así como del derecho penal, en el mundo antiguo, lo establecieron los grandes filósofos griegos, al ser los primeros en analizar al derecho penal, subjetivamente, Tal como lo señala el maestro Carrancá:

Los filósofos principalmente Platón y Aristóteles penetraron hasta el fin científico de la ley penal, anticipándose a la moderna penología; así Platón sentó que si el delito es una enfermedad la pena es una

*medicina del alma; y Aristóteles que el dolor infringido por la pena debe ser tal que sea contrario a su grado máximo de voluptuosidad deseada.*⁴

En cuanto a la culpabilidad, en el derecho penal griego, se denota la presencia de dos etapas, en la primera de ellas existió la responsabilidad sin culpa, siguiéndose un criterio objetivo, pero ya en una segunda etapa, sin poder precisar a partir de que momento se empieza a observar, existió una idea de justicia basada en la culpa, tal como lo establece el maestro Vela Treviño: “cuando el pensamiento griego evoluciona y aparece la idea de la justicia, (Diké) y las Erinnias de meras furias dejan paso a la constitución de un tribunal que juzga, la idea de retribución por la culpa, se instala en vez de la primitiva responsabilidad absoluta u objetiva”.⁵

B. Roma

En la milenaria cultura romana (753 A. C. a 553 D. C.), se observa la herencia de la cultura helénica, dando así continuidad a la evolución del derecho penal y por lo tanto de la culpabilidad, los catedráticos reconocen la existencia de tres etapas consistentes en Monarquía, República e Imperio, este último por su parte se subdivide en la etapa pagana y cristiana.

Los romanos, en su primera etapa, conocieron la venganza privada o de sangre, aún con carácter sagrado, pero esto, desapareció con la figura del pater-familias, lo que representó posteriormente darle un sentido público al delito y a la pena.

Existieron dos tipos de delitos el perduello que consistía en una traición o guerra a la patria y el parricidio que consistía en dar muerte al pater-familias, dichas figuras delictivas representaron el fundamento de distinción entre los delitos públicos y privados, es importante hacer mención,

⁴ Carranca y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano parte general*, 19ª edición, México, editorial Porrúa, 1999, p. 96 y 97.

⁵ Vela Treviño, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, 2ª edición, editorial Trillas, México 1977, p. 140

que en este periodo los romanos reconocían a la culpabilidad pero en su forma antigua, como una culpabilidad ajena al hecho realizado.

Ya en la etapa de la República, con la aparición de las XII Tablas, se laiciza o se mundaniza el derecho penal, dicho ordenamiento jurídico en su aspecto principal, por un lado distinguió entre delitos públicos y privados, según eran perseguidos por el Estado o por el individuo y por otro lado estableció las figuras de el talion y la composición, como limitantes al derecho del Estado a castigar.

Por lo que respecta a la culpabilidad en esta etapa, se dio un paso muy rápido de la responsabilidad sin culpa a la participación en el hecho delictuoso de la voluntad humana, de esta manera, fue necesario la existencia de esta voluntad contraria a la ley en una persona capaz de obrar para que se estuviera en presencia de un delito, a lo anterior, el maestro Vela Treviño es acertado en señalar que: “vease, como prueba de la importancia que tiene el ser humano en la culpabilidad, esta frase de Cicerón: “cosa es dirá alguno, de poca importancia, pero grande la culpa: porque los pecados no se han de medir por los acontecimientos de las cosas sí no por los vicios de los hombres”.⁶

La etapa del Imperio se caracterizó por el recrudescimiento en el derecho a castigar, puesto que todos los delitos se consideraron ofensa pública, aún siendo privados y para juzgarlos se dió la existencia de penas adaptadas por el libre arbitrio del juez, lo que representó que para la impartición de justicia, imperara el principio análogo sobre el legalista.

Por lo que respecta a la culpabilidad, dentro de este último periodo, existió una diversificación de los delitos en dolo y culpa, además se reconoció la legítima defensa y el estado de necesidad.

⁶ Vela Treviño, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, 2ª edición, editorial Trillas, México 1977, p. 140.

Posteriormente, cuando tuvo fin la decadencia del imperio romano, tanto la culpabilidad, como el derecho penal, entraron en un letargo, inclusive con visos de regresión, porque, aunque los romanos lograron diferenciar entre dolo y culpa, en función de un sujeto activo, se vuelve a la responsabilidad por el resultado, que tuvo una duración bastante larga, perdurando hasta la Revolución Francesa.

Muestra de este retroceso se estableció en la figura del *versari in re ilícita*, que surgió en plena Edad Media, debido a las influencias religiosas, la cual determinaba la existencia de la culpabilidad en la conducta de un sujeto no solamente por ser dolosa o culposa, sino también, cuando había intención de realizar algo prohibido por la ley, lo que traía como consecuencia un resultado material dañoso aún si se diera por caso fortuito.

C. Derecho penal germánico.

En una primera etapa del derecho germánico existió el derecho a la venganza privada que consistía en que el ofendido o su familia podían exigirle al acusado o su familia el ilícito realizado por este y cometido en su agravio, lo que se conoció como el delito de (Butrache), cabe mencionar que con la persecución de dicho delito se producían verdaderas guerras entre familias llegando hasta acabarse entre ellas.

Posteriormente, precisamente con el hecho de que se acabaran familias por la persecución de todo delito, se dio una consolidación del derecho penal germánico, pues consideraba el mantener la tranquilidad y paz pública como su prioridad máxima, gracias a esto adquirió un carácter eminentemente público, así, aquel individuo que afectaba los intereses de la comunidad violando el delito denominado (friedlosigkeit, que consistió en la pérdida de la paz pública) se le aplicaba el castigo a esta violación, consistente en el hecho de privarlo de la protección del grupo, y consecuentemente sin el cobijo de su grupo, quedaba a expensas hasta de ser privado de la vida, no únicamente por cualquier integrante de otro grupo, inclusive también podía ser castigado por su propio grupo, sin que esto

representara responsabilidad para el que lo hiciera. El establecimiento de este delito surgió como medida para luchar frontalmente contra la venganza privada, en consecuencia, el Estado se erigió como ente público.

Ya investido de su carácter público, el Estado Germánico estableció la composición como otra medida limitante al derecho punitivo, dicha figura surgió también para detener las guerras entre familias, provocada por la persecución de todo delito, esta figura de la composición consistió en el pago de una indemnización a un individuo ofendido, por la comisión de ciertos delitos considerados no graves, en otras palabras, por la paz, se pudo pagar un precio en retribución, de esta manera, tanto con esta composición, como con la aplicación del delito de (friedlosigkeit) se combatió al derecho de venganza.

Con respecto al logro de la composición cuando existía negligencia en el delito cometido, el maestro Carrancá refiere: “A diferencia del romano, el derecho germánico dio la mayor importancia al daño causado mientras que aquel a la intención. Después llegó a distinguir entre delitos voluntarios e involuntarios; para los primeros la venganza privada para los segundos la composición”⁷

Cabe señalar que a pesar de esta consolidación del derecho penal como ente público, el derecho punitivo germánico, no pudo librarse totalmente del mandato de Dios, al no poderlo separar del estatuto de los hombres, pero aún así fue destacado por haber observado un marcado despego entre el Estado y la religión.

Como he reiterado anteriormente, de manera conjunta al desarrollo de derecho penal se encuentra el desarrollo de la figura de la culpabilidad y en el derecho germánico, no es la excepción, pues presenta las siguientes características:

⁷ Carranca y Trujillo, Raúl, Op. Cit., nota 4, p. 98

a) las ofensas se calificaban por el resultado, debido a que era más importante el daño causado que la intención.

b) La responsabilidad existía sin el soporte de la culpabilidad, por lo que se tiene como una concepción objetiva.

c) Se exigía por el mero resultado dañoso y por la simple acusación material.

d) No había diferencia en la pena por haber cometido el hecho voluntaria o involuntariamente, sin intención o por simple caso fortuito.

Sin embargo, en materia de la culpabilidad, la legislación germana resulta trascendente por establecer a la culpabilidad subjetiva como un sustituto de la responsabilidad objetiva.

Recapitulando, en el derecho penal germano, se aprecia una base romana en cuanto se afirma el sentido público, basado en el ius puniendi que el derecho romano hereda, no sólo a los germanos, sino al mundo, de igual manera, también se distinguía una orientación hacia el derecho canónico, en cuanto que regulaba el proceso inquisitivo (tema que será analizado en el siguiente capítulo), por lo tanto, se puede establecer que el derecho penal germano fue producto de una mixtura entre dos derechos.

D. Derecho Canónico

El derecho penal canónico encarnó en el mundo occidental la naturaleza pública del derecho penal romano, ya que mantuvo los principios romanos que diferenciaban el dolo de la culpa, aunque al mismo tiempo recogió varios aspectos del derecho privado de los germanos, de entre ellos su extremo objetivismo. Así, el derecho penal canónico sintetizó los derechos romano y germano, denotando cierta evolución en el derecho a castigar, aunque no se pudo alejar totalmente de el criterio de la

responsabilidad por el resultado, como lo señala el maestro Zaffaroni: “el derecho penal canónico se formó a través de varias fuentes y trataba de sintetizar el concepto público de la pena de los romanos y el privado de los germanos. Aparece recopilado en el siglo XVI en el Codex Juris Canonici”⁸

En un principio, este derecho tuvo un carácter de naturaleza exclusivamente disciplinario, pues las infracciones de las leyes canónicas implicaban la excomulgación del trasgresor y únicamente podía efectuarla el Obispo, por lo tanto, la Iglesia se encargaba particularmente de los asuntos eclesiásticos mientras que el Estado se encargaba del derecho penal laico.

Esta trascendencia laica en el derecho penal canónico tuvo su punto más relevante en los años 1073 a 1216, bajo los papados de Gregorio VII, Alejandro III e Inocencio III, como lo establece el maestro Pavón Vasconcelos en cuanto al derecho canónico laico, “Asume en esa época una gran trascendencia laica, ofreciendo protección con su derecho de asilo consolidado en tal forma que se llegó a declarar que quien sacase por la fuerza a un delincuente del templo en que se hubiese asilado, cometería un delito de lesa majestad”⁹. Lo que denota que el derecho penal laico se ejecutaba por el Estado y que la Iglesia con el derecho de asilo brindaba protección al delincuente, lo que establecía una limitante al derecho a castigar, del Estado.

Posteriormente la Iglesia empieza a conocer más delitos, incluso los de carácter privado (delitos civiles de mayor severidad), de tal manera que un asunto tenía que someterse primero a los juzgados eclesiásticos, para después sancionarse en los juzgados del Estado, y la excomuni3n que antes exclusivamente podían ejecutarla los obispos, se extendió después a todos los clérigos, por lo que el derecho penal canónico ya no únicamente era competente en asuntos que interesaban a miembros de la Iglesia, sino

⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, editorial Porrúa, Buenos Aires, 2001, P. 158.

⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano, parte general*, 3ª ED., México, Porrúa, 1991, p. 59.

también a los laicos, así, el derecho penal canónico fue cobrando importancia.

Por este crecimiento de hechos que se consideraron delitos, fue necesario que el derecho penal canónico dividiera los delitos en tres categorías: (los delicta eclesiástica), que eran los delitos en contra de la Iglesia y de la fe; (los delicta seculares), que afectaban a la sociedad civil y (la delicta mixta) que afectaban tanto a la Iglesia como a la sociedad.

Con respecto a la culpabilidad, el maestro Márquez Piñeiro es acertado al señalar que:

*La importancia del derecho canónico dimana, ante todo, del hecho de haber reaccionado de forma muy enérgica contra la concepción objetivista del delito (predominante en el derecho germánico), y consecuentemente haber atribuido relevancia especial al elemento subjetivo de la infracción, exigiendo que – en todo delito- se diera el animus, aunque esta intención criminosa, precisaba, para su traducción jurídica y consiguiente penalización, de manifestación de hechos externos.*¹⁰

Debido a la cada vez mayor injerencia de la Iglesia en el derecho a castigar, el derecho penal canónico evolucionó hacia una mayor severidad, representándose en la etapa inquisitoria donde se decretaban penas atroces no sólo al delincuente o al infractor civil, sino a sus descendientes allegados o conocidos.

Aún así, el Estado era el encargado de aplicar las penas, entre ellas la de muerte, pero no sin la determinación de los tribunales eclesiásticos, que resolvían si el delincuente era o no responsable de la infracción atribuida, tal determinación se conseguía por medio de la confesión que era la reina de las pruebas y para obtenerla se recurría a tormentos cada vez más

¹⁰ Márquez Piñeiro, Rafael, *Derecho Penal, Parte general*, reimpresión, editorial Trillas, México 1999, p. 50.

creativos, después el individuo era entregado con tal calidad ante la autoridad del poder público, para cumplir con la pena, a lo que se le conoció como el brazo secular.

2. Historia en el Derecho Penal Mexicano.

A. Derecho precortesiano.

Poco se puede destacar del derecho penal antes de la llegada de los españoles, por no encontrar fuentes escritas que sustenten su estudio, y aún si existiera legislación de los distintos pueblos organizados sobre el territorio de México, fue borrada por la legislación Colonial, por lo que muchos de los estudiosos, como Ignacio Villalobos, aseveran: “el estudio del derecho penal precortesiano pertenece más que a la historia, a la arqueología criminal”.¹¹

Por establecer algunas noticias que se tienen del derecho penal precortesiano, se señala que los distintos pueblos como el azteca, maya y tlazcalteca se preocuparon de conductas como: la del adulterio, cuya pena consistía en que los adúlteros fueran lapidados y estrangulados; la embriaguez, que se castigaba con una mayor exigencia en la responsabilidad de un noble, que la de un plebeyo, pues al primero se castigaba con pena de muerte y al segundo con esclavitud; también se enfocaron en el robo y el homicidio señalando penas distintas para cada uno de los delitos.

Entre las características destacadas del derecho penal precortesiano se encuentra, desde luego, la que se refiere a la culpabilidad, a lo que el maestro Carrancá escribe: “siguiendo los casos de incriminación registrados de los cronistas y comentaristas, la distinción entre delitos intencionales y

¹¹ Villalobos, Ignacio, *Derecho Penal Mexicano parte general*, 5ª edición, editorial Porrúa, México, 1990, p. 111.

culposos fue también conocida, castigándose con la muerte el homicidio intencional y con indemnización y esclavitud el culposo...”¹²

Así, la relevancia del derecho penal precortesiano es obsoleta, debido a su nula influencia en los sistemas de derecho penal actuales, pues como se establece en líneas anteriores su estudio es de carácter arqueológico y antropológico.

B. Época Colonial.

En la época de la mal llamada Colonia en el derecho penal mexicano, (ya que en realidad, las indias fue un reino en donde el rey fue el de España), se distingue un traslado de las instituciones jurídicas españolas al territorio americano, así, todo lo que no estaba regulado por las leyes de indias era regulado supletoriamente por la legislación de castilla dictado por los reyes españoles.

Por lo anterior, es necesario saber que gran parte del contenido del derecho penal Colonial es del derecho español de aquel tiempo, de tal manera, se observan dos grandes ramas jurídicas, por un lado, el derecho indiano y por otro, el derecho novo hispánico, el primero está compuesto por: el derecho de castilla (de aplicación supletoria), por decretos de Cortes, por las normas consuetudinarias indígenas, y por cédulas, ordenes, provisiones que debido a su florecimiento en tales reinos, hubo necesidad de hacer una recopilación que se llevó a cabo en el año de 1680, siendo esta la más importante entre todas las recopilaciones, se denominó, la Recopilación de las Leyes de las Indias, contaba con IX libros, el libro VII que a su vez contaba con ocho títulos, de ellos, el último título era el que sobresalía penalmente al establecer que la pena de trabajo personal únicamente era aplicable a los indios, que los excusaba de los azotes, siempre que el delito fuera leve, pagando así con sus servicios la falta cometida, pena que situaba a los indios en una semiesclavitud.

¹² Carranca y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano parte general*, 19ª edición, México, editorial Porrúa, 1999, p. 113.

La otra rama jurídica, es el derecho novo hispánico, que contiene el conjunto de órdenes, cédulas y provisiones reales expedidas especialmente para la Nueva España y que eran dictadas en las Audiencias y Sala del crimen, esta fue una recopilación sumaria de varios ordenamientos; entre ellos, las Ordenanzas para la dirección, régimen y gobierno del cuerpo de minería de la Nueva España y de su tribunal que regulaban, entre otras figuras delictivas, el hurto y el barretero, este último ilícito consistía en ocultar el metal de las minas; a su vez las Ordenanzas de Gremios de la Nueva España sancionaban a los españoles con multas, mientras a los indios con azotes.

Es viable señalar que el derecho penal Colonial siguió influenciado por el derecho penal canónico, esto dependió en gran medida de los Reyes Católicos ya que su encomienda era cristianizar los territorios conquistados, existiendo un tribunal inquisitorio, que dependía de la monarquía española, para juzgar al reo en base al santo oficio, lo que arrojaba las siguientes consecuencias: si el reo probaba su inocencia se dictaba la absolución del cargo; si el fiscal no probaba la culpabilidad se dictaba la instancia; si el reo se arrepentía se dictaba la reconciliación, pero perdía sus bienes y se le condenaba a cadena perpetua; pero si era encontrado culpable era entregado al brazo secular para el cumplimiento de su pena y se le dictaba la relajación.

Es importante mencionar que en materia penal, la legislación más sobresaliente fue Las Siete Partidas, dedicada (aunque no totalmente) a la materia penal, por lo que en ellas se autorizaba al juzgador imponer arbitrariamente la pena, además podía establecer diferentes penas según la calidad del reo y las circunstancias de lugar y tiempo de la ejecución del delito.

En cuanto a la culpabilidad, el derecho penal Colonial siguió al derecho español, por la influencia que recibió de este (situación ya tratada y ejemplificada en el presente apartado), por lo tanto, el derecho penal

español a pesar de ser humanitario y realista no pudo romper con la idea de la responsabilidad por el resultado, ya que lo decisivo para el ofendido y su familia era el resultado en sí. Esta idea, tal como lo señala Vela Treviño: “perdura hasta el inicio de la Revolución Francesa.”¹³

El aspecto más relevante sobre la culpabilidad en la época colonial mexicana, a palabras de los maestros Alicia Azzolini y Luís de la Barreda Solórzano fue:

*Que distinguía entre delitos dolosos y los cometidos imprudencialmente y se preveían como circunstancias que eximían de responsabilidad la legítima defensa propia o de un pariente, tampoco eran responsables los enajenados mentales, los menores, el marido o el padre de la adúltera que sorprendiéndola, mate a uno o a ambos culpables.*¹⁴

Además, no existía diferencia entre responsables autores, cómplices e instigadores, cabe mencionar también que se reconocían circunstancias personales que modificaban la responsabilidad, de esta manera, se castigaba más al libre que al siervo, figura que se recogió de las costumbres mayas y aztecas, de atribuir más responsabilidad cuanto más era la posición social del delincuente.

C. Época Independiente.

Al propagarse las ideas de la Revolución Francesa, en la primera mitad del siglo XIX, se desatan levantamientos de los sectores criollos privilegiados, hijos de españoles nacidos en la Nueva España que buscaban puestos de dirección en cargos políticos, religiosos, militares, etc., en cuanto a la legislación aplicable se observa a la Constitución de Cádiz que rigió hasta el año de 1812, respecto a esta Constitución los maestros Alicia

¹³ Vela Treviño, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, 2ª edición, editorial Trillas, México 1977, p. 141.

¹⁴ Alicia Azzolini y Luís de la Barreda Solórzano, *Derecho Penal Mexicano de ayer y hoy*, editorial porrua, p. 18.

Azzolini y Luís de la Barreda Solórzano asientan: “de entre sus más relevantes aspectos, se encuentran la abolición de la tortura, la prohibición de confiscación de bienes y el principio de legalidad penal y con respecto a la culpabilidad, se empieza a abandonar definitivamente el criterio de la responsabilidad por el resultado”¹⁵, es así como que el derecho revolucionario ha hecho de la regla señalada por Vela Treviño: “no hay responsabilidad sin culpa”¹⁶, un dogma general, en otras palabras, los actos realizados, deben estar provistos de voluntariedad para poder atribuirle a su agente una responsabilidad.

En nuestro país, aunque casi sofocado el movimiento Insurgente, se declara la Independencia en 1821, en este momento destaca penalmente, la supresión de la inquisición, posteriormente, sigue una época de constante inestabilidad política, debido a una férrea lucha entre conservadores y liberales por el poder político de México.

En cuanto a la legislación penal, en estos años de inestabilidad, y específicamente con referencia a la culpabilidad, fue relegada, ya que los legisladores en todo lo que respecta al país, y tal como lo apunta el maestro Márquez Piñero: “estaban más preocupados por su ser y sus funciones”¹⁷, (en otras palabras, por el derecho constitucional y el administrativo que por las demás ramas del derecho). Sin embargo, a pesar del olvido del derecho penal, se pudo reglamentar muchas actividades, entre ellas la portación de armas y la existencia del procedimiento sumario, aplicable a los salteadores de caminos.

En los años siguientes poco se aportó en la normatividad punitiva, fue hasta el año 1871 cuando a ordenes del presidente Juárez, se dicta el Código Penal conocido como el Código Martínez de Castro, que a palabras del maestro Márquez Piñero se refiere: “el mencionado código corresponde plenamente a su época, clasicismo penal, con relevantes retoques de

¹⁵ Ibidem p. 22.

¹⁶ Vela Treviño, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, 2ª edición, editorial Trillas, México 1977, p. 142.

¹⁷ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal, Parte general*, reimpresión, editorial Trillas, México 1999, p. 60.

correcionalismo”¹⁸ en virtud de tal comentario, es conveniente dar un breve panorama de lo que representó la culpabilidad en la Escuela Clásica.

Carrara es el máximo representante de esta escuela penal, quien aporta abundantemente al derecho penal con la teoría de las fuerzas del delito, en la cual, se aprecia una absoluta separación entre la responsabilidad por el resultado y la responsabilidad procedente de la voluntad libre e inteligente, ya que este autor distingue la existencia de dos fuerzas en el delito, por un lado la fuerza moral subjetiva que es la voluntariedad inteligente y por otro lado la fuerza física objetiva consistente en la acción corporal, por lo tanto, de esta confrontación, se arroja como resultado un daño material.

Para la Escuela Clásica, tal como lo asevera Vela Treviño: “el hombre podrá ser culpado únicamente por aquello que le sea atribuible como consecuencia del libre albedrío de que disfruta”¹⁹ de esta manera, queda superada, en el desarrollo de la culpabilidad, la concepción de la responsabilidad por el resultado.

Otra de las escuelas penales que influyeron en la legislación mexicana, y por ende a la culpabilidad, fue el positivismo, representado en el Código Penal de 1929, el cual, fue elaborado por una comisión redactora, integrada por José Almaraz y Luís Chico y promulgado por el presidente Portes Gil en el mismo año.

El principal exponente de esta escuela penal, fue Enrico Ferri, quien negó que la libertad del hombre fuera una libertad moral, debiendo desaparecer el dolo y la culpa, pero pese a este razonamiento, aquel continúa sosteniendo que el hombre debe seguir siendo responsable por los actos que cometa. Dicho autor positivista, determinó la responsabilidad penal, empleando no un método lógico-abstracto, sino se apoyó en las

¹⁸ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal, Parte general*, reimpresión, editorial Trillas, México 1999, p.61

¹⁹ Vela Treviño, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, 2ª edición, editorial Trillas, México 1977, p. 143.

disciplinas que estudian los hechos sociales y psíquicos, utilizando así, el método de la investigación y observación, con lo que logró demostrar que no era posible fundar la legitimidad de la pena sobre la pretendida libertad de querer (libre albedrío), erigida por la Escuela Clásica.

Para darle más claridad a lo anterior, el maestro Vela Treviño asevera que: “si se atiende a que el delito, de acuerdo al positivismo, es el producto de causas antropológicas, físicas y sociales, y que el delincuente está predeterminado para su actuación, en función de esa conjunción de causas y careciendo de libre arbitrio”²⁰, en otras palabras, lo que el positivismo asevera es que el delincuente siempre es un defectuoso psicológico y no tiene voluntad libre para conducirse.

Por lo que respecta a la culpabilidad para la Escuela Positiva, no es un elemento del delito, sino una característica del delincuente, por lo que se responsabiliza al ser humano ya no únicamente por el hecho, sino también por el estado peligroso.

Para los positivistas, el ser humano no tiene la libertad de escoger entre hacer el bien o hacer el mal (libre albedrío), que lo determine para la comisión del delito, ya que para el positivismo, aquél tiene la característica de la culpabilidad desde su nacimiento, aunque sostienen que también puede ser determinada por el mundo en que se desarrolla.

Para completar el estudio de la culpabilidad en el devenir histórico, es necesario, que me refiera a la escuela o escuelas que siguieron al positivismo, las denominadas por los autores en derecho penal como las tendencias eclécticas compuesta entre otras por la Tercera Escuela o la Escuela de la Política Criminal, dicha escuela tuvo, en la legislación mexicana, un paso muy efímero, con el proyecto a la reforma del Código Penal en 1912, realizada por la comisión designada en 1903 por la Secretaría de Justicia, integrada por el Licenciado Miguel S. Macedo,

²⁰ Vela Treviño, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, 2ª edición, editorial Trillas, México 1977, p. 144.

Victoriano Pimentel y Manuel Olivera Toro, tal como lo establece el maestro Márquez Piñeiro:

*Aunque la reforma del Código de 1871 tenía pretensiones modestas al decir del insigne Jiménez de Asúa, revelaba un muy aceptable y certero espíritu político criminal, pero la Revolución dio al traste con esos propósitos y requirió del pueblo mexicano su dedicación para asuntos más trascendentales en beneficio a la comunidad nacional.*²¹

Lo relevante con respecto a la culpabilidad, en la Escuela Ecléctica, es que aquélla, se trataba de un positivismo idealista pues señala que el método científico debe ser completado con la experiencia interior del sujeto, por lo tanto, el mundo de lo ideal no puede ser eliminado del todo por el mundo de la realidad.

Esta escuela respetó con prudencia la idea del libre arbitrio de la Escuela Clásica, señalando que la libertad humana es una idea-fuerza, pero advierte que no sólo en esta libertad se puede basar la culpabilidad de un individuo, sino también es necesario el determinismo exterior al sujeto.

Los seguidores de esta escuela sostienen que se debe entender a la culpabilidad, como un todo, tanto jurídica como meta jurídicamente, así como se debe tener en cuenta la responsabilidad por el hecho particular y las consideraciones del estado peligroso, (debido a las peculiaridades del hombre culpable).

En conclusión, para la Escuela Ecléctica, la voluntad está aparejada con el determinismo, ya que la voluntad no es sólo libre albedrío sino que está influida por factores externos, (como el estado peligroso), los cuales fueron encontrados en la investigación positivista.

²¹ Márquez Piñeiro, Rafael, *Derecho Penal, Parte general*, reimpresión, editorial Trillas, México 1999, p. 63.

Otro aspecto importante respecto a la culpabilidad, es el planteamiento de que el hecho es una forma de expresión de la naturaleza propia del autor, es el aspecto meta jurídico de la culpabilidad y es la determinación de la tendencia criminal, en base a lo cual, Vela Treviño comenta que Von Liszt es oportuno al señalar que: “este hecho concreto proporciona datos sintomáticos para conocer la naturaleza peculiar de su autor y el carácter asocial revelado por medio del propio hecho concreto, que manifiesta la imperfección de los sentimientos indispensables para la vida en común” ²², en otras palabras para Von Liszt, sólo el hecho puede ser fundamento sólido de la política criminal.

Por último, cabe mencionar que en 1919, los positivistas integraron una comisión en Italia para la reforma de las leyes penales del Código Penal Italiano, en el cual, se aprobaba la responsabilidad legal sin analizar la imputabilidad del sujeto, situación que fue muy criticada en aquellos tiempos debido a que el estado peligroso únicamente funcionaba como medida para la individualización de las sanciones.

Este proyecto italiano sostenía teorías positivistas quitándole lo jurídico, pues tenía un claro perfil político criminal (fue un Código Penal sin culpabilidad), sin embargo, dicho código finalmente siguió a Von Liszt volviendo al dolo y a la culpa, ya que reconocía la culpabilidad en función al hecho concreto, realizando y considerando la forma especial de la voluntad (dolo y culpa) fundamento para calificar la culpabilidad junto con el estado peligroso positivista, pero esta unión fue tomada como un síntoma para la imposición de la pena ya individualizada.

En conclusión el Código Italiano de 1923, se apartó de las tendencias positivistas y continuó con el postulado de que la culpabilidad sigue funcionando en base al hecho particular que se juzga, de esta manera es viable mencionar que la Escuela Ecléctica mantuvo el viejo postulado de la

²² Vela Treviño, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, Op. cit., nota 5, p. 147.

imputabilidad y rechazó la concepción del tipo delinciente (positivista), levantando así la autonomía del derecho penal.

CAPÍTULO II

Teorías sobre la Culpabilidad

Sumario: 1. Teoría psicológica 2. Teoría normativa: A. Teoría compleja B. Concepción puramente normativa (finalista) 3. Teoría funcionalista.

1. Teoría psicológica.

La teoría psicológica, se inicia en el siglo XIX y es fundamento de las demás teorías que se han hecho sobre la culpabilidad, es pues, el punto de partida del estudio de esta, pues como se verá, a pesar de brindar un concepto obsoleto de culpabilidad, tiene significación histórica por sustentar y hacer entendibles a las demás teorías que le siguen.

Es una teoría de la imputación subjetiva que se caracteriza por ser esencialmente descriptiva y estar sustentada a su vez por el pensamiento causalista-naturalista de la época, que argumentaba que el acto, acción o hecho estaba integrado por una conducta, un resultado y un nexo causal, de tal manera que el concepto de culpabilidad de la teoría psicológica consistía, en concordancia con el causalismo, en la relación de la conducta humana (como causa) y el resultado, donde la conducta conformaba el elemento psíquico.

Cabe señalar que para el causalismo la conducta era importante sólo por la voluntariedad de la acción u omisión y no por el fin que persigue la conducta, esta situación psíquica se unía al resultado teniendo una relación solamente objetiva.

Así, los sustentadores de esta teoría psicologista (von Liszt, Beling y Radbruch) pensaban, que para la determinación de la culpabilidad y con ello la existencia de un delito era necesario que concurrieran dos tipos de relaciones, por un lado, una relación física (causación del resultado) y por otro lado, una relación psíquica (entre la conducta y el resultado), o dicho en

otros términos, la suma de elementos objetivos y subjetivos daba como resultado la existencia del delito, esta separación del aspecto objetivo de lo subjetivo, es reafirmado por el insigne Hans Welzel al denotar que “En la dogmática moderna se separaba al principio lo externo e interno, lo objetivo y lo subjetivo. Todo lo externo objetivo era asignado a la antijuridicidad y todo lo interno subjetivo a la culpabilidad”.²³

Por lo anterior se entiende a la culpabilidad únicamente, como la descripción de algo, que como se verá en seguida, ese algo es una relación psicológica que une al actor con el resultado, quedando fuera todo lo normativo-valorativo de su conducta atípica, debido a que los partidarios de esta teoría no consideraban elementos normativos, únicamente daban importancia, como ya he señalado, a la voluntariedad de esta conducta. A lo que a palabras del maestro Díaz Aranda refiere: “para determinar la culpabilidad del sujeto se establecía cual había sido la relación de causalidad psíquica, también llamado nexo psicológico, entre el autor y la producción antijurídica del tipo”.²⁴

Hasta el comienzo del siglo XX, la teoría psicológica, tiene dos conceptos fundamentales en su carácter de especies de culpabilidad, el dolo y la culpa que para Beling son una pura relación psicológica, de esta manera, para este pensador, existía dolo cuando el autor del hecho haya obrado con la conciencia de la antijuridicidad del deber, pues para aquel, solamente hay culpables, no injusto culpable, no hay acción antijurídica o antinormativa.

Continuando con el estudio de las dos especies de culpabilidad conocidas por la teoría psicologista, dolo y culpa, a decir del dolo era la voluntad del autor por el resultado y a su vez la culpa era la ausencia de esa voluntad.

²³ Welzel Hans, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, tr Juan Bustos Ramírez, Ed. Jurídica de Chile, p.130.

²⁴ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 9.

En este mismo orden de ideas, para la teoría psicológica exclusivamente el dolo y la imprudencia constituyen a la culpabilidad, esta dualidad de conceptos es reflejada también en las palabras de Wessels al estipular: “que la concepción psicológica de la culpabilidad es la relación psíquica –subjetiva del autor frente al hecho (saber no saber, querer no querer)”²⁵, en otras palabras la intención reflejada en el dolo y la ausencia de intención, en la culpa o imprudencia.

En consecuencia, se admitía la idea de que si un autor había conseguido provocar el resultado deseado, arrojaba como resultado el dolo perfecto, por tratarse de una relación psíquica completa, por lo que a contrario sensu, la culpa venía a ser una relación psíquica imperfecta, por la ausencia de intención.

Es dable señalar que en esta teoría, la culpa y el dolo no admiten graduación, no existen estados intermedios ya que no hay un elemento en común unificador, por lo que o hay dolo o hay culpa, no había posibilidad de cuantificar el grado de cada uno de ellos.

Así, en el dolo se daba la existencia a su vez de dos requisitos, por un lado el conocer y querer voluntariamente el hecho y por otro la conciencia de la antijuridicidad, así el dolo fue reprochado a su autor por no haberse detenido a considerar el pensamiento de estar obrando antijurídicamente.

Como ya ha sido señalado con antelación, la voluntariedad de la conducta es lo más importante para el psicologismo, pero no reflexiona cómo debe ser esta conducta del sujeto en relación al resultado objetivamente delictuoso.

Sebastián Soler Trata de sacar a flote el pensamiento psicologista al afirmar que existen dos elementos de la culpabilidad, el elemento normativo y el elemento psicológico (aunque los dos son de naturaleza psicológica), el

²⁵ Wessels, Johannes, *Derecho Penal Parte General*, 4ª edición, editorial Desalma, tr de la 6ª edición alemana de 1976 por el doctor Conrado a. Finzi, Buenos Aires 1980, p. 112.

primero es la relación del sujeto con una instancia de responsabilidad y presupone una valoración normativa, el segundo es una situación psíquica pura.

Por lo que respecta, a la conciencia de la antijuridicidad, en la teoría psicológica, no se debe entender como la referida a un precepto legal, sino a la asociación de la moral, las buenas costumbres y la norma jurídica y también al hecho de existir la culpabilidad a pesar de que el autor tenga dudas si está obrando o no antijurídicamente, de esta manera, Sebastián Soler trata de confirmar la conciencia de criminalidad del acto, la cual, para dicho autor consistió en: “la comprobación de una discordancia subjetiva entre la valoración debida y el disvalor creado”.²⁶

Así, la voluntad de un sujeto contiene la oposición de este ante el orden jurídico (dolo) o la indolencia o desatención a este orden jurídico (culpa).

Ahora bien, existen varias críticas a la teoría psicológica, la primera de ellas, la representa el insigne Luís Jiménez de Asúa al establecer que: “la imputabilidad sí es psicológica; pero la culpabilidad es valorativa, puesto que su contenido es un reproche”²⁷

Sin embargo, los actuales seguidores de la teoría psicológica, salen en su defensa, en relación a la anterior percepción del maestro español, destacando la existencia de dos elementos en la culpabilidad, por un lado la actitud psicológica y por otro una valoración normativa, de lo cual, y precisamente de la pugna entre estos dos elementos se deriva el reproche.

Lo que los principales defensores no pudieron sustentar, fue lo que a palabras del maestro alemán Günther Jakobs expone:

²⁶ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino Tomo II*, 10ª reimpresión, editorial Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires 1992, p. 68 y siguientes.

²⁷ Jiménez de Asúa, Luís, *Lecciones de derecho penal*, editorial Pedagógica Iberoamericana, México 1995, p. 236.

*Ante todo, no proporciona indicación alguna sobre que hechos psíquicos (¿por qué psíquicos?) Han de ser relevantes para la culpabilidad; así, tampoco alcanza a fundamentar la relevancia del dolo y la imprudencia (porque, no sólo la intención). Radbruch intenta remediar la falta reduciendo dolo e imprudencia a hechos psíquicos (conocimiento o imprevisión), pero entendiéndolos como indicios de una actitud antisocial; sin embargo, con ello, de nuevo, no se puede aclarar por qué el indicio debe remplazar al objeto, ni por qué no puede tener también eficacia indiciaria la falta de un hecho psíquico, ni por qué han de importar sólo hechos psíquicos.*²⁸

Otras críticas a la Teoría Psicológica consisten, en la no justificación del sancionar a la culpa inconsciente y el por qué la culpabilidad dolosa se desvanecía en causas exculpantes, estas dos críticas se tratarán a continuación para comprender cómo se empezaban a gestar nuevos pensamientos a raíz de esta primera teoría de la culpabilidad.

Por lo que respecta a la culpa inconsciente, primeramente hay que ver como se trataba a la culpa consciente en el psicologismo, así, en ésta, se manejaba un aspecto objetivo que consistía en la causación de un resultado típico, mientras que su elemento subjetivo era el nexo psicológico defectuoso, entre lo que se había representado el autor y el resultado no querido, lo cual se apoyaba con la figura de la previsibilidad de un posible resultado típico.

Hasta aquí no tenía problemas tal teoría, pues el lado opuesto en la división de la culpabilidad en dos especies, es precisamente el dolo, que era la manifestación perfecta de la culpabilidad, pues el autor del hecho, además de conocer el resultado quería su realización, pero el problema sobreviene al tratar de explicar la culpa inconsciente, donde existe una falta de previsibilidad de un posible resultado típico y sin esta figura no se podía

²⁸ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, libro II* *Cáp. III*, trs Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid España, 1997, p. 569.

establecer un nexo psicológico y por consecuencia no había culpabilidad porque el actor no pudo haberse representado los posibles resultados de su conducta.

Además, para esta teoría, en los supuestos en que se presentaban causas de exculpación (estado de necesidad y miedo grave), no se pudo explicar por qué se excluía la culpabilidad y por qué tenía que quedar impune el hecho típico, aún existiendo un dolo perfecto, donde el autor consigue el resultado deseado, además, si los defensores de esta teoría establecían que únicamente las cuestiones subjetivas interesaban a la culpabilidad, como podían establecer ahora, que se tenía que observar además las circunstancias objetivas que rodearan al hecho.

2. Teoría normativa.

A. Teoría compleja.

Para esta teoría causalista la culpabilidad no sólo fue una relación psicológica entre el autor y su acto, como se creía con anterioridad, sino solamente un punto de partida para determinar el por qué es culpable esa relación psicológica.

Este punto de partida inicia con Reinhart Frank, en 1907, quien, además de observar elementos psicológicos como el dolo y la culpa, aprecia también las circunstancias que rodean al hecho, señalando como cierto que se parte de un aspecto psicológico, pero que se deben de precisar los motivos de este (la calidad en la dirección al resultado), con el fin de encajar la conducta del sujeto en la categoría de dolo o de culpa, de esta manera, la culpabilidad seguía siendo una relación psicológica, pero también un juicio de reproche (valoración normativa) de una situación psíquica.

De tal manera, para que una persona fuera penada, ya no sólo bastaba la tipicidad y la antijuridicidad de su conducta, sino también que la acción desarrollada le fuera personalmente reprochable.

Para Frank, la culpabilidad consiste esencialmente en ese reproche y en este mismo orden de ideas, se cita al maestro Luís Jiménez de Asúa quien es acertado al señalar:

Para la concepción normativista de la culpabilidad, ésta no es una pura situación psicológica (intelecto y voluntad). Representa 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, sea preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Sólo podemos 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 si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del derecho. En suma la concepción normativa, se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad.²⁹

En consecuencia, el normativismo en un principio no fue una tesis contraria al psicologismo, sino más bien, su complemento enriquecedor. Sin embargo, a pesar de esta precisión, no se desplazó al dolo y a la culpa de la culpabilidad (tal como se verá más adelante).

La culpabilidad es un juicio de valor de un hecho concreto, que realiza un juez, el cual determinará si se le puede reprochar al autor su voluntad contraria a la pretensión normativa, cuando le era posible y exigible la realización de una conducta diferente a la que realizó.

Para Jakobs, el concepto normativo de culpabilidad era una mera ampliación de la relación elaborada por Radbruch, entre hecho y

²⁹ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal, Tomo V*, editorial Losada, edición Buenos Aires, 1961. p.164.

desaprobación jurídica, con la salvedad de que Frank abandona la limitación a dolo e imprudencia, tal como lo señala a continuación:

Normativo es el reproche, fácticos son los presupuestos del reproche, pero no es esto lo que interesa en primer plano, sino la orientación de los presupuestos a los requisitos del reproche: aquí reside el tránsito – caracterizado sólo incorrectamente con la diferencia entre los términos psicológico y normativo- de un sistema, meramente clasificatorio a otro teleológico³⁰.

En este orden de ideas, el dolo ya no podía seguir siendo sustento de la culpabilidad, en su reducción de ésta, por lo que pasó a ser un elemento más de la culpabilidad, en donde se tenía que estudiar la orientación de los motivos que llevaron al autor a realizar determinada conducta, como un sistema teleológico.

Cabe mencionar que el dolo como conciencia de ilicitud, junto a las circunstancias concomitantes, fueron considerados como las normales condiciones en que se da el hecho.

Por otro lado, además de señalar como esencia de la culpabilidad a la reprochabilidad, se estableció como requisitos de ésta, tanto a la imputabilidad, como al dolo y a la culpa, los cuales fueron considerados como elementos y no especies o formas de la culpabilidad, por lo que podía haber dolo sin culpabilidad, a diferencia de la teoría antecesora.

A continuación estudiaré de manera somera, cada uno de estos requisitos de la reprochabilidad, por ser para el normativismo, la esencia de la culpabilidad.

³⁰ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, libro II Cáp. III*, trs Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid España, 1997, p. 570.

Por lo que respecta a la imputabilidad de un sujeto, se observa que no sólo debe tener la capacidad de conocer la antijuridicidad de su acto, sino además, orientar su actividad hacia dicho conocimiento, del cual no es necesario del conocimiento exacto del tipo, únicamente debe estar conciente de la falta de valor jurídico del acto realizado.

Por otro lado, el dolo y la culpa son expresiones de la voluntad contrarias a las normas del deber y conforman el objeto de la reprochabilidad, tal como lo señala Welzel: “lo que se reprocha es la formación de voluntad antijurídica, sea que la voluntad de acción se dirija dolosamente a la concreción de un tipo, sea que no aporte la medida mínima jurídicamente impuesta de dirección final en el producido no doloso de resultados”³¹

Así, en la teoría normativista, existe el reproche al autor de una conducta, cuando se acredita que por el conjunto de motivos que guían su comportamiento en cierto sentido y su personalidad, podría exigírsele un proceder conforme a derecho, esta motivación reprochable al agente, es todo lo que significa una conducta, que a su vez es producto de la volición (excepto cuando concurre la ausencia de conducta).

De esta manera, existe el dolo cuando hay una voluntad directamente encaminada a la producción del resultado sobrevenido y se estará en presencia de culpa, si ese resultado no corresponde a la intención del sujeto sino a un defecto de la voluntad, de tal modo que el juzgador debe estar obligado a tener en cuenta los motivos que impulsaron al sujeto para actuar.

En este punto, es oportuno adelantar, en el presente trabajo de investigación, lo referente a los tipos complementarios cualificados, los cuales revelan la especial valoración, considerando los motivos que impulsan a la conducta, ya que la motivación de la conducta es lo que califica el comportamiento humano, así, Vela Treviño es acertado al señalar:

³¹ Welzel Hans, *el Nuevo Sistema del Derecho Penal*, tr Juan Bustos Ramírez, Ed. Jurídica de Chile, p. 197.

“el reproche, en todo caso, se formula, como se ha dicho, a los motivos de la conducta, que no a la conducta misma”.³²

En consecuencia, hay dolo o culpa cuando se logra la concreción del tipo, por no haber impuesto a la conducta el mínimo de elementos volitivos para evitar el resultado.

Ahora, el último de los requisitos de la reprochabilidad para esta teoría normativa, son las circunstancias concomitantes, como las normales circunstancias en que se da el hecho, pero cuando el hecho se desarrolló bajo anormales circunstancias, indica la presencia de alguna causa de exculpación (estado de necesidad), ya que el autor no pudo haber hecho otra cosa en esa situación, lo que impedirá la reprochabilidad de la voluntad por la inexigibilidad.

Es precisamente esta exigibilidad de obrar bajo la norma establecida, lo que se le reprocha al autor de un acto injusto, ya que bajo a esas circunstancias concretas pudo haber actuado diferente, además, esta exigibilidad es reprochable, cuando recae en la libertad de dirección de los hechos realizados por un sujeto, no sucederá así, cuando existe un defecto en la libertad del sujeto, cayendo en el aspecto negativo de la exigibilidad, una causa de inculpabilidad.

La exigibilidad precede a la reprochabilidad, ya que ésta, es la conclusión del juicio relativo y aquélla es previa a esa conclusión de ese juicio, a su vez la exigibilidad tienen como presupuesto la existencia de una norma jurídica, que establece la obligación de dirigir la conducta en determinado sentido. Cabe mencionar, que lo que importa de estas normas jurídicas, es su contenido cultural, pues es lo que permite establecer la exigibilidad de la conducta.

³² Vela Treviño, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, 2ª edición, editorial Trillas, México 1977, p. 189.

La exigibilidad tiene dos elementos el deber y el poder, el deber es pues, el actuar conforme al contenido cultural de la norma (no lesionar los bienes jurídicos tutelados), que se encuentra no en el catálogo de los tipos, sino en el ordenamiento jurídico general, ahora bien, el poder siempre va relacionado con el deber, pues si a alguien se le obliga a darle dirección a su conducta, es necesario que también pueda darle dirección a esa conducta.

Es en este punto se observa que la exigibilidad es el elemento normativo de la culpabilidad, pues, aquélla es la orientación que un sujeto da a su conducta para deber y poder ajustarse a la pretensión normativa, ya que el sujeto para que pueda cumplir con el deber que le impone la norma se requiere que pueda cumplir con ese deber, con respecto a esa cognoscibilidad de lo ilícito del injusto, al respecto, Edgar Alberto Donna comenta que el penalista kriegsman disiente de Frank, pues contrapone que: “se puede levantar un reproche de culpabilidad, cuando el autor conoció o debió conocer esas normales circunstancias del hecho”³³.

Goldshmidt, en 1913, enriqueció a la teoría normativa, al sustentar como elemento normativo de la culpabilidad, la contrariedad del deber y no la normal motivación expuesta por Frank, ni que la culpabilidad de un sujeto autor de un hecho se determina por el conocimiento de la antijuridicidad, sino, más bien, es el motivo orientado a ese deber plasmado en la norma, lo que determina al sujeto autor del hecho.

Así, el deber se relaciona con la exigibilidad en que ambos van en un mismo sentido y el deber funciona como límite de la exigibilidad; además, los normativistas opinaban que la norma jurídica como norma obligante imperativa traía como consecuencia su violación al injusto, en distinción de la norma del deber (como norma hipotética o de motivación), cuya infracción es la culpabilidad, ya que la norma jurídica contiene una obligación, por lo que un sujeto que pudiéndose motivar por la norma de deber no lo hace así, existiendo el reproche.

³³ Donna, Edgar Alberto, *Teoría del Delito y de la Pena*, editorial Astrea, Buenos Aires 1995, p. 97.

De esta manera, lo contrario al deber es el reproche y se da cuando la voluntad está dirigida a la realización de un resultado antijurídico. Así, el maestro Zaffaroni comenta: “la culpabilidad no era la voluntad de contrariar al deber sino la contrariedad al deber de voluntad”³⁴, o en otras palabras, arrojaba la contradicción de colocar al objeto y al desvalor en un mismo nivel analítico.

Al respecto, también el maestro Díaz Aranda es puntual al decir que: “la culpabilidad es igual a la contrariedad de la voluntad a las normas de deber, las cuales están dirigidas a la motivación de cada sujeto y sustentan la culpabilidad, ello a diferencia de las normas de derecho que se dirigen a la conducta externa y son presupuesto de la antijuridicidad”³⁵.

Para completar el estudio de la relación que guarda la exigibilidad y la reprochabilidad es menester hacer mención que tanto la reprochabilidad y la exigibilidad se determinan conforme a las causas ocurridas y las características individuales de cada hecho concreto y determinada persona, de esta manera, el juzgador al reprochar una conducta, tiene que individualizar la exigibilidad en cada caso concreto y tomando las condiciones y características de cada sujeto.

En otras palabras, los motivos del sujeto actuante y la integridad de su personalidad que es determinada tanto por el mismo acto que realizó, como por del estudio de la conducta y la total personalidad de aquél, es lo que sirve para fundamentar y graduar el reproche, así, según la índole de los motivos determinantes al realizar una conducta, es lo que permitirá graduar la reprochabilidad del hecho.

De la misma manera que Goldshmidt enriqueció la teoría normativa de la culpabilidad con la contrariedad del deber, así también Freudenthal, en 1922, sostuvo que la culpabilidad es concebida con un elemento ético que

³⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, editorial Porrúa, Buenos Aires, 2001, p. 631.

³⁵ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 29

se traduce en la exigibilidad individual y con otro de índole psíquica constituido por el dolo y la culpa.

Dicho autor, respecto a la exigibilidad, agrega: que sólo será reprochable el acto en cuanto pudo exigírsele a su realizador un comportamiento diverso, pues si este sujeto actúa motivado por una fuerza irresistible, en tal circunstancia no se le puede exigir otra conducta, es pues, en torno a la exigibilidad la aportación de este autor a la teoría normativa compleja-normativa.

Jakobs señala que Eb. Schmidt, crítica la exigibilidad propuesta por Freudenthal, al establecer una idea de exigibilidad más clara:

*Eb. Schmidt desarrolló un concepto de culpabilidad con un componente de exigibilidad más claramente generalizador, determinando la culpabilidad como actitud asocial del autor. La comprobación de esa actitud presupondría que el autor tuvo la posibilidad de llegar a ser conciente de la dañosidad social de su comportamiento conforme a derecho, en lugar del antijurídico efectivamente realizado*³⁶

Por último, es imperioso establecer algunas de las críticas a esta teoría, destacando la crítica del maestro Graf zu Donha, quien separó la valoración tajantemente del objeto de la culpabilidad (dolo) y a la culpabilidad sólo como la valoración de dicho objeto, a lo que posteriormente de su teoría, el dolo como voluntad final de acción se ubicaría en el tipo objetivo. El propio Welzel, tal como lo señala Díaz Aranda: “dio el paso decisivo hacia la comprensión de que en el juicio de la culpabilidad lo mismo que en la constatación de la antijuridicidad, nos encontramos ante el resultado de una valoración”³⁷

³⁶ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, libro II Cáp. III*, trs Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid España, 1997, pp. 571 y 572.

³⁷ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 43

En consecuencia, la culpabilidad como categoría de valor no podía contener elementos psicológicos, ya que se podían o no dar, lo que únicamente se determinaba en la culpabilidad es si esos nexos, son o no reprochables, en pocas palabras, es lo que el maestro Graf zu Donha distingue entre el objeto de la valoración (dolo) y la valoración del objeto (culpabilidad).

Al respecto, tal como lo denota el maestro Mario Garrido Mont:

La doctrina normativa compleja, en consecuencia, mantiene los principios causalistas en cuanto a la estructura general de la culpabilidad, pero los enriquece y cambia en su perspectiva, al precisar que consiste en una valoración del comportamiento del autor, y no en un vínculo psicológico; y el reproche que importa se funda en la circunstancia de haber realizado un acto típico y antijurídico, en circunstancias de que estaba en condiciones de obrar conforme a derecho. La culpabilidad de una relación de índole naturalista, se transforma en un juicio de valor³⁸.

Por último, cabe mencionar que en la doctrina clásica, el dolo y la culpa se analizan como elementos subjetivos nunca objetivos, situación que será muy criticada por teorías subsecuentes.

B. Concepción puramente normativa (teoría finalista).

La teoría puramente normativa encuentra su punto de partida en 1935, pero pasa a primer plano en la atención del mundo, hasta después de la segunda guerra mundial; al mismo tiempo que la Escuela de Kiel sustentadora del nacional socialismo desaparece por su concepción del derecho, como un orden normativo de poder, donde se manipula a un individuo sujetándolo totalmente al Estado.

³⁸ Garrido Mont, Mario, *Derecho Penal, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2001, p. 201.

El finalismo (teoría puramente normativa), en cambio estableció una percepción obligante y no de poder, bajo la idea de un individuo responsable, acentuando la dignidad de este, como base mínima de un ordenamiento jurídico, así, la teoría finalista representó el enlace de la metodología neokantiana con nuestros días.

Esta doctrina finalista creada por Hans Welzel, en la cual, se crítica al causalismo valorativo (positivismo y neokantismo), debido a que el neokantismo valorativo (normativismo complejo), dejó completamente intocado el planteamiento naturalista del positivismo (psicologismo), el cual sostenía que el injusto se edifica sobre el sustento de una acción, considerada simplemente como un proceso causal natural y que en la esencia de la culpabilidad, se sigue considerando como relación psíquica, en vez de considerar a la acción, como un proceso dotado de sentido, el cual proviene de la dirección que el sujeto le da a la acción, lo que representó, según Welzel, un giro subjetivista aplicado a la ciencia del derecho.

El sistema causalista naturalista y valorativo ostentado por Liszt, Beling y Mezger, en un principio logró separar de manera clara y definitiva, lo objetivo de lo subjetivo, y después, lo descriptivo de lo normativo, para finalmente llegar al establecimiento de la existencia de dos mundos independientes, el natural y el valorativo, ya que estos mundos nunca son complementarios entre sí, por no guardar entre ellos ninguna correspondencia, sin embargo, este razonamiento representó para el finalismo una cuestión superada, pues se sostiene que: los valores están relacionados con el ser, ya que están enraizados con las características metafísicas del ser humano como expresión de vida.

Welzel, apoyándose en la teoría final de acción, trata de establecer un nuevo sistema penal, al ofrecer en 1939, toda una fundamentación filosófica-metodológica para la concepción del dolo típico, por tal motivo, para poder sustentar la teoría normativa pura, es necesario tener clara, no sólo la visión de que el dolo y la culpa son elementos y no especies de la culpabilidad, además, se debe tener clara la idea final de acción, lo que resulta

importantísimo para la situación sistemática del dolo en el tipo (*Tatbestand*), pues para el finalismo, la ciencia del derecho penal tiene que partir siempre del mismo, para luego descender al ámbito de lo establecido previamente.

Antes de entrar al estudio de la acción final, es necesario hacer mención que el finalismo está en contra del sistema que consideró primero la acción de modo natural y después lo injusto del acto, para ocuparse luego de la culpabilidad, donde se trata el dolo y la culpa, porque, con esto, se destruye la estructura final de acción.

Entratándose de la teoría final de acción, es siempre causal y final, solamente que las ciencias naturales la contemplan en su primer aspecto y la dogmática jurídico penal en el segundo, así la acción final como concepto prejurídico, parte de una estructura lógica –objetiva que consiste en una realidad objetivo-ontológica que se describe lingüística y conceptualmente en tipos penales, que se actualizan al realizarse una conducta, pero no cualquier conducta, pues para el finalismo, únicamente son relevantes las conductas disvaliosas (conductas típicas por contener un desvalor de acción), por lo tanto, la ley no puede prohibir procesos causales, sólo actos dirigidos finalmente o la omisión de tales actos, en otras palabras, si el derecho es un ordenamiento hecho para los hombres, no puede prohibir o mandar procesos causales, sino exclusivamente acciones humanas, específicamente las finales.

De esta expresión de la acción humana, como categoría lógico objetiva, en cuanto que está dotada de sentido, se deduce lo justo o injusto, lo valioso o lo desvalorizado, el injusto es pues, no una violación de bienes jurídicos, sino la violación de deberes de sentido o de conciencia que tiene el sujeto.

Son estos valores de conciencia lo que protege el derecho penal, a través del legislador, quien será libre en la elección de las acciones punibles, pero no en cuanto a la estructura lógica-objetiva de la finalidad de acción, ni sobre la autodeterminación del hombre en cuanto a sentido, a lo que Mir

Puig es oportuno al señalar: “la necesidad de colocación sistemática del dolo en el tipo se deriva de la estructura lógica-objetiva de la finalidad del actuar humano, sí la acción es final y el legislador sólo puede prohibir acciones finales, la finalidad deberá formar parte del objeto de la prohibición o mandato jurídico penal, esto es del tipo de injusto”³⁹.

Por tal motivo, para el finalismo, no se debe tomar a la acción, como un proceso causal ciego, para añadir después en la culpabilidad, la voluntad, puesto que ésta, únicamente puede ser un fenómeno subjetivo acompañante, pero ya no puede ser un factor determinante de la acción, de esta manera Welzel establece lo siguiente: “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 conducta, asignarse por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines”⁴⁰ de lo cual, se entiende que la acción es final y no sólo causal, debido a que, tal como lo asevera Mir Puig: “la consideración de la acción humana no como integrante del “orden de suceder”, naturalístico- causal, sino del “orden del pensar” regido por la comprensión del sentido”.⁴¹

Este carácter final de acción de los actos, es reafirmado por el maestro Díaz Aranda: al establecer que:

Se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de esos fines. A esa posibilidad de prever los resultados de la acción se le denomina capacidad de voluntad, la

³⁹ Mir Puig, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 2ª edición, editorial Montevideo, Buenos Aires, Argentina 2003, p. 235.

⁴⁰ Welzel Hans, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, tr Juan Bustos Ramírez, Ed. Jurídica de Chile, p. 25.

⁴¹ Mir Puig, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 2ª edición, editorial Montevideo, Buenos Aires, Argentina 2003, p. 233.

cual constituye el fundamento de la conocida frase “la finalidad es vidente, la causalidad es ciega.”⁴²

Continuando con el estudio de la acción final, es necesario mencionar que se compone de dos fases, por un lado de una fase subjetiva (proposición de un fin que consiste en: la selección de medios para conseguirlo y la consideración de efectos concomitantes), y por otro lado una fase objetiva integrado a su vez por la realización de una conducta y la producción de un resultado, así, la primera fase por referirse a pensamientos que resultan atípicos para el derecho penal, mientras que la segunda fase como la acción que conduce a un hecho real y lo gobierna, es la fase que debe interesar al derecho punitivo.

Otro aspecto importante, que del carácter final de acción se aprecia, es la del querer que le interesa al derecho penal, el de realización, que se entiende como la voluntad no sólo encaminada a la realización del tipo, sino a la capaz, a la dominante de dicha realización, esto no es más que la intención dolosa que tiene la causalidad de la conducta, la cual, requiere el conocimiento de las circunstancias de hecho ya existentes, así, por un lado la previsión del resultado y por el otro la previsión del curso de la acción, sin embargo, cabe mencionar que el dolo no se configura, si el hecho se verifica únicamente por casualidad.

Hay que asentar que en la etapa en que el neokantismo dominaba la metodología jurídico penal, surgió como respuesta, el finalismo, lo que originó una constante pugna sistémica entre finalistas y causalistas, especialmente los neokantianos.

El hecho de que aquel que incluya el dolo en el tipo y reconozca el carácter final de acción, no lo hace pertenecer a la corriente finalista, o aquel que no lo hace, sea causalista, pues esta controversia entre ambas corrientes va más allá, ya que el finalismo no es solamente una doctrina de

⁴² Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 45

la acción, ni tampoco de la sistemática de los caracteres del delito, el finalismo es un reflejo en la dogmática jurídico penal de una actitud epistemológica.

De esta manera, mientras la metodología neokantiana era subjetiva, donde el objeto es determinado por el método, en el finalismo se establece el paso del subjetivismo al objetivismo y se determina que el objeto del derecho penal, viene precedido por las exigencias metodológicas y no viceversa, en otras palabras es a partir de un concepto prejurídico, como estructura lógica-objetiva (acción final), lo que establece el método.

Mir Puig señala como ejemplo de lo anterior, al insigne Mezger quien a pesar de ser el máximo representante del causalismo y neokantismo, estuvo a favor del concepto final de acción, al establecer que la finalidad no es una cualidad radicada en el ser, sino atribuidas por las categorías mentales del hombre, tal como lo establece en su Grundriss:

También el origen de la acción yace en este mundo de los valores y de las consideraciones finalistas; y dicho origen crea así un concepto de acción. No el suceder externo, no el hacer y dejar hacer exteriores fundamentan la esencia propia del concepto de acción. Dicha esencia consiste más bien en el hecho de que aquel hacer y dejar hacer son uno y otro conductas enderezadas a una meta, a un fin y como tales “animadas, impulsadas por la voluntad”, sin embargo Mezger se negó a recargar a la acción con contenidos cuyo análisis pertenecían a otro elemento del delito y estableció que la conducta tiene que permanecer con un contenido puramente causal.⁴³

Para cerrar este orden de ideas, el aspecto metodológico bajo el criterio finalista, parte de que el método determina el objeto, este objeto se concibe únicamente en el sentido objetivo, ya que el conocimiento no depende de un punto de vista particular, puesto que las categorías a priori

⁴³ Mir Puig, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 2ª edición, editorial Montevideo, Buenos Aires, Argentina 2003, p. 228.

no son subjetivas en el sentido de que pueden variar en cada hombre, sino objetivas para toda la mente inteligente.

Es importante establecer la concepción de dolo y culpa para el finalismo. Comenzando con el dolo, Welzel lo define como la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito, y para Francisco Muñoz Conde “es la finalidad misma referida a los elementos objetivos del tipo”⁴⁴, por lo que el autor del delito doloso únicamente puede ser aquel que tenga pleno dominio final sobre su hecho y no sólo por haber puesto una causa en la realización del resultado.

Es importante hacer notar que el dolo al que se refiere el finalismo, es un dolo neutro, ya que falta ver si la conducta está amparada en una causa de justificación, debido a que el análisis sistemático de la antijuridicidad es posterior al tipo y solamente basta para la verificación de este, el conocimiento y voluntad de los hechos descritos en él, quedando fuera, por consiguiente, la conciencia de la antijuridicidad, este dolo es considerado como dolo neutro o natural y no valorativo, porque en el finalismo, el dolo se tomó como elemento natural en el tipo, mientras que el conocimiento de la antijuridicidad fue tomada como cuestión valorativa en la culpabilidad, por consiguiente, un acto puede ser típico (doloso), antijurídico (no hay causa de justificación), pero no culpable (por falta de la conciencia de la antijuridicidad).

En tanto que la culpa fue considerada por esta teoría final de acción como una finalidad potencial, como una consecuencia no querida de la conducta imprecabida, en la cual se exige, en la selección y utilización de los medios, la aplicación de una medida mínima de dirección final, para evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados, su única diferencia con un puro proceso natural, es que el hecho puede evitarse por la posible actividad finalista del autor, de esta manera, señala el maestro Díaz Aranda: “en este sentido la finalidad perseguida por el sujeto dejaba de

⁴⁴ Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, editorial Montevideo, Buenos Aires, 2003, p. 264.

ser relevante y el modo de ejecución de la conducta pasaba a constituir el núcleo sobre el que descansaba lo disvalioso de la acción que no se había realizado como lo haría un hombre inteligente y prudente en la situación del autor” .⁴⁵

Por lo que la culpa no es imputable ya por el fin que quiere el autor, sino porque no cuidó la debida precaución, esta valoración, provocó que Welzel se apartara de su teoría final de acción, como base de todo sistema, ya que si la finalidad está ausente en la culpa, no permite fundamentar la culpa bajo la teoría finalista, por resultar insuficiente para explicarla, además señala el maestro Muñoz Conde, con respecto a dicha valoración, “la constatación de si se ha observado el cuidado necesario en el tráfico sólo puede llevarse a cabo tras una valoración del proceso ocurrido, en el plano axiológico y no sólo en el ontológico”⁴⁶.

Con la concepción final de dolo y culpa, el tipo en el finalismo, pasó a estar conformado por elementos objetivos (acción, relación causal y resultado) y por un aspecto subjetivo (relación psicológica del autor sobre su conducta y el resultado perseguido, lo que se determina como dolo, y la consecuencia no querida de la conducta imprecabida, lo que se determina a su vez como culpa).

En el tipo objetivo, el finalismo asimiló los postulados del causalismo, que se componen por los elementos objetivos del acto, consistentes en: la acción, lesión al bien jurídico, medios y formas de ejecución, modalidades de la acción (tiempo y lugar) y los elementos objetivos del autor; mientras que el tipo subjetivo se vio comprendido por el dolo como momento de dominio final sobre el acto de realizar los resultados socialmente no deseados, y por tanto descritos en un tipo penal; y por la culpa, como una finalidad potencial, por lo que es prudente manifestar que la tipicidad no se agota en la causalidad, puesto que tiene que recoger el sentido que proviene de la dirección que le

⁴⁵ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 57.

⁴⁶ Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, editorial Montevideo, Buenos Aires, 2003, p. 266.

da a la acción el sujeto, por lo que el dolo y la culpa tiene que ser cuestiones tratadas en la tipicidad.

Para el concepto psicológico, la culpabilidad está en la cabeza del autor, para el finalismo esto es tajantemente falso, pues al sustentar con su teoría final de acción, el concepto simplemente normativo, señala que la culpabilidad está en las cabezas de quienes juzgan, y que el aspecto psicológico, entendido como dolo y culpa, es llevado de ser elemento de la culpabilidad a estar unido a la acción como finalidad, de esta manera, la culpabilidad despojada ya de el elemento subjetivo, retiene exclusivamente el elemento normativo, como reproche de la culpabilidad, que consiste únicamente en la valoración de la conducta del autor del injusto.

Por consiguiente, al despojar a la culpabilidad del aspecto subjetivo, trasladándolo a la acción, implica la formulación de un concepto de culpabilidad desprovisto de este, en conclusión, el concepto simplemente normativo, solamente es la valoración del reproche de la voluntad final de actuar, lo que se reafirma en palabras de Jakobs, que señala, con respecto al objeto valorado de la culpabilidad: “considerando al dolo y la imprudencia como los objetos de una valoración, frente a lo cual en la culpabilidad importa la valoración de tales objetos”.⁴⁷

Así, si la culpabilidad no es un tipo psíquico, sino el juicio de valor sobre un tipo psíquico, dicho reproche se hace con todos los elementos de valoración existentes, como son: imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta.

Es oportuno agregar, que la culpabilidad en el finalismo, es la valoración del tipo subjetivo, ya que la valoración del tipo objetivo le corresponde a la antijuridicidad, esta discrepancia entre valoración subjetiva del acto hecho por el autor y la valoración objetiva hecha por la comunidad,

⁴⁷ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, libro II* *Cáp. III*, trs Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid España, 1997, p. 572.

constituye el fundamento del reproche de la culpabilidad, tal como lo señala el maestro Jiménez de Asúa, “la reprochabilidad y sus elementos (el intelectual: cognoscibilidad de la realización del tipo y de la antijuridicidad, y el voluntario: la exigibilidad en los delitos culposos y en los dolosos)”⁴⁸

Por consiguiente, el objeto de la valoración en la culpabilidad (tipo subjetivo), es por un lado el conocimiento del tipo y por el otro el conocimiento de la ilicitud, tomando en cuenta que este último, radica en el conocimiento de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad.

Esta conciencia de la antijuridicidad es tomada por el finalismo como la apreciación de un todo único formado de lo externo e interno, producto del comportamiento humano, por lo que con fundamento en esta conciencia de la antijuridicidad y junto con los demás elementos de la culpabilidad hacen posible su misión, consistente en valorar, si es o no reprochable un acto a su autor.

En la culpabilidad, quedando fuera el propio juicio del autor sobre su hecho y como juicio normativo puro, se observan dos tipos de relación, por un lado la acción del autor no es la exigida por el derecho y por otro, el autor pudo comportarse conforme a lo dispuesto por la norma, a lo que Welzel es acertado al señalar: “objeto del juicio de reproche de la culpabilidad es la resolución de la voluntad antijurídica; ésta le es reprochada al autor en la medida en que podía tener conciencia de la antijuridicidad de su acción y en que dicha conciencia podía convertirse en un contramotivo determinante del sentido”.⁴⁹

De esta manera, el juicio que únicamente le interesaba al finalismo para llevarse a cabo en la culpabilidad, era el de si existe un proceso de motivación defectuosa del autor que consiste en resolver si al autor se le puede reprochar el no haber actuado conforme lo establecido por el derecho,

⁴⁸ Jiménez de Asúa, Luís, *Teoría del Delito*, editorial jurídica universitaria, México, 2002, p. 333.

⁴⁹ Welzel Hans, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, tr Juan Bustos Ramírez, Ed. Jurídica de Chile, p. 60.

cabe hacer mención, que tal juicio logró la armonía con el juicio de antijuridicidad precedente al de la culpabilidad, por ser los dos valorativos.

Sin embargo, el finalismo, además del aspecto subjetivo (dolo y culpa), señala como objeto de reproche de la culpabilidad a la totalidad de la acción como la decisión de valores de la voluntad a favor de lo injusto, tal como lo señala Welzel:

*En el sentido global, la totalidad de la acción es naturalmente el objeto de reproche de la culpabilidad. No es válido sólo para el reproche de la culpabilidad del proceso penal, sino también para el derecho penal material. Toda culpabilidad de voluntad es en derecho penal al mismo tiempo culpabilidad de hecho. El hecho en su totalidad hace culpable a la persona y también los más objetivos elementos de su culpabilidad: de la culpabilidad no están ubicados más lejos que los elementos subjetivos.*⁵⁰

Por consiguiente, el específico elemento de la culpabilidad está más bien en la determinación del sentido de valor emocional, sobre la cual descansa la decisión y su ejecución, y no en el sentido de la decisión de la acción y de la conciente finalidad dirigida hacia la realización de esta decisión (dolo) que se encuentra en toda acción final, incluso en la de los inimputables.

Este sentido de valor emocional se determina tal como lo señala Welzel por: “las decisiones de acciones culpables que son caracterizados por una activa comprensión de sentido que toma parte en su formación”.⁵¹

Esta comprensión de sentido a la que se refiere Welzel, es la riqueza interior del ser humano, proveniente de los momentos originados en el inconsciente, sin el cual no llegaríamos a ninguna acción por falta de

⁵⁰ Welzel Hans, *Estudios sobre Derecho Penal*, tr Juan Bustos Ramírez, Tercera edición castellana y doceava edición alemana, Ed. Jurídica de Chile, p. 70.

⁵¹ *Ibidem* p. 71.

estimulo, en otras palabras, la comprensión de sentido se refiere a los motivos con significado, basados en el sentido y en el valor de las particulares aspiraciones y el simple mecanismo del instinto, debido a que el yo se ve expuesto por los diferentes orígenes impulsivos de prever, juzgar y valorar la totalidad de la vida que tiene ante sí, por lo que de esta manera, se observa que el objeto del reproche de la culpabilidad va más allá que la simple valoración del tipo subjetivo.

En síntesis, la culpabilidad, según la doctrina finalista, no contiene elementos psicológicos, como el dolo y la culpa, ya que éstos son elementos del tipo penal, aquélla sólo es un juicio de valor del hecho típico y antijurídico en relación al autor, lo que se corrobora con lo dicho por Garrido Mont: “la conducta típica y antijurídica queda constituida por el conjunto de particularidades que hacen que la acción aparezca como indebida normativa, mientras que la culpabilidad es el conjunto de características que la hacen reprochable” .⁵²

De esta manera, lo que representó para algunos autores contrarios al finalismo, el vaciamiento de la culpabilidad, no se verificó, ya que en ésta, aún se encontraron los siguientes elementos: la imputabilidad; la conciencia de la antijuridicidad y la falta de excluyentes de la culpabilidad, como ya se ha hecho mención.

Se ha visto que el finalismo, principalmente en Alemania y como teoría sistemática, fue la doctrina dominante de su época, aunque en realidad, únicamente logró mejorar a su antecesora, tal como lo señala el maestro Bustos Ramírez: “el finalismo, si bien logra en gran medida superar las contradicciones existentes en la dogmática tradicional, no logra ir más allá y es sólo su perfeccionamiento” .⁵³

⁵² Garrido Mont, Mario, *Derecho Penal, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2001, p. 203

⁵³ Bustos Ramírez, *introducción al Derecho Penal*, 2ª edición, editorial Temis, Bogota Colombia, 1994, p. 169.

De cualquier forma la teoría finalista, resultó ser muy importante, pues además de lograr representar una renovación en la dogmática en sus bases filosóficas y reestructurar el sistema penal, no dejó un sólo tema sin afectar.

Por citar algunos ejemplos de esta importancia: el finalismo contribuyó en materia de error y de actos imperfectos, además de llevar a una subjetivización de la antijuridicidad y a acentuar el aspecto personal y ético del desvalor de la acción contrario al desvalor por el resultado, a continuación analizare algunos otros logros adjudicados a esta teoría.

Uno de los grandes aciertos que logró el finalismo sobre el causalismo clásico y neoclásico, fue el tema de la tentativa, pues estableció que si un sujeto actuando dolosamente no llegaba hasta donde quería, a pesar de no actualizarse el resultado pretendido, aún así se estaba en presencia de la voluntad de llegar del mismo, además bajo el finalismo se podía desde el tipo configurar los delitos desde la fórmula de tentativa y no esperar para su estudio en la culpabilidad.

De manera conjunta, el finalismo fue una corriente muy criticada y polémica en materia de omisión, error, participación y culpabilidad, pero de entre estas, destacan por su importancia algunas objeciones que se hicieron a dicha doctrina, las cuales se establecen a continuación:

Una crítica que es importante destacar, es el problema al que se enfrentó el finalismo al sustentar la existencia de la finalidad en la culpa, pues si en las conductas culposas el sujeto activo nunca tiene la finalidad del resultado, menos aún en la culpa inconsciente en donde ni siquiera dicho sujeto había previsto que su conducta llegara a producir un resultado típico, por lo tanto, se aprecia que la acción culposa no es final, por no existir voluntariedad de acción final, debido a que los resultados son originados por un mero proceso causal ciego, cuyo factor desencadenante es ciertamente una acción voluntaria, pero no una acción final dirigida a la consecución de fines.

Sin embargo, a raíz de lo anterior, Welzel trata de defender una vez más su teoría con la existencia de una finalidad potencial, en la cual señala que lo importante en los delitos culposos no es la acción final, sino la posible acción finalista que no se realiza conforme a lo establecido por la norma jurídica.

Dicho autor, fracasa una vez más, porque tal argumento es casi igual a un juicio jurídico que reprocha una conducta contraria a derecho, lo que no es otra cosa que culpabilidad normativa, llevando a anticipar la valoración de la culpabilidad en esta finalidad potencial, tal como lo establece el maestro Díaz Aranda: “el reproche a título de culpa no surge aquí de la acción, sino del juicio de culpabilidad(...) pues la inserción potencial de la finalidad en la acción culposa tiene que ser fundamentada desde la esfera del deber; por consiguiente, desde la esfera de lo esencial (no de lo existencial)”.⁵⁴

Además, si se considera que toda previsibilidad aún la objetiva lleva inmersa un juicio valorativo, la relación entre la acción finalista y el resultado, en los delitos imprudentes, no puede ser establecida, mediante el concepto de acción, sino exclusivamente en la esfera valorativa y concretamente en los tipos de lo injusto.

Lo anterior arroja la existencia problemática de un doble concepto de acción, por un lado final, cuando existe previsión de los resultados y otra potencial cuando no hay previsión de los mismos, por lo tanto, en los delitos imprudentes, el resultado causado queda fuera de la acción finalista, pues es una consecuencia producida en forma puramente causal.

Otra crítica a lo establecido por el finalismo, se hizo con respecto a que si la culpabilidad, al contar exclusivamente con el elemento normativo, está en las cabezas de quienes juzgan y que si dicha culpabilidad consiste únicamente en el reproche como valoración de la conducta del autor del

⁵⁴ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 67.

injusto, lo que hace pensar que el autor no descubierto y no juzgado en su conducta no carga con culpabilidad.

De tal manera, hay quien piensa que la culpabilidad no se encuentra en la mente de nadie, porque aquélla es independiente de cualquier juicio acerca de ella, pues dicho juicio de culpabilidad, únicamente presupone a ésta, no se identifica con ella, de la misma manera en que el injusto no es injusto porque alguien lo juzgue como tal, sino porque surge de un campo antijurídico. Así, la culpabilidad es independiente del hecho psíquico de la realización del juicio.

Por lo tanto, no se debe confundir culpabilidad, con el juicio de la misma, pues este es una apreciación de la conducta del autor y no la misma conducta, a lo que Bauman es acertado en señalar que: “la culpabilidad no es un juicio de la culpabilidad, es algo existencial que está en el autor, por lo menos una propiedad de la conducta del autor, algo que también debe hallarse en la cabeza o en el corazón del autor”.⁵⁵

Por ende, el conocimiento del injusto por parte del autor, como motivo por el cual se le reprocha a este el dolo antijurídico, según los opositores del finalismo, no es elemento del dolo sino de la reprochabilidad. De esta manera, la doctrina final no alcanza a ubicar la conciencia virtual de la antijuridicidad o conocimiento del injusto, ya que si todo el injusto pertenece al tipo de la culpabilidad y si el injusto en su totalidad, es a su vez, objeto del juicio de culpabilidad, por lo tanto, se denota que desplazar un elemento del delito, desde la culpabilidad al injusto, no puede dejar vacía a aquélla, tal como lo señala Jakobs: “la pertenencia de dolo e imprudencia al injusto no le quita nada, pues el concepto de culpabilidad, a lo sumo, se puede insistir en

⁵⁵ Bauman, Jürgen, Derecho Penal, *Conceptos fundamentales y Sistema, (introducción a la Sistemática sobre la Base de Casos)*, tr Conrado A. Finzi, reimpresión, editorial Depalma, Buenos Aires, 1981 p. 210.

llamar culpabilidad no sólo a la valorabilidad, sino también a lo que ha de valorarse, sin que se unifiquen estos aspectos distintos”⁵⁶.

Otra crítica al finalismo que resulta importante establecer, aún más, por referirse al tema central de este trabajo, es pues, el establecimiento de las fronteras entre culpa y el dolo, lo que evidencia la presencia de los delitos calificados por el resultado, ya que el finalismo no alcanzó a distinguir claramente el punto en que la culpa deja de ser dolo y viceversa, dicha doctrina finalista sustentaba que si alguien actuaba bajo la observancia de las consecuencias necesarias o incluso reconocidas solamente como posibles, entonces tales consecuencias no son causadas ciegamente sino que pertenecen a la supradeterminación de sentido, aunque no sean perseguidos por el sujeto, lo que causó contradicción, ya que esto se verificaba también en la culpa consiente. De esta manera, para el finalismo, el dolo y la culpa conciente van juntos en la acción, para luego separarse en la culpabilidad.

Así, la doctrina de la acción final entra en conflicto con las graduaciones de la culpabilidad predeterminadas por el legislador, si bien, para la teoría normativa, el dolo y la culpa son formas o peldaños de la culpabilidad, al permanecer en armonía con la graduación de las sanciones penales, sucede lo opuesto con la teoría final, que tropieza con estructurar a priori la posición subjetiva respecto al resultado, lo que representa, según establecen sus opositores, una vuelta al psicologismo, de lo cual el insigne Welzel afirma:

Tanto el resultado final como los resultados necesarios y los accesorios al momento de ser previstos por el autor y aceptarlos para conseguir su fin se consideran como abarcados por su intención final y por tanto su comisión es dolosa. Por lo contrario, cuando el autor desecha la producción de los resultados accesorios y sin embargo,

⁵⁶ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, libro II* *Cáp. III*, trs Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid España, 1997, p. 574

*estos se verifican, estos no han sido queridos por el autor, no ha contado con ellos y sólo se le puede imputar la comisión de un delito culposo.*⁵⁷

Pero para sus opositores, entre los que destacan English y Mezger, esto no sucede así, ya que en la acción se comprende más bien las consecuencias adecuadas, aunque no sean perseguidas por el autor, siempre que tenga su origen en un acto de voluntad.

Las anteriores críticas, permiten apreciar al finalismo como una teoría exclusivamente del dolo, debido a que la distinción entre dolo y culpa no es exclusivamente cuantitativa, sino cualitativa y fundamental, Por lo que se debe dejar el concepto tal y como está, pero tratando de dar correctivos, pues en caso contrario, se descargaría a los delitos dolosos por aclarar los culposos, tal como lo sostiene Díaz Aranda, al proponer un sistema, que por una parte sea finalista, respecto al dolo y por otra parte causalista, por lo que respecta a la culpa:

*En efecto, mientras que el finalismo resuelve con pulcritud todas las cuestiones referidas a los delitos dolosos y centra en ellos su atención, en contrapartida, el tratamiento de los delitos culposos enfrenta los problemas expuestos y su tratamiento es eludido en lo posible (...) por ello Rodríguez Muñoz propuso la creación de un sistema dualista de acción.*⁵⁸

A manera de enlace con el siguiente tema, es menester hacer mención de que en un posterior momento y principalmente en Alemania, tanto naturalistas como finalistas, enfocaron más su atención a las cuestiones valorativas que a las simplemente sistemáticas, ya que para ellos, fue más importante atender a las consecuencias del delito que al análisis de este, por lo que se debía remplazar las exageraciones en el

⁵⁷ Welzel Hans, *el Nuevo Sistema del Derecho Penal*, tr Juan Bustos Ramírez, Ed. Jurídica de Chile, pp. 27 y 69.

⁵⁸ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 71.

sistema del delito y sustituirlo por un sistema teleológico, por lo tanto, la configuración del delito deja de ser el real interés social, a partir de este momento lo que realmente interesa a la sociedad es la violación ética de los valores del espíritu de la conciencia.

3. Teoría funcionalista.

Darwin dio inicio al movimiento funcionalista al señalar que la evolución de las especies radica en la mayor o menor atrofia en sus funciones, lo que varía su estructura, por lo tanto, estructura y función son fenómenos indisolubles entre sí, ya que por un lado la estructura da origen a la función, pues aquella requiere de organismos, instituciones, individuos, etc., que la hagan funcionar, pero por otro lado, la función determina la eficacia o ineficacia de una estructura, llegándola a atrofiar.

Las ciencias sociales al recoger estos postulados sobre la estructura y función social, dan cabida a que el funcionalismo, al partir del terreno de la sociología, le dé importancia al estudio del papel de las funciones sociales orientadas a la conservación de la estructura social y busque la integración de los componentes de los fenómenos sociales (individuos, grupos, instituciones sociales etc.), por considerarlos como un todo. Tal argumento es acorde con lo señalado por Muñoz Conde: “(...) la búsqueda de la verdad, como totalidad y no como un saber parcial ajeno a las otras esferas del saber”.⁵⁹

El funcionalismo señala que para la integración de los componentes de los fenómenos sociales se debe crear un sistema abierto a las necesidades y fines sociales que debe de ir surgiendo de la solución de los problemas, de tal forma que debe ser un sistema eficaz, funcional y susceptible de modificarse, lo que se corrobora con lo aseverado por el maestro Muñoz Conde:

⁵⁹ Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, editorial Montevideo, Buenos Aires, p. 279 y 280.

En definitiva, tiene razón Roxin en patrocinar esta unión entre el pensamiento problemático y el sistémico, porque todas las categorías jurídicas y, por supuesto, las jurídico-penales también por muy abstractas que sean, han surgido en algún momento histórico para solucionar determinados problemas, problemas que, en última instancia, son problemas políticos; y sólo teniendo en cuenta que las categorías jurídicas son, al mismo tiempo, categorías políticas, puede conseguirse esa síntesis dialéctica entre el problema y el sistema⁶⁰.

Aunque tal como se verá más adelante, hay quienes son más drásticos, al opinar que la solución de los problemas de hecho ha de ser siempre lo trascendente, mientras que los debates sistémicos deben ser relegados.

La referencia sociológica en el derecho, se hace presente cuando este, como un reflejo de la estructura social, la regula observando las necesidades de su funcionamiento, y estableciendo las acciones que le serán atribuidas, así, las normas jurídicas son expresión formal de comportamientos sociales en el plano del deber ser, en otras palabras, la sociología como ciencia del ser y la dogmática jurídico penal como mundo del deber ser, al mezclarse dan origen a una ciencia social, por lo que el derecho, sin apartarse del mundo de las normas, las debe concebir como formalización de procesos sociales.

La criminología a su vez recoge estas concepciones sobre funciones sociales, al distinguir entre sociología criminal y sociológica jurídico-penal, tal como lo señala Orellana Wiarco:

La sociología criminal estudia el comportamiento desviado con significación penal, su génesis y su función dentro de la estructura dada. La sociología jurídico-penal, en cambio, estudia propiamente los comportamientos que representan una reacción ante el

⁶⁰ Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Ibidem p. 276.

*comportamiento desviado, los factores condicionantes y los efectos de esta reacción, así como las implicaciones funcionales de la misma respecto de la estructura social global.*⁶¹

Se puede apreciar de lo anterior una interrelación entre la ciencia jurídico-penal y la criminología, sin embargo, hay quienes son de la opinión que a pesar de esta interdependencia, hay un cierto distanciamiento entre ellas, pues la criminología ha avanzado mucho en comparación del letargo de la ciencia jurídica, por ejemplo la teoría del etiquetamiento (labelling approach), que consiste en confirmar la identidad de desviado del condenado, en lugar de su supuesta resocialización al aplicarle penas privativas de libertad.

De esta manera, la relación del derecho penal con la criminología es esencial, pues ésta debe contribuir a la solución de problemas dogmáticos como lo señala Mir Puig: “Durante demasiado tiempo se ha detenido la ciencia del derecho en problemas dogmáticos con frecuencia infructuosos e incluso en sutilezas, en lugar de dejarse guiar por las tendencias a la política criminal, sobre la segura base de la investigación criminológica.”⁶²

Otro ejemplo de la interdependencia que guardan las ciencias no jurídicas con el derecho, está presente en la importancia del pensamiento abstracto como resultado de la aplicación del finalismo de su método deductivo axiomático (a partir de datos ontológicos), originado por la referencia psicológica, que también, ha influenciado en la culpabilidad, al negar la posibilidad del libre albedrío.

Además, de las anteriores relaciones entre las ciencias no jurídicas y el derecho, también aquéllas son consideradas, al igual que éste, como ciencias del espíritu, ya que tales ciencias son, tanto fenómenos naturales

⁶¹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal Parte General*, editorial Porrúa, edición México, 1999, p. 358.

⁶² Mir Puig, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 2ª edición, editorial Montevideo, Buenos Aires, Argentina 2003, p. 274.

como espirituales, al participar al mismo tiempo en el mundo de la cultura y de lo natural.

Así, la aproximación de la realidad al derecho penal se da por la relación producida entre las ciencias no jurídicas y el derecho, este utiliza los conocimientos previos que arrojan aquéllas, para la elaboración dogmática de conceptos jurídico-penales o inclusive para sustentar los conceptos básicos del derecho penal, tales como el principio de culpabilidad.

En un mismo sentido, la preocupación del derecho, en base a la política criminal, radica en corroborar si aquel cumple con los cometidos que está llamado a cumplir en la vida social, a lo que Mir Puig es acertado en señalar que:

La nueva defensa social, es sólo una corriente, en cuanto persigue adecuar la regulación jurídico-penal a las necesidades político-criminales mostradas por la ciencia, más que a prejuicios metafísicos, puede inscribirse en la tendencia de aproximación a la realidad. Pero no se aparta de los conceptos centrales del derecho penal, la pena y la culpabilidad, aunque los conciba en sentido reformista⁶³.

Cabe establecer que la nueva defensa social, difiere de aquélla corriente extremista que propone suprimir la culpabilidad, pero a su vez, propone regresar a un derecho científicamente y no metafísicamente fundado.

En consecuencia, para el sistema funcionalista representó un error el hecho, de que tanto finalistas como causalistas consideraran que el derecho tiene un valor absoluto y no relativo, pues estos enfocaron su debate en lo sistémico y estructural, desembocando en una exagerada atención a la dogmática y en contrapartida el descuido de otras disciplinas como la política

⁶³ Mir Puig, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 2ª edición, editorial Montevideo, Buenos Aires, Argentina 2003, p. 263.

criminal, aún a pesar de que ésta, representa la conexión entre el derecho penal y la teoría criminológica.

El funcionalismo pone énfasis en esta problemática, al proponer un estudio dogmático del delito pero que estuviera estrechamente relacionado a la política criminal, a fin de que la función de la pena y del derecho penal permitan consolidar la estructura social bajo una visión totalizadora (bases políticas y jurídicas), no susceptible a división por ser una realidad, aunque sí lo sea, el objeto de división del trabajo que recae sobre aquélla, por lo que solamente el estudio totalizador de la realidad permite conseguir la perspectiva crítica necesaria de dicha problemática.

Por tal motivo, la teoría funcionalista establece que para que la ciencia del derecho penal sea totalizadora el delito debe ser abordado tanto desde las bases jurídicas (ordenamiento jurídico, los fines de ese ordenamiento, los principios jurídicos rectores constitucionales), como desde las bases político-sociales que sitúan al jurista en el ámbito extra-jurídico (concepciones morales y políticas; la sociología y psicología), de esta manera, la ciencia del derecho penal debe convertir los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales, para después convertirlas en normas jurídicas, a través de un proceso en el que todos estos componentes sean igualmente importantes y necesarios, lo que lleve a establecer lo que es socialmente justo.

Como ya ha quedado asentado, la dogmática penal (causalismo y finalismo), se olvidó de los protagonistas del drama penal, la víctima, el delincuente y la sociedad, dándole más importancia a la sistemática y a la estructura del delito, por lo que el funcionalismo trata de destacar la presencia de aquellos al avanzar y profundizar en la política criminal y concretamente en la función de la pena, puesto que no se puede pensar en una teoría del delito, que no tenga consecuencias jurídicas, a su vez orientadas en criterios de la política criminal, por lo que el maestro Terragni señala que: “la pena haya su razón de ser en la necesidad de asegurar la

normal convivencia social, que no sería posible si no existiera el respeto recíproco de los derechos” .⁶⁴

Por consiguiente, si no existe respeto por parte de los individuos, se daña este respeto recíproco, originando una conducta discordante con el derecho y por ende con la sociedad.

Sin embargo, la teoría funcionalista tiene coincidencias sistémicas con su antecesora finalista, una de ellas está presente en la concepción de acción típica, (el aspecto subjetivo en el tipo), pues aquella acepta la existencia de una acción típica dolosa o culposa.

En otras palabras, la teoría funcionalista rechaza el concepto final de acción pero deja la posición del dolo y la culpa en el tipo, aunque con distinta fundamentación, ya que para aquella, el concepto de acción es una manifestación de la voluntad materializada en una conducta que contraviene a una expectativa social, teniendo naturaleza normativa pero delimitada por la realidad de la vida social (a esta naturaleza normativa me referiré un poco más adelante).

El funcionalismo también coincide con el finalismo en el rechazo de la división entre lo subjetivo y objetivo (teoría causalista), al aceptar que la acción u omisión, tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad se apoyan tanto de elementos objetivos como subjetivos.

En contrapartida, también existen desavenencias entre funcionalismo y finalismo, en cuanto a la forma de entender la teoría del delito y específicamente en cuanto a la culpabilidad.

Una de estas diferencias consiste en la postura ecléctica de algunos funcionalistas, basada en la irrenunciabilidad de los elementos del delito, pero con la adición a aquellos, de la necesidad de la pena, en otras palabras

⁶⁴ Terragni, Marco Antonio, *El Delito Culposo*, editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina 1990, p. 169.

y a manera de ejemplo: un juzgador debe considerar el delito, bajo dos aspectos, por un lado, bajo la actual dogmática jurídico penal y por otro lado, desde los fines de la pena, obteniendo como resultado la coherencia entre los principios no hay pena sin culpabilidad, pero tampoco hay pena sin fin.

En otras palabras, esta postura ecléctica consiste en tratar de conciliar las cuestiones que parecen más verosímiles e interdependientes entre sí, de tal suerte que dicha teoría no sólo ve la importancia que tiene la dogmática jurídico penal (encargada de establecer los preceptos positivos en que la sociedad afronta el fenómeno criminal); sino también le da importancia a la política criminal (arte y ciencia que posibilita la mejor estructura de estas reglas legales positivas y dar las correspondientes líneas de orientación); y a la criminología (encargada de estudiar el fenómeno criminal bajo todos sus aspectos). Debiendo hacer hincapié que estas tres disciplinas serán los pilares sobre los que descansa la justicia social.

En virtud de corroborar lo anterior, Von Liszt propuso que la dogmática jurídico penal sea el límite de la política criminal, basada en el estudio empírico del delito y la pena, lo que fue negado por la vía media propuesta por Roxin, consistente en la unión de política criminal y sistema del derecho penal, lo que llevó a el enriquecimiento del método dogmático y a la claridad del sistema.

De lo anterior, el maestro Mir Puig agrega que:

Comparando la concepción de Von Liszt con la de Roxin podría decirse que, mientras el primero considera a la política criminal límite externo de la dogmática, el segundo adelanta su función al límite interno de ésta. Sobre esta base Roxin confiere específico significado político-criminal a cada una de las categorías de la teoría del delito”⁶⁵.

⁶⁵ Mir Puig, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 2ª edición, editorial Montevideo, Buenos Aires, Argentina 2003, p. 264.

De tal manera que se pretende acomodar en el sistema del derecho penal a la política criminal, dejando penetrar sus decisiones valorativas, pero sin caer en la arbitrariedad. Por consiguiente, la política criminal y el derecho penal deben sintetizarse para que no exista contrastes irreconocibles entre sí, a lo que Mir Puig asienta:

*(...) Roxin. Este autor quiere llegar más lejos: combinar la necesaria consideración de la política criminal con la seguridad jurídica que proporciona la claridad del sistema. No basta, entiende, tomar en cuenta postulados político-criminales en la aplicación de la ley. Hay que evitar que ello impida el objetivo del pensamiento sistemático: acabar con la arbitrariedad.*⁶⁶

Cabe mencionar, que si bien es cierto el funcionalismo retoma los pensamientos neokantianos y hegelianos interrumpidos en el periodo entre guerras, desarrollándolos bajo las bases de la teoría de los fines de la pena y originando el principio rector de un Estado social y democrático del derecho; también es cierto que el paso del interés por el sistema al interés por el problema, se debió en gran parte por el contacto que tuvo el derecho germano con el derecho anglosajón, especialmente con el derecho del caso, en la época en que los aliados ocuparon territorio Alemán después de la Segunda Guerra Mundial, experimentándose así el paso de lo abstracto a lo concreto.

Por lo que cada vez son más los autores, de entre ellos Roxin y Baumman por señalar algunos, quienes acuden al examen de muchos casos y ejemplos concretos, a los que les destinan un lugar propio en sus obras.

En síntesis, la tendencia actual del derecho penal y por ende de la culpabilidad, es la exagerada preocupación por el sistema y el paso de aplicar la concreción de la ley a la realidad, además de prestar especial

⁶⁶ Mir Puig, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 2ª edición, editorial Montevideo, Buenos Aires, Argentina 2003, p. 265.

atención por la política criminal y el requerimiento de ciencias metajurídicas como la psicología, sociología y en manera especial a la criminología.

De tal forma que el funcionalismo es un sistema eficazmente estructurado sobre los cimientos político-criminales de la actual teoría de los fines de la pena, originando que el derecho deje de ser un todo ordenado de conocimientos aceptados y se abra al desarrollo social y criminológico.

Al funcionalismo al igual que el finalismo, se le deben algunas innovaciones a la teoría del delito, una de ellas es la imputación al tipo objetivo, la cual ha venido a solucionar problemas tanto causalistas como finalistas y la aplicación de la culpabilidad a la categoría de responsabilidad, (cabe mencionar que esta forma de aplicación es lo que se interesa corroborar en el presente trabajo de investigación).

La teoría de la Imputación Objetiva reúne una serie de criterios normativos que excluyen a la tipicidad, los cuales permiten fundamentar porqué tal tipicidad, es algo más que una serie de elementos ontológicos y axiológicos, tal como lo estableció el finalismo, al respecto el maestro Díaz Aranda señala que: “por tanto, a diferencia de los sistemas precedentes basados en el nexo causal, el sistema funcionalista sustenta en un “nexo de imputación” la atribución de un resultado a la conducta del autor y en consecuencia, su pertenencia o subsunción en el tipo objetivo”.⁶⁷

Cabe mencionar que la teoría de la Imputación Objetiva está enfocada a los delitos de resultado, en donde el tipo requiere un resultado en el mundo externo separado en el tiempo y en el espacio de la acción del autor, situación que no se verifica en los delitos de mera actividad, porque en ellos el tipo se agota con el último acto de la acción, sin producirse un resultado que esté separado de ella.

⁶⁷ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 85 y 86

Por razones de delimitación del tema, en el presente estudio, únicamente enunciaré las reglas o principios de la Imputación Objetiva, basado en las referidas por Díaz Aranda: y señalaré algunas consideraciones de la misma relacionadas con el presente trabajo:

- A) *Creación de un riesgo no permitido.*
 - a) *Exclusión de la imputación en supuestos de disminución del riesgo.*
 - b) *Exclusión de la imputación si falta la creación de peligro.*
 - c) *Creación de peligro y causales hipotéticas.*
 - d) *Exclusión de la imputación en supuestos de riesgo permitido.*

- B) *Realización del riesgo no permitido.*
 - a) *Exclusión de la imputación por la falta de realización del peligro.*
 - b) *Exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido.*
 - c) *Exclusión de la imputación si el resultado no está cubierto por el fin de protección de la norma de cuidado.*
 - d) *Conducta alternativa conforme a derecho y teoría del incremento del riesgo.*

- C) *El alcance del tipo.*
 - a) *La cooperación de una auto puesta en peligro dolosa.*
 - b) *La puesta en peligro de un tercero aceptada por este.*⁶⁸

De entre algunas de las consideraciones de estas normas o reglas de la Imputación objetiva, está el hecho de que con el estudio de esta, se evade

⁶⁸ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 86 a 102.

tener que llegar a la antijuridicidad para excluir la responsabilidad penal de una conducta, porque desde la interpretación del tipo como captador de conductas disvaliosas, se puede excluir desde la prohibición penal.

Algunas de estas normas funcionan como criterio para excluir conductas que pese a ser las causantes de resultados, no representan previamente un peligro (a partir del análisis de peligrosidad para el bien jurídico), porque dichas conductas son normales en la vida, por ende son irrelevantes jurídico-penalmente.

Otra consideración de estas normas radica en el hecho de la exclusión de la Imputación en algunas conductas que bajo una perspectiva ex-ante, representan el riesgo de lesión de bienes jurídicos, sin embargo, dichas conductas son permitidas, por lo que el riesgo está permitido.

Otras consideraciones de Imputación Objetiva con respecto a delitos calificados por el resultado, son en primer lugar, el hecho de que cuando se lleve a cabo una conducta peligrosa para el bien jurídico tutelado, la lesión se da en otro curso causal imprevisible, aunque relacionado con el riesgo original.

En segundo lugar compete también a los delitos calificados por el resultado, los riesgos que establecen deberes que deben ser observados por el autor, si no lo hace así, se eleva el riesgo, pero si el resultado de todas maneras se hubiera realizado, a pesar de que se haya observado dichos deberes, no se puede imputar su conducta (estos y otros aspectos serán tratados más abundantemente en el capítulo final el presente trabajo).

Ahora bien, si como se ha visto, la función de la pena es fundamental para los fines y límites del derecho penal y la culpabilidad es la medida de la pena, por lo tanto, el estudio de la culpabilidad también es un aspecto central en el funcionalismo, teoría que afirma que son las consideraciones político criminales acerca del fin de la pena, lo que determina la culpabilidad, debiéndose reconsiderar su concepto.

Por ende, es afortunado para la teoría funcionalista el señalar que la culpabilidad debe basarse en la necesidad de imponer una pena, pero siempre y cuando se demuestre que en base a la política criminal, es necesaria para el equilibrio de la vida en sociedad, pero si a su vez, la pena se justifica en la culpabilidad del delincuente, resulta necesario concebir que la culpabilidad cumple dos funciones.

Una primera función que justifica la aplicación de la pena, en sentido de prevención general o de prevención especial, al respecto Garrido Mont es oportuno al establecer que:

*El papel preventivo especial de la sanción penal, al evitar que el sujeto delinca, proyectando la culpabilidad al campo de los fines de la pena, la pena pierde su naturaleza retributiva, que para Kant era su única justificación, y adquiere naturaleza utilitaria, se transforma en una amarga necesidad que debe emplearse con mucha ponderación por el Estado y por los tribunales, no en forma arbitraria o exagerada, pues sobrepasados ciertos límites, se hace inefectiva.*⁶⁹

Y la otra función de la culpabilidad es ser el límite hacia arriba en el momento de la individualización de la pena, pues a nadie se le puede imponer una pena más allá del límite de su culpabilidad, con respecto a la culpabilidad como límite superior de la pena, el maestro Terragni es acertado en establecer: “la magnitud de la sanción a aplicar tiene que tener en cuenta los factores personales que hacen más o menos reprochable la acción”.⁷⁰

Cabe agregar que antes del funcionalismo, la culpabilidad era la medición de la pena hacia arriba como el monto máximo de merecimiento de la pena y hacia abajo el mínimo a imponer, por lo que si había culpabilidad se debía de imponer una pena, aunque mínima, pero con el surgimiento de

⁶⁹ Garrido Mont, Mario, *Derecho Penal, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2001, p. 205.

⁷⁰ Terragni, Marco Antonio, *El Delito Culposo*, editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina 1990, p. 169.

la teoría funcionalista, aquélla, ya no es límite hacia abajo, por lo que se puede presentar una conducta típica, antijurídica y culpable pero no punible cuando los fines de la pena así lo indican, bien por ser una conducta irrelevante socialmente, o bien por no ser necesaria su sanción como prevención para el resto de la sociedad.

Así, si bien es cierto que el fin del derecho penal en un Estado Social y Democrático, es prevenir la lesión grave a los bienes jurídicos fundamentales por conductas delictivas, también es cierto que no todas estas deben prevenirse penalmente, por existir otro tipo de sanciones más acordes, con ellas, como las civiles y las administrativas, concordando así, con el principio de intervención mínima o de última ratio del Estado, por lo tanto, para el funcionalismo no es la aplicación de sanciones excesivas lo que anima al delincuente a no delinquir, sino que la norma penal y su sanción se apliquen efectivamente, en otras palabras, es la idea de “quien la hace la paga” lo que lo determina, el no delinquir.

De esta manera, Roxin propone que se considere un doble precepto de culpabilidad, uno para la función que justifica la aplicación de la pena bajo el término de responsabilidad (cuyo fundamento es la idea de pertenencia a la sociedad buscando reforzar el derecho con la confianza hacia el Estado y no basado en la protección de lo malo que le pase a sus habitantes); mientras se debe conservar otro precepto bajo el término culpabilidad, para la función de ser el límite de la pena. Así la culpabilidad no fundamentará la pena por sí sola, pues requiere de la presencia de ambos preceptos inmersos dentro del término responsabilidad, por un lado la culpabilidad y por el otro la necesidad de la pena.

De tal manera que la culpabilidad es responsabilidad, ya que si la teoría del injusto, (establece cuales hechos son objeto de prohibiciones penales), la responsabilidad establece bajo qué presupuestos el autor es penalmente responsable por un injusto cometido por él, mereciéndose una pena.

El maestro Roxin, señala que: “el contenido de la culpabilidad se determina, por el reproche en su aspecto normativo o formal”⁷¹, pero para determinar a aquel, es necesario el contenido material que se traduce principalmente en los presupuestos siguientes:

- a) culpabilidad como poder actuar de otra manera.

Como se denota ya, la culpabilidad es igual a reprochabilidad, tal como lo señala Roxin: “(...).El fundamento interno del reproche de culpabilidad reside en que el sujeto está basado en una autodeterminación ética, libre y responsable y por eso está capacitado para decidirse por el derecho y contra el injusto”.⁷²

Sin embargo, dicho autor considera que esta concepción no es sostenible porque se basa en la premisa indemostrable del libre albedrío, ya que esta determinación no es empíricamente demostrable, ni científicamente verificable al momento del hecho, pues es una libertad de actuar imaginable teóricamente, por consiguiente, el actuar libremente es un dato empírico no comprobable, por lo cual, en todos los casos el actor de un delito alcanzaría absolución por el principio in dubio pro reo.

Es el libre albedrío lo que constituye la principal crítica de los funcionalistas para con el normativismo, para aquellos, es erróneo fundamentar la responsabilidad de un individuo en dicha figura, pues es imposible demostrar en el caso concreto, la libre autodeterminación de los individuos o garantizar aquello por lo que el hombre es determinado

Hay quienes en relación a la libre voluntad salen a la defensa del normativismo, como el maestro Zaffaroni al sostener que:

⁷¹ Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito, Elementos en Base a la Política Criminal*, tr Enrique Bacigalupo, editorial PPU, Barcelona, 1992, p. 115

⁷² Ibidem p. 122.

*La libre voluntad no sería una realidad sino un principio jurídico regulativo, algo así como una ficción... la constitución y el derecho en general, al considerar al humano como libre y responsable no tomarían partido en la cuestión antropológica, sino que se limitarían a consagrar un principio regulativo o ficción necesaria. Por ende, las intervenciones punitivas en caso de injusto sólo se justificarían político criminalmente, o sea, en función de una simple necesidad preventiva, donde la medida de la culpabilidad sólo serviría como límite, por lo que no sería necesario que la pena alcance siempre ese límite.*⁷³

El funcionalismo discrepa, al señalar que si la libertad al ser un límite ficticio creado por el derecho, en forma de principio regulativo, es una figura auto sostenida (pues no abarca una realidad y carece de otro contenido fuera de ella misma), así el reproche basado en el libre albedrío carece de sustento real, debido a lo cual, el maestro Roxin señala: “no es posible apoyar un reproche ético contra una persona individual en capacidades que quizás tenga otra persona, porque le faltan justamente en el autor”.⁷⁴

Por otro lado, otros defensores del normativismo, señalan que la culpabilidad sustentada en el haber actuado de otro modo se consigue por el poder otorgado experiencialmente al hombre medio, al determinar su voluntad, lo que es causa de una nueva desavenencia de los funcionalistas, tal como lo señala Cerezo Mlr:

La capacidad de decisión o voluntad media no es susceptible tampoco de comprobación empírica. Se trataría necesariamente de un criterio normativo, en cuya concreción influirían, sin duda las exigencias de la prevención general y de la prevención especial, lo cual podría afectar a la función de la culpabilidad como límite de la prevención. Por otra parte, el criterio es sumamente insatisfactorio, pues lo decisivo es

⁷³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal parte general*, editorial Porrúa, Buenos Aires, 2001, p. 637

⁷⁴ Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito, Elementos en Base a la Política Criminal*, tr Enrique Bacigalupo, editorial PPU, Barcelona, 1992, p. 124

*saber si el delincuente pudo obrar de otro modo en la situación en que se hallaba.*⁷⁵

En cambio la idea finalista que sostiene que culpabilidad es igual a reproche y que este es producto del grado de exigibilidad normativa, es un criterio que sí tiene un contenido real graduable, pero sin embargo aquélla, al igual que el causalismo, fundamentan la culpabilidad de un individuo, en el actuar de otro modo, o aún más, en el poder obrar en el sentido de la ley, basándose en que aquel, puede elegir de entre diversos sentidos de actuar, por lo que esta libertad de elección se apoya también en el libre albedrío.

Así, el funcionalismo niega que la cadena conceptual libre albedrío, reproche, retribución, como contenidos de la culpabilidad, sean capaces de edificar un puente entre el injusto y la pena, siendo las necesidades sociales derivadas de los fines de la pena, lo que en realidad lo que levanta dicho puente.

Sin embargo, algunos autores funcionalistas aseveran que la culpabilidad con base ficcional debe seguir operando como un límite a ese puente de naturaleza preventiva, pues aquélla es edificada por el derecho a la medida de un objetivo político, debiéndose computar la necesidad preventiva de la pena sobre la base de criterios teleológicos de raíz político criminal.

Por ende, la culpabilidad funcional recibe su contenido de la idea del fin, interpretándola como previsión general, lo que coincide con lo establecido por el maestro Zaffaroni: “la afirmación de Jakobs, según la cual la culpabilidad es un derivado de la prevención, no se modifica con la aclaración de que prevención general positiva significa, más bien, tomar en

⁷⁵ Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal Español, Tomo I*, 5ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 423.

cuenta las exigencias de autoestabilización de los conciudadanos que implica la atribución de culpabilidad al autor”⁷⁶.

Para Jakobs, también el libre albedrío es irrelevante, pues es de la opinión que lo que determina a la culpabilidad no es aquel, ya que la norma no es vinculante en general, sino lo que determina a aquélla son los fundamentos motivadores de la acción antijurídica, al respecto, Jakobs es acertado en señalar que:

*(...) si nos limitamos al aseguramiento del orden social, en la culpabilidad, ya no se trata de si el autor tiene realmente, y no sólo desde una determinación normativa, una alternativa de comportamiento realizable individualmente, sino de si hay, para la imputación del autor, una alternativa de organización que sea preferible en general. Si faltare una alternativa de organización, se le asigna al autor una alternativa de comportamiento y se le reprocha que no se le haya utilizado. La conocida expresión de Kohlraush de que el poder individual en la culpabilidad es una ficción necesaria para el Estado se puede, pues, modificar diciendo que el poder, si es que se quiere atender a él, es una construcción normativa.*⁷⁷

En otras palabras, no interesa el hecho de la constitución psíquica del autor, sino la responsabilidad por el déficit de lealtad al derecho, ya considerable ciertamente en caso de delincuencia reiterada.

Ahora bien, el funcionalismo originó un nuevo debate entre teorías sobre la culpabilidad, debido a que acepta, únicamente en parte, que el delincuente hubiera podido actuar de otra manera, que resultará acorde con la ley y no como lo hizo, puesto que ese actuar no da por asentado el libre albedrío, por ser, dicha libertad de voluntad, indemostrable científicamente.

⁷⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal parte general*, editorial Porrúa, Buenos Aires, 2001, p. 639.

⁷⁷ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, libro II* *Cáp. III*, trs Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid España, 1997, p. 585

Lo que acepta el funcionalismo es que el libre albedrío, únicamente es considerado un punto de partida normativo, ya que las normas penales ejercen influencia sobre las personas al desanimarlas a cometer actos contrarios a ley, llegándolas a motivar o a determinar.

Pero actualmente hay quienes son de la opinión que la capacidad de culpabilidad humana, tampoco es solamente una simple construcción normativa, sino, más bien, una concepción empírico-normativa, tal como lo establece Terragni:

La psicología y la psiquiatría cada vez desarrollan más criterios de enjuiciamiento con los que las limitaciones de la capacidad de conducción pueden ser empíricamente advertidas y ponderadas en toda intensidad. Ello demuestra que existen alternativas de comportamiento que al hombre le son, en principio, psíquicamente accesibles. Así la capacidad de culpabilidad constituye un concepto empírico-normativo. Empírico, por lo ya dicho, normativo, porque habilita una determinación de este rango al advertir que una persona, cuya capacidad psíquica de auto-conducción está en una situación concreta intacta, puede actuar libremente.⁷⁸

Por consiguiente, la culpabilidad para el funcionalismo, debe basarse en el reproche al sujeto por la desatención del deber de cuidado y no por la conducta cuando pudo ejecutar otra distinta, ya que el derecho no puede exigir la ejecución de cosas imposibles, así, la culpabilidad afecta la libertad de determinación y no la posibilidad material de realizar el acto, por ejemplo, la imposición de una pena no podría motivar a un enajenado, al evitar que cometiera un ilícito.

También, el funcionalismo señala que en el estado de necesidad exculpante no hay posibilidad de actuar de otro modo, pues existen ciertas

⁷⁸ Terragni, Marco Antonio, *El Delito Culposo*, editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina 1990, p. 169 y 170

profesiones en que se debe observar y afrontar el riesgo, por lo que es este el criterio político penal que se aplica y no el de inculpabilidad por imposibilidad de otra conducta.

b) culpabilidad como ánimo desaprobado jurídicamente.

Si el injusto es el desvalor del acto, la culpabilidad es desvalor del ánimo del hecho, que consiste en dictar un juicio de valor respecto de la actitud global del autor, actualizada en el hecho concreto en referencia a las exigencias del derecho y en base a los criterios de valor ético sociales, por lo que si el ánimo del autor es desbordado jurídicamente, se debe ver más allá del carácter formal de la reprochabilidad.

Así, culpabilidad es el ánimo injusto en el hecho individual, como un comportamiento espiritual que lesiona un bien jurídico.

Por otro lado, un planteamiento fructífero es la disponibilidad del autor, siendo como es, a tomar en serio el valor lesionado, pues se acerca a la idea de abordabilidad normativa considerada decisiva para la culpabilidad, sin embargo, se sigue basando la culpabilidad en el actuar de otra manera y no en la falta de contacto espiritual.

El funcionalismo, también señala que es la motivación del autor no acorde a derecho, lo que determina la culpabilidad, por lo que si se presenta una baja en esa motivación jurídica, es cuando se debe castigar a aquel, con objeto de mantener la confianza general en la norma, ya que la culpabilidad sólo está contemplada, si el derecho penal funciona y es eficaz, permitiendo así, la estabilidad del ordenamiento y de la sociedad.

Por lo tanto, el motivo de la culpabilidad, radica en que si el autor ha cometido un injusto culpablemente, como ser subjetivo espiritual, negando los valores básicos de la convivencia, él mismo se verá excluido de la sociedad conciente o inconscientemente, a lo que el insigne Jakobs es claro

en denotar que: “(...) la norma presupone la posibilidad de su reconocimiento. Si falta tal reconocimiento, hay injusto. Pero el que este injusto se le pueda achacar a quien actúa injustamente se decide con arreglo a la fidelidad del derecho y constituye el problema de la culpabilidad”.⁷⁹

Pero, para la determinación de la culpabilidad, es necesario el conocimiento de los factores que son relevantes y de los que no lo son para la motivación del autor, ya que aquélla únicamente se determina en base de la cantidad de presiones sociales que se le pueden imputar al autor, pues no todas le son imputables, por ser aceptadas por el Estado, o por terceros o incluso por la víctima, de tal manera que la culpabilidad como el fin de la norma, exclusivamente puede ser determinadas a través de la acertada motivación del autor.

c) culpabilidad como tener que responder por el propio carácter. (concepto que se tratara en el capítulo siguiente).

d) culpabilidad como asignación de necesidades preventivo generales.

Al respecto, única y anticipadamente se señala que: la función limitadora de la punibilidad del principio de culpabilidad se sacrifica por la prevención general, así, la punibilidad a un individuo, ya no se rige por las circunstancias que residen en su persona, sino por lo que es necesario para ejercitar al ciudadano en la fidelidad al derecho, para la estabilización de su confianza en el ordenamiento.

e) culpabilidad como actuar injusto a pesar de la abordabilidad normativa.

⁷⁹ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, libro II* *Cáp. III*, trs Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid España, 1997, p. 582.

A diferencia del libre albedrío, la abordabilidad normativa no se trata de una hipótesis indemostrable, sino de un dato de las ciencias experimentales como la psiquiatría o la psicología, desarrollando criterios de enjuiciamiento, para probar empíricamente las limitantes a la capacidad de auto conducción y medir su grado de intensidad.

Esta abordabilidad normativa no se prueba en el libre albedrío, se parte de que se ha actuado de conformidad, o no, a la norma y de que se es culpable, si no se ha recurrido a ninguna de la alternativa de comportamiento accesible por principio psíquico.

A lo que Roxin señala:

Pues no se dice que el autor podía obrar de otra manera en los hechos, lo cual no podemos saberlo, sino solamente que será tratado como libre en el caso de intacta capacidad de conducción y con la consecuente abordabilidad normativa. La suposición de libertad es en tal medida un “punto de partida normativo”, una regla de juego social, cuyo valor social es independiente del problema teórico cognoscitivo y científico natural del libre albedrío.⁸⁰

Con la libertad en el ámbito del derecho no se trata de otra cosa que de la igualdad. Cuando el ordenamiento jurídico parte de la igualdad de todos los hombres, no plantea el principio sin el sentido de que efectivamente todos los hombres deben experimentar un igual tratamiento frente a la ley.

Más bien, la paz y la seguridad jurídica en la sociedad es el resultado de la expectativa de la inducción a los ciudadanos por la regla general a través de las prohibiciones y mandatos a un comportamiento fiel a derecho.

⁸⁰ Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito, Elementos en Base a la Política Criminal*, tr Enrique Bacigalupo, editorial PPU, Barcelona, 1992, p. 137.

Así, las normas afirman su validez a través del castigo, ya que si los delitos permanecieran siempre sin castigo entonces las normas pierden su capacidad de motivación y la sociedad caería en una anarquía.

Ahora bien, en otro orden de ideas, existen autores que determinan la estancia de la culpabilidad como elemento del delito y como regulador de la pena, tal como lo señala el maestro Garrido Montt:

Citaremos entre ellos a Maurach, que propone reemplazar la noción reproche personal, en la culpabilidad, por el de atribuibilidad, porque el primer concepto involucraría una reprobación de carácter exclusivo a la persona concreta por sus particulares características; sin embargo, el reproche a que se refiere la teoría normativa se funda, en realidad, en condiciones de naturaleza genérica, que benefician a cualquier individuo que se encuentre en tales circunstancias, al margen de su potencial personal. No se trata entonces de un reproche al individuo, sino de ciertas condiciones que permiten atribuir a una persona cualquiera un hecho, cuando aquellas se dan. Al sustituir el concepto de reproche personal por el de atribuibilidad, se logra explicar la circunstancia de que al sujeto, aún siendo inculpable, como los menores o los enfermos mentales, puedan atribuírsele y no reprochársele el hecho, y ser objeto de medidas de seguridad.⁸¹

Hay otros autores que están de acuerdo en la necesidad de la culpabilidad, pero que debe dejar de ser elemento del delito y presupuesto de sanción. Para ellos, la culpabilidad debe funcionar como un simple regulador de la pena, basándose en que el derecho penal no siempre exige que el acto sea reprochable a su autor y a veces únicamente se satisface con su mera peligrosidad; de tal suerte que sólo resulta necesario el principio de culpabilidad, pues además de ser un precepto constitucional, funciona como un regulador de la pena, la cual, garantiza que el Estado no pueda imponer sanción, si no hay culpabilidad y que esa sanción sea adecuada a

⁸¹ Garrido Mont, Mario, *Derecho Penal, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2001, p. 204 y 205.

aquella, así, a mayor culpabilidad, mayor sanción y a menor culpabilidad, menor sanción.

Pero también existen otros autores como Gimbernat Ordeig, que piensan que la culpabilidad debe dejar de ser elemento del delito y principio regulador de la pena, para dar paso a la necesidad de la sanción a través de la prevención general y especial, como fundamento y límite de la pena, tal como lo señala José Cerezo Mir: "...imposible la comprobación empírica de si el delincuente, en la situación concreta en que se hallaba, podía haber obrado o no de otro modo. Ante esta supuesta imposibilidad Gimbernat propuso renunciar a la culpabilidad como fundamento y como límite de la pena".⁸²

Además, estos autores consideran también, que la culpabilidad es una concepción innecesaria, pues aseveran que esta es una concepción ética, y no normativa, al ser solamente un castigo expiatorio producto de haber obrado mal.

Concluyendo, que existen dos corrientes preventivistas funcionales, por un lado la que postula Roxin al establecer un modelo complementario, donde la culpabilidad es un límite a la prevención y por otro lado la que establece Jakobs, donde se prescinde de la culpabilidad, toda vez que la prevención se limita así misma.

Por último, de la principales críticas al funcionalismo, en primer lugar, la que se le hace a la concepción de culpabilidad de Jakobs, la cual señala que si bien es cierto que la pena genera confianza en el estado de derecho, al privilegiar el sistema social, generando un sistema transpersonal y auto estabilizado, nada tiene que ver el hecho en sí mismo con esta necesidad hipotética de auto estabilización del sistema, ni que sea susceptible de medición.

⁸² Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal Español, Tomo I*, Op. cit. (Nota 75) p. 420.

La postura de algunos funcionalistas, que aseveran, que la culpabilidad debe dejar de ser elemento del delito y principio regulador de la pena, para dar paso a la necesidad de la sanción a través de la prevención general y especial, como fundamento y límite de la pena; es criticada por quienes determinan que esta sustitución, provocaría la destrucción de la estructura valorativa contenida en la culpabilidad, ya que las consideraciones preventivo generales, pueden fundamentar la utilidad funcional de la pena, pero no de defenderla bajo términos axiológicos.

Además, estos representantes del funcionalismo señalan que para no destruir esta estructura valorativa, se debe revalorizar el concepto culpabilidad, puesto que esta resulta importante, porque consiste en un examen (valoración), que se hace al establecerse una condena, como resultado de encontrar reprochable la conducta que no se ajusta a la ley, no obstante la posibilidad que tuvo el sujeto de hacerlo.

Existen otras críticas de amplios sectores doctrinarios que han sido recopiladas por el maestro Zaffaroni de entre ellas, se enumeran las siguientes:

a) ambas corrientes o modelos preventivistas, (tanto la propuesta por Roxin como la de Jacobs) funcionan con meras hipótesis en cuanto a los fines de las penas; b) impugnan desencarnadamente por la sustitución del libre albedrío, pero se adopta sin recelo el concepto de prevención general; c) tratan de llegar al poder punitivo desde una estrategia óptica pretendidamente utilitarista aunque en realidad legitimante; d) el juicio valorativo es en base a supuestos fines de prevención que resulta difícil de precisar en el caso concreto, terminado por convertirse en un dogma que da pie a la arbitrariedad, e) reformulan el principio de culpabilidad, en la forma no hay culpa sin pena, aseverando que siendo necesaria la pena debe haber culpabilidad; f) se reedita la objeción metodológica de Zu Donha valoración entre el objeto de la valoración y valoración del objeto”, pues al distinguir entre el objeto de la política criminal y el objeto de la

dogmática penal, es que el primero consiste en el comportamiento desviado y su definición social, en cambio el segundo tiene el mismo objeto mediato que el anterior, pero su objeto inmediato es la ley penal en cuanto expresa una determinada estrategia, frente al comportamiento desviado, en otras palabras, la política criminal cumple dos cometidos, por un lado fijar las metas que orientan las estrategias de la lucha contra el comportamiento desviado y por otro lado plasmarlas en las formulas legales (función que le corresponde al legislador), en cambio la dogmática jurídico penal parte de dichas formulas legales para precisar definitivamente, el alcance de las mismas.⁸³

⁸³Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal, parte general*, editorial Porrúa, Buenos Aires, 2001, p. 639.

CAPÍTULO III.

Concepto de culpabilidad

Sumario: 1. Concepto etimológico 2. Concepto doctrinario 3. Culpabilidad de acto o por el hecho 4. Culpabilidad de autor o por conducción de vida.

1. Concepto etimológico

La palabra culpabilidad es una derivación del latín *cūlpa*, la cual, en el original romance y tal como lo señala el diccionario etimológico: “nótese el significado todavía vacilante que denota la frase pedir culpa *pedir perdón*...En otros romances tiene forma más popular pero seguramente es semiculto en todas partes”.⁸⁴

No obstante, el concepto etimológico no es un verdadero concepto de culpabilidad, pues como se verá más adelante, este nada tiene que ver con el sentido etimológico antes señalado, por lo que fue sólo hasta el siglo XIX que Liszt denominó culpabilidad, al momento subjetivo de la imputación, pero no fue, sino hasta el normativismo donde surge el concepto jurídico penal de culpabilidad propiamente dicho.

Actualmente, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala como culpabilidad: “la cualidad de culpable; der. Reproche que se hace a quien le es imputable una actuación contraria a derecho de manera deliberada o por negligencia, a efectos de la exigencia de responsabilidad”.⁸⁵

2. Concepto doctrinario.

Antes de referirme al concepto culpabilidad, es menester tener presente las siguientes salvedades doctrinarias respecto de ésta:

⁸⁴ *Diccionario crítico etimológico. Castellano e hispánico* J. Corominas y J.A. Pascual, p. 65.

⁸⁵ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, España 2002, p. 246.

a) Es importante señalar la diferencia entre culpabilidad formal y culpabilidad material, mientras la primera responde a la pregunta ¿Qué elementos integran la culpabilidad? La otra responde a la pregunta ¿debido a qué razones esos elementos son necesarios para castigar al autor? Estos cuestionamientos, de manera conjunta, tratan de solucionar el problema de la culpabilidad, el cual, radica en establecer aquellas condiciones que determinan cuando a un sujeto le corresponderá imponerle una pena por su actuar típico y antijurídico.

b) También es importante señalar, que aunque no aparezca en la mayoría de los códigos modernos la noción afirmativa de la culpabilidad, sí se encuentran los conceptos positivos del dolo y la culpa como especies de aquélla.

c) Es menester, tener presente que mientras la norma jurídica la establece un órgano o entidad desde fuera del hombre, lo que la hace heterónoma, la norma moral es autónoma, por lo tanto, un concepto jurídico de culpabilidad no puede tener aspectos internos o morales por resultar irrelevantes para el derecho, en otras palabras, es importante tener en cuenta que si el principio de culpabilidad jurídico penal es autónomo frente a juicios de desvalor personales que reciben similar o igual descripción, y el concepto de culpabilidad contiene y se fundamenta con este principio, aquel también es autónomo de valoraciones personales.

Sin embargo, lo anterior no es completamente cierto, pues tal como lo señala Maurach: "el derecho penal no es otra cosa que la ética social llevada a la forma, la realización del imperativo categórico exigido por ella"⁸⁶, por lo que es loable mencionar que entre más coincidan la culpabilidad moral y la jurídica penal, mayor peso tendrá esta última.

⁸⁶ Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, tr Juan Córdoba Roda, Ed Ariel, Barcelona, España 1962, p. 583.

Fuera de lo anteriormente citado, ambos conceptos son independientes en sus presupuestos, de esta manera, la culpabilidad jurídico penal únicamente puede ser edificada sobre una acción típica antijurídica; en cambio un pecado de pensamiento es ajeno al derecho penal, en oposición a la moral.

Así, el afirmar la irrelevancia de las representaciones valorativas ético-individuales, para el derecho penal, se puede demostrar en el tratamiento del llamado delincuente por convicción (el cual no desconoce el desvalor de su acción pero por su convicción moral religiosa o política se siente obligado al hecho, por lo que no hay error de prohibición, ya que el autor por convicción reemplaza conscientemente el orden valorativo de la comunidad por el suyo). Al respecto Donna es oportuno al establecer que el reproche es social porque: “la atribución de responsabilidad no significa un reproche moral individual hacia una ofensa, sino más bien, una evaluación social negativa de un acto cometido dentro de la vida social de un sistema”.⁸⁷

En síntesis, hay un reconocimiento general de la supremacía de la culpabilidad jurídico penal sobre la culpabilidad moral, sin embargo, tal como se verá más adelante, se debe aclarar que el objeto personal del reproche indudablemente es el autor, el cual tiene un contenido determinable independientemente de la especulación sobre la libre voluntad.

d) Es conveniente establecer que hay acciones antijurídicas no culpables, pero no hay acciones culpables no antijurídicas, lo que da la percepción de la importancia de la culpabilidad, pues, sin ella, habría injusto, pero no se le podría vincular personalmente a un sujeto, dicho injusto, sólo sería un hecho donde el autor, exclusivamente es un instrumento del caso fortuito, límite inferior de la culpabilidad y de la pena.

e) Si al examinar la antijuridicidad, se investigan todos los elementos del injusto (acción tipicidad y desequilibrio frente al ordenamiento jurídico

⁸⁷ Donna, Edgar Alberto, *Teoría del Delito y de la Pena*, editorial Astrea, Buenos Aires 1995, p. 186.

total) es lógico, que también al examinar la culpabilidad se extienda la investigación a todos los elementos de la misma (incluyendo los psicológicos), sólo entonces se podrá pronunciar un juicio de culpabilidad.

f) Más sin embargo, es conveniente no confundir a la culpabilidad con el juicio de culpabilidad, pues mientras este es un juicio que confronta la relación existente entre el autor y el hecho cometido por él, con las exigencias de las normas jurídicas; la culpabilidad es lo que se valora, es decir, la relación existente entre el autor y el hecho que ha cometido, por lo que no hay que confundir objeto y valoración del objeto.

g) La culpabilidad debe referirse a la cuestión de si un comportamiento típico y antijurídico merece pena desde el punto de vista de la política criminal (la prevención general positiva), ante este debate es prudente revalorizar el concepto de culpabilidad, partiendo de que se trata de una exigencia constitucional, así, no es posible condenar a quien sometido al debido proceso legal no ha sido hallado culpable. (Principio de culpabilidad).

Al respecto hay quienes piensan que reemplazar el concepto de culpabilidad por las exigencias de la prevención general destruiría la estructura valorativa contenida en la idea de culpabilidad, pues las consideraciones preventivo generales pueden fundamentar la utilidad funcional de la pena pero no defenderla en términos axiológicos.

h) Una última salvedad. No obstante la disparidad de las distintas posiciones en cuanto a este concepto se refieren, es apreciable que en lo único en que existe unanimidad, es en el principio de culpabilidad, el cual señala que: no se puede imponer una pena sin la existencia de aquella (sine poena, sine culpa).

En consecuencia, siendo la culpabilidad uno de los conceptos más equívocos del derecho penal, existe una disparidad teórica formidable, mientras aquel se aleja del injusto y se aproxima a la pena, en otros

términos, mientras más específicamente penal es, más se disuelve en opiniones heterogéneas incompatibles.

Ahora bien, el concepto de culpabilidad a través de las distintas teorías sobre ésta, ha ido evolucionando desde el concepto psicológico que aseveraba la existencia de un nexo psicológico que ligaba al autor con su hecho; pasando por la teoría normativa, para la cual, culpabilidad es igual a reproche o la concepción valorativa de ésta (juicio valorativo disvalioso); o como lo fue para el finalismo, la conducta orientada hacia un fin (teoría de la acción final), que para muchos únicamente fue una teoría dolosa y por último el funcionalismo, para el cual, la culpabilidad no se puede entender sin basarse en la necesidad de la pena.

Por lo anterior, es evidente que el concepto de culpabilidad se encuentra inmerso en medio de un debate encarnizado entre los defensores de las distintas teorías acerca de la misma, en base a todas esas concepciones, se observa que más que un concepto establecido con unanimidad y permanencia, lo que realmente acontece, es un constante auto enriquecimiento, entre aquellas, por lo tanto, resulta imposible establecer un concepto totalmente aceptado.

Lo que sí está al alcance, es proporcionar una posición que podríamos llamar ecléctica, pues al establecer un concepto sobre culpabilidad se debe hacer de manera funcional e integradora, que contenga no solamente el aspecto dogmático jurídico, por la imperiosa necesidad de hacerlo coincidir con la sistemática jurídica; dicho concepto además debiera contener a la criminología, y a la política criminal, esta como un puente entre ambas; también necesarios son los datos que arrojen las disciplinas con ella relacionadas, como la sociología, la psicología, además de agregar, a dicho concepto, la necesidad de la pena.

Tal como lo establece Orellana Wiarco “sin renunciar a ninguno de los elementos del delito de la actual dogmática jurídico penal se está abriendo paso a la posibilidad de adicionar estos ingredientes con el de necesidad de

la pena”⁸⁸, en otras palabras, un juez después de comprobar que un acto fue típico antijurídico y culpable, debe entrar a resolver que si en el caso concreto, el individuo que ha violado la ley, necesita tratamiento penitenciario, de esta manera, como ya se dijo anteriormente, la integración de todos estos componentes, da como resultado un verdadero y útil concepto funcional de culpabilidad.

Para corroborar esta diversidad de las diferentes concepciones de culpabilidad, a continuación señalaré las establecidas por algunos de los más destacados juristas, de entre ellos Luís Jiménez de Asúa, quien establece: “en el más amplio sentido puede definirse a la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”.⁸⁹

Marco Antonio Terragni señala: “la culpabilidad entendida genéricamente como el conjunto de condiciones individuales que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea penalmente responsable de la misma”.⁹⁰

La culpabilidad en estricto sentido la cual para Mario Garrido Mont consiste en: “culpabilidad es reproche del acto a su autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico”.⁹¹

Edgar Alberto Donna, por su parte asevera: “Este aspecto de la culpabilidad se puede conceptuar como el reproche que se realiza al autor del hecho típico y antijurídico, debido a su motivación contraria a la norma (contraria al deber)”.⁹²

⁸⁸ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal Parte General*, editorial Porrúa, edición México, 1999, p. 377

⁸⁹ Jiménez de Asúa Luís. *Lecciones de derecho penal*, editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, p. 234.

⁹⁰ Terragni, Marco Antonio, *El Delito Culposo*, editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina 1990, p. 157.

⁹¹ Garrido Mont Mario, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2001, p. 195.

⁹² Donna, Edgar Alberto, *Teoría del Delito y de la Pena*, Op. cit. (Nota 33) p. 182.

Otra postura doctrinal es la que establece Maurach: “culpabilidad es reprochabilidad de un hacer o un omitir jurídicamente desaprobado o más brevemente, es un reproche fundado respecto del autor”.⁹³

Por su parte Antón Oneca, asevera que: “el delito es en primer término conducta externa del hombre, valorada por el orden jurídico como contraria al mismo (elemento objetivo del delito) pero sólo cuando esta acción externa corresponde una actuación interna que el orden jurídico desaprueba declaramos al sujeto culpable (elemento subjetivo del delito)”⁹⁴

Otra concepción la establece Díaz Aranda, al coincidir con Roxin, citando el concepto de culpabilidad de dicho jurista, que versa de la siguiente manera: “el sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a derecho”.⁹⁵

Zaffaroni, por su parte señala que la culpabilidad es:

*El juicio que vincula en forma personal el injusto a su autor, por lo cual opera como el principal indicador que desde la teoría del delito condiciona la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre este (...) Sin embargo, coincide con Roxin (...) al señalar que la culpabilidad es derivada de la teoría de los fines de la pena. Pues para este, aquélla es el merecimiento de la pena, pero cuando alguien por cualquier razón no puede evitar el injusto típico que ha realizado no tiene objeto castigarlo, toda vez que en cualquier teoría de la pena no puede pretenderse castigar una culpabilidad inexistente.*⁹⁶

⁹³ Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, tr Juan Córdoba Roda, Ed Ariel, Barcelona, España 1962, p. 582.

⁹⁴ Antón Oneca, José, *Derecho Penal*, 2ª edición, editorial Ediciones Akal, Madrid, 1986, p. 211

⁹⁵ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, Editorial Porrúa, México, 2005, p.107.

⁹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal, parte general*, editorial Porrúa, Buenos Aires, 2001, p. 637.

Otro concepto funcional de culpabilidad, lo establece Jakobs, para el cual aquélla es una asignación preventivo general, determinada por el fin y vista no en el sentido de intimidación, sino como ejercicio de fidelidad al derecho, para equilibrar el orden que se ve destruido por la conducta delictiva. De tal manera Jakobs señala que la culpabilidad “se trata, pues, de que el círculo de las múltiples condiciones de cualquier acción antijurídica debe poderse señalar un déficit de motivación jurídica en el autor como motivo relevante, si ha de castigársele. El aislamiento de la motivación no jurídica como motivo del conflicto se sigue llevando a cabo a lo largo de los escalones del delito”.⁹⁷

Cabe agregar, que este autor concluye diciendo, que el concepto de culpabilidad, por tanto, ha de configurarse funcionalmente, es decir, como concepto se debe de regular conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad de estructura determinada. El fin de la pena es el tipo preventivo general, en el cual se trata de mantener el reconocimiento general de la norma y no de intimidación o escarmiento.

Una vez visto lo anterior, tratando de buscar un concepto en el que coincidan, aunque de manera parcial, la mayoría de los autores aquí mencionados y tratando de integrar todos los elementos que forman una unidad conceptual y funcional con respecto a la culpabilidad. Este podría establecerse de la siguiente manera: **el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor a través de la valoración de una conducta típica, antijurídica que merece una pena desde el punto de vista político-criminal, de la prevención (general y especial), aplicada por el Estado y en respuesta al daño que hace el delincuente a los bienes jurídicos, provocando una infidelidad al derecho.** En mi particular opinión este concepto totalizador de culpabilidad pretende dejar de seguir usando un concepto ideal (reprochabilidad) de aquélla, para dar paso

⁹⁷ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, libro II* *Cáp. III*, trs Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid España, 1997, p. 581.

a uno que también señale la solución de los problemas que plantea la realidad social.

3. Culpabilidad de acto o por el hecho

Culpabilidad es culpabilidad individual, que sólo puede referirse a un hecho y únicamente este, vuelve culpable a su autor. Si Nuestro derecho penal es de hecho y no de autor, el hecho es considerado como punto de partida de la pena, de tal suerte que lo que origina a la culpabilidad, es exclusivamente el hecho de un individuo, o sea, la comisión de un injusto penal.

Gracias al principio de igualdad, se establece que se debe punir sin miración personal alguna, y exclusivamente atender y verificar las características y la gravedad del hecho, así, la culpabilidad por el carácter o por conducción de vida resulta anticonstitucional por violar el principio de igualdad.

Los que defienden la culpabilidad por el acto o hecho individual señalan que la culpabilidad de autor, no es nada, pues, se tiene presente que únicamente puede ser autor quien ha cometido un hecho. Recordando que un injusto puede ser culpable, pero no hay culpabilidad sin injusto, así entonces, la posibilidad de que se cometa un hecho (predisposición criminal) o la voluntad correspondiente no es todavía autoría.

Dichos autores, aseveran también que en la culpabilidad por el acto se contemplan sólo aquellos factores de la actitud interna jurídicamente censurable, que se manifiesta de forma inmediata en la acción típica, fundada en el principio filosófico del libre albedrío, el hombre responde por su acto, por lo que ha hecho y no por su modo de ser, postura que no ha recibido pocas críticas.

Por ende, el concepto de culpabilidad, se basa en la culpabilidad del acto concreto injusto, teniendo como límite inferior el caso fortuito y como límite superior al dolo, como el conocer y querer la conducta delictiva.

Tal como lo señala Luís Jiménez de Asúa:

“no puede existir una norma del deber independiente, de la que habló Golshmidt; ni la culpabilidad del carácter que Liszt defendió, ni tampoco la culpabilidad potencial de Lenz, el juicio de culpabilidad no se refiere exclusivamente al carácter, aunque se tenga en cuenta, como luego veremos, sino a lo injusto concreto”⁹⁸.

Es acertada la aseveración establecida por Edgar Alberto Donna:

Es mejor evitar el concepto de culpabilidad de autor; pero hay que recordar siempre que el grado de culpabilidad no se determina tan sólo por la medida de la lesión del bien jurídico y el tipo lesionado, sino también teniendo en cuenta la persona del autor. Como lo injusto, la culpabilidad es un concepto aumentado. La culpabilidad puede ser más o menos grave.⁹⁹

Además, contra el concepto de culpabilidad por conducción de vida he de adelantar, que este se objeta a sí mismo porque resulta imposible distinguir entre las cualidades de la personalidad recibidas fácticamente y las adquiridas culpablemente. En la práctica la culpabilidad por conducción de vida seguirá siendo relevante únicamente para decidir, si ha de tenerse en cuenta para la culpabilidad, que obedecer la norma ha sido más difícil, circunstancia que se puede entender, a la situación del hecho desde una consideración psíquica.

4. Culpabilidad de autor o por conducción de vida

⁹⁸ Jiménez de Asúa Luís. *Lecciones de derecho penal*, editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, p. 236.

⁹⁹ Donna, Edgar Alberto, *Teoría del Delito y de la Pena*, editorial Astrea, Buenos Aires 1995, p. 216

En el devenir histórico, desde la autodeterminación del sujeto, al diferenciar entre moral y derecho, se apartó el reproche de autor y de acto, posteriormente hubo quienes negaron esa autodeterminación, asignándole al derecho funciones transpersonales que se tradujo en una pena adecuada a éstas, la cuales construyeron el nexo, fuera de la teoría de la pena o en una llamada teoría del autor, trayendo como consecuencia que la pena responda a una razón de Estado, encontrando su más radical expresión en la Escuela de Kiel, comentada en los primeros capítulos del presente trabajo.

Actualmente, a pesar de que se mantiene la culpabilidad en la sistemática jurídica de la teoría del delito y que aquélla se utilizó para excluir la responsabilidad por el resultado, es claro que se continúan tomando los criterios para establecer la magnitud de la pena, en la personalidad del autor, en orden a su perversidad y peligrosidad, situación establecida por la moderna postura preventivista, que sin embargo, para algunos, dicha postura (al igual que la de la Escuela de Kiel) corre el riesgo de que las personas sean tomadas como medios para satisfacer necesidades del Estado, siendo degradadas a cosas al servicio de otros fines, donde la pena responde a una razón social para mantener la fidelidad al derecho.

La Escuela Positiva Italiana detentó esta teoría del autor, en la idea de peligrosidad, la cual constituyó el puente con el poder punitivo, teniendo como meta la defensa social. En el positivismo alemán esta idea recibió el nombre de imputación subjetiva.

Para ahondar más en el tema de la peligrosidad como cálculo de probabilidad sobre la conducta futura de un persona, Zaffaroni señala: “la moderna prevención general positiva, no es más que la necesidad de valerse del mal inflingido a una persona para fortalecer la confianza del resto en el sistema”,¹⁰⁰ la culpabilidad así entendida resulta ser antiética materialmente, pues el poder punitivo se olvida de la persona como fin en sí

¹⁰⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal, parte general*, editorial Porrúa, Buenos Aires, 2001, p. 621.

misma y se preocupa por una razón de Estado, el cual no procede éticamente, sino que únicamente usa elementos formales de la ética para reprochar personalmente a los seleccionados por el poder punitivo.

Posteriormente, se buscó un equivalente funcional a la peligrosidad, una culpabilidad que reproche conductas o elecciones previas o componentes de la personalidad, en forma de culpabilidad de autor, o bien que pretendan remplazar a la culpabilidad por meras demandas político criminales preventivas por razón de Estado.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la peligrosidad es directamente contraria al principio *nullum poena sine culpa*. Aspecto que se desarrollará un poco más adelante, pero cabe señalar aquí, que una de las razones por las que se da esta incompatible coexistencia de peligrosidad y culpabilidad, es porque muchos piensan que no se ha profundizado tanto en la segunda como en la primera.

Ahora bien, la llamada culpabilidad de autor se identifica con el modo de vida del sujeto, donde el juicio de reproche surge de ese modo de vida, la cual, se extiende a la total personalidad del autor y su desarrollo, aquellos expositores que se identifican con aquélla, parten de criterios deterministas, por lo tanto, determinan que el acto delictivo surge como resultado de la personalidad y de las circunstancias del autor, al cual se le reprocha el acto realizado por ser consecuencia de su personalidad defectuosa, por haber llegado a ser lo que es, por su inclinación adquirida a rebelarse contra el ordenamiento jurídico.

De igual manera, al retomar la idea de que una acción diferente solamente podría haber sucedido, si el autor hubiese sido otro, ya que a este no le era posible otra acción, se establece que aquel es responsable, porque sabe en el fondo de su carácter, de la existencia del hecho, lo que lo hace sentir responsable y por ese hecho también los demás lo hacen responsable, se responde, pues, por la personalidad, tal como lo asevera Roxin:

*El autor es culpable cuando expresa en el hecho cualidades personales penalmente contrarias al valor y en esté sentido una personalidad objetable valorativamente. Por lo tanto, en la culpabilidad de autor o por el carácter, se tiene que responder por la propia disposición del ser, renunciando a la retribución y al reproche moral contra el autor, limitando al derecho penal a fines preventivos.*¹⁰¹

Así, la culpabilidad no es una simple relación psicológica, ni tampoco es una simple relación de conocimiento, por lo que también se debe observar la capacidad del autor para tener y realizar la relación frente a su hecho y al orden jurídico, de tal manera que al estudiar, si el autor individual estaba en condiciones, por las circunstancias personales (aptitud situación económica, etc.), de comportarse en forma acorde al ordenamiento jurídico.

Es importante señalar que el concepto de culpabilidad debe dejar asentada la idea de que la personalidad es necesaria para determinar la culpabilidad y por ende a la pena.

Por lo anterior es correcto señalar que el hecho es incoloro y sólo adquiere colorido en virtud del elemento característico de la personalidad desvalorizada. Sin embargo, únicamente se señala la culpabilidad de autor para casos excepcionales, ejemplo, el del autor con capacidad de imputabilidad disminuida o el autor que obra en error.

Hasta aquí la culpabilidad de autor, ahora trataré de plantear una combinación entre la culpabilidad por el hecho, cuyo alcance máximo sería caer en la responsabilidad por el resultado, y una culpabilidad de autor que corre el riesgo de convertirse en culpabilidad por la conducción de vida, por lo que se pretende buscar un concepto que reúna ambos criterios que resulte benéfico, para la culpabilidad y para la teoría del delito.

¹⁰¹ Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito, Elementos en Base a la Política Criminal*, tr Enrique Bacigalupo, editorial PPU, Barcelona, 1992, p. 129.

Ya que si la culpabilidad como asignación de necesidades preventivo generales responde a una culpabilidad de autor y la culpabilidad por el hecho cuya asignación de la pena es retributiva, por lo tanto, una y otra visión repercute en el concepto que se debe tener sobre la naturaleza de la pena, en base a la culpabilidad, por lo que para fundamentar esta combinación entre ambos conceptos de culpabilidad, se debe tener presente los siguientes aspectos:

a) Tomando en cuenta que las referencias de la acción pertenecen a la total personalidad del autor (parte integrante caracterológica), se estima que el acto debe ser adecuado a la personalidad que lo causa y tomando en cuenta también que la peligrosidad es la única manera de incluir jurídicamente el estado peligroso del culpable (con independencia de la peligrosidad sin delito), por lo tanto, la culpabilidad de la conducta se refiere tanto al acto concreto como al carácter y a la peligrosidad.

b) Parte del motivo de un hecho, puede que haya de encontrarse, no tanto en el poder actual del autor, como en la errónea conformación de su vida anterior, así, al diluirse la culpabilidad por la conducción de vida, en una culpabilidad referida a situaciones de opinión concretas, lo único que se hace es introducir una culpabilidad por el hecho anticipado.

c) A falta de un injusto por la conducción de vida tipificado, esta no puede reprocharse en calidad de culpabilidad no se puede transformar una conducción de vida en un injusto, sin embargo, no se excluye a la conducción de vida como uno de los elementos del tipo de culpabilidad, en función de los cuales se decide si un hecho se imputa y hasta qué punto; así pues, no se trata de achacar al autor, su conducción de vida como mero hecho, sino, que a la imputación de hechos típicos, se le debe indagar el motivo por el que surgió el hecho.

d) Sin embargo, se adelanta, que el concepto de responsabilidad, no se entiende sin el de autodeterminación, al ser estos inseparables, pues, al

establecer el principio de que no hay pena sin reprochabilidad, se entiende que no habrá delito cuando el autor no haya tenido en el momento de la acción un cierto margen de decisión o si se prefiere de libertad para decidir, por lo tanto, cualquier concepción de lo humano sin capacidad de decisión elimina la responsabilidad y con ella el concepto mismo de persona y por consiguiente el del ciudadano.

e) El juicio de culpabilidad versa sobre la acción, se es culpable por el hecho realizado y no por la condición personal, sin embargo, cuando en los actos humanos se refleja la personalidad del autor, recae también secundariamente sobre el mismo, ejemplo, las agravantes de reiteración y reincidencia.

f) La responsabilidad por el hecho, por sí sola no lleva a la imposición de la pena, sin embargo, ella es la base común para la aplicación de penas o medidas de seguridad y si el autor además es culpable deberá ser castigado, pero si es inculpable pero peligroso, para sí o para los demás, se le puede imponer una medida de seguridad.

Para demostrar que una combinación entre ambos conceptos es posible (culpabilidad de acto y de autor), es menester apoyarse por lo establecido, por autores como Mezger quien creyó fundamentar la agravación de la pena para el delincuente común peligroso, en el hecho de que aquélla no surge del desvalor del hecho individual, sino de la personalidad caracterológica del autor, quien únicamente podría responder por dicha personalidad, si el decaimiento de ella fuera la consecuencia de una errada conducción de vida.

Por su parte Welzel insiste en la adhesión básica de la culpabilidad por el hecho individual, pero reconoce que en determinados casos la culpabilidad por un hecho particular radica en un momento estático, en una construcción errónea de los estados de la personalidad, es un error reprochable del carácter.

Jescheck parte de la culpabilidad por el hecho, propone igualmente una combinación de culpabilidad por el hecho individual y culpabilidad por conducción de vida, ejemplo en el caso de error de prohibición y reincidencia, cuando el primero es evitable, puede provenir exclusivamente a partir de la culpabilidad por el hecho, y por la vida anterior del autor, influye favorablemente para él, en la medición de la pena.

Según Jakobs, la trayectoria criminal agrava la responsabilidad, pues ésta sólo se considera en ocasiones como infracción al principio de culpabilidad; y en otras, se amplía el concepto de culpabilidad mediante la culpabilidad por el carácter, así, tal jurista señala: “no interesa el hecho de la constitución psíquica del autor, sino la responsabilidad por el déficit de lealtad al derecho ya considerable, ciertamente, en caso de delincuencia reiterada”.¹⁰²

Por lo antes expuesto surge la siguiente interrogante ¿si la culpabilidad por el hecho individual requiere en ciertos casos de un complemento de las valoraciones referidas a la personalidad, es decir, si para la culpabilidad por el hecho individual debe adicionarse una culpabilidad del autor (culpabilidad de carácter o conducción de vida)?.

En mi particular concepción, he de responder al anterior cuestionamiento, afirmativamente, ya que si el derecho penal presupone siempre una culpabilidad por el hecho individual y que en la gran mayoría de los casos, también se satisface con ella, se ha de aceptar que en esencia, no es el hecho el culpable, sino que el juicio de culpabilidad es emitido acerca de la persona de su autor.

Concluyendo, la mayoría de los autores en derecho penal, no desconocen la existencia de criterios de culpabilidad de autor, los cuales, determinan la gravedad de la pena.

¹⁰² Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, libro II* *Cáp. III*, trs Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid España, 1997, p. 548.

De la misma forma que la mayoría de los ordenamientos jurídicos en la actualidad, si bien es cierto que sostienen el principio de responsabilidad por el acto, también es cierto que recogen criterios propios de la culpabilidad de autor, tales como, la reincidencia, como una circunstancia de agravación de la responsabilidad.

De tal suerte que una vez más se observa una cuestión no terminada, al no establecerse unánime criterio sobre la concepción de la culpabilidad, y esto, debido al continuo enriquecimiento recíproco entre ambos conceptos, por lo que resultaría benéfico, se integrasen en un concepto que sea funcional y totalizador.

CAPÍTULO IV

La culpabilidad, como principio y su diferencia con la responsabilidad subjetiva.

Sumario 1. Contenido y requisitos del principio de la culpabilidad 2. La culpabilidad y el principio de responsabilidad subjetiva A. diferencias B. ubicación sistemática de cada una de estas 3. La responsabilidad objetiva o responsabilidad por el producto 4. La culpabilidad y el error de prohibición A. Vencible, consecuencias jurídicas B. Invencible, consecuencias jurídicas 5. La culpabilidad, prevención general, merecimiento y necesidad de pena. 6. Relaciones dogmáticas entre tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. 7. Relaciones dogmáticas entre la culpabilidad y la punibilidad 8. La culpabilidad en el Estado Social y Democrático de Derecho Penal.

1. Contenido y requisitos del principio de la culpabilidad

Gracias a que de manera gradual el delito ha ido tomando la característica de la culpabilidad, de igual modo el principio no hay pena sin culpabilidad ha ido afirmándose, el cual, a pesar de ser tan común en la actualidad, ha sido el resultado de un largo desarrollo, que aún no se ha terminado por completo.

Así, se puede aseverar que la pena presupone la culpabilidad, a esta situación, muchas constituciones han reconocido el rango de principio jurídico constitucional.

La culpabilidad es el elemento que concluye la construcción del delito, pues, para que haya delito debe haber culpabilidad, pero para que el delito merezca una pena, aquélla, como principio, es inalienable a toda punición, en otras palabras, al individuo no puede imponérsele una pena excedente de

su culpabilidad, ya que la misma representa una garantía para aquel, a través de establecerse como principio constitucional.

Para tener clara la diferencia entre culpabilidad y su principio, es menester recordar que una parte de los juristas considera a aquélla, como fundamento de la pena, otra parte, prefiere ver en ella un límite y algunos otros consideran que no sirve como límite ni como fundamento, postulando su reemplazo.

Así, respecto a los modelos preventivistas funcionalistas, por un lado se observa el modelo complementario que establece Roxin, en el cual la culpabilidad constituye un límite a la prevención y el modelo de reemplazo creado por Jakobs, donde se prescinde de la culpabilidad, toda vez que la prevención se limita a sí misma.

Por ende, la culpabilidad contiene y presupone a su principio, el cual servirá como tal, dependiendo de la teoría de que se trate, unas veces como fundamento, otras como límite o ambas y otras veces ninguna de las dos.

Al respecto, el maestro Zaffaroni objeta el argumento de los que consideran remplazar la culpabilidad:

El considerar prescindir de la culpabilidad y de su principio origina “un salto lógico en el orden secuencial a la cadena conceptual delito-pena al derivarse el antecedente del consecuente, lo que llevaría a una reformulación del principio no hay pena sin culpa por la forma no hay culpa sin pena o peor aún a extremos de establecer que siendo necesaria la pena debe haber culpa.”¹⁰³

Esta apreciación del maestro Zaffaroni, refiere que dicha falta, llevaría una vez más a la muy antigua confusión, entre la valoración del objeto y el objeto de la valoración.

¹⁰³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal parte general*, Op. cit. (Nota 73) P., 640.

Es atinado también, el argumento de los que piensan, que sin dejar a un lado a alguno de los elementos del delito de la actual dogmática jurídico penal se puede dar la posibilidad de agregar a estos ingredientes, la necesidad de la pena, y así, no vulnerar un principio constitucional como es el de la culpabilidad.

Para acrecentar esta diferencia entre culpabilidad y su principio, hay que recordar que para los funcionalistas, este, es una función de aquella, debido a que el funcionalismo estableció que la culpabilidad venía cumpliendo dos funciones pragmáticas; una que justifica la aplicación de la pena en sentido retribucionista, o sea, la imposición de un mal proporcional al daño causado, la otra función radicaba en que aquella es el límite de la pena y por ende límite del poder punitivo del Estado, al respecto el maestro Orellana Wiarco señala:

La pena en sentido retributivo no debe verse como la imposición de un mal a quien ha causado un mal, sino que debe atender a la medida de la culpabilidad y no llegue más allá de la responsabilidad del culpable que debe ser límite a la potestad del Estado, de tal suerte que la pena se ajuste estrictamente a la medida de la culpabilidad (la pena se limita al límite de la culpabilidad) ¹⁰⁴.

De tal suerte que debe desaparecer la función retributiva de la culpabilidad, al justificar la aplicación de la pena.

A esta imperiosa necesidad de distinguir entre la culpabilidad como carácter específico del delito y el principio de culpabilidad, es necesario señalar que este último, reconoce los tres siguientes niveles:

¹⁰⁴Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal Parte General*, editorial Porrúa, edición México, 1999, p. 382.

a) el primero, de exclusión de la imputación, por la sólo acusación del resultado, cuya violación se revela en el llamado *versari in re ilícita* en el plano de la tipicidad;

b) el segundo, propio de la culpabilidad en sentido estricto, se viola mediante la imposición de una sin-culpabilidad cuya manifestación más acabada era la postulada por el viejo peligrosismo;

c) el tercero, se refiere al potencial conocimiento de la punibilidad como posibilidad de imponer pena en el caso concreto y se viola en los casos en que pese al llamado error invencible sobre la punibilidad, se ejerce poder punitivo.

Así, se deduce que la culpabilidad no únicamente presupone, también fundamenta su principio.

Al respecto y por lo estudiado en los capítulos precedentes, es válido plantear el siguiente cuestionamiento: ¿Ha llegado el final de la culpabilidad? Por este simple planteamiento interrogante, hay cierta sospecha, de que así sea, sin embargo, el principio de culpabilidad conserva vitalidad para responder negativamente, echando mano no sólo con criterio jurídico, sino, utilizando a la historia, la dogmática y la política criminal, pues mientras el concepto de culpabilidad, en últimos tiempos, se apoya sobre la justificación social de la pena, (función protectora liberal del estado de derecho), el principio de culpabilidad, es por lo contrario, una aceptación de libertad ciudadana en contra de los excesos punitivos estatales.

Ahora bien, si la culpabilidad en la actualidad ya no opera como fundamento de la pena, aún conserva gracias al principio de culpabilidad su característica de ser reguladora y límite de la misma, sin embargo, para algunos autores, también ha llegado el final del principio de culpabilidad, debido a que desde el punto de vista teórico y práctico era insostenible, ya que un ordenamiento jurídico penal que busque evitar molestar a los

ciudadanos y fundamentar sus intervenciones debe renunciar a ese reproche sobre la culpabilidad.

Por otro lado, es reconocible que el pilar del derecho penal moderno es la culpabilidad y es debido a su principio que el Estado se ve limitado en sus facultades de punir, el cual, no podrá imponer sanción, si no hay culpabilidad, además de que esa sanción debe ser adecuada a aquélla. Para llevar a cabo lo anterior, el Estado parte de que la responsabilidad penal es individual al sujeto que responde del acto típico e injusto personalmente y no exclusivamente por ser culpable y como ya se dijo, únicamente hasta el extremo de esa culpabilidad, estos extremos significan que la culpabilidad es especialmente graduable.

De esta manera, de acuerdo con el funcionalismo, si no existe la necesidad de sanción, porque no cumple con el objeto preventivo especial de motivar a las personas a que se abstengan de incurrir en comportamientos prohibidos, por lo tanto, se considera a la culpabilidad ya no como fundamento, sino, como la característica de ser reguladora y limitadora de la pena.

Tal como lo señala Mario Garrido Mont:

La culpabilidad pierde su carácter de ser fundamento de la pena; la culpabilidad por lo tanto deja de ser imputación subjetiva y se convierte en imputación objetiva en el sentido de que la sanción no se gradúa por la mayor o menor culpabilidad del sujeto, sino por su efectividad en la función motivadora de no realización futura del hecho prohibido.¹⁰⁵

La meta del principio de culpabilidad es encontrar el extremo más allá del cual no es posible exigir el cumplimiento de las normas que dicta el Estado, para asegurar la convivencia de seres autónomos y como un límite

¹⁰⁵ Garrido Mont, Mario, *Derecho Penal, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2001, p. 206.

de la posibilidad de formular reproche, por lo tanto, en la culpabilidad, como límite de la pena, el juez considera la magnitud de la sanción a aplicar, al tener en cuenta factores personales que hacen más o menos reprochable la acción.

El límite de la pena debe ser la culpabilidad tanto en el extremo inferior como en el superior, este último por la razón obvia de que el principio de legalidad lo es del delito y de la pena. Y respecto del primero, las consideraciones de prevención especial deben de jugar, de manera tal que a nadie se le aplique una pena, si ésta no tendrá sentido alguno, por tal motivo, una reforma a cualquier ordenamiento jurídico, debe contemplar que se tome el límite superior de las penas divisibles y no el inferior.

Ahora, haré referencia al hecho de que la culpabilidad, además de operar como principal indicador del máximo de la magnitud del poder punitivo, debe ser posible de medición y por ende, debe ser graduable

La culpabilidad es el límite y la medida de la pena, por lo que ésta, no debe sobrepasar aquélla. Sin embargo, esta medida de la culpabilidad ha sido criticada, porque no es posible con exactitud calcular la pena correlativa a la culpabilidad. Al respecto, Roxin acepta que no hay una exacta cuantificación, sin embargo, ello no es obstáculo, para que la necesidad de la pena cumpla funciones de prevención general y especial, incluso, hay una teoría de determinación de la pena que ha alcanzado el nivel de ciencia autónoma, usando factores que agravan o atenúan la culpabilidad, debiendo esta teoría trabajar con el principio de culpabilidad.

Siguiendo con los grados de la culpabilidad, se dice que quien actúa conscientemente contra el orden jurídico, es más culpable, que quien interviene en aspectos jurídicos ajenos por descuido, por lo tanto, las formas de culpabilidad dolo y culpa se sitúan gradualmente una tras otra, ya que la diferencia en la dirección de la voluntad del autor es tan importante (y la culpabilidad por dolo tiene que construirse en forma tal que lo siga siendo), tal como lo señala Bauman: “que aquí el paso de lo grave a lo leve se

interrumpe a través de un grado, el mismo grado es extenso, lo es tanto, que la lesión del bien jurídico ya no es punible, si no existe un especial tipo de culpa”.¹⁰⁶

Resumiendo, la culpabilidad es un acto intensificable y la medición concreta de la pena depende de la medida de la culpabilidad, por lo tanto, en la medición judicial de la pena pueden perseguirse fines preventivos, pero sólo en la medida en que ello no rompa el marco determinado por la culpabilidad.

Por otro lado, al referirme a la autodeterminación en el plano de la culpabilidad en sentido estricto, se observa que el principio de culpabilidad puede enunciarse sintéticamente con la fórmula no hay pena sin reprochabilidad, es decir, no hay delito cuando el autor no haya tenido en el momento de la acción un cierto margen de decisión o, si se prefiere, de libertad para decidir, por ende, el principio de culpabilidad presupone la autodeterminación de la voluntad humana.

Así, cualquier concepción de lo humano sin capacidad de decisión elimina la responsabilidad, y con ella, el concepto mismo de persona y por consiguiente, el del ciudadano, en otras palabras, tanto más capaz de culpabilidad sea el autor, más grave será su culpabilidad y a la inversa.

Por consiguiente, el principio de culpabilidad constituye la exclusión de la responsabilidad por el resultado, sin embargo, sigue siendo la personalidad y la voluntad del autor lo que establece la magnitud de la pena, esa personalidad, a su vez contiene tanto la perversidad, como la peligrosidad del autor, por lo tanto, es lógico que se desconfíe de la justicia, si persisten en la ley expresiones de peligrosidad que resultan directamente contradictorias con el principio “nullum poena, sine culpa”.

¹⁰⁶ Bauman, Jürgen, Derecho Penal, Conceptos fundamentales y Sistema (introducción a la Sistemática sobre la Base de Casos), tr Conrado A. Finzi, p. 216.

Roxin, también es de la opinión, que únicamente por la aceptación de la capacidad humana para dirigir su propio comportamiento, puede razonablemente justificarse la existencia de las normas y sanciones penales, pues de otro modo, no tendrían sentido, por lo que las limitantes al poder punitivo surgen así (por ser propios de una determinada concepción estatal y del derecho penal).

En este sentido, el principio de culpabilidad es capaz de cumplir tal misión, el de ser límite al ius puniendi estatal, según se defina el contenido del concepto de culpabilidad, en este caso, como poder actuar de otro modo, pues no indica ningún criterio, en virtud del cual, desaprueba jurídicamente la actitud interna del sujeto, pues, resulta paradójico atribuir a alguien la culpabilidad por su disposición caracterológica de la que no es responsable.

Mientras que la culpabilidad como fundamento de la pena tiene un efecto perjudicial, para el acusado legitimado, la culpabilidad como medida de la pena no perjudica al delincuente, sino que lo protege, impidiendo que por razones puramente preventivas, se limite su libertad personal más de lo que corresponda a su culpabilidad.

Por lo tanto, el principio de culpabilidad, constituye el límite máximo, barrera infranqueable, que ningún caso puede traspasarse a la hora de determinar la pena aplicable al autor de un delito en el caso concreto.

Al respecto, Welssels manifiesta que el fundamento del principio de culpabilidad y de responsabilidad es “la capacidad del hombre para decidirse libre y correctamente entre el derecho y la injusticia, solamente si existe esta libertad de decisión tiene sentido reprochar al autor la culpabilidad”¹⁰⁷. Por lo que, el principio de responsabilidad del hombre moralmente maduro y psíquicamente sano, constituye una realidad irrefutable de nuestra existencia social.

¹⁰⁷ Wessels, Johannes, *Derecho Penal Parte General*, 4ª edición, editorial Desalma, tr de la 6ª edición alemana de 1976 por el doctor Conrado a. Finzi, Buenos Aires 1980, p. 109.

En síntesis: responsabilidad y autodeterminación son conceptos inseparables, por lo tanto, por el principio de culpabilidad no sólo se presume que el hombre pueda decidir con libertad, sino también correctamente. Junto a la libertad debe hallarse la capacidad para los valores, es más, esta última, es la auténticamente primordial, ya que sin ella las decisiones humanas no podrían venir determinadas por normas de deber.

Simplemente para enriquecer un poco más el tema, comento que dado que la existencia de la culpabilidad concluye la concreción del delito, el juicio de culpabilidad es necesario y suficiente para permitir la aplicación de una pena, el cual es importante para saber qué tanta pena se le puede fincar a un autor en base a su culpabilidad, por lo que el juicio ya no es de reproche, sino en base al merecimiento de la pena.

Tal como lo señala Maurach en términos negativos:

*La punibilidad surge ante la falta de una causal de exclusión de la culpabilidad. En cuanto tales, sólo cabe considerar a la capacidad de inimputabilidad y al defecto inevitable de la conciencia de la ilicitud, dado que la inexigibilidad de la conducta de la norma debe ser pesquisada antes del examen de culpabilidad.*¹⁰⁸

Cabe señalar, por ser el objeto central del presente trabajo, el aspecto de que la supervivencia de la peligrosidad proveniente del positivismo y los delitos cualificados por el resultado, en algunos casos, contravienen al principio de culpabilidad, ya que en estos últimos existe una redacción imprecisa, lo que origina una interpretación injusta que lleva a la existencia de penas elevadas que no corresponden al grado de culpabilidad, por lo que es imperioso que todo el sistema jurídico penal sea objeto de una reforma, pues es necesario que el sentido garantizador de la norma tenga reglas concretas que resguarden la vigencia del principio de culpabilidad.

¹⁰⁸ Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, tr Juan Córdoba Roda, Ed Ariel, Barcelona, España 1962, p. 594.

2. La culpabilidad y el principio de responsabilidad subjetiva

Al sistema racional-final o teleológico funcional, al igual que al finalismo, se le deben algunas innovaciones a la teoría del delito, tales como: la imputación al tipo objetivo y la aplicación de la culpabilidad a la categoría de responsabilidad, que a su vez se compone de la culpabilidad y de la necesidad de la imposición de la pena.

Para ubicarse en el contexto de la responsabilidad, hay que tener presente que en la Escuela Clásica, al fundamentar la pena en la responsabilidad moral, dio un poderoso impulso en el sentido espiritualizador y subjetivo.

Posteriormente al caer el libre albedrío, se hundió también la responsabilidad y por consiguiente el derecho penal fue sustituido por un derecho protector de los criminales, o al menos esa fue la tendencia, por lo que fue imperiosa la necesidad de unificar la pena y el tratamiento correccional cuyos procedimientos curativos y educativos debían actuarse con todos los delincuentes.

A pesar de ello, la Escuela Positiva no suprimió la responsabilidad porque sostuvo que la sociedad también está determinada a defenderse, ya que el hombre es responsable, cualquiera que sea su capacidad moral, por el hecho de vivir en sociedad, por lo tanto, resulta que responsabilidad y exigibilidad son dos términos indisolubles, el hombre responde de su comportamiento por su conciencia, pero esa conciencia está dada socialmente y por ello responde la sociedad toda.

De esta manera, una vez afirmada la responsabilidad de todos los que signifiquen un peligro para la colectividad, se sostuvo que es menester pasar al análisis del elemento subjetivo, el cual sirve para determinar la naturaleza del tratamiento, el cual puede ser curativo y asegurador para el loco; intimidante y correctivo para el ocasional y eliminador para el nato y el

habitual. Sin embargo como se tratará más adelante el progreso de la responsabilidad penal y más específicamente la subjetiva, no ha culminado.

Es preciso mencionar, antes de pasar al estudio de la responsabilidad subjetiva, que el moderno ordenamiento punitivo es un derecho penal de culpabilidad por el acto y no un derecho penal de resultado o de responsabilidad objetiva por el resultado, esto, como la referencia que tenga conexión con el objeto central del presente trabajo.

Ahora bien, iniciaré refiriéndome al principio de culpabilidad el cual, para el pensamiento funcionalista, tiene dos vertientes, en primer lugar supone que no es concebible una pena sin culpabilidad y en segundo lugar, que la pena que en un caso corresponda imponer, habrá de ser proporcional al grado de culpabilidad del agente.

Lo que lleva a la comprensión de que en la pena siempre se presupone la culpabilidad del sujeto, tal como lo señala el maestro Antón Oneca: “En el derecho actual la responsabilidad implica como supuesto la culpabilidad, salvo algunos casos excepcionales”.¹⁰⁹

En contrapartida la medida de seguridad se fundamenta en la peligrosidad criminal del sujeto inimputable, así, mientras que la pena se rige por el principio de culpabilidad (fundamento y límite de la pena), la medida de seguridad se rige por el principio de peligrosidad criminal de un sujeto que realiza un injusto típico no culpable, en base a estos argumentos, se acierta al mencionar que las penas son a los culpables, lo que las medidas de seguridad son a los inimputables ¿pero que es lo que fundamenta esta distinción entre culpabilidad y medida de seguridad?

La respuesta a la interrogante propuesta en el párrafo anterior, consiste en la responsabilidad subjetiva, ésta, como categoría distinta de la culpabilidad, pero, sin embargo necesita de ella para su conformación, ya

¹⁰⁹ Antón Oneca, José, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición, editorial Ediciones Akal, Madrid, 1986, p. 213.

que si la responsabilidad penal es el deber sufrir la pena como la consecuencia jurídica del delito y la culpabilidad es tomada como fundamento y límite de la pena, basada en el actuar de otro modo, por lo tanto, se entiende que la culpabilidad como juicio de reproche, es lo que determina la responsabilidad, como la pena que debe ser cumplida frente a la sociedad, tal como lo señala Antón Oneca “La responsabilidad penal es el deber de sufrir la pena, es la consecuencia jurídica del delito”¹¹⁰, misma situación que trataré de corroborar con el estudio siguiente:

A. diferencias

Si la teoría del injusto establece cuales hechos son objeto de prohibiciones penales y si la responsabilidad después del juicio de reproche, establece bajo que presupuestos el autor es penalmente responsable por un injusto cometido por él, mereciéndose una pena, es claro, por lo tanto sustentar, que aún cuando la culpabilidad presuponga y fundamente a la responsabilidad, no quiere decir que estos sean conceptos iguales, tal como se verá a continuación.

Es importante tener presente que la anterior doctrina penal, distinguía nítidamente la culpabilidad como elemento estructuralmente del delito, y a la responsabilidad como consecuencia de él, sin embargo, en la moderna doctrina se acentúa un acercamiento entre ambos.

Tal como lo señala Garrido Mont:

La culpabilidad se sustentaría en el concepto de responsabilidad “al plantear que la culpabilidad es responsabilidad, necesariamente hay que descender al individuo concreto y por tanto se trata de examinar al sujeto responsable en esa actuación.”¹¹¹

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ Garrido Mont Mario, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2001, p. 206.

Como signo de ese acercamiento entre ambos conceptos, es preciso aclarar que la moderna doctrina penal pretende reemplazar el juicio de reproche, en lo que actualmente consiste, por un puro juicio de imputación moral de desvalor respecto de la delincuencia, por lo que, responsabilizar al autor por su hecho y fincárselo socialmente sería una función de organización social, Mario Garrido Mont señala al respecto: “el reproche de culpabilidad se comporta más que como garantía del individuo, como principio de organización social. La pena no es retribución según esta visión, es prevención”.¹¹²

Otro signo de acercamiento, esta presente, en quienes piensan que la culpabilidad es necesaria como elemento regulador de la pena, pero no como presupuesto de la misma, ni como elemento del delito, ya que el derecho penal no siempre exige para reaccionar contra el injusto penal, que el acto sea reprochable a su autor; a veces se satisface con su pura peligrosidad, tal sucede cuando aplica medidas de seguridad. Muestra de ello está en la forma en que Jakobs conceptualiza la responsabilidad subjetiva, señalando que:

*La unión de los elementos que han de realizarse para poder determinar la deslealtad al derecho del autor, es decir la motivación jurídicamente incorrecta y la responsabilidad del autor constituye el tipo de la culpabilidad aunados a la inexigibilidad (tipo negativo de la culpabilidad) suman el tipo total de culpabilidad paralelos a la situación del tipo del injusto.*¹¹³

Pese a este acercamiento, actualmente continúa la existencia de esta distinción entre culpabilidad y responsabilidad subjetiva, tal como lo denota Roxin en su estimación, en la que propone, seguir utilizando el concepto de culpabilidad cuando se refiere a fundamentar este elemento bajo la óptica de

¹¹² Garrido Mont Mario, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2001, p. 207

¹¹³ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, libro II* *Cáp. III*, trs Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid España, 1997, p 596

considerar que el sujeto pudo actuar de otro modo y utilizar el término responsabilidad cuando se trata de considerarlo como límite de la pena y base de la resocialización y tratamiento del delincuente.

En consecuencia, la culpabilidad es condición necesaria pero no suficiente de la responsabilidad penal, en virtud de lo cual, el mismo Roxin expresa: “la culpabilidad no está determinada ni siquiera indirectamente por los fines de la pena, sino que tiene un contenido propio”.¹¹⁴

Dicho autor entiende a la culpabilidad, como una realización dolosa o culposa de un acto injusto, por consiguiente, aquel prefiere el término responsabilidad que el de culpabilidad, ya que la misma viene acuñada desde el punto de vista político criminal por la teoría de los fines de la pena.

Para conformar la responsabilidad subjetiva, en el principio “Nullum crimen, sine culpa”, es indispensable que la acción delictuosa, como presupuesto de la pena, pase por el reconocimiento de su reprochabilidad por medio de un juicio que la valora teniendo en cuenta lo que el sujeto ha querido hacer o no hacer, tal como lo afirma Creus:

*Trátase, por consiguiente, de un juicio que se formula sobre la subjetividad del autor, en el cual tiene que determinarse la existencia de la voluntad relacionada con la observancia o inobservancia de la norma-mandato, para especificar después si se trató de una voluntad plena no condicionada más allá de las posibilidades del hombre para dominar los condicionamientos, según los límites fijados por el derecho, si esa voluntad fue realmente concebida como contraria al mandato.*¹¹⁵

En el mismo orden de ideas, en la responsabilidad subjetiva, el sujeto responde por la acción que se le puede reprochar por haber actuado con

¹¹⁴ Roxin Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, Roxin, Claus, tr Enrique Bacigalupo, editorial PPU, Barcelona, 1992, p. 122.

¹¹⁵ Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, 5ª edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 227.

voluntad de desconocerle mandato protector del bien jurídico, por dolo o culpa, por consiguiente, la responsabilidad subjetiva, en el reproche, se presenta como fundamento y presupuesto de la sanción, sumándose a la acción materialmente (objetivamente) constituida del ataque al bien jurídico.

Además, antes que la magnitud del ataque, es el grado de reproche, lo que dimensiona la intensidad de la sanción, en tanto sea la de la pena, es decir, cuando no esté dirigida a la reparación debida al titular del bien jurídico menoscabado.

Por consiguiente, la culpabilidad por sí sola (entendida como la posibilidad de actuar de modo distinto) no alcanza a justificar la imposición de la pena, sin embargo, ésta resulta necesaria para la conformación y magnitud de aquella, por lo tanto, se debe tener en cuenta ambos conceptos que en su conjunto dan como resultado el principio de responsabilidad subjetiva.

En conclusión, se asevera que a la culpabilidad se le debe añadir la consideración preventiva general y especial de que la pena es necesaria para inculcar el sentimiento jurídico y la fe en el derecho de la comunidad, pues sin estos criterios, aunque el autor sea culpable, no podrá imponérsele una pena, culpabilidad y responsabilidad subjetiva son por consiguiente, conceptos diferentes pero interdependientes entre sí.

B. ubicación sistémica de cada una de éstas

La ubicación sistémica es diferente entre culpabilidad y responsabilidad subjetiva, pues, de igual forma en que el término responsabilidad ya había sido propuesto con anterioridad al propio Roxin, de igual manera, el situar una ubicación para la integración del elemento subjetivo del delito, ya ha tenido precedentes, y a manera de ejemplo que sirva para acentuar tal distinción, haré referencia a la teoría de la atribuibilidad de Maurach, la cual, con relación a la culpabilidad y al igual que

la responsabilidad subjetiva tienen diversa ubicación dentro del sistema penal.

Esta doctrina ha procurado insertar entre la antijuridicidad y la culpabilidad, lo que denominó atribuibilidad o responsabilidad por el hecho, lo que es un intento por llevar a su máxima expresión, el carácter individual de la culpabilidad, quitándole todo factor estandarizado, esto pese a la crítica de autores como Jescheck quien señaló, que toda la teoría jurídica del delito se levanta por estándares”.

Con respecto al factor estandarizado, en esos casos donde no entra la falta de antijuridicidad, la exclusión de la responsabilidad en ellos se origina por un procedimiento general (no individual, como ocurre en la culpabilidad). Si en la atribuibilidad se toma la capacidad media, en la culpabilidad únicamente estaría en juego la concreta capacidad individual del autor por el hecho, pues tal como lo señala Donha:

Se busca justificar la imputación personal por el hecho no sólo en cuanto merecedor de una pena sino además en cuanto a la medida de seguridad y corrección que, obviamente, no tienen que ver con la culpabilidad propiamente dicha (es un análisis posterior a la antijuridicidad y antes de la culpabilidad strictu sensu), se busca analizar el fundamento general de la responsabilidad (no en el actuar de otro modo), para luego hacerlo en strictu sensu. (Reprochabilidad).¹¹⁶

Este fundamento general, según la teoría hecha por Maurach, se basa en el grado de imputación orientado a las exigencias normales, lo cual se ha de distinguir de la culpabilidad, de tal modo que la responsabilidad por el hecho se excluye por los casos de inexigibilidad por el estado de necesidad.

¹¹⁶ Donna, Edgar Alberto, *Teoría del Delito y de la Pena*, editorial Astrea, Buenos Aires 1995, p. 187.

Al respecto, Jakobs objeta la teoría de la responsabilidad por el hecho al denotar:

(...) no es correcto su punto de partida: en las llamadas causas de inexigibilidad no se trata de orientarse por las exigencias que la gente normal no puede cumplir, sino de que la ley puede presumir una presión motivacional individual porque (y en la medida en que) la situación indisponible para el autor ya explica suficientemente la deslealtad al derecho.¹¹⁷

Ahora bien, al igual que la responsabilidad subjetiva, la atribuibilidad tiene etapas, la primera basada en la política criminal, así, si el sujeto ha cumplido las exigencias mínimas, pues por debajo de ellas, al Estado ya no le interesa sancionar (al derecho no le interesa ya tal poder actuar de otro modo), entonces su estudio en la culpabilidad sale sobrando, en virtud de lo cual, la consecuencia de la falta de atribuibilidad derivaría, básicamente, de que de la no imposición de pena en esos supuestos tomaría inútil el examen de la culpabilidad.

En consecuencia, en la atribuibilidad se deben considerar situaciones que tienen como base las valoraciones del autor, como miembro de una sociedad y con los fines de la política criminal. Sólo después de esto, señala dicha teoría de Maurach, se analiza la culpabilidad tal como tradicionalmente se le ve, esto es desde un punto de vista estrictamente individual, para ver si el sujeto tenía el poder individual para comportarse de acuerdo a la norma.

Al respecto Jakobs señala:

El objetivo de establecer un escalón de responsabilidad con respecto a la culpabilidad obedece a las disposición de las consecuencias del delito y de las consecuencias sistémicas sin responsabilidad por el

¹¹⁷ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, libro II* *Cáp. III*, trs Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid España, 1997, p. 595.

*hecho se excluirían las medidas de seguridad y además sólo cabría participación en un hecho por el que hay que responder.*¹¹⁸

Cabe señalar, que con esta categoría Maurach trata de explicar el estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable, el exceso de una causa de justificación y el que ya no sea necesario aplicar una medida de seguridad en caso de inimputabilidad, pues si se descarta la responsabilidad, ya no es necesario analizar la culpabilidad como tal.

Para conjuntar estas ideas con las de responsabilidad subjetiva, hay necesidad de analizar la teoría de la atribuibilidad como conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica antijurídica y atribuida, sea criminalmente responsable de la misma, condiciones que dependerán de las teorías que se adopten respecto de las finalidades de la pena (las absolutas y las de prevención especial y general). Lo que da la pauta para hablar de culpabilidad y responsabilidad subjetiva, en vez de responsabilidad por el hecho (atribuibilidad) y culpabilidad.

Ahora bien, si la responsabilidad por el hecho (teoría de la atribuibilidad), por sí sola no lleva a la imposición de pena, ella es la base para la aplicación de penas y medidas de seguridad, y si el autor además es culpable deberá ser castigado, pero si es inculpable, pero peligroso se impondrá medida de seguridad, por lo tanto, es claro que el análisis de la responsabilidad para Maurach es anterior al de la culpabilidad.

Por su parte la responsabilidad subjetiva creada por el funcionalismo, considera los mismos aspectos únicamente que lo hace en una etapa posterior a la culpabilidad, y no anterior como la atribuibilidad, de esta manera, al considerar un doble precepto de culpabilidad, uno para la función que justifica la aplicación de la pena bajo el término de responsabilidad, (cuyo fundamento es la idea de pertenencia a la sociedad buscando reforzar el derecho con la confianza hacia el Estado y no basado en la protección de

¹¹⁸ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, libro II* Cáp. III, Idem.

lo malo que le pase a sus habitantes); mientras conserva otro precepto anterior al de responsabilidad, bajo el término culpabilidad, para la función de ser el límite de la pena.

En conclusión, para Roxin, la culpabilidad no fundamentará la pena por sí sola, pues requiere de la presencia de la responsabilidad, por lo tanto, ambos preceptos están inmersos dentro del término responsabilidad subjetiva, por un lado la culpabilidad como reproche e incluso como principio, y por el otro lado la responsabilidad como necesidad de la pena.

3. La responsabilidad objetiva o responsabilidad por el producto.

Breve reseña histórica de la responsabilidad en la antigüedad, señalada por el maestro Antón Oneca:

En los pueblos primitivos la responsabilidad tuvo el carácter objetivo. Fue una respuesta al delito, concebido como daño, se intentó eliminarlo y, al no poder conseguirlo, la responsabilidad por este, recayó sobre alguien que estuviera unido al mismo, y no siempre ligado por la causalidad material; a veces lo estaba por un vínculo de contigüidad o de semejanza afectiva (familiares del autor, enemigos de la tribu, etc.).¹¹⁹

Posteriormente, en la teoría del delito se han propuesto varias sistemáticas, por ejemplo: la teoría clásica de Liszt y Beling, que consistió en separar los elementos objetivos de los subjetivos del hecho, esto, como criterio diferenciador y sistemático, para entender lo injusto como el lado objetivo del hecho y la culpabilidad como el lado subjetivo.

Además, cabe mencionar, que el dolo como característica central de la culpabilidad, pasó a ser con el finalismo un proceso causal dirigido desde

¹¹⁹ Antón Oneca, José, *Derecho Penal, Parte General*, 12ª edición, editorial Ediciones Akal, Madrid, 1986, p. 212.

el fin, por lo que, en vez de ser factor de la culpabilidad pasó a ser factor decisivo de la acción típica.

Después, la síntesis neoclásica-finalista (de Jescheck, Galas, Wessels) que distinguió al injusto, de la culpabilidad, caracterizándolos, al primero, como el desvalor de la acción y a la segunda como el desvalor de la actitud interna o el poder evitar del autor, respecto de la realización antijurídica del tipo, por lo tanto, injusto es igual al juicio de desvalor sobre el hecho y la culpabilidad es igual al juicio de desvalor sobre el autor.

Por otro lado, el funcionalismo, rechaza al igual que el finalismo, la división de elementos en objetivos y subjetivos (sustento del sistema causalista) y acepta que todos los elementos del delito se apoyan tanto de elementos objetivos, como de subjetivos, lo que sirvió de apertura a toda la teoría del delito.

Sin embargo, las cosas no son tan simples como parece a primera vista, la expresión responsabilidad por el resultado no es situación unitaria de todos los derechos primitivos y tampoco la nombrada responsabilidad por la culpabilidad señala una meta común y determinada de toda evolución jurídica, pues de ser así, significaría que el concepto de culpabilidad fuera la meta de la evolución jurídico-penal, situación que no es la única que se ha suscitado, a través del desarrollo del derecho punitivo.

Por tal motivo, a pesar de esta aparente evolución, en la cual, no podrá ser efectiva la responsabilidad en el autor que sin intención ni culpa, realiza el hecho delictuoso, aún es visible que hay signos de responsabilidad objetiva en los modernos ordenamientos jurídicos, por ejemplo en el sistema penal español, tal como lo señala el maestro Miguel Polaino Navarrete:

El modelo de culpabilidad por el acto es acogido expresamente en el artículo cinco del código penal en virtud del cual “no hay pena sin dolo e imprudencia” aunque luego el propio legislador no es coherente con

*tal principio al prever determinadas hipótesis de delitos cualificados por el resultado.*¹²⁰

En virtud de los aspectos anteriores, es necesario el siguiente cuestionamiento ¿es posible responsabilizar por un hecho típico antijurídico a una persona en cuanto miembro de la comunidad jurídica? Pero resulta aún más necesario responder de la siguiente manera: que si bien la responsabilidad por el hecho, por sí sola no lleva a la imposición de la pena, es claro que ella es, según el sistema funcionalista, la base común para la aplicación de penas o medidas de seguridad.

Antón Oneca respalda la anterior respuesta al manifestar al respecto:

*El delito es en primer término conducta externa del hombre, valorada por el ordenamiento jurídico como contraria al mismo (elemento objetivo del delito), pero sólo cuando esa acción externa corresponde una actuación interna que el ordenamiento jurídico desapruere, declaramos al sujeto culpable.*¹²¹

En otras palabras, una vez comprobada la existencia de una acción externa antijurídica, se procede a investigar la culpabilidad, en cambio suele negarse la posibilidad de acciones culpables no antijurídicas, por lo tanto, el derecho versa sobre hechos externos, pues aunque se tenga la intención si no hay hecho, no hay delito, lo que confirma la aseveración de que el delito es un filtro.

Mario Garrido Mont por su parte señala: “la concurrencia de la tipicidad y de la antijuridicidad determina el carácter delictivo de un hecho,

¹²⁰ Polaino Navarrete, Miguel. *Fundamento Dogmático del Derecho*, Editorial Porrúa, México 2001, p. 583.

¹²¹ Antón Oneca, José, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición, editorial Ediciones Akal, Madrid, 1986, p. 211

pero no permite sancionar al sujeto que aparece como su autor a menos que pueda personalmente reprochársele ese comportamiento”¹²².

De tal manera, no siempre es punible la ejecución de una actividad típica y antijurídica; la tipicidad y la antijuridicidad son características que debe cumplir el hecho, para ser delito, pero para imponer sanción al sujeto se requiere que este cumpla algunas condiciones que lo hacen merecedor de la pena. De modo que no se castiga al autor por la simple ejecución de un hecho, sino cuando lo realiza en determinadas circunstancias.

Günter Jakobs maneja que hay dos tipos, uno total de culpabilidad y otro de injusto, este pertenece a su vez a aquél, se une por el conocimiento de la antijuridicidad, por lo que señala que: “no hay que temer que se desvanezcan los límites entre ambos por la inclusión del tipo antijurídico de la culpabilidad”.¹²³

Dicha respuesta se apoya también con lo establecido por la moderna teoría penal, la cual señala que lo primero que se hace para saber si una conducta es dolosa o culposa, es determinarla en base a la imputación objetiva, lo que permite sustentar si se le podrá imputar al sujeto la conducta típica, posteriormente, se debe estudiar la culpabilidad en base a ese tipo, para finalmente estudiar la responsabilidad para saber si es necesario la pena.

Sin embargo, Roxin reconoce que: “la teoría de la imputación objetiva, toma elementos subjetivos independientes de los factores subjetivos del tipo”.¹²⁴ Lo que demuestra que la imputación objetiva y en consecuencia la responsabilidad objetiva se apoya de elementos subjetivos.

¹²² Garrido Mont, Mario, *Derecho Penal, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2001, p. 195

¹²³ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, libro II* *Cáp. III*, trs Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid España, 1997, p. 596

¹²⁴ Roxin, Claus, *Teoría del Tipo Penal*, editorial Depalma, Buenos Aries, 1979, p. 70.

De todo esto, aplicar penas en atención al mero resultado dañoso, sería retornar a la sanción por el mero resultado (*Versari in re illicita*), así, Roxin, busca salvar su teoría de la imputación objetiva con elementos subjetivos, pero no aclara cuales elementos son del tipo y cuales solamente relevantes para el juicio de riesgo, por lo tanto, a criterio personal, un derecho penal de responsabilidad por el resultado, inspirado en el clásico principio del *versari in re illicita*; sanciona a cualquier persona culpable o no, si de su acción deriva un resultado lesivo aún no querido.

Por ende, es menester hacer distinción entre responsabilidad objetiva e imputación. En referencia a este último, quiero señalar que para que un resultado sea imputable a un sujeto, se debe comprobar la existencia de un nexo causal efectivo entre la acción y el resultado, el finalismo lo explica a partir de un subjetivismo, la idea del fin que persigue la acción típica, pero el funcionalismo se basa en la teoría de la equivalencia de las condiciones, en la cual, únicamente se puede imputar a una persona, cuando haya creado un riesgo desaprobado que a su vez produzca un resultado típico.

En cuanto a la responsabilidad objetiva, partiendo de que el derecho tiene dos modos de hacer responder al sujeto por sus acciones que distinguen la responsabilidad objetiva de la subjetiva; por la primera responde, porque su acción menoscaba un bien jurídico (lo que el derecho pretende primordialmente volver a equilibrar, son las relaciones de bienes que la acción desequilibra); por la segunda responde porque la acción se le puede reprochar por haber actuado con voluntad de desconocer el mandato protector del bien jurídico con dolo o culpa, por lo tanto, el reproche es fundamento o presupuesto de sanción sumándose a la acción materialmente (objetivamente), constituyendo el ataque al bien jurídico.

Al respecto, Carlos Creus señala:

La responsabilidad objetiva se extiende a cualquier caso de desequilibrio, aunque esta no provenga directamente de la violación de un mandato jurídico (responsabilidad por riesgo creado que en

*verdad presuponen desequilibrios producidos por actividades ilícitas, aunque erróneamente se habla en ellos de una ilicitud de los resultados.*¹²⁵

Por lo tanto, en la teoría del hecho ilícito, se fundamenta la sanción, siempre con la responsabilidad subjetiva presunta (que tiene los mismos efectos que la objetiva).

Por último, el maestro Orellana Wiarco establece: “el problema causal se resuelve a nivel objetivo tomando en cuenta la atribución del sujeto al crear este un riesgo jurídicamente relevante y si es típico, le es atribuible ese resultado”¹²⁶, dando la pauta para formular una interrogante más ¿el ordenamiento jurídico penal, estará en presencia de una vuelta al objetivismo?

4. La culpabilidad y el error de prohibición.

Hay autores (Liszt y Mezger) que se ocupan del error entre las causas de inculpabilidad, considerando al dolo como aspecto negativo del aquél, y de entre ellos, Antón Oneca al respecto puntualiza: “Cuando falte la conciencia estará ausente el dolo. El error es el reverso, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo (conocer y querer)”¹²⁷. Así, en el derecho penal, el error es la no representación de los hechos delictivos efectuados o de su significación antijurídica.

Dicho discernimiento se completa con lo establecido Orellana Wiarco: “Todo conocimiento falso, significa precisamente un no conocimiento y este es un conocimiento erróneo”.¹²⁸ Por lo que es lógico pensar que nada puede ser querido, sin antes ser conocido.

¹²⁵ Creus, Carlos, *Derecho Penal parte general*, 5ª edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 227

¹²⁶ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal Parte General*, editorial Porrúa, edición México, 1999, p. 368.

¹²⁷ Antón Oneca, José, *Derecho Penal*, 2ª edición, editorial Ediciones Akal, Madrid, 1986, p. 233

¹²⁸ Idem.

Ahora bien, en un principio el finalismo consideró la teoría del error como una sola, sin distinguir el error de hecho o de tipo, del error de derecho o de prohibición, por lo que ambos tenían que ser estudiados en la acción y subacción en el tipo y no en la culpabilidad.

Actualmente, hay quienes aún piensan que no es válido diferenciar entre estos errores, pues consideran que únicamente sobre hechos se puede errar, sin embargo, para otros, un error sin significación jurídica no tiene interés para el derecho, siendo válida la distinción, en la cual el error sobre los hechos integradores del tipo delictivo excluyen al dolo (error de tipo), y el error en la conciencia de la antijuridicidad excluya a la culpabilidad (error de prohibición), del cual haré referencia un poco más adelante.

Uno de los autores que indica dicha distinción es precisamente Orellana Wiarco, quien asevera: “En el sistema finalista la teoría del error aparece como error de tipo cuando el sujeto se equivoca sobre alguno de los elementos típicos; o bien, cuando el error versa sobre la antijuridicidad de la conducta da lugar al error de prohibición”.¹²⁹

Al respecto el maestro Enrique Díaz Aranda manifiesta conjuntamente con English:

*La acción es configuración consiente de la realidad, el dolo de un delito exige el conocimiento del acto en todas las características que le pertenecen al tipo objetivo del injusto.(...) Por consiguiente, si el dolo pertenece a la acción entonces también pertenece el conocimiento del acto cuya falta como error excluye al dolo, ese conocimiento significa parcialmente una valoración adjunta a la valoración jurídica, por lo que se analiza en la acción cuestiones relativas al tipo del injusto, y la valoración de este se debe conocer en la doctrina de la culpabilidad, pero no en la acción.*¹³⁰

¹²⁹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal Parte General*, editorial Porrúa, edición México, 1999, p. 324.

¹³⁰ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo* Editorial Porrúa, México, 2005, p. 72.

Dicha postura es apoyada por Díaz Aranda al poner de manifiesto que: “se debe analizar los supuestos de error exclusivamente en el tipo y algunos supuestos deben llegar a la culpabilidad”.¹³¹

Siendo congruente con la teoría finalista, en cuanto a que el error de hecho es error de tipo y este se actualiza cuando alguien no conoce, al cometer el hecho, una circunstancia que pertenece al tipo legal. Así, el error de tipo es el recurso del dolo de tipo, porque quien actúa “no sabe lo que hace”, le falta para el dolo de tipo, la representación necesaria.

Continuando con el estudio del error de hecho, es importante tener presente que éste se representa tanto en Error in abiecto y aberratio ictus. El primero existe cuando la acción se dirige contra un objeto distinto del que estaba en la representación del sujeto (también comprendido en el error in persona), el segundo tiene lugar cuando estando realmente dirigida la acción contra el objeto que estaba en las miras del agente, recae sobre otro objeto distinto.

También es conveniente diferenciar entre el error esencial y el error accidental, el primero se refiere al error que excluye el dolo por los hechos que no entran en la representación del agente, el cual puede eliminar totalmente la responsabilidad o sólo el dolo dejando subsistente la responsabilidad y el segundo ocurrirá cuando podía haber sido cuidado mediante el empleo de la atención y cuidado exigibles, según las circunstancias.

Una vez determinado el error de hecho, del cual fue necesario su estudio, por razones de distinción, me ocuparé de la identificación del error de prohibición y de sus tipos vencible e invencible.

¹³¹ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo* Editorial Porrúa, México, 2005, p. 73.

Existe error de derecho, cuando el sujeto activo cree infundadamente que la conducta que ejecuta es lícita, pero en realidad no lo es, tal como lo señala Terragni: “es una derivación del principio de culpabilidad, cuando el autor de un delito ignora que el hecho está prohibido o que siendo prohibido es no punible, o cree actuar justificadamente”,¹³² pero esto no siempre es tomado así, por lo que antes de comenzar el estudio del error de prohibición, hay que hacer las siguientes salvedades:

a) Tal como he asentado, en el sistema finalista, el error de derecho es tratado como error de prohibición, por lo que este, no es el desconocimiento del precepto jurídico concreto, en virtud del cual se castiga el hecho, sino es la falta de conocimiento de la contradicción al derecho, en términos generales, la intención de violar la prohibición.

Sin embargo, tal como lo señala Orellana Wiarco: “El error de prohibición tampoco puede ni debe identificarse a error de derecho, el error de prohibición recae sobre la antijuridicidad del hecho real y tal error se puede dar sobre supuestas facetas no necesariamente normativas ejemplo los estados putativos.”¹³³ Por lo que de igual forma el error de hecho no es error de tipo ya que hay errores de hecho que pueden dar lugar a errores de tipo, o bien a errores de prohibición.

En un mismo orden de ideas, se le crítica a Roxin, por reavivar la discusión entre el error de hecho y de derecho, ya superada, porque dicho autor piensa que el error de prohibición será siempre un puro error de derecho y en ningún caso un error de hecho, pues es esto, lo único que acepta, de tal precepto, de lo demás está en franca oposición, tal como lo afirma con el siguiente argumento:

El tipo penal no se compone únicamente de elementos fácticos, también de elementos normativos (...) de todo eso se deduce que un

¹³² Terragni Marco Antonio, *El Delito Culposo*, editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina 1990, p. 172.

¹³³ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal Parte General*, editorial Porrúa, edición México, 1999, p. 346.

*resurgimiento de la distinción entre error de tipo y de derecho debe excluirse ya en el momento en que el error sobre la valoración jurídica del hecho total queda reducido a la esfera del error de prohibición. Tal crítica sería correcta si toda valoración jurídicamente falsa fuera sustraída del ámbito del error de tipo. Pero esto no ocurre en la posición que nosotros proponemos.*¹³⁴

b) Por otro lado, ya Liszt señalaba, como bien comenta Antón Oneca, “el dolo quedaría excluido por el error de subsunción, por lo que sólo podrán delinquir los juristas, la subsunción, es la correcta ubicación de los hechos bajo la ley”¹³⁵, sin embargo, Mezger por su parte estableció que “el profano legal, si bien, sí conoce por lo regular cuando su conducta delictiva es contraria a las exigencias jurídicas”.¹³⁶

De tal manera que en el error de derecho penal, se constituye el deber jurídico de conocer la ley penal o presunción de conocimiento de las leyes penales como las normas éticas fundamentales, por lo que son rarísimos los casos en que se alegue desconocimiento de la ley, por la notoria publicidad de los juicios y de la trascendencia de las sanciones, al respecto, cabe mencionar que la doctrina viene admitiendo como no eximente de dolo el error de derecho, ya que la ignorancia del derecho no excusa ni aprovecha a nadie.

En relación, Calderón y Choclan sostienen que:

El conocimiento eventual para afirmar el conocimiento de la antijuridicidad. Así, quien tiene dudas sobre si un hecho está o no permitido, pero admite como probable su prohibición, no puede invocar el error de prohibición ni pretender una atenuación de la pena.

¹³⁴ Roxin, Claus, *Teoría del Tipo Penal*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 236 y 237

¹³⁵ Antón Oneca, José, *Derecho Penal*, 2ª edición, editorial Ediciones Akal, Madrid, 1986, p. 239.

¹³⁶ loc. cit. p. 239

*Ello es correcto si el sujeto tuvo plena posibilidad de desvanecer sus dudas*¹³⁷.

c) En cuanto al carácter culposo del error de derecho, si en este se establece una presunción (juris et de jure), se estaría a espaldas del principio de culpabilidad, pues si se admite el dolo cuando el desconocimiento de la antijuridicidad es culposa, es transformar arbitrariamente una responsabilidad culposa en dolosa.

Una vez hechas las anteriores salvedades señalaré con más fundamento en qué consiste el error de prohibición, de tal suerte que para Johannes Wessels, “es un error sobre la antijuridicidad (la prohibición jurídica) del hecho o que el autor sabe lo que hace típicamente, pero cree erróneamente que está permitido”,¹³⁸ en otras palabras, un sujeto incurre en error de prohibición cuando este, a pesar de conocer la situación típica, considera que el hecho no está prohibido por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la ausencia de conocimiento de la antijuridicidad excluye la culpabilidad, pero deja subsistente un hecho típico y antijurídico realizado en forma dolosa.

Ahora, respecto al objeto central del presente trabajo de investigación, cuando el delito ejecutado sea mayor que el propuesto, existe la preterintencionalidad, por consecuencia, en los delitos cualificados por el resultado, el error acerca de este es irrelevante, por ejemplo, el que abandonando a un menor de siete años, causare su muerte, incurrirá en las penas aunque no se haya representado la consecuencia, lo que significa la posibilidad de imputar la responsabilidad al autor que realizó la conducta sin dolo o culpa, circunstancia que he venido determinando como aspecto contrario al principio de culpabilidad.

¹³⁷ Calderón y Choclan, *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, editorial Bosh, Barcelona 1999, p. 207

¹³⁸ Wessels, Johannes, *Derecho Penal Parte General*, 4ª edición, editorial Desalma, tr de la 6ª edición alemana de 1976 por el doctor Conrado a. Finzi, Buenos Aires 1980, p. 129.

Sin embargo, estará prohibido aplicar la ley con carácter general, para dejar de imputar agravantes objetivos, que no están en la representación en el agente, pues no hay razón ninguna para privar al autor ejecutor, de un beneficio expresamente establecido en la ley para los delincuentes. Tal como Antón Oneca señala:

*Sin embargo, el derecho criminal moderno precisamente por la trascendencia de sus sanciones se asienta sobre la culpabilidad, es pues, la voluntad antijurídica exteriorizada realizada lo que se castiga y donde se castigue sin voluntad antijurídica, hablaremos de ver un residuo de responsabilidad objetiva.*¹³⁹

A. Vencible, consecuencias jurídicas

Antes de iniciar con el error vencible, es importante señalar la diferencia entre la postura finalista y su antecesora, partiendo de que el dolo para aquélla es conocimiento y voluntad, y para la Escuela Clásica es, además, conciencia de que está prohibido.

Para aclarar esta diferencia haré uso del siguiente ejemplo: en un caso en donde alguien se presenta a votar por su hermano, creyendo que no es un delito votar por él.

Para el finalismo sí hay dolo y su error se estudia hasta la culpabilidad, teniendo como consecuencia jurídica una atenuación de la pena, en cambio, en la tesis clásica, si el dolo se estudia en la culpabilidad se le podía exigir a aquel, un mínimo de cuidado para salir de su error, por lo que ese error de prohibición vencible reconduce a la culpa no al dolo con atenuación, por lo tanto, se pueden tener dos tipos distintos de solución, una para el finalismo y otra para el sistema clásico, en base de aplicar uno u otro sistema.

¹³⁹ Antón Oneca, José, *Derecho Penal*, 2ª edición, editorial Ediciones Akal, Madrid, 1986, p. 240 y 241.

Por su parte, el causalismo niega la existencia del dolo, cuando alguien obra con falta de la conciencia de la antijuridicidad y con conducta no culpable, ya que en esta teoría, se considera que el delito deberá sancionarse como culposo, no como doloso.

Por otro lado, en el finalismo, no se puede presentar el error como causa de inculpabilidad ya que si el error de prohibición es vencible puede dar lugar únicamente a atenuar la culpabilidad, es decir, la reprochabilidad y por ende la penalidad, pero no podría convertirse una conducta dolosa en culposa, tal como algunos autores, de entre ellos Antón Oneca, han llegado a sostener: “El error vencible de prohibición, no anula el dolo, lo atenúa, pero no lo convierte en culposo, como en el sistema clásico”,¹⁴⁰ por lo que, de la misma manera, serán la culpabilidad y pena correspondientes al error, atenuados dentro de los tipos dolosos.

De igual manera, en que existen diferentes consecuencias entre la aplicación de una u otra teoría, la distinción dentro de la teoría del error, entre error vencible y no vencible es significativa para el derecho, por presentar consecuencias jurídicas distintas.

Partiendo de que queda claro que el error de prohibición, es cuando el sujeto se equivoca respecto al conocimiento de la antijuridicidad de su conducta o cuando el autor que sabe lo que hace, supone que estaría permitido, porque no reconoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causal de justificación.

Cada uno de los anteriores ejemplos de error excluye la reprochabilidad, cuando es evitable, así, la falta de comprensión de lo injusto, no afecta como error de prohibición al dolo, sino tan sólo a la culpabilidad, en otras palabras, la conciencia de la antijuridicidad de estar

¹⁴⁰ Antón Oneca, José, *Derecho Penal*, Idem.

prohibido, es un elemento de la culpabilidad (de la reprochabilidad) pero no del dolo, si aquel fuera evitable.

De tal manera al tratar al error vencible, donde debido a las circunstancias existentes, se dé lugar a este (pues hubiera bastado un poco de cuidado o reflexión para advertir la posible equivocación), Günter Jacobs señala:

Si el error es evitable, el hecho conserva la forma de dirección (dolo o imprudencia) en que se ejecutó, y sigue siendo, atenuadamente, culpable. Ejemplo: matar dolosamente a una persona, habiendo supuesto erróneamente un peligro de muerte no evitable de otro modo, constituye un homicidio doloso culpable. La culpabilidad se aminora al aproximarse a la inevitabilidad; del mismo modo ha de atenuarse la pena; en caso de extrema aproximación y de que quede una medida mínima, cabe la atenuación¹⁴¹.

Dicha postura también es compatible con la señalada por Wessels

Según la teoría de la culpabilidad, las consecuencias jurídicas del error dependen de la posibilidad de evitarlo, el error inevitable de prohibición hace desaparecer la reprochabilidad de la realización del tipo y es por consiguiente causa de exclusión de la culpabilidad y el error evitable de prohibición puede (no debe) producir disminución de la culpabilidad con la consecuencia de que la pena correspondiente al dolo ha de atenuarse.¹⁴²

De esta manera, se explica, que en el error vencible de prohibición exclusivamente procede una atenuación de la pena del delito doloso, en otras palabras, si el error de un sujeto era vencible, su acción será sin duda

¹⁴¹ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, libro II Cáp. III*, trs Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid España, 1997, p. 623.

¹⁴² Wessels, Johannes, *Derecho Penal Parte General*, 4ª edición, editorial Desalma, tr de la 6ª edición alemana de 1976 por el doctor Conrado a. Finzi, Buenos Aires 1980, p. 132.

dolosa y antijurídica, pero su culpabilidad resultará atenuada y la pena deberá ajustarse a esa medida atenuada, pudiendo disminuirse.

B. Invencible, consecuencias jurídicas

En la teoría general del error, este resulta invencible cuando versa : a) sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo 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. Este último inciso se constituye en el error de prohibición y el error del tipo se constituye cuando el error se refiera a lo establecido en el primer inciso.

El error de tipo si es invencible destruye el dolo y la antijuridicidad de la conducta y anula la culpabilidad.

Así, el error de prohibición inevitable, como se ha visto, es para la Escuela Finalista causa de exclusión de la reprochabilidad.

Si el error de prohibición, es invencible, la conducta de una persona es dolosa pero inculpable, ya que el autor equivocó sobre la comprensión antijurídica de esa conducta que él creyó jurídica. Así entonces, la conciencia de la antijuridicidad de estar prohibido, es un elemento de la culpabilidad (de la reprochabilidad), pero no del dolo.

Ahora bien, si el error sobre la antijuridicidad es inevitable a pesar del uso del cuidado que de él cabía esperar, se excluye culpabilidad y pena, en otras palabras, si el conocimiento de la antijuridicidad es elemento de la culpabilidad no puede reprocharse el hecho a su autor, cuando de un modo no evitable no pudo tener aquel conocimiento.

Al respecto Günter Jakobs señala:

*Si el autor supone un hecho, con cuya concurrencia real y conocida estaría exculpado, a causa de la presión psíquica que el hecho comporta, en caso de error estará exculpado si concurre una presión, motivacional realmente, no sólo presuntamente y el error inevitable, en esa medida una causa de exculpación sólo puede contar de elementos subjetivos. El principio formulado en general, por un amplio sector de que los presupuestos de la inexigibilidad imaginados con error inevitable tienen siempre, debido a la idéntica situación psíquica, el mismo efecto exculpante que los presupuestos conocidos acertadamente, es abiertamente incorrecta ya que no tiene en cuenta que la exculpación depende de la posibilidad de afrontar de otro modo el conflicto.*¹⁴³

Por consiguiente, no basta una presión motivacional meramente presumible, tal como lo señala Terragni: “Para que una norma pueda motivar al usuario y serle demandado su acatamiento, debe asegurarse la posibilidad de conocerla”.¹⁴⁴

En conclusión, faltándole al autor, en la comisión del hecho, la comprensión del injusto de su actuar, el error produce sus efectos, si no lo pudo evitar, no habrá obrado culpablemente y si hubiese podido hacerlo, obrando con mayor cuidado, únicamente cabe la posibilidad de una atenuación de la pena.

5. La culpabilidad, prevención general, merecimiento y necesidad de la pena.

Partiendo de que para todo jurista se debe crear un sistema abierto a las necesidades y fines sociales, o sea, un sistema que sea susceptible de modificarse, tal como lo asevera Muñoz Conde: “Si se quiere comprender la

¹⁴³ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, libro II* *Cáp. III*, trs Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid España, 1997, p. 621.

¹⁴⁴ Terragni, Marco Antonio, *El Delito Culposo*, editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina 1990, p. 173

esencia del derecho penal se debe tener en cuenta los fines de la comunidad y construir un sistema abierto a los problemas y fines sociales. De este modo puede que el edificio sistemático pierda en belleza pero gane en funcionalidad y eficacia".¹⁴⁵

Al tener presente lo afortunado que fue para la teoría funcionalista, el señalar que la culpabilidad debe basarse en la necesidad de imponer una pena, pero siempre y cuando se demuestre por medio de la política criminal, que es necesaria para el equilibrio de la vida en sociedad, pero si a su vez, la pena se justifica en la culpabilidad del delincuente, resulta necesario concebir que la culpabilidad cumple dos funciones.

Una primera función, que justifica la aplicación de la pena que puede devenir en sentido retributivo, de prevención general o de prevención especial, dependiendo de la política del Estado, al respecto Garrido Mont es oportuno al establecer que:

*El papel preventivo especial de la sanción penal, al evitar que el sujeto delinca, proyectando la culpabilidad al campo de los fines de la pena, la pena pierde su naturaleza retributiva, que para Kant era su única justificación, y adquiere naturaleza utilitaria, se transforma en una amarga necesidad que debe emplearse con mucha ponderación por el Estado y por los tribunales, no en forma arbitraria o exagerada, pues sobrepasados ciertos límites, se hace inefectiva.*¹⁴⁶

Sin embargo para otros debe contemplarse como un desarrollo ulterior del neokantismo. Tal como lo señala Schünemann:

En efecto el moderno pensamiento teleológico tiene en común con aquella corriente, la deducción de los diferentes niveles sistemáticos de los valores y fines que desempeñan el papel rector (...) es el fin de

¹⁴⁵ Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, editorial Montevideo, Buenos Aires, 2003, p. 276.

¹⁴⁶ Garrido Mont, Mario, *Derecho Penal, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2001, p. 205.

*prevención, que constituye hoy el valor rector, reconocido de modo general, de la administración de la justicia penal.*¹⁴⁷

Y la otra función de la culpabilidad es ser el límite hacia arriba, en el momento de la individualización de la pena, pues a nadie se le puede imponer una pena más allá del límite de su culpabilidad (lo cual ya se ha comentado en capítulos precedentes).

Sin embargo, también cabe recordar, que antes del funcionalismo la culpabilidad era la medición de la pena hacia arriba, como el monto máximo de merecimiento de la pena y hacia abajo el mínimo a imponer, por lo que si había culpabilidad se debía de imponer una pena, aunque mínima, tal como lo señala Terragni:

*El límite de la pena debe de ser la culpabilidad, tanto en el extremo inferior como en el superior, esté último por la razón obvia de que el principio de legalidad lo es del delito y de la pena y respecto del primero las consideraciones de prevención especial deben jugar de manera tal que a nadie se le aplique una pena si esta no tendrá sentido alguno.*¹⁴⁸

Pero con el surgimiento de la teoría funcionalista, la culpabilidad ya no es límite hacia abajo de la pena, pudiéndose presentar una conducta típica, antijurídica y culpable, pero no punible, cuando los fines de la pena así lo indican, bien por ser una conducta irrelevante socialmente, o bien por no ser necesaria su sanción como prevención para el resto de la sociedad.

En consecuencia, el Estado encuentra una limitante a su poder punitivo, pues ya no sólo la culpabilidad es suficiente para imponer pena, además se requiere de una justificación puramente político criminal y

¹⁴⁷ Schünemann, Bernd, *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Estudios en Honor a Claus Roxin en su 50.º aniversario*, tr Jesús María Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid 1991, p. 67.

¹⁴⁸ Terragni, Marco Antonio, *El Delito Culposo*, editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina 1990, p. 170

empíricamente verificable de la imposición de una pena basada en las necesidades preventivas.

De esta manera, la función limitadora de la punibilidad del principio de culpabilidad se sacrifica por la prevención general, de tal manera que la punibilidad del individuo no se rige ya por las circunstancias que residen en su persona, sino por aquello que es necesario, supuestamente, para ejercitar al ciudadano en la fidelidad al derecho, en pocas palabras, para la estabilización de su confianza en el ordenamiento.

Al respecto, hay quienes (Jakobs y Roxin) admiten una pena inferior a la culpabilidad cuando la prevención especial así lo aconseje, siempre que no sea contraria a la defensa del ordenamiento jurídico y que también en esos casos excepcionales de peligrosidad extrema, la imposición de medidas pueda ser superior a la pena.

De tal manera, el concepto funcional de culpabilidad se entiende como una asignación preventivo general. Pues al respecto Jakobs infiere:

*La culpabilidad está determinada por el fin". "Sólo el fin da contenido al concepto de culpabilidad" este fin lo ve en la prevención general, y por cierto entiende "prevención general no en el sentido de intimidación, sino de ejercicio de fidelidad en el derecho". El "fin determina directamente la culpabilidad" es "la estabilización de la confianza en el orden destruida por el comportamiento delictivo."*¹⁴⁹

Roxin por su parte señala: "No puede servir al ciudadano para la confianza en el ordenamiento, que llegado el caso de confirmación o negación de su culpabilidad, no dependa de su persona, sino de factores

¹⁴⁹ Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito Elementos en Base a la Política Criminal*, tr Enrique Bacigalupo, editorial PPU, Barcelona, 1992, p. 132

que nada tienen que ver con él, de modo que se convierta en una pelota de las circunstancias".¹⁵⁰

Por tal motivo, se comenta de que el sí y el cómo de la pena, no dependen de con que actitud se ha hecho algo, sino de lo que parece necesario al juez para la restauración de la confianza en el ordenamiento.

Así, es imperiosa la necesidad de reformar el código de que se trate, para que se observe el límite superior y no el inferior de la pena, en relación al principio de culpabilidad para el primero y de prevención general para el segundo.

En contrasentido, con relación a las causas de inculpabilidad, no es una presunta falta de capacidad para actuar de modo distinto, sino la falta de necesidad preventiva, la que lleva al legislador a dejar exentos de pena a quienes están en esa situación, lo que da la pauta para hablar de la fundamentación tanto de la culpabilidad como de la pena.

La idea finalista fue objetada por el funcionalismo, al negar que la cadena conceptual libre albedrío, reproche, retribución como contenidos de la culpabilidad, sean capaces de edificar un puente entre el injusto y la pena, pues argumenta, que lo que realmente levanta dicho puente son las necesidades sociales derivadas de los fines de la pena (prevención general).

Sin embargo, algunos autores funcionalistas aseveran que la culpabilidad con base ficcional debe seguir operando como un límite a ese puente de naturaleza preventiva, pues aquélla es edificada por el derecho en la medida de un objetivo político, debiéndose computar la necesidad preventiva de la pena sobre la base de criterios teleológicos de raíz político criminal.

¹⁵⁰ Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito Elementos en Base a la Política Criminal*, Op. cit. (Nota 71). 135.

Así, la culpabilidad funcional recibe su contenido de la idea del fin, interpretándola como previsión general, lo que coincide con lo establecido por el maestro Zaffaroni: “la afirmación de Jakobs, según la cual, la culpabilidad es un derivado de la prevención, no se modifica con la aclaración de que prevención general positiva significa, más bien, tomar en cuenta las exigencias de auto estabilización de los conciudadanos que implica la atribución de culpabilidad al autor”.¹⁵¹

Por otro lado, la orientación de Roxin, del nivel sistemático de la culpabilidad, a la necesidad preventiva de exclusión de la culpabilidad, no debe vincularse como se hacía en la concepción tradicional, a la imposibilidad de actuar de otro modo, sino a la ausencia de una necesidad preventivo general. Por lo que es viable considerar una derivación del concepto de culpabilidad y de la necesidad de la pena que permita, evidentemente, dejar al margen el problema irresoluble de la libertad de voluntad.

Roxin, ha tratado de desvirtuar la crítica de que en un derecho penal preventivo general, también deberían conminarse con pena aquellos hechos que el autor individual no habría podido evitar, porque de lo contrario, dadas en especial las manifiestas dificultades probatorias, no podría pretenderse obtener efecto intimidatorio alguno. Es por lo que aquel ha mantenido el concepto tradicional de culpabilidad, en el sentido de reprochabilidad (que por su parte, se entiende (motivabilidad normal) como subnivel específico en el seno del tercer nivel del sistema, que redefine como responsabilidad.

Al respecto, Jakobs

Niega terminantemente que la capacidad de actuar de otro modo, que la doctrina dominante considera fundamento ontológico del juicio de culpabilidad (de la reprochabilidad), constituya un estado constatable, procediendo a explicarlo como una atribución que tiene lugar porque

¹⁵¹ Zaffaroni Eugenio Raúl, *Derecho Penal, Parte General*, editorial Porrúa, Buenos Aires, 2001, p. 639.

*debe procesarse un conflicto y no puede procesarse más que retrotrayendo a una persona. Dado que únicamente el fin da contenido al concepto de culpabilidad y el fin de la imputación de la culpabilidad radica en el efecto preventivo general (en la estabilización de la confianza en el ordenamiento, perturbada por el comportamiento delictivo), la culpabilidad se fundamenta en la prevención general y se mide según ésta.*¹⁵²

Así, Muñoz Conde por su parte, considera imprescindible el recurso de un elemento normativo para la existencia de la capacidad de motivación y dicho elemento viene suministrado por las exigencias de prevención general, o más bien, el rol o papel que el individuo desempeña en la sociedad y los deberes jurídicos inherentes al mismo, lo cual influye sin duda, en la medida de la exigibilidad de la obediencia al derecho.

Sin embargo, Mir Puig afirma que no únicamente es la capacidad de motivación por la norma, sino, es la capacidad de motivación normal por la misma, lo que exige la imputación personal ubicada entre la antijuridicidad y culpabilidad, capacidad que está excluida en los inimputables y los que obran en situación de inexigibilidad.

También hay quienes sostienen una opinión radical, al establecer que la culpabilidad no fundamenta a la pena porque no se puede probar que el autor pudo actuar de otro modo, Ante esta imposibilidad de comprobar el libre albedrío, Gimbernat Ordeig propone renunciar a la culpabilidad como fundamento y como límite de la pena, la cual encontraría su justificación y su medida en las exigencias de la prevención general y especial, esto sin renunciar a la exclusión de la responsabilidad objetiva.

Por lo que para esta corriente penalista, el derecho penal debe de reconocer, no obstante la relevancia del error invencible de prohibición,

¹⁵² Schünemann, Bernd, *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Estudios en Honor a Claus Roxin en su 50.º aniversario*, tr Jesús María Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid 1991, p. 66.

excluir la responsabilidad por el resultado y aplicar a los inimputables medidas de seguridad. Además, no hay necesidad de acudir al principio de culpabilidad, pues atendiendo únicamente a los fines preventivos de la pena, se explica que se sancionan con menor pena los delitos imprudentes que los dolosos.

Sin embargo, si la pena encontrara su justificación y su medida únicamente en función de las exigencias de la prevención general y especial, se llegaría a consecuencias diferentes en el problema de la responsabilidad por el resultado, de la relevancia del error de prohibición y de la exclusión de la pena a los inimputables. Por lo que a continuación señalo algunas objeciones al planteamiento del maestro Gimbernat.

a) La argumentación de que la aplicación de la pena en los supuestos de error de prohibición invencible, no es necesaria, ya que es inútil desde el punto de vista de la prevención general y especial, no resulta certera, puesto que la relevancia del error de prohibición no aumentaría el efecto inhibitorio de la pena, ya que para los que no conocen la antijuridicidad de una conducta determinada, ignoran que se encuentran en un error de prohibición.

En otras palabras, desde la prevención general, la persona que incurra en error de prohibición invencible podría rebelarse en algún caso, por esta misma circunstancia, como peligrosa y estar indicada la aplicación de una pena. Cabe señalar, que la misma distinción de error vencible e invencible presupone por otra parte el reconocimiento de la capacidad del delincuente de obrar de otro modo, en la situación concreta en que se hallaba.

b) Otra objeción más, cuando el aplicar a los inimputables únicamente medidas de seguridad, no puede fundamentarse en las exigencias de la prevención general, ya que según Cerezo Mir “por la escasa o nula

motivabilidad del inimputable, la pena no supone para él, ex ante, un factor inhibitor” .¹⁵³

c) Una última objeción, consiste en que no es posible explicar tampoco la menor punición de los delitos imprudentes, frente a los dolosos, en base a la prevención general y especial, ya que los primeros son frecuentes y podrá considerarse por ello necesario sancionarlos con mayor pena que los dolosos, por lo que el legislador podría establecer unas penas más elevadas para los delitos de peligro, es decir, para las conductas que no observan el cuidado objetivamente debido (imprudencia sin resultado).

Y también si la medida de la pena estuviera exclusivamente en función de las exigencias de la prevención especial, habría que aplicar a los delincuentes peligrosos penas muy elevadas, aunque hubieran cometido delitos de escasa gravedad.

A estas objeciones el maestro Terragni agrega algo decisivo:

*La sustitución del concepto de culpabilidad por las exigencias de la prevención general destruiría la estructura valorativa contenida en la idea de culpabilidad y que es absolutamente fundamental para el derecho penal de un Estado de Derecho, puesto que las consideraciones preventivo generales pueden fundamentar la utilidad funcional de la pena, pero no su defendibilidad en términos axiológicos.*¹⁵⁴

En conclusión, se justifica a la pena por sus efectos preventivos, para lo cual, es necesario hacer una subversión de valores socialmente vigentes, como el principio de culpabilidad, pues aún se observa claramente, la autonomía de este, frente a las exigencias de la prevención general y especial, por lo tanto, la culpabilidad se erige como un baluarte en aras del

¹⁵³ Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal Español Tomo I*, 5ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 423.

¹⁵⁴ Terragni Marco Antonio, *El Delito Culposos*, editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina 1990, p 164.

respeto a la dignidad de la persona frente a las exigencias desmesuradas de la prevención.

Al respecto el maestro Cerezo Mir es oportuno al manifestar que:

*Si la medida de la pena se determinará exclusivamente en función de las exigencias de la prevención general, aunque no se la conciba como mera intimidación, sino que se incluya en ella la función de ejemplaridad de la pena, o se hable de una prevención general positiva o integradora, se podría llegar fácilmente a la aplicación de penas desproporcionadas a la gravedad del delito, a la medida de lo injusto culpable.*¹⁵⁵

De tal manera que la imputación personal debe representar un límite a las exigencias de la prevención en el Estado Social y Democrático de derecho, y por ende, la responsabilidad penal, no faltará, por ser necesaria la pena (prevención general), sino viceversa, que la posibilidad de la pena encontraría un límite (normativo) en la falta de responsabilidad penal.

En cuanto al tema que atañe el mismo Cerezo Mir afirma:

*Desde el punto de vista de la prevención general podría justificarse la existencia de los delitos calificados por el resultado. La aplicación de una pena más elevada cuando de una conducta básica, generalmente dolosa, se derive un determinado resultado más grave, doloso, imprudente o incluso fortuito, puede resultar eficaz, desde el punto de vista de la prevención general. El sentido de los delitos calificados por el resultado consiste precisamente en el establecimiento de penas más elevadas que las resultantes de apreciar un concurso de delitos, es decir, que las adecuadas a la gravedad de la culpabilidad.*¹⁵⁶

¹⁵⁵ Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal Español Tomo I*, 5ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 426

¹⁵⁶ *Ibidem.* p. 422

Sin embargo, por último cabría mencionar que para atender en mayor medida a las exigencias del principio de culpabilidad, en detrimento de las de la prevención general, se han excluido los resultados fortuitos de los delitos calificados por el resultado en muchos de los códigos penales del mundo.

6. Relaciones dogmáticas entre tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Ya Edmundo Mezger consideraba a los elementos subjetivos del injusto exclusivos a lo injusto, en un momento posterior explico:

*No todo lo objetivo pertenece a lo injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad, sino que en ocasiones tales elementos son fundamentación de lo ilícito, sobre todo cuando la exclusión de esos elementos subjetivos da lugar a la desaparición de la antijuridicidad del hecho, en otros casos podrán ser referencias anímicas subjetivas del inculgado y entonces ello, caerá en el campo de la culpabilidad.*¹⁵⁷

Este pensamiento, significó a la postre, la división entre la postura causalista y la finalista, tal como lo asevera Orellana Wiarco “es pertinente insistir que en el sistema causalista el dolo y la culpa se ubican en la culpabilidad, en el finalismo corresponden al tipo”.¹⁵⁸

Fue Welzel, más que cualquiera de sus antecesores, quien enriqueció el tipo penal en un sentido subjetivo, incluyendo en él, al dolo. De esta manera, dicho autor representa el extremo opuesto a Beling, y el desarrollo de la teoría final de acción, significa un rechazo total del tipo objetivo antes que un regreso a él, al respecto señala Roxin: “Con el reconocimiento de un tipo subjetivo y de la inclusión del dolo en él. Welzel se ubica al frente del

¹⁵⁷ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal, parte general*, editorial Porrúa, edición México, 1999, p. 226

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 225.

desarrollo de la teoría del tipo y se halla en una posición diametralmente opuesta a la de Beling”.¹⁵⁹

Así, el finalismo construyó su concepto de dolo natural sobre la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad, mientras que el causalismo lo hace como una efectiva comprensión de la antijuridicidad (dolo malo) que obliga a introducirlo en la culpabilidad, sin embargo, este último no resuelve problemas como el dolo en la tentativa y el dolo del loco, además, que la culpa en la culpabilidad no permite averiguar, si se ha violado o no, el deber de cuidado, que sólo puede violarse sabiendo qué fin perseguía el autor.

Para el finalismo, el concepto restringido (legal) de tipo y el dolo limitado a este, encuentran su justificación en el hecho de que el tipo objetivo (el conjunto de las circunstancias de hecho), constituye la tipificación que el legislador hace del acontecer causal, el cual se encuentra supradeterminado por la finalidad, en pocas palabras, el tipo es abarcado por el dolo.

Por ende, es en el aspecto subjetivo del tipo, lo que establece un vínculo entre este y la teoría de la culpabilidad, pues ese vínculo, se apoya en una tajante diferencia entre error de tipo y de prohibición, ya que si no fuera posible obtener una clara delimitación del tipo frente a la antijuridicidad, la teoría de la culpabilidad resultaría dogmáticamente falsa y prácticamente inaplicable. Tal como lo señala Roxin: “también la conciencia del autor de la adecuación al derecho era un elemento perteneciente al tipo subjetivo, actualmente esto sólo es importante en relación con la cuestión de error de prohibición”.¹⁶⁰

Al respecto Maurach, también destaca esta diferencia al señalar: “El dolo es un hecho psicológico actual, se extiende y limita al conocimiento de los elementos del tipo en especial a la concreción del resultado típico. La conciencia de la antijuridicidad también pasa a ser un juicio, se exige sólo la

¹⁵⁹ Roxin, Claus, *Teoría del Tipo Penal*, editorial Depalma, Buenos Aries, 1979, p. 81.

¹⁶⁰ Roxin, Claus, *Teoría del Tipo Penal*, editorial Depalma, Buenos Aries, 1979, p. 79

conciencia potencial de ilícito, su posibilidad”.¹⁶¹ Es pues, en la conciencia de la antijuridicidad, lo que marca la relación entre culpabilidad y tipo, al diferenciar entre el error de tipo y de prohibición, el cual ya he abordado con anterioridad, en el presente trabajo de investigación.

Por otro lado, si el conocimiento de las circunstancias del tipo legal implicara al mismo tiempo la conciencia de la antijuridicidad, según esta concepción funcionalista, el problema de la adecuación al derecho de la acción del autor, se resolverá ya en el momento de determinar su adecuación típica. Al respecto Roxin señala: “así se demuestra entonces que la construcción de los tipos abiertos ha prestado un valioso servicio a la teoría de la culpabilidad, por ello puede afirmarse que la teoría del error representa la génesis de los tipos abiertos, aún cuándo Welzel no aceptara estas conexiones”.¹⁶²

De esta manera, el juicio de reprochabilidad depende y se formula en base al carácter de la voluntad antijurídica, pero si esta perteneciese a la acción como uno de sus requisitos, teóricamente nada se opondría a el estudio de dicha voluntad, y el objeto del juicio se realizará a nivel de acción típica, aunque en tal caso se debe quitar las referencias al mandato (concepto de dolo natural, avalorado), como hacen los finalistas en el tipo subjetivo, dejando para el capítulo de la culpabilidad sólo al juicio de reproche.

Por lo tanto, aún pareciendo más conveniente unificar todo el tratamiento del objeto del juicio juntamente con él, se debe seguir manteniendo el examen de la materia (objeto), sobre la que se emite el juicio de reprochabilidad, en el capítulo destinado a la culpabilidad, porque si bien es cierto que los límites de la culpabilidad dependen del tipo, al tener que realizar el juicio de reproche sobre la voluntad en sus relaciones con el

¹⁶¹ Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, tr Juan Córdoba Roda, Ed Ariel, Barcelona, España 1962, p. 379

¹⁶² Roxin, Claus, *Teoría del Tipo Penal*, editorial Depalma, Buenos Aries, 1979, p. 159

mandato, también es cierto que este, es integrativo del tema básico de la antijuridicidad.

En base a dicho discernimiento hay que atender a lo que explica Carlos Creus:

*Podrá sostenerse que la distinción de dichos planos (objeto del juicio-formulación del juicio de reproche) es imprescindible, pues también el inculpable (no reprochable) actúa con dolo o con culpa, en cuanto estos constituyen las finalidades de su acción; pero, fuera de los reparos que nos merece una tal noción de finalidad, no encontramos que ello sea una objeción seria para impedir el examen de las direcciones de la voluntad, según las exigencias del tipo que también rigen la materia, en la teoría propia de la culpabilidad.*¹⁶³

En otras palabras junto al conocimiento del hecho se requiere la valoración jurídica de aquel; por ello se precisa de una conciencia actual del ilícito, pues no basta la simple posibilidad de ella.

También es necesario tener en cuenta lo que establece Maurach:

*Al extraer del dolo la conciencia de la ilicitud se ha tomado partido entre las llamadas teorías del dolo y de la culpabilidad, a favor de estas últimas; y en ello, en plena coincidencia con el nuevo derecho. Esto hace posible no sólo la determinación de una ubicación metodológicamente satisfactoria para la conciencia de ilícito, sino que acarrea consecuencias prácticas considerables para la delimitación de los hechos punibles a dolosos y culposos.*¹⁶⁴

En otro sentido Roxin señala: “Los elementos del deber jurídico, sin embargo, conducen a una cierta objetivación de los tipos penales, de los

¹⁶³ Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, 5ª edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 228.

¹⁶⁴ Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, tr Juan Córdoba Roda, Ed Ariel, Barcelona, España 1962, p. 379.

cuales, se han apartado no solamente elementos normativos, sino también subjetivos”.¹⁶⁵

Lo cual, tal vez denote para este autor y para muchos más, una vuelta al objetivismo del tipo, sin embargo, es un tema interesante de profundizar, pero sin lugar a dudas, se encuentra aparte del que atañe en esta ocasión.

Más sin embargo, únicamente debo establecer que la moderna teoría penal señala que lo primero que se hace para saber si una conducta es dolosa o culposa, es determinarla en base a la imputación objetiva, ya que se debe considerar al dolo como la realización del tipo objetivo de un delito, debido a que hay acciones finalistas no dolosas, que no están dirigidas a la realización del tipo, como leer, saltar, cocinar, etc. y que resultan irrelevantes para el derecho penal. Esta determinación es lo que permita sustentar, si se le puede imputar al sujeto la conducta típica, para posteriormente pasar al estudio de la culpabilidad en base a este tipo, y finalmente, estudiar la responsabilidad para saber si es necesaria la pena. Por lo tanto, es en base a la existencia del dolo como elemento subjetivo del tipo, lo que determina la relación que el tipo guarda con la culpabilidad.

Para el sistema funcionalista, la relación de la culpabilidad con el tipo, está presente en la teoría de la imputación objetiva, tal como lo señala el maestro Orellana Wiarco: “La sistemática finalista no resolvió adecuadamente la problemática del nexo causal por considerar que arranca de un subjetivismo, es decir, de la finalidad que persigue la acción típica, cuando el problema causal debe examinarse a partir del tipo objetivo”.¹⁶⁶

Por ende, teniendo clara la distinción entre objeto de la valoración y valoración del objeto, se llega a una clara distinción entre error de tipo y de prohibición y a la relación de la culpabilidad y tipo.

¹⁶⁵ Roxin, Claus, *Teoría del Tipo Penal*, editorial Depalma, Buenos Aries, 1979, p. 81.

¹⁶⁶ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal, parte general*, editorial Porrúa, edición México, 1999, p. 368.

En cuanto a la relación de la antijuridicidad con la culpabilidad. En esta última existe el elemento del conocimiento de la antijuridicidad, por lo cual, únicamente hay que tener en cuenta la definición de Orellana Wiarco: “es la actualización de la comprensión y motivación del sujeto en el hecho concreto, a la violación de la norma”.¹⁶⁷

Conviene precisar algunos aspectos de esta relación entre culpabilidad y antijuridicidad, pues bien para empezar, cabe señalar que el finalismo distingue entre antijuridicidad e injusto. La antijuridicidad es contradicción entre la acción y las exigencias de la norma. El injusto es la conducta antijurídica, por lo que la antijuridicidad es un predicado lo injusto un sustantivo, además se reconoce que en la antijuridicidad existen elementos objetivos y subjetivos, destacándose el concepto de injusto personal.

Al respecto Wessels señala: “Así como el contenido de injusto depende del desvalor de la conducta y del resultado, el contenido de culpabilidad se graba por el desvalor del sentimiento referido a la realización concreta del tipo”¹⁶⁸. Esto quiere decir, que a pesar de la realización dolosa del tipo, puede faltar el desvalor del sentimiento, por lo tanto, para el juicio de culpabilidad se requiere la acción injusta.

La acción es antijurídica en cuanto contradice la norma jurídica como norma jurídica de valoración y al mismo tiempo la acción es antijurídica porque contradice a la norma subjetiva de determinación y en este segundo plano se enlaza con la culpabilidad, cuando el sujeto pudiendo adecuar su conducta a la no violación de la norma, se decide ejecutar la misma. La antijuridicidad y la culpabilidad como conceptos lógico-jurídicos, en estrecha unión, se encuentran precedidas por la acción típica.

¹⁶⁷ Ibidem p. 342.

¹⁶⁸ Wessels, Johannes, *Derecho Penal Parte General*, 4ª edición, editorial Desalma, tr de la 6ª edición alemana de 1976 por el doctor Conrado a. Finzi, Buenos Aires 1980, p. 110.

Es oportuno agregar, que el juicio valorativo de la antijuridicidad no puede entenderse sin acudir a los elementos subjetivos, pues sin lo cual, el carácter antisocial dañoso no podría confirmarse (ejemplo: el ánimo de apropiación implícito en el robo).

Por último, es acertado manifestar 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 lesivos, tal como lo señala Orellana Wiarco: “La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone al anterior”.¹⁶⁹

7. Principio de accesoriad limitada.

Si son varias las personas que participan en un hecho, cada una de ellas será punible de acuerdo con su propia culpabilidad, prescindiéndose de la culpabilidad del otro.

En otras palabras, en el sentido de la accesoriad limitada: cada partícipe es castigado sin tener en cuenta la culpabilidad de los demás, sino con arreglo a su propia culpabilidad.

Cabe mencionar, que la accesoriad limitada no exime de la exigencia, de que el hecho principal deba haber sido cometido dolosamente, sólo es punible, la participación dolosa en un hecho principalmente antijurídico cometido dolosamente.

También es loable señalar, que la accesoriad limitada es derecho vigente y se manifiesta entonces como un producto regulable por el legislador, en el marco de los principios generales de la obtención del derecho, sus peligros, exclusivamente pueden ser previstos por medio de una adecuada limitación del concepto de culpabilidad.

¹⁶⁹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal, parte general*, editorial Porrúa, edición México, 1999, p 275.

En vista de lo anterior, solamente existe participación punible en delitos cualificados por el resultado, cuando el autor del hecho principal realiza un tipo base doloso, y en su caso, una circunstancia específica cualificante dolosa.

De tal manera, el partícipe no debe responder por la especial circunstancia cualificante, realizada culposamente por el autor del hecho principal, sino que, aquel debe responder conforme a la punibilidad del tipo básico realizado por el autor del hecho principal, dado que hasta allí abarca su dolo.

En conclusión, el partícipe no debe responder por hechos culposos, tal como lo señala el principio de accesoriedad limitada, ni por circunstancias culposas que cualifican el tipo básico del autor.

8, Relaciones dogmáticas entre la culpabilidad y la punibilidad.

Antes, en los sistemas clásico y neoclásico del delito, la comisión de un hecho doloso o culposo presuponía su punibilidad y ello también era así en el finalismo, cuando la conducta además de típica era antijurídica y culpable.

Posteriormente, el funcionalismo regresa a los principios del pensamiento neohegeliano y neokantiano y los desarrolla sistemáticamente bajo las bases de la moderna teoría de la pena, la cual se enmarca a su vez dentro de los principios rectores de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Por lo tanto, queda clara, la importancia que tiene, para el funcionalismo, la pena, pues concibe los fines de esta como un criterio de determinación junto con la culpabilidad, por ello se habla ya de responsabilidad y no sólo de culpabilidad.

Ahora bien, antes de responder sobre las relaciones entre culpabilidad y pena, iniciaré por señalar lo referente a esta, para posteriormente hacer lo propio con la culpabilidad, para finalmente establecer el vínculo entre ambas.

Partiendo de la idea de que la pena es la respuesta consistente en la afectación de bienes jurídicos del condenado, que le impone el Estado por la comisión de un acto típicamente antijurídico.

La teoría funcionalista, interpreta esta conducta descrita en el tipo penal en función de la necesidad abstracta de la pena, para un supuesto regular y no basado únicamente en la personalidad del sujeto en concreto o de la concreta situación de su actuación (culpabilidad). Es pues, la necesidad de la pena, la mayor aportación de la teoría funcional, al ser ésta la dirección político criminal que se ha dado a la misma, la cual marcará la interpretación dogmático-jurídica y no al revés como se venía realizando.

En efecto, es la orientación político criminal lo que debe guiar a la aplicación de la pena, y la dogmática debe estar supeditada a ésta y se debe tener en cuenta, primero, cuales son los fines de la pena, para determinar si la interpretación dogmática que se realiza es acorde a sus resultados, con dichos fines.

Ahora bien, con respecto a la culpabilidad, sirvió hasta antes del sistema funcional, como criterio de medición de la pena hacia arriba (el monto máximo de merecimiento de pena y hacia abajo como el mínimo a imponer), sin embargo, ello suponía que una vez confirmada la culpabilidad se debía imponer necesariamente una pena, aunque ésta fuera mínima.

Con el funcionalismo, en cambio, la culpabilidad sigue siendo la medida de la pena hacia arriba (no puede pasar del máximo de su culpabilidad) pero deja de ser determinante hacia abajo. A lo que el maestro Díaz Aranda explica: "una conducta puede ser típica, antijurídica y culpable y sin embargo no ser punible cuando los fines de la pena así lo indican,

quedando excluida, por tanto, la responsabilidad como categoría del delito".¹⁷⁰

Así, es esta culpabilidad reducida, como principio limitativo, un dogma, que no sólo es en la actualidad, adecuado a los tiempos, sino que resulta irrenunciable.

Al respecto Bern Shünemann también opina:

La abolición del derecho penal de retribución de la culpabilidad no debe detenerse ante la medición de la pena, de modo que en lugar de una pena por culpabilidad, concebida en el sentido de espacio de juego, ha de aparecer una pena preventiva, orientada a la medida de la amenaza del delito para la sociedad y, por tanto, garantizadora del principio de igualdad, en la que la culpabilidad sólo mantiene su significado como principio de limitación de la pena¹⁷¹.

Sin embargo Jakobs manifiesta que existen objeciones a este límite que representa la culpabilidad, pues refiere:

Las objeciones contra la idoneidad de la culpabilidad para cumplir la función jurídico penal han conducido al intento de utilizar la culpabilidad concebida con independencia de los fines como mera limitación de la pena que ha de fundamentarse preventivamente. Aún prescindiendo de que una culpabilidad sin relación a fines no puede aportar medida alguna, la función de la culpabilidad no se reduce, sin embargo, a servir de límite, dado que sin ella no se castiga en absoluto.¹⁷²

¹⁷⁰ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, Op. cit. (Nota 24) p. 108.

¹⁷¹ Schünemann, Bernd, *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Estudios en Honor a Claus Roxin en su 50.º aniversario*, tr Jesús María Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid 1991, p. 178.

¹⁷² Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, libro II Cáp. III*, trs Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid España, 1997, p. 590.

Sin embargo, cabe mencionar, que dicho autor completa su razonamiento al señalar que esta vía de solución, no es factible.

Ahora bien, es en base al anterior discernimiento, lo que permite comprender la relación entre culpabilidad y pena, para lo cual es también necesario recordar lo dicho por Marco Antonio Terragni: “La culpabilidad debe referirse si a un comportamiento típico y antijurídico, merece pena desde el punto de vista de la política criminal de la prevención general”.¹⁷³

De tal manera, la teoría funcionalista haya la razón de ser de la pena, no en la culpabilidad, sino en la necesidad de asegurar la normal convivencia social, lo cual no sería posible, si no existiese el respeto recíproco de los derechos, en otras palabras, si la afectación de bienes jurídicos del autor es la respuesta al ataque cometido contra el derecho ajeno, la posibilidad de exigir una conducta acorde es requisito insoslayable para habilitar la imposición de la pena.

Al respecto Díaz Aranda es oportuno al manifestar que:

*La responsabilidad tiene que resolver el problema de bajo qué presupuestos el autor puede ser hecho penalmente responsable por un injusto realizado por él, haciéndose acreedor desde los parámetros del derecho penal a una pena (...) son pues dos los elementos que conforman a la categoría de la responsabilidad en el sistema funcionalista culpabilidad y necesidad de la pena.*¹⁷⁴

También Günther Jakobs, es oportuno al referir:

El principio, fundamento según opinión generalizada en la constitución nulla poena, sine culpa, (principio de culpabilidad) no significa en esta situación, sino qué supuesto de hecho y consecuencia jurídica deben

¹⁷³ Terragni Marco Antonio, *El Delito Culposo*, editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina 1990, p. 163

¹⁷⁴ Díaz Aranda Enrique, *Dolo*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 106.

*estar en una proporción adecuada, es decir, la imputación al autor debe ser necesaria, por estar descartada la posibilidad de resolver el conflicto sin castigar al autor.*¹⁷⁵

Por lo tanto, es en la categoría de responsabilidad, en donde tanto pena, como culpabilidad fundan su relación, tal como determina Bern Shünemann: “Debe mantenerse la culpabilidad como principio de limitación junto a la prevención como principio de fundamentación de la pena, lo que hace necesaria una ampliación de la sistemática tradicional del derecho penal con la categoría de responsabilidad”.¹⁷⁶

Por consiguiente, la relación entre pena y culpabilidad se basa en que si la función de la pena es fundamental para los fines y límites del derecho penal y la culpabilidad es a su vez, el límite de la pena, por lo tanto, el estudio de la culpabilidad también es un aspecto central, al igual que la necesidad de la pena (en conjunto representan la categoría de la responsabilidad), no solamente para el funcionalismo, sino para todo el derecho penal.

Tal como comenta Bern Shünemann:

El abandono de la culpabilidad como base de medición de la pena pudiera conducir de nuevo a una medición puramente formal, que enlazara con los aspectos exteriores casuales de la lesión del bien jurídico (...) la necesidad preventivo general de pena depende de la magnitud de la amenaza al orden social de paz que se manifieste en el delito, para la medición de la pena desempeñan un papel importante, además del valor del bien jurídico lesionado, y del alcance de la referida lesión, en el marco de la intensidad de la energía criminal relevante para la medición, la peligrosidad de la motivación

¹⁷⁵ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, libro II Cáp. III*, trs Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid España, 1997, p. 588.

¹⁷⁶ Schünemann, Bernd, *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Estudios en Honor a Claus Roxin en su 50.º aniversario*, tr Jesús Maria Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid 1991, p. 178

*del autor que se expresa en el hecho y otras circunstancias análogas que contribuyen a configurar el aspecto subjetivo del hecho.*¹⁷⁷

9. La culpabilidad en el Estado Social y Democrático de Derecho penal.

Para comenzar hay que identificar al Estado liberal (democrático), el cual, responde a la preocupación de defender a la sociedad del mismo Estado, lo que pretende conseguir, mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad.

Recordando, que en el derecho penal clásico (ilustración), tuvo mayor importancia la concepción retributiva de la pena, y fueron dos de los máximos exponentes de la filosofía liberal, Kant y Hegel, quienes defendieron esta concepción absolutista, ambos pensadores limitaron la función de la pena a la pura realización de la justicia, en base a su concepción liberal del mundo.

Por lo tanto, se castiga al delincuente en beneficio de la sociedad. El individuo, concebido como “fin en sí mismo”, y que según Hegel únicamente la pena justa trata al hombre como a un ser racional y no como el palo, al animal, hasta el punto de que aquélla pena se convierte en un derecho para el delincuente.

Posteriormente, una vez abandonado el planteamiento idealista del retribucionismo liberal, quedaría en pie la posibilidad de trazar un límite a la pena que impidiese castigar al delincuente más allá de la gravedad del hecho cometido. Ahora bien, como se verá más adelante, tal límite de garantía para el individuo también puede exigirse sin necesidad de renunciar a la función de prevención de la pena.

De tal manera, es correcto plantear que lo que justifica la aplicación de la pena, puede ser el sentido retributivo, de prevención general o de

¹⁷⁷ Ibidem, p. 175.

prevención especial, dependiendo de la política del Estado, al respecto Garrido Mont es oportuno al establecer: que:

*El papel preventivo especial de la sanción penal, al evitar que el sujeto delinca, proyectando la culpabilidad al campo de los fines de la pena, la pena pierde su naturaleza retributiva, que para Kant era su única justificación, y adquiere naturaleza utilitaria, se transforma en una amarga necesidad que debe emplearse con mucha ponderación por el Estado y por los tribunales, no en forma arbitraria o exagerada, pues sobrepasados ciertos límites, se hace inefectiva.*¹⁷⁸

En el Estado liberal, con respecto al fundamento político del derecho penal y función de la pena, se le atribuye a ésta, tanto una función de prevención de delitos, como la de retribución por el mal cometido, de ahí la exigencia de que el ejercicio de los poderes públicos respete determinadas garantías formales, como ciertos límites que aseguran la salvaguarda de las esferas de libertad formalmente reconocidas a los ciudadanos.

Ahora bien, con el fin de identificar al Estado social, este supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal, separaban a Estado y sociedad, convirtiendo sus funciones en una injerencia directa en la vida social (Estado intervencionista).

En cuanto a la función de la pena, en el derecho penal intervencionista, el Estado social no puede, sino conferir a la pena la función de prevención. El nuevo planteamiento social, que lleva al Estado a intervenir actualmente en la vida efectiva de la sociedad, debería reflejarse en lo penal, atribuyendo a la pena el cometido de lucha contra el delito, o de lucha contra la delincuencia como fenómeno real de la existencia social, a lo que Díaz Aranda agrega: “El sistema jurídico deja de ser sólo un todo ordenado conceptualmente de conocimientos con validez general y se abre

¹⁷⁸ Garrido Mont Mario, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2001, p. 205.

al desarrollo social, desarrollo el cual también tiene que ver la criminología al explicar y controlar la delincuencia”.¹⁷⁹

Una vez visto las dos características del Estado que atañe (social y democrático), este, como Estado social, deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero por otro lado, para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones, deberá ser, además, un Estado democrático de derecho.

Por lo tanto, el carácter democrático de ese Estado aparece ligado, pues, a la síntesis del Estado social y del de Derecho, al respecto Mir Puig es acertado al comentar:

*Tanto la necesidad de libertad “real”, oponiéndose a que el Estado social dirija sólo su intervención en beneficio de ciertos grupos, como “formal”, cerrando el paso a la posibilidad de un Estado de Derecho no controlado por todo el pueblo, para los ciudadanos, es lo que realmente representa el Estado Social y Democrático de Derecho.*¹⁸⁰

Sin embargo, para no caer en el derecho penal totalitario, la función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho, como toda arma peligrosa, ha de someterse a un control riguroso, por lo que el ejercicio del ius puniendi en un Estado democrático no puede derrumbar las garantías propias del estado de derecho, esto es, las que giran en torno al principio de legalidad, Mir Puig agrega “Pero, al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a todos los ciudadanos”.¹⁸¹

En concreto, para que el Estado social no se convierta en autoritario, sino que sea democrático y de derecho, deberá respetar una serie de límites

¹⁷⁹ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, Op. cit. (Nota 24) p. 109.

¹⁸⁰ Mir Puig, Santiago, *La función de la pena en el estado social y democrático de derecho Penal 2ª* edición, editorial Bosch, Barcelona 1982, p. 22.

¹⁸¹ *Ibidem*, p 29.

que garanticen que la prevención se ejercerá en beneficio y bajo el control de todos los ciudadanos.

Con respecto a la función preventiva el multicitado Mir Puig señala:

*Se debe evitar, la pura intimidación estatal que crea posible prescindir de toda consideración del consenso social. Tal objetivo se conseguirá siempre y cuando la intimidación penal se ejerza dentro de los límites señalados a un Estado Social y Democrático de derecho (exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, culpabilidad, etc.) y entonces la prevención general se presentará necesariamente como correcta intimidación estabilizadora, más no hay que olvidar que si la intimidación penal no respetase estos límites políticos podría llevar al terror penal, como sucedió en el Estado absoluto del antiguo régimen y entonces no constituiría ya una correcta prevención general estabilizadora.*¹⁸²

Por ende, un Estado Democrático, ha de evitar convertirse, en un fin en sí mismo o al servicio de intereses no convenientes para la mayoría de los ciudadanos, o que desconozca los límites que debe respetar frente a toda minoría y ante todo individuo, pues es en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos, que un tal derecho penal debe, pues, orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad.

Por último, referente al carácter de Estado social, se establece que del poder penal únicamente pueden concebirse, como el conjunto de las exigencias de una política social al servicio de los ciudadanos; lo que significa que el derecho penal exclusivamente puede intervenir cuando resulte absolutamente necesario para proteger a los ciudadanos.

¹⁸² Mir Puig, Santiago, *La función de la pena en el estado social y democrático de derecho Penal 2ª* edición, editorial Bosch, Barcelona 1982, p. 32.

Ahora bien, con respecto a la culpabilidad, el derecho penal de un Estado Social y Democrático de derecho ha de intentar evitar mediante su prohibición todos los hechos especialmente indeseables, por su grave lesividad social (los hechos penalmente antijurídicos). Sin embargo, un tal derecho penal no puede castigar a quienes realizan alguno de estos hechos sin culpabilidad, pues la falta de culpabilidad, no se debe a que el hecho deje de aparecer como indeseable.

Por lo que en un Estado Social y Democrático de Derecho, no se considera justo llevar el deseo de prevención, hasta castigar a quien actúa sin culpabilidad, tal como lo señala Mir Puig:

*En efecto, si se admite que la falta de culpabilidad no supone necesariamente la imposibilidad absoluta de motivabilidad normativa, el fundamento de dicha exclusión de la culpabilidad no puede verse en la imposibilidad total de prevenir los delitos mediante la motivación, sino en un planteamiento valorativo que conduce a imponer un límite a la posibilidad de castigar al que actúa sin culpabilidad.*¹⁸³

Según esto, la culpabilidad no faltaría por no ser necesaria la pena, sino viceversa, que la posibilidad de pena encontraría un límite (normativo) en la falta de culpabilidad.

Al respecto el maestro Díaz Aranda estima:

Pues si el fin del derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho es prevenir las lesiones graves a bienes jurídicos fundamentales, ello no significa que todas esas lesiones se deban prevenir a través de la imposición de sanciones penales. Pues, como recordaremos, la aplicación de una pena de prisión supone una lesión a un bien jurídico fundamental: la libertad, el cual, después de la vida, es el bien más valioso para el ser humano. En consecuencia, se

¹⁸³ Mir Puig, Santiago, *La función de la pena en el estado social y democrático de derecho Penal 2ª* edición, editorial Bosch, Barcelona 1982, p. 98.

*deben preferir otros medios para prevenir esas conductas antes que echar mano del derecho penal; por ejemplo: las medidas de política social, sanciones civiles o administrativas. Esa restricción del uso del derecho penal obedece al principio de Intervención mínima o de última ratio.*¹⁸⁴

Por lo tanto, para el funcionalismo, no es la aplicación de sanciones excesivas lo que anima al delincuente a no delinquir, sino, que la norma penal y su sanción se apliquen efectivamente, en otras palabras, es la idea de “quien la hace la paga” lo que lo determina, el no delinquir.

En consecuencia, el hecho de que la culpabilidad constituya un límite normativo que se impone a la posibilidad de prevención, no significa que cuando la culpabilidad falte, no disminuya la necesidad de pena, así, el principio de culpabilidad puede ofrecer una vía para una mayor realización de la exigencia de igualdad y efectiva que impone el Estado democrático. Algo parecido podría decirse de quienes delinquen con culpabilidad, por lo que la imposición, o no, de una pena no puede depender únicamente de su mayor o menor necesidad a efectos de prevención especial, sino, del límite normativo representado por la culpabilidad.

En conclusión, la teoría general del delito no hace sino establecer los presupuestos mínimos de lo punible, esto es, traza los límites a lo que puede castigarse con una pena, lo cual, depende de la función que la constitución permita atribuir a la pena, por lo tanto, la pena como la teoría del delito deben encontrar su fundamento en la concepción de Estado Social y Democrático, que a su vez fungiera como el soporte (valorativo) de los dos pilares (delito y pena) sobre los que gravita todo el sistema (teleológico) de la parte general del derecho penal.

¹⁸⁴ Díaz Aranda Enrique, *Dolo*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 109.

Parte Segunda

CAPÍTULO V

Delitos cualificados por el resultado

Sumario 1. Los delitos cualificados por el resultado A. Concepto B. Estructura de los delitos cualificados por el resultado C. Clasificación de los delitos cualificados por el resultado C'. en sentido propio C''. en sentido formal C'''. en sentido material; 3. Acerca de cómo los delitos cualificados por el resultado no vulneran el principio de culpabilidad 4. Los delitos cualificados por el resultado, la política criminal, el merecimiento y la necesidad de la pena. 5. Tratamiento de los delitos cualificados por el resultado y el delito de Secuestro con resultado de muerte.

1. Los delitos cualificados por el resultado

A. Concepto.

Antes de conceptuar estos delitos, es necesario preguntarnos si existe distinción entre estos y el delito preterintencional, así desde el punto de vista de la culpabilidad, esta distinción no aparece como indispensable, puesto que la solución es idéntica en cualquiera de esos casos, en ambos, la punibilidad depende de la culpa respecto del resultado “no querido”, del que está más allá de la intención (preterintencional) Tal como lo afirma Carlos Creus: “Delito preterintencional y delito cualificado por el resultado son designaciones que hacen referencia al mismo objeto, aunque contemplado desde puntos de vista diferentes, en la primera se mira desde el límite de la intención, en la segunda desde el resultado causado más allá del querido”.

185

¹⁸⁵ Creus, Carlos, *Derecho Penal parte general*, 5ª edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2001. p. 259.

La única diferencia que parece existir, sólo es que los delitos preterintencionales son de procedencia italiana y no son más que los cualificados por el resultado, en la técnica alemana.

Cabe mencionar otra salvedad terminológica, la refiere Antón Oneca: “Últimamente se ha generalizado en España la denominación de cualificados por el resultado, calificar y cualificar son la forma vulgar y culta de un mismo término”.¹⁸⁶

Ahora bien, en un principio, los penalistas italianos, se obstinaron en no exigir ni siquiera la previsibilidad en este efecto ulterior agravante, con lo que resulta que se adscribieron al punto de vista de la responsabilidad objetiva, para estos existió únicamente un dolo preterintencional.

En contrapartida en Alemania Occidental tuvieron otra perspectiva, pues cuando la ley señalaba una pena más alta por una especial consecuencia del acto, solamente se impondría aquélla al autor, si ha ocasionado esa consecuencia al menos culpablemente.

Sin embargo, en un momento posterior, Luís Jiménez de Asúa sostiene que tanto alemanes, españoles y argentinos, conceptualizaron estos delitos, así: “Los delitos cualificados por el resultado en los cuales se hace responder al sujeto por un resultado que se ha producido fuera de su intención, y que no obstante la ley se lo carga en cuenta”.¹⁸⁷ Sin embargo, este ilustre penalista también hace mención de que el moderno derecho penal proclama que no hay pena sin culpabilidad, contra esas figuras delictivas calificadas por el resultado.

¹⁸⁶ Antón Oneca, José, *Derecho Penal*, 2ª edición, editorial Ediciones Akal, Madrid, 1986, p. 257.

¹⁸⁷ Jiménez de Asúa Luís. *Lecciones de derecho penal*, editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, p.255 y 256

De entre esos autores, el maestro español Antón Oneca refiere su concepto como: “el delito es preterintencional cuando de la acción u omisión deriva un resultado más grave que el querido por el sujeto”.¹⁸⁸

También Carbonell Matéu asevera: “los delitos cualificados por el resultado, esto es, de delitos en los que la producción de un ulterior resultado más grave comporta un incremento de la pena”¹⁸⁹

También Carlos Creus conceptúa:

A veces los tipos integran figuras complejas, en cuanto a la culpa, consideradas con la denominación de delitos preterintencionales y delitos cualificados por el resultado, en los que el autor, actuando con dolo en pos de un resultado, al desplegar su conducta produce otro resultado, más vulnerable de los bienes jurídicos que aquel que persiguiera; para esos casos la ley penal designa una pena especial.

¹⁹⁰

De igual manera, Luís Jiménez Asúa agrega: “En el código español y en muchos de los que de él derivan, se formula la preterintención como atenuante de no haber tenido intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo”.¹⁹¹

B. Estructura de los delitos cualificados por el resultado

La estructura de estos delitos, por un lado se refiere al problema de la causalidad, en especial al resultado, cuya naturaleza es naturalista, dicha

¹⁸⁸ ¹⁸⁸ Antón Oneca, José, *Derecho Penal*, 2ª edición, editorial Ediciones Akal, Madrid, 1986, p 255

¹⁸⁹ Carbonell Matéu Juan Carlos, *Derecho Penal Concepto y Principios Constitucionales*, editorial Tinent Lo Bllanch, Valencia 1999, p. 222.

¹⁹⁰ Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, 5ª edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 257.

¹⁹¹ Jiménez de Asúa Luís. *Lecciones de derecho penal*, editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, p.254.

cuestion se ocupa del lazo material, de la influencia objetiva, en pocas palabras: de la causalidad de una acción sobre un resultado típico.

Sin embargo, la existencia de una relación causal entre la acción y el resultado no basta para hacer responsable por este, al autor, es preciso además que se haya obrado culpablemente. Por lo que el otro aspecto que compone estos delitos se refiere a la culpabilidad cuya naturaleza heterónoma o heterogénea es igual al concepto normativo axiológico.

Aclarando que la cuestión de la causalidad, no tiene nada que ver con la de la culpabilidad, ambas cuestiones han de ser examinadas separadamente y lógicamente (prescindiendo de los casos de tentativa), la causalidad antes que la culpabilidad; pues científicamente, la separación conceptual es extraordinariamente valiosa.

También es importante considerar que el delito cualificado por el resultado cuando es referido únicamente a la mera causación, es algo ya superado. Tal como lo señala Maurach: “No cabría ni siquiera plantearse el retorno a una regulación tan poco satisfactoria y anacrónica, y manifiestamente contraria al principio de culpabilidad, superada incluso con la limitación a la relación de causalidad adecuada, que sólo reduce a la observación del juicio de la culpa”.¹⁹²

Así el bárbaro aforismo de “quien es causa de la causa, lo es del mal causado”, pese a su rigor lógico, avoca a las peores injusticias, flagrantes en los tipos cualificados, que aparecen configurados precisamente al servicio de tan nefasto brocado, al respecto, es importante mencionar lo que Mezger señala:

Para el derecho penal se trata exclusivamente de saber si un acontecimiento determinado ha sido causa de un resultado determinado. Por ello, la objeción del regreso infinito no tiene aquí

¹⁹² Joachim Hirsch, Hans, *Derecho Penal, Obras Completas*, tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 288

valor”, el derecho penal como ciencia particular no se ocupa de la cadena infinita de condiciones; sólo la determinación de si esta acción, por ejemplo: disparar ha sido condición del resultado, es objeto de su examen¹⁹³.

Por lo cual a continuación a fin de dar un mayor panorama al presente trabajo, trataré de forma somera las principales teorías sobre la causalidad, por ser ésta, junto con el resultado y la culpabilidad (dolo y culpa), parte de la estructura de los delitos cualificados por el resultado. Pues tal como lo sostiene el insigne Gimbernat Ordeig “En los delitos cualificados por el resultado, el problema causal tiene una significación aún mayor, tales delitos consisten en un hecho base cometido por culpabilidad y una cualificación que no necesita ser abarcada por la culpabilidad del autor”.¹⁹⁴

Sin embargo, antes de señalar las teorías sobre la causalidad, conviene hacer algunas aclaraciones, primeramente, al tratar la relación entre el conocimiento ontológico y el conocimiento nomológico, este último comprende los acontecimientos de las leyes de la naturaleza; mientras que el conocimiento ontológico lo hace de los hechos, por lo que este responde a la pregunta ¿Que pasó?, y aquel responde al cuestionamiento ¿que va a pasar a raíz de eso?, este último cuestionamiento, debía incluir, según Gimbernat Ordeig, “todo el conocimiento experimental de la humanidad”.¹⁹⁵

Por ende, las únicas dudas que surgieron a este respecto fueron las de si lo decisivo debería ser el saber teórico al tiempo de la ejecución de la acción o al tiempo de juzgarse sobre ella. Por lo tanto, cabe mencionar que todos estaríamos limitados, pues necesitaríamos conocer todas las leyes de la naturaleza descubiertas y las que aún no, para no cometer equivocaciones.

¹⁹³ Gimbernat, Ordeig, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 59.

¹⁹⁴ Ibidem p.21

¹⁹⁵ Gimbernat, Ordeig, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p.31.

Otra aclaración, es respecto al contenido causal del tipo, al respecto Gimbernat Ordeig señala:

*Negar importancia a la causalidad como criterio de delimitación del tipo, la segunda consecuencia afecta al otro cometido que desde siempre habían tenido las teorías de la causalidad, a saber averiguar en casos difíciles si existe relación causal entre una acción determinada y un resultado.*¹⁹⁶

Al tipo pertenece como elemento, junto al desvalor del resultado, el desvalor de la acción, así, la lesión de un bien jurídico será el desvalor del resultado, que únicamente tendrá significado jurídico-penal, sólo dentro de una acción personal antijurídica (dentro de desvalor de la acción).

Ahora bien el desvalor de la acción es la voluntad dirigida a la realización del tipo de todos los delitos dolosos, pero en cambio, el fin al que se dirige la acción culpable es irrelevante jurídico-penalmente. Por lo que las acciones inadecuadas han de ser eliminadas en el campo del tipo, no porque no sean finales, sino solamente porque es imposible que el modo en que se ejecutan sea incorrecto.

De esta manera es importante que la causalidad se estudie en el tipo auxiliándose de las teorías sobre la causalidad, para separar la acción adecuada de las irrelevantes, ya que si se hace en la culpabilidad se sobrecargara a ésta con el juicio de todas esas acciones típicas no relevantes.

Ya que la adecuación en la culpabilidad significa que Adán es culpable, de todos los delitos y sólo no es culpable, porque no previó que sus hijos hicieran actos delictuales, entonces, para que perder tiempo, desde el dolo estudiado en el tipo se puede eliminar el delito.

¹⁹⁶ Gimbernat, Ordeig, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 69.

Con respecto a la teoría de la causación adecuada es la exclusión de las acciones no adecuadas en el campo del tipo, puede ser considerada hoy (por lo menos, por lo que se refiere a los delitos culposos) como la dominante. Sin embargo, es menester hacerse el siguiente cuestionamiento ¿en qué grado ha de aumentar una acción la posibilidad de la producción de un resultado típico, para que se pueda calificar de adecuada?

A lo que en mi particular punto de vista se puede responder: que pese el hecho de que es inalcanzable una determinación precisa del grado de posibilidad; esto no quiere decir que sea imposible llegar a unas directrices relativamente seguras. Así, para que esa causa sea adecuada al resultado cualificado, debe ser muy posible y ser factor determinante del resultado, porque en base a las posibilidades es muy probable que ocurriera. Al respecto Roxin piensa que:

Si se sigue su procedimiento, no es necesario acudir a procesos causales hipotéticos sobre los cuales casi nunca se podrá llegar a un conocimiento exacto; su tesis opera con factores comprobables científicamente, y un examen pericial podrá indicarle al juez cuál es el grado de posibilidad que representa para la muerte el comportamiento prudente y el imprudente.¹⁹⁷

Para brindar un ejemplo, sobre causación adecuada, comento lo siguiente: una causa es sembrar una semilla, para que dé como resultado una flor, sin embargo, se requiere de ciertas condiciones, (agua, calor, tierra, etc.), para llegar a un resultado completo, estas condiciones son las adecuadas, en contraposición de las inadecuadas (aridez, frío, etc.). Por lo tanto, no todas las causas del resultado, son causa del resultado, únicamente lo será, la causa adecuada.

Por lo que parece acertado determinar que la adecuación es igual a previsibilidad objetiva, ya que pese a que toda acción inadecuada para el

¹⁹⁷ Gimbernat, Ordeig, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 138.

resultado es diligente, esto no significa que toda acción adecuada sea imprudente, pues existen acciones adecuadas (las peligrosas permitidas) que no pueden calificarse de culposas, si en su ejecución se ha observado la diligencia debida.

Pero volviendo al tema de la previsibilidad objetiva, ya no es sólo la finalidad que persigue el agente, lo que cuenta, sino, el que tan adecuada (previsible) es su acción para causar el resultado, si como ya quedó mencionado que el desvalor de acción y el desvalor de resultado es igual a la acción, y el desvalor de acción es la infracción del deber objetivo de cuidado en los delitos culposos, así, si en una acción, no es previsible su condición para el resultado, no hay adecuación, es una condición inadecuada y por ende atípica.

Cabe mencionar que la previsión de la que se ha estado hablando, es la que se debía tener en base a la experiencia del hombre prudente, por lo que si el autor determinado ha previsto el resultado o lo ha podido prever con sus aptitudes individuales, hay imputabilidad subjetiva y, con ello, culpabilidad, pues tal como lo señala el maestro Garrido Mont: “El resultado necesariamente deberá ser atribuible objetivamente a la falta de cuidado (imputación objetiva)... La valoración objetiva en base a la medida de la diligencia que hubiera tenido un hombre normal conciente y prudente en tales circunstancias”.¹⁹⁸

La teoría de la causalidad adecuada y las teorías final y social de la acción, de las cuales no interesa, si fundamentan bien o mal, la causación del resultado, lo que interesa en este momento, es saber cómo determinan la irrelevancia de las acciones inadecuadas: así, la primera teoría (causalidad adecuada) niega la relevancia porque no existe relación causal; las otras dos llegan al mismo resultado, bien porque falta el desvalor de la acción, necesario para la realización del tipo (así el finalismo), o bien porque se niega que exista una acción (así la teoría social de la acción).

¹⁹⁸ Garrido Mont Mario, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2001, p. 165 y 166

Por ende, el criterio decisivo que separa a la teoría de la causación adecuada de las teorías individualizadoras, es que mientras la primera efectúa la delimitación entre causa y condiciones, en base a consideraciones normativas, originando que las consecuencias inadecuadas de una acción sean consideradas no causadas (irrelevantes), las segundas por su parte, establecen el límite con ayuda de criterios no valorativos, más bien, con criterios científicos y naturales, la mayoría de las veces.

Otra de las teorías necesarias para entender la causación, es la teoría de la *Sine qua non*, la cual refiere tal como lo señala Gimbernat Ordeig: “la causa de un fenómeno, la existencia del mismo dependerá hasta tal punto de cada una de las fuerzas individuales de la relación causal, sin lo cual, el fenómeno no tiene lugar, por lo tanto, toda condición del resultado es causa del mismo (*sine qua non*)”.¹⁹⁹

A manera de objeción, en mi particular punto de vista, la *sine qua non*, no debe ser nunca el criterio decisivo, sino, exclusivamente un medio auxiliar (que investiga si el acontecimiento de que se trata es *conditio sine qua non* del suceso en cuestión); lo que en última instancia ha de decidir siempre, es si el resultado producido es uno o no, de los que se quería evitar con el establecimiento de un cierto deber de diligencia (el aspecto normativo).

Sin embargo, toda la teoría de la causalidad debe de partir de la *conditio sine qua non*, pues como ya se ha dicho es una conquista para la comprensión del problema de la causalidad en derecho.

También es importante distinguir a su vez la teoría de la equivalencia de las condiciones y la teoría de la *sine qua non*, por un lado, esta última afirma que la suma de las fuerzas que han contribuido a un resultado, ha de ser considerada la causa de este, la cual es incompatible con la segunda

¹⁹⁹ Gimbernat, Ordeig, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 51

que afirma que cada una de estas fuerzas puede ser calificada de causa del evento. Al respecto, Gimbernat Ordeig agrega correctamente:

*Los partidarios de la teoría de la equivalencia no vacilan en calificar de típicos, todas las condiciones que han contribuido a un resultado típico, pues la exclusión de las acciones inadecuadas tienen lugar en el plano de la culpabilidad, pues examinan en el definitivo juicio de culpabilidad la previsibilidad objetiva y subjetiva del resultado.*²⁰⁰

Dicha cuestión, como ya he señalado, sólo trae una sobrecarga a tal elemento del delito.

Otra de las teorías, es la de la interrupción del nexo causal, la cual, además de operar con criterios confusos y contradictorios, no tiene nada que ver con el problema causal, así, un juez sentenciador, después de fundamentar su resolución con la teoría de la ruptura causal, que por carecer de contornos precisos, le puede servir para justificarlo todo.

Cabe mencionar, que la teoría de la interrupción del nexo causal, al igual que las teorías individualizadoras, carecen de contornos precisos; de ahí que su aplicación por la jurisprudencia sea también sumamente contradictoria. Por consiguiente, poco importa el nexo causal, puesto que el problema va más allá, siendo el dolo y la culpa lo que realmente lo delimitaran.

Ahora, en cuanto al riesgo en base al peligro como elemento de la conducta adecuada, la acción peligrosa traspasa el límite de tolerancia fijada por el legislador, cayendo las consecuencias sobre el autor, a esto Gimbernat Ordeig agrega:

En resumen a) acciones inadecuadas, un hombre prudente no prevé como posible que tales comportamientos pueden provocar un

²⁰⁰ Ibidem p. 55.

*resultado típico; b) acciones peligrosas permitidas, se encuentran por encima de la frontera de la adecuación, su ejecución encierra, por tanto, un riesgo para la producción del resultado; c) acciones peligrosas no permitidas, al igual que las anteriores, se ha sobrepasado el límite de la adecuación; pero la producción del riesgo que estas acciones representan, está prohibido. Aquí adquiere significación jurídica la diferenciación entre la adecuación e inadecuación; la realización de una acción inadecuada para originar la lesión de un bien jurídico es siempre si el autor se da cuenta correctamente de la situación objetiva, por falta de acción típica, un delito putativo. En las acciones peligrosas habrá que examinar el carácter del riesgo; si este está prohibido, la acción será típica y su ejecución, a consecuencia de la voluntad de rebelión en contra del orden jurídico que implica, punible.*²⁰¹

Por lo tanto, una acción es adecuada, cuando según el juicio del juez se había fundamentado ya un peligro.

Al respecto, el ejemplo de que cuando un hemofílico se muera con un golpe, se debió de prever la puesta en peligro del bien jurídico dañado por la imprudencia en el resultado más grave y, además, si el tipo básico se une al peligro en cuanto a la producción de la consecuencia, se estará frente a una acción adecuada, por lo que a contrario sensu, todo comportamiento que no representa ningún peligro para la realización de un tipo es siempre un comportamiento cuidadoso.

A este peligro unido al tipo básico y que fundamenta la consecuencia culpable agravada, Hirsch señala:

En la consecuencia agravada se haya traducido precisamente la peligrosidad específica inherente a la lesión dolosa acaecida, es decir el resultado del tipo básico por lo que la jurisprudencia establece el

²⁰¹ Gimbernat, Ordeig, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 152

*requisito de inmediatez entre el resultado simple y la consecuencia grave se debe dar el resultado doloso simple primero para repercutir en la consecuencia.*²⁰²

En cuanto al riesgo permitido, este restringe la franja del deber de cuidado, tiene que ver con el principio de confianza, tal como lo señala Mario Garrido Mont: “La noción de riesgo permitido presupone el principio de confianza, consisten en que los demás respeten, a su vez, la norma de cuidado “el que obra sin tener en cuenta que a otros pueden hacerlo en forma descuidada no infringe el deber de cuidado”²⁰³

Una vez analizada la causalidad, ahora trataré la otra parte que conforma los delitos cualificados por el resultado, la culpabilidad (dolo e imprudencia), primero referiré a la culpa que consiste en la ausencia de ese interés que arrastraría al sujeto a no poner la diligencia debida en el momento y circunstancias concretas, en otras palabras, es la falta del cuidado jurídicamente esperado en el comportamiento, consiste en la infracción de la norma de cuidado que en el código penal se denomina imprudencia o negligencia.

Sin embargo, como se ha visto, es en el peligro del riesgo no permitido donde se permite la relación entre culpabilidad y causalidad, a través de la adecuación de la conducta típica en base al peligro, tal como lo asevera Mario Garrido Mont “Para que exista culpa debe tener: a) la obligación de prever el riesgo al abstenerse de realizar acciones peligrosas b) emplear la prudencia necesaria, c) y el deber de informarse adecuadamente en forma previa”.²⁰⁴

¿Pero qué pasa cuando no se ha alcanzado a prever el peligro, es el caso de la culpa inconciente?, Carlos Creus determina al respecto:

²⁰² Joachim Hirsch, Hans, *Derecho Penal, Obras Completas*, tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p.306

²⁰³ Garrido Mont Mario, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2001, p.168

²⁰⁴ *Ibidem* p.169

*En la culpa inconsciente, puesto que falta la previsibilidad por el desconocimiento del carácter peligroso de la conducta, no es sencillo fundamentar la responsabilidad subjetiva en estos casos la doctrina acude para ello a la vigencia del deber de prever: el reproche se funda en que el autor no previó la producción del resultado como producto del curso causal de su conducta, cuando de acuerdo con las reglas comunes de la experiencia tenía el deber de preverlo; en otras palabras, tenía que conocer el carácter peligroso de ella.*²⁰⁵

O tal como lo señala Mario Garrido Mont

*Hay culpa inconsciente cuando una persona no prevé el riesgo, siendo previsible, lo que podría revestir más gravedad, pues si el sujeto se representa el peligro, no está en condiciones de adoptar las medidas de seguridad adecuadas al llevar a cabo la actividad creadora del riesgo. Pero sistemáticamente la gravedad de la culpa no está subordinada a la representación del peligro creado.*²⁰⁶

También señala Hirsch: “La imprudencia temeraria se equipara con la conciente porque se reprocha que aún en el momento de la acción tuvo indiferencia y desconsideración pues ni siquiera hicieron surgir en la conciencia del autor, la posibilidad de la cualificación.”²⁰⁷

De tal suerte que es en la culpa inconsciente donde se debió prever (tener un conocimiento potencial).

En este momento es oportuno señalar a la mínima culpa como culpa inconsciente (para algunos supuestos de delitos cualificados por el resultado), pues como ha quedado establecido, es lo que se debió prever, ya que si

²⁰⁵ Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, 5ª edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 255

²⁰⁶ Garrido Mont Mario, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2001, p.174

²⁰⁷ Gimbernat, Ordeig, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 302.

hubiera sido no previsible, entonces, se estaría frente a un caso fortuito. Además, cabe establecer desde ahora, que no se establece que en los delitos cualificados por el resultado se deba tener una mínima culpa, el legislador sólo agrava la pena sin especificar qué tanta culpabilidad debe tener el autor.

Ahora bien, es importante para la estructura de los delitos cualificados por el resultado diferenciarlos del delito complejo, por lo que no se puede apoyar el delito cualificado por el resultado en el dolo indirecto porque se origina de un mismo proceso causal (delito complejo), por ejemplo, poner una bomba queriendo matar a una persona, pero se mata a más, no intencionalmente, sin embargo, en este ejemplo, sí es previsible el delito cualificado por el resultado, por lo que existen dos delitos, uno querido y otro no. Al respecto Garrido Mont señala:

*Delito preterintencional, se trata de la valoración de dos situaciones distintas: doloso es lo pretendido por el realizador de la acción, y la culpa incide en la falta de cuidado que puso al ejecutor de esa acción que se materializó en un resultado más grave. De manera que no se aprecia una nueva situación, si no dos distintas.*²⁰⁸

Por lo tanto, se determina que en el delito complejo se trata de una misma situación (dolo indirecto) y de dos situaciones distintas en los delitos cualificados por el resultado, tal como lo señala Cardenal Murillo: “en la tesis del injusto adicional se centra en torno a dos notas peculiares de los delitos cualificados por el resultado: la producción, al menos imprudente del resultado ulterior cualificante, y su especial conexión con el delito doloso base”.²⁰⁹

Ahora bien, respecto al elemento normativo que se encuentra en la tesis nomológica, o de lógica normativa, la cual, en mi particular punto de

²⁰⁸ Garrido Mont Mario, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2001, p. 178.

²⁰⁹ Cardenal Murillo, Alfonso, *la responsabilidad por el resultado en el derecho penal*, editorial Edersa, Madrid 1990, p. 388.

vista es la más valiosa aportación personal del maestro Gimbernat Ordeig al problema de la causalidad, pues, para este: “el dogma de la acción es tan insostenible como el de la causación... se trata de un problema normativo que ha de ser resuelto con una teoría de lo injusto”.²¹⁰

Empezando con la idea de que no todo dolo típico es una voluntad final de acción, y no toda voluntad final de acción es un dolo típico, así, el dolo típico, como parte integrante del injusto, está acuñado normativamente en cuanto que es aquella voluntad final de acción que está dirigida a los caracteres objetivos de un tipo, en otras palabras, la acción que le interesa al derecho es la normativa porque leer, caminar, aún teniendo un fin, es irrelevante (sin embargo, que la circunstancia de que en derecho la finalidad está referida al tipo, no significa que sea este el que la crea).

Por lo que respecta a la antijuricidad, también como parte integrante del injusto, ésta es un juicio de valor, así, cualquier teoría que pretenda decidir sobre lo injusto en base a criterios científico-naturales, como lo hacen las doctrinas individualizadoras de la causalidad, están condenadas al fracaso, pues es en base a lo normativo, cuyo objeto es averiguar cuáles son los comportamientos reprochables que la ley ha tenido presentes al crear un tipo determinado, por lo que procederá la absolución, cuando el resultado causado no fue uno de los que la ley quería evitar con el establecimiento del deber de diligencia.

En definitiva, en contra de lo que English afirma respecto de la doctrina dominante: “es irrelevante lo que habría sucedido si... lo único que importa es averiguar si la ley se dirigía o no con el establecimiento de un deber de diligencia a evitar un resultado como el que se produjo”.²¹¹

En el mismo sentido, Gimbernat Ordeig afirma: “Sólo con el examen del fin que persigue la imposición de un deber concreto de diligencia, la

²¹⁰ Gimbernat, Ordeig, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 123.

²¹¹ Gimbernat, Ordeig, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 141

solución es satisfactoria no así, con la sine qua non o si representa o no un incremento del riesgo lo que llevaría en vez de una absolución, a una responsabilidad del agente”²¹².

Por ende, si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se quería evitar con el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad, ya que la norma únicamente abarca lo que cae bajo su campo de protección y no lo que el proceso causal hipotético presenta.

Cabe mencionar, que la estructura normativa corresponde a una realidad social y si esta autoriza múltiples actividades creadoras de riesgo, no puede aquélla prohibirlas, tal como refiere Garrido Mont:

*La prohibición de la velocidad excesiva no se dirige a evitar el atropellamiento del suicida. Queda a sí mismo descartada la posibilidad de imputar objetivamente el resultado a la acción imprudente, cuando el mismo resultado se hubiera concretado también con una conducta no negligente.*²¹³

Por lo tanto, lo que importa no es si el resultado se hubiera evitado si la conducta fuera correcta o si esta aumenta el riesgo, lo que importa es que se averigüe si la ley se dirigía o no al establecimiento de un deber de diligencia, a evitar un resultado, como el que se produjo.

En base a lo anterior y tal como lo comenta Bacigalupo: son dos las circunstancias que permiten la aplicación de las figuras calificadas por el resultado:

Una de carácter objetivo que se relata como conexión de inmediatez entre la acción de emprendimiento doloso y el resultado más grave, la

²¹² Ibidem p. 142

²¹³ Garrido Mont Mario, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2001, p.170.

*que requiere que el resultado mayor además de la conditio sine qua non, no esté separado de la acción básica por la intervención de un tercero o de la propia víctima; la otra de carácter subjetiva, constituida por la culpa respecto del resultado más grave, la cual implica que la realización de la acción querida, lleve implícito el peligro del resultado mayor y como tal, sea previsible.*²¹⁴

A una conclusión parecida llega Hirsch:

*La singularidad de los delitos cualificados por el resultado reside únicamente en el riesgo específico de la lesión dolosamente causada, en conexión con la especie de consecuencia agravada previsible, requiere una agravación de la pena del delito doloso que ya no es posible cubrir con el marco penal del tipo básico doloso.*²¹⁵

Por lo tanto, si la realización del tipo básico se une a un peligro extraordinariamente grande de producción de la consecuencia más grave, que el autor podía prever con la mera producción del tipo doloso, el comportamiento está comprendido en el tipo básico, a menos que el autor actúe temerariamente (inconciente) y haya aumentando así, el riesgo concreto de producción del resultado.

En cambio, cuando el tipo básico no cubre esa previsión (temeraria), es decir, no cubre la existencia regular de una puesta en peligro extraordinaria, la imprudencia queda consecuentemente comprendida de forma plena en la cualificación.

Por último, respecto al resultado, el legislador parte por principio general de este requisito, ya que en el ámbito de la acción peligrosa, aquel tiene en cuenta la necesidad de garantizar la certeza del supuesto típico mediante un punto fijo concreto y objetivo y, además, ha de tenerse en

²¹⁴ Creus Carlos, *Derecho penal parte General*, 5ª edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2001. p. 258.

²¹⁵ Gimbernat, Ordeig, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Op. cit. (Nota 193) p. 299.

cuenta que, normalmente, el requisito del resultado hace posible limitarse a las acciones de un nivel de riesgo concreto y cierto. Pues era peligroso, tal resultado, que aconteció.

C. Clasificación de los delitos cualificados por el resultado.

Ya anteriormente algunos penalistas trataron de clasificar los delitos cualificados por el resultado, Primeramente Maurach refiere:

*Que se considera dentro de los delitos dolosos a aquellos calificados por el resultado, en los cuales el resultado culposamente producido descansa sobre una acción básica dolosa. Ello debería tener como consecuencia que los hechos calificados por el resultado siguieran las mismas reglas que los delitos propiamente dolosos respecto de la tentativa y participación.*²¹⁶

Estos postulados del insigne penalista alemán, ven en la preterintención una forma de dolo, el denominado dolo preterintencional.

También, Eusebio Gómez afirma al respecto: “que el homicidio preterintencional le confiere carácter doloso a la circunstancia de que el agente procede con la intención de llevar a cabo un hecho contrario a la ley”.²¹⁷

Sin embargo, otros autores se alzan contra la admisión del dolo más allá de la intención del agente, por lo que el homicidio ultra intencional es una mezcla de dolo y culpa, dolo respecto de la lesión, culpa en referencia a la muerte, al respecto Jiménez de Asúa señala: “que en Argentina se sostiene que el delito preterintencional está constituido por dos ingredientes:

²¹⁶ Maurach, Reinhart, Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, tr Juan Córdoba Roda, Ed Ariel, Barcelona, España 1962, p. 592.

²¹⁷ Márquez Piñeiro, *Derecho Penal, Parte General*, reimpresión, editorial Trillas, México 1999, p. 270

uno culposo, y otro doloso; el dolo recae en el propósito, y la culpa sobre el resultado”.²¹⁸

Hechas las anteriores salvedades haré mención a la clasificación que en el particular punto de vista, es la más acertada, la del penalista alemán Hirsch.

C'. En sentido propio

Formalmente los delitos cualificados por el resultado son tanto propios como impropios, sin embargo, conviene hacer diferencia entre ambos, así, los impropios se refieren a aquellos delitos con base dolosa más el dolo (eventual) en la consecuencia agravada; y también se refiere a la culpa en el delito base más la culpa en la consecuencia agravada.

Los propios además de ser también los materiales, son dolo en la conducta básica, más culpa, en la consecuencia agravada, son estos últimos, formal, material y propiamente dichos.

Resulta claro apreciar que es en los delitos cualificados por el resultado, propios, donde se configura un grupo cualificado de supuestos materialmente autónomo, entre los delitos puramente dolosos y los imprudentes. Así, resulta imperioso que los delitos cualificados impropios desaparezcan pasando a ser delitos cualificados comunes, tal como lo sostiene Hirsch “En el caso de que se mantengan los delitos cualificados por el resultado destacan la necesidad de separar en el futuro aquellas cualificaciones por el resultado que sean impropios y a regular las mismas como delitos cualificados comunes”²¹⁹.

En otras palabras, los delitos cualificados por el resultado impropios deberían ser eliminados de lege ferenda y así, en correspondencia, de cara

²¹⁸ Idem.

²¹⁹ Gimbernat, Ordeig, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 289.

a la prescripción singular de la pena deberían ser regulados como delitos cualificados por el resultado habituales o abandonarse a un delito doloso general suficiente.

Por lo anteriormente dicho, cabe mencionar, tal como lo asevera Maurach: “se entiende que; en sentido propio, es mejor referirse a una ruptura cualificada del resultado como consecuencia de la concurrencia de imprudencia y quizás fuera conveniente acordar por ello el empleo de la terminología delito cualificado por la imprudencia”.²²⁰

C’’. En sentido formal

Queda claro que todos los delitos cualificados por el resultado son formales, sin embargo también es de utilidad que dentro de estos se encuentran inmersos los materiales, tipo básico doloso y consecuencia especial causada imprudencialmente, tal como lo señala Hirsch

Los delitos cualificados por el resultado en sentido formal son todos aquellos delitos en los que respecto a un tipo básico doloso o imprudente se introduce una consecuencia especial más grave que cualifica el tipo en la prescripción de la pena; respecto a esa consecuencia la ley exige, además, como mínimo, una imprudencia²²¹.

No está demás recordar que lo anterior abarca tanto el tipo básico doloso con consecuencia especial dolosa, como los supuestos de tipo básico doloso con consecuencia especial dolosa (dolo eventual) y el tipo básico imprudente con consecuencia especial imprudente.

Es importante señalar que para el dolo del tipo básico, más el dolo de la consecuencia agravada ya hay un tipo doloso, tal como lo señala Hirsch

²²⁰ Joachim Hirsch, Hans, *Derecho Penal, Obras Completas*, tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 290

²²¹ *Ibidem* p. 288.

“En el supuesto del dolo más dolo existe ya un tipo objetivo comprendido plenamente en el dolo, en lo relativo a la autoría no se da diferencia alguna respecto a los tipos dolosos cualificados habituales”.²²²

El dolo eventual de la consecuencia agravada, en cambio, sí puede ser fundamental del delito cualificado por el resultado, porque el autor prevé el resultado típico como una de las consecuencias de su acción y acepta que este se produzca (no quiere pero acepta su realización), por lo tanto, dolo en el tipo básico más dolo eventual en el tipo agravado, sí fundamenta el delito cualificado por el resultado, pero resta por determinar si este, supera o no, el principio de culpabilidad.

Por último, sólo resta referirse al marco del tipo básico imprudente con consecuencia especial también imprudente, el mismo en todo caso, trata de un supuesto de producción no dolosa de un resultado más grave, sin embargo, estos no son delitos autónomos, ya que en este caso, se trata únicamente de la regulación circunstancial de uno de los supuestos habituales de delitos imprudentes cualificados.

C’’. En sentido material

Tal como he hecho mención, todos los delitos cualificados por el resultado son formales, sin embargo, dentro de estos se encuentran inmersos los materiales tipo básico doloso y consecuencia especial causada imprudencialmente, al respecto Hirsch agrega: “La consecuencia imprudente es la única que comprende un supuesto semejante, en todo caso extraordinario, en relación con el grupo de delitos cualificados por el resultado”.²²³

2. Acerca de cómo los delitos cualificados por el resultado no vulneran el principio de culpabilidad.

²²² Joachim Hirsch, Hans, *Derecho Penal, Obras Completas*, tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 289

²²³ Joachim Hirsch, Hans, *Derecho Penal, Obras Completas*, tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 289.

Tal como ya ha sido mencionado en los primeros capítulos del presente trabajo, el principio de culpabilidad ha sido resultado de muchos siglos de evolución del derecho punitivo, desde el antiguo régimen, que transmitía la responsabilidad a los familiares próximos al reo, por razón de ejemplaridad; pasando por el *versari in re ilícita*, del derecho canónico; hasta llegar a los residuos de responsabilidad por el resultado (algunos supuestos de delitos cualificados por el resultado), que aún existen en nuestra legislación contemporánea y que contravienen el principio de culpabilidad, pese a que es uno de los principios que le dan fundamento a todo ordenamiento jurídico.

Al respecto, muchos penalistas han declarado que los Delitos cualificados por el resultado son un residuo de responsabilidad objetiva, de entre ellos, Jiménez de Asúa, Von Liszt, Max Ernesto Mayer, Cuello Calón, etc. “se pronuncian a favor de que estos son “aberrantes e inhumanos”²²⁴, pretendiendo que desaparezcan de las legislaciones modernas en las que actualmente se aplican y que sean sustituidos por el criterio de la responsabilidad basada en la culpabilidad.

También los autores alemanes consideran que estos delitos cualificados por el resultado, significan casos de responsabilidad objetiva en que no se precisa la culpabilidad respecto al resultado más grave, sin perjuicio de que estos mismos autores despotriquen contra ellos considerándolos “baldón ignominioso de la época”, vestigio de incultura intolerable y ruptura con el principio de culpabilidad

Así, conviene adelantar, que para que no se vulnere dicho fundamento, únicamente será posible que se refute un delito cualificado por el resultado, siempre que el legislador deje en claro, el por qué del establecimiento de cada tipo cualificado, con lo que concuerda Polaino Navarrete:

²²⁴ Márquez Piñeiro, Derecho Penal, Parte General, reimpresión, editorial Trillas, México 1999, p. 271

El legislador es incoherente con sus principios inspiradores, en configurar tipos delictivos conforme a la responsabilidad por el resultado, en un tipo en donde la expresión “resultará” determinada exigencia de mera relación de causalidad, de modo que el tipo es cualificado por el resultado, que no requiere la presencia de dolo o de culpa por la índole impersonal, mecanicista y objetiva de la aludida referencia positiva del verbo descriptivo del núcleo de la acción. Tan relevante defecto dogmático de cualificación por el resultado que admite las exigencias inherentes al principio de culpabilidad, se hace extensivo al plano de la penalidad y comporta una auténtica exasperación desorbitada de la pena.²²⁵

Mismo criterio tiene Jescheck cuando refiere: “ante la notable agravación de las penas que los delitos cualificados por el resultado han experimentado en el derecho vigente, es difícil negar que aún se conserven importantes restos de la responsabilidad por el resultado”.²²⁶

Además, el principio de culpabilidad, debe ser un fundamento de rango constitucional, pues la constitución debe establecer sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del derecho penal, así para algunos penalistas como Francisco Álvarez García “derivaría de la dignidad humana, en el libre desarrollo de la personalidad, de la realización del valor de justicia del principio de seguridad jurídica, del principio del legalidad, de la presunción de inocencia o en un Estado Social y Democrático de Derecho”.²²⁷

A este respecto Donna señala:

²²⁵ Polaino Navarrete, Miguel. *Fundamento Dogmático del Derecho*, Editorial Porrúa, México 2001, p.284

²²⁶ Joachim Hirsch, Hans, *Derecho Penal, Obras Completas*, tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 291

²²⁷ Álvarez García, Francisco Javier, *Introducción a la Teoría Jurídica del Delito*, p. 46

*La culpabilidad como principio de rango constitucional, tiene que ver con un concepto amplio de culpabilidad y no sólo con respecto a culpabilidad en stricto sensu, sino también con relación al principio de imputación subjetiva del autor, de manera que nunca se podrá imputar un hecho sólo por una mera relación causal.*²²⁸

Dicho fundamento está traducido en nuestro sistema penal (culpabilidad por el acto), el cual es acogido expresamente en el **Título Preliminar de los Principios y Garantías Penales del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 5**, en virtud del cual “no podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de este”²²⁹.

Aunque luego el propio legislador, como ya he señalado, no sea coherente con tal principio, al prever determinadas hipótesis de los delitos cualificados por el resultado.

También he hecho mención de la culpabilidad por el acto consistente en que un resultado lesivo (la muerte de una persona, el perjuicio a la hacienda pública, etc.), es imputable al autor culpable, en la medida de su culpabilidad, y que las penas sólo corresponden a los autores culpables de un delito (principio de accesoriedad limitada).

En el mismo sentido, el principio de responsabilidad por el hecho, se opone, como manifiesta Mir Puig, “a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser, es decir, viene a cerrar el paso a la teoría de los tipos de autor que elaboran los juristas nacionalsocialistas (nazis)”.²³⁰

Al respecto agrega Gimbernat Ordeig:

²²⁸ Donna, Edgar Alberto, *Teoría del Delito y de la Pena*, editorial Astrea, Buenos Aires 1995, p. 181

²²⁹ Agenda Penal del D.F., *Código Penal para el Distrito Federal*, p.2

²³⁰ Álvarez García, Francisco Javier, *Introducción a la Teoría Jurídica del Delito*, p. 45

La causalidad material no es en nuestro derecho el único fundamento de la responsabilidad criminal y así para la realización del delito culposo no basta que con la acción se infrinja un deber objetivo de cuidado establecido sin tener en cuenta más que los supuestos de normalidad que se halle en conexión causal con el evento, sino que es menester que la acción típicamente antijurídica sea reprochable individualmente al autor, en atención a sus condiciones personales y a las circunstancias que configuran el hecho en cada caso elemento subjetivo que está ausente en la conducta del que recurre²³¹.

Es importante mencionar a la teoría del *versari in re ilícita*, pues es la antítesis de la de la responsabilidad subjetiva, así, si en la teoría subjetiva, únicamente pueden imputarse las consecuencias de la conducta dolosa cuando han sido previsibles, en la teoría objetiva, o del *versari in re ilícita*, se afirma la responsabilidad por todas las consecuencias del acto ilícito aunque sean fortuitas.

Se le debe al derecho canónico, el principio del *versari in re ilícita*, pues fue debido al objetivismo medieval, lo que influyó en la formación del concepto de dolo indirecto, en virtud del cual, basta una culpabilidad inicial para atribuir al sujeto todas las consecuencias de su conducto, aunque no fueran queridas, tal como lo asevera Antón Oncea “Para justificar el *versari in re ilícita*, se alegó el dolo directo resultado del concepto voluntad indirecta de Santo Tomas”.²³²

Ahora, para vincular el principio del *versari in re ilícita*, con el delito cualificado por el resultado, se observa que la actividad injusta no requiere ser típica, es suficiente que sea contraria a derecho, pues un sujeto responde a título de dolo de todos los efectos o consecuencias típicas que provoque. A lo que el maestro Garrido Mont agrega:

²³¹ Gimbernat, Ordeig, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 289, p. 89.

²³² Antón Oneca, José, *Derecho Penal*, 2ª edición, editorial Ediciones Akal, Madrid, 1986, p. 256.

Con mayor razón si comete un delito, se le imputara como doloso todo lo que sea consecuencia de su actuar, aún de lo accidental. Es obvio que un derecho penal garantista que respete los derechos fundamentales del ser humano no puede asentarse en principio semejante". También Hardwing, "ve en estos delitos, una manifestación del versari in re ilícita".²³³

Mientras Arthur Kaufman "reconoce en ellos un reconocimiento del dolus indirectus"²³⁴.

Sin embargo, a favor del versari, es necesario agregar que el resultado es por lo que se puede tipificar un caso y no otro, sin lesionar el principio de igualdad. Pues aún, si en dos casos, la culpabilidad es la misma, no obstante, el principio de igualdad no habla de culpabilidad igual, sino de supuestos de hecho iguales.

Por lo anterior, tal vez exista semejanza de la teoría del versari in re ilícita frente a el caso fortuito con arranque ilícito, ya que este último señala que si en una acción base dolosa se presume la mala intención del resultado, sólo por señalar que es ilícito el comienzo, el resultado debe serlo también, o sea, que aquel que inicia un comportamiento ilícito debe responder de todas las consecuencias de sus actos, así lo señala Alfonso Cardenal Murillo "La atribución de una mayor responsabilidad al autor de un ulterior resultado más grave, aún en el caso de su producción fortuita".²³⁵

Pero qué pasa con el principio de culpabilidad, ¿debe o no respetarse?

²³³ Maurah Reinhard, *Tratado de Derecho Penal*, tr Juan Córdoba Roda, Ed Ariel, Barcelona, España 1962, p. 592.

²³⁴ Idem.

²³⁵ Cardenal Murillo Alfonso, *La responsabilidad por el resultado*, editorial Edersa, Madrid 1990, p. 384

El delito cualificado por el resultado tiene un origen en un delito base generalmente doloso, prohibido, por lo tanto, será ilícita toda consecuencia que derive de él, sin embargo, este criterio no debe ir por encima del principio de culpabilidad, por razones que ya he plasmado, una solución más adecuada sería establecer, que en ciertos casos concretos, es válido determinar qué es lo que quiso prohibir la norma y qué no, para llegar a saber cuando es posible absolver.

Así, aunque no exista un sólo precepto que conceda al caso fortuito con arranque ilícito, eficacia ante la ley, no quiere decir que esto sea justo, pues aún falta determinar, si se está vulnerando el principio de culpabilidad con dicha figura eximente de responsabilidad.

En mi particular punto de vista, si se vulnera el principio de culpabilidad y para que no lo haga, se debe usar una mínima culpa específica en cada uno de los delitos cualificados por el resultado, pues, sólo así podrían tener cabida.

Queda claro que el delito cualificado por el resultado, cuando existe caso fortuito en el ulterior resultado, es claro vulnerante del principio de culpabilidad, y sin embargo considero que cuando la ley exija una mínima culpa del ulterior resultado también lo hace, ya que la pena establecida en el código es superior a la establecida en el concurso ideal de delitos. Por lo tanto, habrá un principio de responsabilidad subjetiva y con él, un principio de culpabilidad vulnerados, cuando los delitos cualificados por el resultado superan el límite superior de la pena marcado por la culpa.

Sin embargo, el legislador tiene la última palabra para defender a la corte y a la jurisprudencia, las cuales establecen que no hay caso fortuito sino es de un acto lícito, o para aceptar el caso fortuito con arranque ilícito, si es en determinados casos donde el azar provoca el resultado no previsto, para lo cual debe ser castigado con una mínima previsión.

Es imperioso dejar claro en que casos se puede aplicar una mínima culpa para que proceda fincar responsabilidad a un individuo (aún en el caso fortuito con arranque ilícito), esto con el fin de que delitos como los calificados por el resultado no vulneren el principio de culpabilidad

Para lo cual se debe partir de que existen distintos grados de imputación objetiva, así, el principio de culpabilidad requiere de una adecuación entre el grado de infracción del deber y la consecuencia jurídica que comporte, un ejemplo de esta infracción se realiza cuando a una conducta imprudente se le atribuye la pena correspondiente al dolo, violándose el principio en cuestión y, además el grado del mismo. Tal como lo señala Carbonell Matéu:

El principio de culpabilidad exige que no se impute subjetivamente, ni en mayor ni en menor medida de la que se desprenda de la forma de vulneración del deber. En este sentido, la imputación a título de dolo sólo puede producirse respecto de aquellas conductas naturalmente dolosas: esto es, voluntarias, y la imputación a título de imprudencia respecto de las infracciones de los deberes de atención exigibles que hayan comportado la producción de un resultado típico²³⁶.

La doctrina alemana fue la primera que trató de establecer una mínima culpa para limitar la pena en base al principio de culpabilidad, por lo que no cabe duda que significa una ganancia, que fuera añadida al texto jurídico, pues cierto es que los delitos cualificados por el resultado tienen una pena superior a los contemplados por el dolo y de la que resulte de un concurso ideal, sin embargo, la mínima culpa representa un freno a la vulneración del principio de culpabilidad, tal como Carbonell Matéu, lo conmina:

El respeto al principio de culpabilidad exige no sólo que no se imponga pena alguna, sin un mínimo grado de libertad y voluntad en

²³⁶ Carbonell Matéu Juan Carlos, *Derecho Penal Concepto y Principios Constitucionales*, editorial Tinent Lo Bllanch, Valencia 1999, p. 222.

*el sujeto, sino también una adecuación entre el grado de infracción del deber y la consecuencia jurídica que comporte una clara infracción del principio de culpabilidad, se produce cuando a una conducta imprudente se le atribuye la pena correspondiente al dolo.*²³⁷

Pero en qué consiste esa mínima culpa y cuándo se debe aplicar, para algunos radica en la culpa inconciente, sin embargo para Carlos Creus, esto no es así, ya que la culpabilidad de la culpa inconciente no es obvia, no es segura que sea compatible con el principio de culpabilidad. En verdad el autor que no se representa el peligro de su acción, difícilmente podrá motivarse para la corrección del curso de la misma; por tanto, no tuvo posibilidad de elegir la conducta adecuada al mandato y, por ello, su responsabilidad no ingresó, sino en un cuadro de objetividad.

Por lo tanto, dicho resultado tiene que ser previsible, pues cuando no fue previsible, es inaplicable y al autor únicamente se le podrá punir en la medida prevista por el tipo que corresponda a la acción ejecutada dolosamente.

También Maurach comenta: “Para la determinación de la culpa solamente sería relevante la previsibilidad del resultado más grave, ya que la infracción del deber de cuidado se encuentra siempre presente en los delitos cualificados por el resultado, debido a la comisión culpable del delito básico”.²³⁸

Sin embargo, en mi opinión, en algunos casos sí es equiparable la mínima culpa con la culpa inconciente, de lo cual hablaré en seguida.

Si para algunos autores es necesaria la representación, para otros la previsibilidad (culpa conciente), no es necesaria de entre ellos Hirsch

²³⁷ Carbonell Matéu Juan Carlos, *Derecho Penal Concepto y Principios Constitucionales*, editorial Tinent Lo Bllanch, Valencia 1999, 221.

²³⁸ Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, tr Juan Córdoba Roda, Ed Ariel, Barcelona, España 1962, p. 591.

describe: “Parece dudoso, no obstante que el principio de culpabilidad pudiera llegar a exigir, con carácter general, una imprudencia, temeraria”.

Esto es así: pese a que la responsabilidad subjetiva se ve vulnerada porque en la culpa inconciente, el autor no conoce ni quiere (prevé) el resultado, la doctrina piensa que puede fundarse en el conocimiento potencial del carácter peligroso de su conducta (deber de prever). Al respecto Gimbernat Ordeig agrega: “Se le imputan al autor resultados imprevisibles; en esto se diferencia ya la responsabilidad por el resultado de la responsabilidad por la imprudencia (en la que sólo se imputan los resultados previsibles)”.²³⁹

Por lo tanto, el principio de culpabilidad se basa en la justicia, debido a que no únicamente las condiciones que se representa el autor o las que conoce, sí no aquellas que debió conocer o prever, serán las suficientes para imputarle una mínima culpa.

Sin embargo cabe hacer la aclaración desde ahora, que en determinados supuestos de delitos cualificados por el resultado, se requerirá un mínimo de culpa basado en la culpa conciente y en otros en la inconciente, dependiendo del delito cualificado por el resultado de que se trate.

Aún así la culpa inconciente seguirá siendo objeto de debate, porque para algunos, no es compatible con el principio de culpabilidad, sin embargo, también hay que adelantar que con la imprudencia unida al tipo básico por el peligro, estudiada desde el tipo, se busca cumplir con la exigencia del principio de culpabilidad. Al respecto Maurach en parte concuerda pues señala: “De hecho las calificaciones por el resultado exclusivamente tiene

²³⁹ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 168.

lugar dentro de un hecho penal de culpabilidad cuando se atiende a la peligrosidad general de la acción básica”.²⁴⁰

No obstante, en aquellos otros casos en que, pese a concurrir culpa respecto al resultado más grave, la pena establecida por el legislador supera a la correspondiente de estimarse el concurso ideal entre delito base (doloso) y la consecuencia ulterior más grave, (imprudente), conduce a plantear si el principio de culpabilidad queda suficientemente garantizado en aquellos casos en que el marco penal asignado por el legislador al delito cualificado exceda del que resultaría de aplicar las reglas generales del concurso (ideal) de delitos.

Sin embargo, de lo único que se trata de abarcar, en el presente trabajo, es si el delito cualificado por el resultado vulnera al principio de culpabilidad, su solución sería materia de otro interesante trabajo de investigación, dichas soluciones como la teoría del peligro o imprudencias con núcleos de acción tipificadas, serían buenos tópicos.

Recapitulando hasta este punto, en el caso fortuito, y cuando la pena es superior de aplicar el concurso ideal de delitos, los delitos cualificados por el resultado sí vulneran el principio de culpabilidad, sólo que la ley suple la trasgresión, estableciendo que para que haya caso fortuito este debe arrancar de un acto lícito y como en todo delito cualificado por el resultado, (delito base) hay un acto prohibido, por lo tanto, lo decisivo en los delitos cualificados por el resultado, no es la infracción al principio de culpabilidad, sino la posibilidad de justificar o no, el marco penal más grave que el legislador habitualmente les señala, ya que la conducta realizada por el autor recibe una valoración unitaria en atención a la cual se determina la pena.

En otras palabras, la crítica a los delitos cualificados por el resultado se justifica, más que por la lesión del principio de culpabilidad por la abierta

²⁴⁰ Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, tr Juan Córdoba Roda, Ed Ariel, Barcelona, España 1962, p. 592

lesión al principio de justicia, pues aquellos se castigan con las mismas penas de los delitos dolosos para lesiones culposas de bienes jurídicos.

A pesar de la vulneración, los delitos cualificados por el resultado deben ser mantenidos, proponiendo, en todo caso, una atenuación de la mayoría de los marcos penales, adecuados al principio de culpabilidad. Tal como lo sostiene Hirsch:

*No es posible prescindir de los delitos cualificados por el resultado, las dudas que han surgido de la observación del principio de culpabilidad, en tanto que se dirigen contra conminaciones penales abusivas del derecho vigente y contra una rutinaria inclusión de todos los grados de imprudencia son ciertamente fundadas... La supresión total o parcial de los delitos cualificados por el resultado, implica sólo un traslado al ámbito poco transparente de la medición de la pena respecto a marcos penales agravados, aún más abierto a una responsabilidad por el resultado.*²⁴¹

Concluyendo, principios como el de la culpabilidad deben seguir resguardados por el derecho, por ser fundamentales para la impartición de justicia, pues con una correcta interpretación judicial pudieran desaparecer los casos de responsabilidad objetiva o restringirlos notablemente, pues este principio es un principio rector en los casos de duda y para el derecho penal del futuro es un principio que debe ser imperioso en la conciencia cultural de nuestros días.

3. Los delitos cualificados por el resultado, la política criminal, el merecimiento y la necesidad de la pena.

A lo largo del presente trabajo he estudiado lo que determina la culpabilidad, sin embargo, ahora analizaré lo que no determina, y esto es, aquellos comportamientos jurídico-penales injustos, pues de estos, primero

²⁴¹ Joachim Hirsch, Hans, *Derecho Penal, Obras Completas*, tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 305

se decide cuales han de ser típicos, para después bajo el principio de culpabilidad imponer que únicamente sean castigados los culpables. Por tal motivo, es correcto afirmar que el legislador debiera considerar que un comportamiento deba ser castigado a través del análisis de la política criminal (proteger el bien jurídico su daño o sólo su puesta en peligro), lo cual, no infringe el principio de culpabilidad.

Lo anterior es acorde con lo que señala Gimbernat Ordeig:

*El principio de culpabilidad es límite hacia arriba de la pena y un delito cualificado por el resultado, no vulnera este principio, cuya esencia es castigar los comportamientos culpables, más no decide qué comportamientos son culpables, eso lo determina el legislador en base a la política criminal.*²⁴²

Por lo que el principio de culpabilidad, será entendido en su significado político-criminal y no dogmático (elemento del delito), el cual, se constituye en una de la principales referencias garantísticas del moderno Derecho Penal, en consecuencia, es esta versión reducida (como principio limitativo), el dogma de la culpabilidad, que no sólo es en la actualidad adecuado a los tiempos, sino que resulta irrenunciable.

De entre las consecuencias limitadoras del principio de culpabilidad, es necesario observar la necesidad de que la pena se contraiga al hecho propio; lo que se refiere a la inadmisibilidad de la responsabilidad colectiva y a la exigencia de que el contenido y la finalidad de la sanción se expresen en referencia al sujeto mismo y no a otros, cabe señalar, que es aquí donde cobra sentido el estudio anterior sobre el principio de accesoriedad limitada.

Otra consecuencia limitadora de dicho principio la señala Francisco Álvarez García:

²⁴² Gimbernat Ordeig, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 171

*Necesidad de tener en cuenta el nivel de conocimientos del autor sobre la significación jurídica del hecho condición para el libre desarrollo de la persona, es que el contenido y los límites de la libertad, (imputabilidad) los confines entre el ilícito y lo lícito se hallen claramente señalados y reconocibles (error de Prohibición); que las leyes no golpeen a quien con razonable buena fe haya considerado que actuaba (que expresaba su personalidad) en los límites de su aparente derecho.*²⁴³

Ya que no se podrá reeducar a quien razonablemente creía que actuaba conforme a derecho. De igual forma tiene sentido ahora, el estudio anterior sobre error de prohibición.

Con respecto a la previsión, en los delitos cualificados por el resultado, el caso normal es que se castigue a un culpable; solamente en casos excepcionales, cuando la previsión del autor esté por debajo de la del hombre medio, de tal suerte que se punirá a una persona a quien no puede reprochársele el resultado.(responsabilidad por caso fortuito).

Por consiguiente, no es la infracción al principio de culpabilidad lo que molesta, sino tal como lo dice Gimbernat Ordeig: “Que se infrinja de tal forma el rango jerárquico de los fines de la ley penal, hasta el punto de que para alcanzar los de prevención general, se dicten leyes a todas luces injustas, esto es lo que subleva al ánimo más templado”.²⁴⁴

Así, los delitos cualificados por el resultado permiten en ocasiones, la punición de autores a los que no se puede reprochar subjetivamente, el resultado; esto es grave; pero aún mucho más grave, es que se ignore la diferencia entre causar un resultado con intención y sin ella, por lo tanto, bajo la prevención general que junto con la culpabilidad dan como resultado a la responsabilidad subjetiva, si es factible la existencia de los delitos

²⁴³ Álvarez García, Francisco Javier, *Introducción a la Teoría Jurídica del Delito*, p. 45

²⁴⁴ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Op. cit. (Nota 170) p. 177

cualificados por el resultado, aunque se debe expresar claramente, dicho fundamento de la prevención general, en la legislación.

José Cerezo Mir, concuerda con Gimbernat al afirmar:

*Desde el punto de vista de la prevención general podría justificarse la existencia de los delitos cualificados por el resultado. La aplicación de una pena más elevada cuando de una conducta básica, generalmente dolosa, se derive un determinado resultado más grave, doloso, imprudente o incluso fortuito, puede resultar eficaz, desde el punto de vista de la prevención general.*²⁴⁵

Sin embargo, dicho autor también hace hincapié que para atender en mayor medida a las exigencias del principio de culpabilidad, en detrimento de las de la prevención general, se han excluido los resultados fortuitos de los delitos cualificados por el resultado en muchos códigos punitivos del mundo.

Ahora, es imperioso referirse a la pena, desde tiempo atrás se destina a compensar la culpabilidad, a lo sumo, en el marco de lo necesario desde el punto de vista preventivo. El sistema penal, no es pues, reflejo de una culpabilidad concebida sin relación a fines, sino de una culpabilidad limitada, ya hace tiempo, desde el punto de vista preventivo.

Por ende, únicamente atendiendo a esa culpabilidad limitada se puede alcanzar de manera justa el fin de proteger a la sociedad; o de si este fin admite una atenuación de la medida adecuada a la culpabilidad; o de si en el caso concreto puede ser de importancia secundaria.

Bern Shünemann discrepa:

²⁴⁵ Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 1997, p.422.

*La culpabilidad, pues induce a error. En lugar de la total individualización de la medición de la pena que domina la dogmática actual en esta materia, y es responsable de la extrema desigualdad que a este respecto cabe observar en la práctica, ha de aparecer en el futuro una medición de la pena calculable y previsible, que garantice el principio de igualdad. La magnitud de la pena ha de graduarse en función de la magnitud del injusto imputable y del efecto de amenaza producido por el delito, mientras que las consideraciones preventivo especiales (prescindiendo de la sensibilidad de la pena) deben limitarse a las decisiones de pronóstico expresamente exigidas en la ley, y sólo una vez que esta concepción de una medición de la pena preventiva limitada por el principio de culpabilidad se haya llevado a la práctica. Cabrá hablar de que ha concluido por completo la transformación de un caduco derecho penal retributivo en un moderno derecho penal preventivo. El principio de culpabilidad conserva vigor al ser límite hacia arriba de la pena aunque la medición y fundamentación de la pena se apoye en otros factores.*²⁴⁶

Para Hirsch, el anterior postulado de Shünemann, consiste en:

*Lo único que hace es trasladar la problemática material de los delitos cualificados por el resultado del pleno del tipo penal al ámbito de la medición de la pena, ámbito en que la problemática persistiría. En lugar de supuestos tipificados con precisión se presentarían únicamente criterios judiciales y marcos penales flexibles. Además la pena de otros supuestos experimentaría una agravación, pues sería posible en todos aquellos supuestos que conforme al criterio del juez fueran especialmente agravados.*²⁴⁷

²⁴⁶ Schünemann, Bernd, *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Estudios en Honor a Claus Roxin en su 50.º aniversario*, tr Jesús María Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid 1991, p. 178

²⁴⁷ Joachim Hirsch, Hans, *Derecho Penal, Obras Completas*, tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 294

A la postura de Hirsch, agregaría, que es un ideal que la ley penal contenga únicamente tipos cerrados o de descripción precisa, por lo que constituye una meta de un mejor sistema penal, los llamados tipos abiertos que requieren ser completados por el juzgador, los mismos subsisten en nuestro sistema, sobre todo en los delitos culposos en que el deber de cuidado o el principio de confianza, debe ser apreciado por el juez mediante el criterio de la posición de garante; es decir, se va a juzgar la situación personal del sujeto para poder responsabilizarlo del incumplimiento a un deber de cuidado.

Ahora bien, para que la pena más grave se aplique, en los supuestos calificados por el resultado, al respecto manifiesta Garrido Mont:

*En estos casos, el resultado lesivo provocado debe estar en situación de ser imputado objetivamente al autor. Deberá estar conectado causalmente con el comportamiento de aquel y quedar comprendido en la esfera de protección de la norma, pues si hubiera sobrevenido en todo caso, no podría atribuirse al sujeto.*²⁴⁸

Por lo tanto, lo que permite subsumir un caso concreto en un delito cualificado por el resultado, no es la falta de causalidad material, sino la falta de relación típica, la cual, consiste en la realización del peligro contenido en la acción base. v. Kries señala al respecto:

*Para la existencia de un delito cualificado por el resultado no basta la presencia de la acción base y de la cualificación, es necesario, además, de esta consecuencia, del peligro creado por aquella, pues dicho peligro fue precisamente el que llevó al legislador a configurar el delito cualificado por el resultado*²⁴⁹.

²⁴⁸ Garrido Mont, Mario, Derecho Penal, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2001, p.168

²⁴⁹ Gimbernat Ordeig, Enrique, Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 174

Precisamente este mayor peligro de producción de determinada consecuencia más grave, es el que permite al legislador, si lo estima oportuno, imponer un “especial al deber”, al autor del delito base, en orden de evitar la producción del resultado más grave producido en circunstancias ordinarias, en otras palabras, el legislador puede estimar aplicable a este tipo de injusto imprudente un marco penal más severo que el previsto ordinariamente, aunque siempre inferior al que correspondería a ese mismo resultado buscado de propósito (dolo), pues tal como lo señala Cardenal Murillo:

*No todos los supuestos de delitos cualificados actualmente recogidos por el legislador respetan el principio de culpabilidad, bien porque en ellos no puede constatarse un injusto adicional, bien porque infringen el principio de proporcionalidad del sistema, lo que no impide reconocer la legitimidad en abstracto de esta técnica.*²⁵⁰

Sin embargo, en mi particular punto de vista, el legislador está mal porque no radica la efectividad, en la sanción de los delitos cualificados por el resultado con penas elevadas, no trae ningún beneficio, solamente el reconocimiento de la sociedad, así, el camino real está en la idea de que quien la hace la paga.

Ahora bien, los delitos cualificados por el resultado, tampoco son abarcados con la estimación de un concurso ideal entre el delito doloso base y el tipo de injusto del delito imprudente común, respecto del resultado más grave. De ahí que quepa estimar a los delitos cualificados por el resultado como supuestos específicos de un concurso ideal tipificado y cualificado, así, pese a que el injusto en este tipo de delito no pueda ser abarcado por la mera aplicación de las reglas generales del concurso ideal de delitos, ello no supone que se tengan que rechazar los principios generales que a estas subyacen.

²⁵⁰ Cardenal Murillo Alfonso, *La responsabilidad por el resultado*, editorial Edersa, Madrid 1990, p. 389.

Por lo que el límite superior del marco penal del delito cualificado por el resultado, no puede alcanzar (ni tampoco, con mayor razón, superar) el marco penal que resulte de apreciar un concurso ideal entre el delito base y la producción “imprudente” del resultado ulterior, a lo que Bindig señala: que “en los delitos cualificados por el resultado cuya consecuencia especial correspondiese al ámbito delictivo de otro tipo básico sostuvo ya que el principio fundamental del concurso ideal quedaba desautorizado”.²⁵¹

Así, la aplicación de esta normativa, no está exenta de crítica, pues Cardenal Murillo asevera que: “En la medida que surjan dudas sobradamente justificadas en torno a si el tipo de injusto del delito de peligro concreto queda ya abarcado en la “acusación imprudente” del resultado que se intentaba prevenir mediante el tipo de peligro concreto, o viceversa.”²⁵²

Al respecto, la crítica de Hirsch no se hace esperar:

*¿Si una solución que fuera acorde con la realidad de las cosas debe o no buscarse en los principios generales aplicables al concurso ideal?... Con ocasión de la aplicación de la regulación general del concurso ideal existiría una pena mínima, frecuentemente en la pena de multa y en el mínimo absoluto de la pena privativa, ya que la mayor parte de las veces los supuestos típicos básicos correspondientes comprenden también amplios ámbitos de la criminalidad de bagatela.*²⁵³

Por ende, para solucionar dicha criminalidad de bagatela, se tendrían que aumentar los tipos básicos, sin embargo, no sería posible encontrar una solución por esta vía, pues al elevar el marco punitivo normal del tipo básico de forma que en relación con el principio de exasperación pudieran ser incluidos en la regulación general del concurso ideal, lo que hasta entonces

²⁵¹ Joachim Hirsch, Hans, *Derecho Penal, Obras Completas*, tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 296

²⁵² Cardenal Murillo, Alfonso, *la responsabilidad por el resultado en el derecho penal*, editorial Edersa, Madrid 1990, p. 390.

²⁵³ Joachim Hirsch, Hans, *Derecho Penal, Obras Completas*, tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 292 y 293.

habían sido delitos cualificados por el resultado, de tal suerte que amplias esferas de la criminalidad leve quedarían entonces comprendidas bajo conminaciones penales abusivas, a lo que Hirsch, nuevamente opina:

*El desplazamiento de la problemática de los delitos cualificados por el resultado al marco penal del tipo básico, significa, además, que se encubre una responsabilidad por el resultado, ya que en la medición de la pena la jurisprudencia no exige actualmente que el autor hubiera podido prever las consecuencias negativas del hecho, defendiéndose aquí un acto diferente de culpabilidad.*²⁵⁴

Cabe mencionar, que otra desavenencia de aumentar los tipos básicos sería el traslado de la problemática al ámbito esponjoso de la medición de la pena. En consecuencia ya no habría concurso ideal entre dolo e imprudencia, pues existiría una única acción dolosa y en la medición de la pena se debería tomar en consideración el resultado agravado previsible para el autor, en otras palabras, se dependería únicamente del marco punitivo del tipo básico, eventualmente del peligro del resultado agravado.

Por lo que buscar caminos diferentes al concurso ideal por ejemplo, la ampliación de la creación de peligro en los tipos básicos, resulta una alentadora idea, tal como lo hace Hirsch, quien busca crear un delito doloso apoyado con la creación de peligro, intentando ya no echar mano al concurso común entre delito imprudente y doloso, ahora, él se refiere a un concurso ideal tipificado y cualificado, en el cual, cuando halla temeridad (culpa inconciente) la cualificación absorbe la imprudencia, cuando hay culpa o imprudencia conciente (peligro), el tipo básico es la que absorbe la consecuencia agravada y el delito se convierte en doloso.

En consecuencia, en la imprudencia temeraria, hay cualificación por el resultado, lo cual, no vulnera el principio de culpabilidad, porque al autor se

²⁵⁴ Joachim Hirsch, Hans, *Derecho Penal, Obras Completas*, tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 295.

le reprocha su desden ante el peligro, que debió prever, tal como lo señala dicho autor:

*En el supuesto en que el autor ha realizado dolosamente la conducta del tipo básico haya producido el resultado de una lesión grave y la hubiera diagnosticado como posible (con la pura representación), se amenaza con una sanción privativa de libertad quintuplicada respecto de la lesión corporal simple, con ellos se persevera en los delitos cualificados por el resultado.*²⁵⁵

Finalmente, cabe hacer mención que los tipos básicos dolosos, que entran en consideración, tienen al mismo tiempo la función de establecer una amenaza penal relativamente baja, para los supuestos dolosos leves (lesión simple), por lo que se asume como contrapartida un aumento del marco penal de los delitos simples, es decir, una agravación de la amenaza penal de los supuestos más leves.

Así a manera de ejemplo, en el delito de lesiones simples, que aún teniendo un arranque ilícito, ya en el concurso, su pena es muy leve, por consiguiente, al ser delito base se debe subir su penalidad, sin embargo esto significaría, que todos los que han dado una cachetada, serían homicidas dolosos con sanción de pena privativa de libertad.

4. Tratamiento de los delitos cualificados por el resultado y el delito de secuestro con resultado de muerte.

El Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 163, señala: “Al que prive de la libertad a otro con el propósito de obtener rescate, algún beneficio económico, causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquiera otra, se le impondrán de cuarenta a sesenta años de prisión y de mil a tres mil días multa”.²⁵⁶

²⁵⁵ Joachim Hirsch, Hans, *Derecho Penal, Obras Completas*, Ibidem. p. 296

²⁵⁶ *Código Penal para el Distrito Federal*, editorial Isef, edición México, 2006.

Sin embargo, en el delito de secuestro seguido de muerte, primeramente se debe observar, si la causa es apropiada para desencadenar el resultado, por ejemplo, hay que cuestionarse lo siguiente: ¿encajular a una persona, con el fin de secuestrarlo, es una causa apropiada para causarle la muerte?

Al respecto, aunque el fin del secuestrador sea trasladar a la víctima en la cajuela y no de matarlo, las posibilidades de que muera, aún siendo pocas, existen y son previsibles.

Por tal motivo, el encajular a una persona, si es una condición adecuada para que una persona muera, ya que el secuestrador debió de prever, por señalar algún ejemplo, un posible accidente en ese lugar o que aquella persona era claustrofóbica, aún así, no lo hizo.

Siguiendo con la causa, en este mismo delito, si el secuestrador aún cuidando al máximo a su víctima, ésta muere, siguiendo a la teoría de la *conditio sine qua non*, se debería absolver a aquel, porque al ser un proceso causal hipotético, es únicamente una suposición de lo que hubiera pasado, aún si el actor no hubiera sido imprudente al actuar, en otras palabras se debería absolver al agente, si el secuestrado, de todos maneras hubiera muerto, aunque no hubiera sido secuestrado.

Por ende, supongamos que un enfermo terminal es secuestrado, por lo cual, es necesario que se determine qué tanto el actuar por parte del secuestrador, ha aumentado las posibilidades, para que, en el caso concreto, el enfermo muera al ser secuestrado y qué posibilidades tenía de morir, aun actuando correctamente. Así, si el enfermo de todas maneras habría muerto, entonces, resulta imperioso pensar que el legislador debe establecer claramente, cuándo una acción origina un resultado y, sobre todo, qué tantas posibilidades la acción causa o cuales son las mínimas posibilidades, aún actuando correctamente.

De tal manera que a nadie puede exigírsele lo imposible, pero en el ejemplo multicitado del secuestrador que encajuela a su víctima, no para matarlo, sino para trasladarlo, si le era posible reducir las posibilidades, puesto que el coche se hizo para que se viaje en la cabina y no en la cajuela, por lo tanto, si es adecuada la causa con respecto al resultado imprudente sobrevenido.

Hasta aquí lo referente a la causa en el delito de secuestro seguido de muerte, concluyendo que en los delitos cualificados por el resultado, sólo se absolverán a aquellos autores que en verdad no previeron, ni podían prever, aún siendo previsible, el resultado.

De tal manera, me pongo en una postura de defensa, más que de los secuestradores, del estado de derecho y de los principios que lo fundamentan, sobre todo del principio de responsabilidad subjetiva.

Por ende, es obvio que el secuestro, al ser un tema tan delicado y tan reprochable su defensa, el secuestrador lleva ya la carga de la desaprobación social, sin embargo, no significa que se debe vulnerar un principio tan importante (que debería estar constitucionalmente plasmado en todas las legislaciones del mundo), como lo es el de responsabilidad subjetiva, al aplicar una pena desmedida a la culpabilidad.

En el mismo sentido, es indudable, que el secuestrador, debido al mal proceder de su delito base, se ha ganado que se le reproche el no haber cuidado a su secuestrado como a un hijo de familia, o inclusive más que eso, por tal motivo, aquel, debió de prever todos los riesgos que su conducta pudiera originar, aunque cabe mencionar que tal situación no sucede nunca en la realidad, por lo que al secuestrador le resultará muy difícil mantenerse al margen de la responsabilidad subjetiva.

Al respecto, en presencia de otros delitos cualificados por el resultado como por ejemplo, el aborto seguido de muerte y las lesiones seguidas de

muerte, tal vez ni la sociedad ni el juzgador, serían tan duras para achacar un resultado no intencional al autor.

Por consiguiente, resulta loable afirmar que aunque casi todos han empujando dolosamente a alguien, no significa que todos sean responsables por un resultado sobrevenido no querido, como por ejemplo la muerte de ese alguien.

En virtud de lo anterior, parece difícil estar en contra de lo que la sociedad considera aberrante, sin embargo, mi única intención es crear polémica, al tratar un tema muy actual y condenado socialmente, el secuestro.

Por lo que he discernido hasta ahora, es imposible establecer una mínima culpa general para todos los delitos cualificados por el resultado, pues para poder hacerlo, se depende de las circunstancias, la gravedad del delito y su naturaleza, por ejemplo, en las lesiones, como ya ha quedado establecido, únicamente se podría exigir una culpa conciente, para poder imputar la muerte sobrevenida de un empujón; sin embargo, en el secuestro, se debe reprochar una culpa inconciente, ya que el secuestrador debió de prever las consecuencias funestas de su ilícito, teniendo el máximo cuidado para con el secuestrado, pues el peligro siempre está presente y es previsible.

Cabe señalar al respecto, que en el caso del secuestro, es un delito base grave, por lo cual, no hay necesidad de aumentar su pena, ya que existe una solución para el delito cualificado por el resultado de privación de libertad con resultado muerte y existe también, un precepto general del concurso ideal para este tipo de delito.

Sin embargo, mi propuesta radica en que la aclaración no debe ser al ordenamiento punitivo en general, sino que cada tipo penal cualificado tenga su correspondiente aclaración. Así, si el secuestrador encajuela a su víctima y ésta muere, aquel sí tendrá una responsabilidad, por una mínima

imprudencia exigida (aún no habiendo dolo de matar) y esa mínima culpa (culpa inconciente) determinará una responsabilidad por el delito cualificado por el resultado.

En el artículo 165 del código penal para el distrito federal, se acepta un concurso de delitos, si el secuestrado muere por sus secuestradores, pero no hace referencia en casos de muerte por caso fortuito o por causas ajenas a los secuestradores, de tal manera, se debe entender, que en estos supuestos no se aplica el concurso y solamente se sanciona por responsabilidad objetiva.

Por tal motivo, el tipo no es claro, porque no señala cuándo debe haber concurso por dolo o culpa y porque no debe haber concurso cuando haya caso fortuito.

Por lo que también se podría considerar reformar la ley, en el caso fortuito aún con arranque ilícito (delito cualificado por el resultado), para que sea posible su aplicación, sólo en determinados casos.

Al respecto, Gimbernat Ordeig discrepa, pues para él:

*El arranque ilícito impide aplicar la eximente de caso fortuito; castigar el hecho como homicidio culposo, tampoco es posible, pues el Tribunal Superior rechaza que pueda haber culpa cuando el acto inicial ha sido ilícito, la única solución que aparentemente queda es subsumir el hecho en el homicidio doloso y, a lo sumo, aplicar la atenuante de preterintencionalidad.*²⁵⁷

De tal manera que no existe precepto legal que conceda eficacia al caso fortuito con arranque ilícito y, por ello, no es posible inferir de la ley positiva un principio de carácter general en este sentido; en cambio, existen

²⁵⁷ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 205

muchas disposiciones en las que se consagra el principio del *versari*, sin embargo, es exclusivamente la postura de el insigne maestro catalán.

Apremia, por consiguiente, proponer al relegislador que agregue en el caso fortuito con arranque ilícito una salvaguarda, donde se establezca el respeto a un mínimo de culpa (previsibilidad mínima).

Esta previsibilidad es lo que determinará qué casos serán castigados como caso fortuito y cuales no, sin importar que el arranque sea ilícito o lícito, lo que importara es saber si el autor actúa con la mínima diligencia exigida por la ley, que para el caso del secuestro, representa mucho cuidado para con la víctima, pues significa casi ser un padre de familia para con aquélla; por otro lado, en otros delitos, sea esa exigencia, únicamente la de ser un profesionalista prudente, por tal motivo, la aplicación de la eximente del caso fortuito, debe estar en el caso concreto.

A continuación es importante señalar algunos supuestos de secuestro seguido de muerte, en que la eximente del caso fortuito con arranque ilícito, puede ser procedente:

a) Cuando a la víctima se le invita a un lugar para celebrar y en este, se le priva de la libertad, sin violencia, y pidiendo inmediatamente rescate, aquélla, aún sin saberse secuestrada, le da un paro cardiaco, por estar bailando, muriendo posteriormente.

b) Cuando el secuestrado muera en la casa de seguridad a causa de un incendio, o por otra causa ajena al secuestrador.

c) Cuando, por el susto de ser secuestrado, la víctima muere.

Sin embargo, también es posible que muriera, si le dan una noticia terrible, por lo que el secuestrador no tendrá la culpa, pues esta causa responde al caso fortuito (en un mundo violento, como el actual, es muy difícil que alguien muera por intimidación).

d) En el supuesto de que el autor no se percate de que el secuestrado se introduce en la cajuela para intentar escapar y ocurra un accidente, y muera.

Esto es lo que la norma no debe castigar porque escapa a toda causa hecha con intención o imprudencia del autor, a pesar de ello, la ley sólo establece que es necesario que muera el agente en manos del secuestrador.

e) Cuando el secuestrado se suicide, pese a que el autor, tuvo todo el cuidado exigido por la ley (poner a la víctima en una habitación acolchonada), y este, busca la forma de suicidarse.

f) Cuando el secuestrado es llevado en el automóvil cuidando de todos las reglas de transito, incluso se le pone el cinturón. (riesgo permitido) y muere por un accidente ajeno al autor.

Por tal motivo, a pesar de que secuestrar a otro, es un acto ilícito, resulta injusto, que alguien sea responsabilizado en estos casos, pues lo que la ley busca prohibir es la maldad en base a la intencion.

Por lo tanto, se concluye, que el legislador crea el tipo cualificado por el resultado en el secuestro para castigar a los secuestradores que matan a sus secuestrados, intencional y aún imprudentemente, pero no cuando la fortuna intervenga. Por lo tanto lo que viola el principio de responsabilidad subjetiva no es el delito cualificado por el resultado, sino el caso fortuito ajeno al secuestrador y la pena desmedida en estos casos.

Por su parte, la mínima culpa únicamente radicaré en comprobar si pudo o debió, prever la muerte del secuestrado, o no, así, la mínima culpa representa el límite del caso fortuito.

No obstante, conviene hacer la siguiente salvedad, pues hay quienes afirman que no importa la culpabilidad sino el resultado, tal como lo señala el

ejemplo siguiente: si un encajuelado y secuestrado muere, se finca responsabilidad, pero si no muere, no hay delito cualificado por el resultado, por lo tanto, solamente el capricho del suceso, es lo que determinará la gravedad del mismo, porque aunque se tenga culpabilidad, si no hay resultado, a lo mucho, sólo habrá tentativa.

Otra salvedad que se conviene hacer al respecto, consiste en que: el deber de cuidado se basa en que el agente no es un técnico o perito, en todo.

Sin embargo, es responsabilidad del secuestrador reducir al máximo las posibilidades que ocasionarían la muerte del secuestrado, para lo cual, debería preguntarle si padece alguna enfermedad (situación que no acontece en la realidad), o cualquier otro aspecto que pudiera aumentar el riesgo, por lo que resulta sensato afirmar que el autor debiera tener un cuidado máximo para con su víctima.

También hay que tomar en cuenta, que no debe ser igual el tratamiento judicial para aquel que hace del secuestro una industria organizada, que quien lo hace, incluso por necesidad, sin embargo en ambos casos dichos autores deben prever todas las posibles consecuencias del secuestro, pues a ambos autores les llega la llamada de atención de la norma para que no lleven a cabo dicho comportamiento.

A raíz de este último comentario, es menester hacer referencia, al aspecto normativo, así, la muerte de un secuestrado provocada por el autor derivada de un balazo, por malos tratos, por mutilación o golpes, es lo que la ley quiere prohibir, no así, que el secuestrado se suicide o ponga en riesgo, por si mismo, su vida.

Por lo tanto, el legislador busca prohibir la puesta en peligro mínima, en donde el secuestrador pone a su secuestrado al encajuelarlo, al golpearlo, al mutilarlo; pero no cuando el secuestrado se pone en peligro el mismo, así, si el secuestrador emplea todos los medios suficientes para no causar daño, no actúa culposamente.

En otras palabras, si el secuestrado muere por un riesgo característico del comportamiento base peligroso (secuestro) al dejarlo sin comer o torturarlo, sí se le puede fincar responsabilidad por el resultado, pero si muere por un ataque cardíaco ajeno al secuestrado no se le puede fincar tal responsabilidad.

Respecto al multicitado ejemplo, cabe señalar que la ley prohíbe encajular, a quien sea, pues se pudiera originar un accidente, así, nadie debe viajar en la cajuela, porque no fue echa para ese fin, por lo tanto, sí habría culpa del que encajuela a alguien, aunque no intente matarlo, por haber debido y podido preverlo (culpa inconciente), lo cual, por razones de la política criminal, será suficiente para fincarle una responsabilidad.

Recapitulando, la realización entre comportamiento base (secuestro), y resultado (muerte) no siempre necesitará ser adecuada para ser típica, pues, hay supuestos, que por su gravedad, hacen previsible la muerte, sin embargo en ciertos casos fortuitos se debe guardar la eximente de responsabilidad, pues hay otros supuestos, en los que de su actuar, aun siendo ilícito, un hombre medio no puede prever que de ahí va a derivar una muerte.

La mínima culpa se determina en el caso concreto, unas veces será suficiente la culpa conciente, y en otras se requerirá que sea inconciente, en base a que si se debió, o no, prever. Al respecto parece oportuno lo que Gimbernati Ordeig afirma: “Sin embargo, la mayoría de las personas han empujado a otra, a pesar de que era previsible la muerte del agredido aún no siendo previsible, por lo que únicamente el azar ha salvado a todos de ser homicidas dolosos”.²⁵⁸

En todos los casos de delitos cualificados por el resultado se requiere de la conciencia del peligro, pero en algunos como el secuestro con

²⁵⁸ Gimbernati Ordeig, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Ibidem. p. 174.

resultado de muerte se requiere sólo de una conciencia temeraria (culpa inconciente).ya que no es lo mismo una lesión simple, a un secuestro.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. Aunque la culpabilidad ya no sea fundamento de la pena (ahora es la prevención general, según el funcionalismo), conserva vitalidad su principio como límite superior de aquélla, pues ha sido el resultado de muchos siglos de evolución o perfeccionamiento del Derecho Penal; es claro que la culpabilidad vista como principio, corta el paso a las cualificaciones objetivas, que sin embargo, aún están puestas en la ley penal mexicana, así, el principio de culpabilidad funge, pues, como una aceptación de libertad ciudadana en contra de los excesos punitivos estatales.

SEGUNDA. La culpabilidad no se puede entender sin basarse en la necesidad de la pena.

TERCERA. La culpabilidad entendida como concepto debe ser el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor, a través de la valoración de una conducta típica, antijurídica, que merece una pena desde el punto de vista político-criminal, de la prevención (general y especial) y aplicada por el Estado, en respuesta al daño que hace el delincuente a los bienes jurídicos, provocando una infidelidad al derecho.

CUARTA. En los delitos cualificados por el resultado, el error acerca de este es irrelevante, por ejemplo, el que abandonando a un menor de siete años, causare su muerte, incurrirá en las penas previstas para ese delito, aunque no se haya representado la consecuencia. En otras palabras, desde la prevención general, la persona que incurra en error de prohibición invencible es tomada, por esta misma circunstancia, como peligrosa y está indicada la aplicación de una pena. Sin embargo, bajo otro punto de vista, si al autor, que comete el hecho, le falta la comprensión del injusto de su actuar, el error produce sus efectos; si no lo pudo evitar no habrá obrado culpablemente y si hubiese podido hacerlo, obrando con mayor cuidado, sólo cabe la posibilidad de una atenuación de la pena.

QUINTA. El partícipe no debe responder por hechos culposos, tal como lo señala el principio de accesoriad limitada ni por circunstancias culposas que cualifican el tipo básico del autor.

SEXTA. La teoría general del delito, en función de lo que la constitución le permita atribuir, no hace sino establecer los presupuestos mínimos de lo punible, esto es, traza los límites de lo que puede castigarse con una pena, de tal manera, ésta como aquélla debieran encontrar su fundamento en la concepción de un Estado Social y Democrático, en otras palabras, es aspiración del derecho penal mexicano que este Estado Social y Democrático fungiera como el soporte (valorativo) de los dos pilares (delito y pena), sobre los que gravita todo el sistema (teleológico) de la parte general del derecho penal.

SEPTIMA. Los delitos cualificados por el resultado no violan el principio de responsabilidad subjetiva, únicamente lo harán cuando tienen aparejada una pena más allá del límite de aquel y por caso fortuito, así, perfectamente pueden existir aquellos en la legislación mexicana, si está claramente definido que su utilidad será la prevención general, pues si por lo contrario existe una redacción imprecisa, comúnmente se originaría una interpretación injusta, que llevara a la existencia de penas elevadas que no corresponden al grado de culpabilidad, por lo que es imperioso que al respecto, todo el sistema jurídico penal sea objeto de una reforma, pues es necesario que el sentido garantizador de la norma tenga reglas concretas que resguarden la vigencia del principio de culpabilidad.

OCTAVA. Me declaro a favor del estado de derecho, al hacer hincapié, de la necesidad de darle al principio de culpabilidad un lugar más privilegiado en nuestro ordenamiento punitivo, y así, armonice con los delitos cualificados por el resultado, y aunque estos no deban desaparecer del todo de nuestras legislaciones, con su debida regulación pueden encontrar su límite de aplicación en principios como el ya mencionado.

NOVENA. El derecho del futuro tampoco debe renunciar a los delitos cualificados por el resultado, extremo que no implica lesión alguna del principio de culpabilidad, lo único que se requiere es una reforma del marco penal que tenga en cuenta tal principio, para que los delitos menos graves, de ningún modo, se eleven al nivel de delitos graves.

DECIMA. Se dice que ni el concepto de causalidad ni el de la acción pueden constituir el núcleo de la teoría de lo injusto. sino más bien, un concepto normativo. Y ya que la norma lo es todo, se deben acatar aún las prohibiciones de carácter objetivo, es correcto tal argumento, sin embargo, el que la ley señale determinado deber, no quiere decir que este sea justo; el legislador, como juez anticipado, debe crear las normas en base a principios inmutables, tal como el de culpabilidad; en pocas palabras, si la norma es injusta, hay que voltear al comienzo y revalorarla, para crear una regla más justa y equitativa.

DECIMO PRIMERA. El legislador debe establecer una mínima culpa, para dar cabida a una responsabilidad por el resultado, sin lesionar el principio de culpabilidad, pues si bien es cierto, que es necesario se castigue estos delitos, también es cierto, que no todos deben ser castigados, el resultado más justo es el de aceptar estos delitos por razones ya estudiadas, pero estableciendo una mínima culpa (previsibilidad mínima), en cada tipo, para que en el caso fortuito, aún siendo con arranque ilícito, se debe absolver, en casos en que no intervenga mínimamente la voluntad humana. En concreto, la mínima culpa es el requisito indispensable en la ley para que un sujeto pueda ser acreedor a una sanción, pero no así, cuando el actuar recae en el caso fortuito, pues este es el límite inferior de la culpabilidad.

DECIMO SEGUNDA. Cuando el secuestrado muere por su culpa o por culpa ajena al secuestrador (caso fortuito), la legislación penal mexicana, debiera señalar, que en esos casos, no es posible fincar responsabilidad al autor, más sin embargo, lo hace.

DECIMO TERCERA. Se distingue a la responsabilidad por el resultado de la dolosa y de la culposa en que la pena de aquélla es desproporcionada a la culpabilidad del agente, mientras que en los delitos culposos y dolosos las penas son fijadas en función del grado de culpabilidad del autor; la solución que se establece al respecto, es el recurrir a las reglas generales del concurso ideal de delitos, siempre que el resultado más grave no sea fortuito y se cumplan, en consecuencia, con la exigencia de que tal resultado haya sido causado, al menos por culpa.

DECIMO CUARTA. Es mejor indicar en cada una de las cláusulas penales concretas, que la imprudencia es un presupuesto de la consecuencia agravada, así, el dolo se debería expresar, en el caso concreto, de qué depende, por tal motivo, es inadecuado buscar un trato unitario o una formula para todos los casos de preterintencionalidad, resulta necesario dejar a los tribunales la determinación de la naturaleza de cada caso que se le presente, sin que deban operar otras normas orientativas distintas de las apuntadas.

DECIMO QUINTA. El avance tecnológico y científico ha aumentado, los riesgos de las actividades que a diario se deben enfrentar en todos los aspectos de la vida, por lo que el orden jurídico exige un cuidado mínimo al hombre en esas actividades creadoras de riesgos, para proteger bienes jurídicos que antes eran lesionados sólo por comportamientos dolosos, de esta manera, la falta del debido cuidado constituye una de las mayores fuentes creadoras del delito, así, un delito cualificado por el resultado, únicamente estará justificado, en aquellos supuestos, en los que a la realización del tipo básico, se una por la producción de la consecuencia, un peligro concreto excepcional, de modo que la imprudencia normal quedase, por ello, comprendida en su marco penal.

DECIMO SEXTA. Una vía diferente al concurso ideal, capaz de lidiar con el estigma de la responsabilidad por el resultado, es el ampliar la creación de peligro en los tipos básicos, mediante delitos dolosos puros, por

lo cual, se podría prescindir de la combinación dolo-imprudencia, que se ha tomado frecuentemente por la dogmática como un cuerpo extraño.

DECIMO SEPTIMA. No es la aplicación de sanciones excesivas lo que anima al delincuente a no delinquir, sino que la norma penal y su sanción se apliquen efectivamente, en otras palabras, es la idea de “quien la hace la paga” lo que lo determina, el no delinquir.

PROPUESTA

Cuando la mínima culpa se una, en base al peligro, con el delito básico, es procedente una responsabilidad por el resultado, esta mínima culpa para algunos tipos será igual a la culpa inconciente, es el caso de secuestro seguido de muerte (por ser en estos supuestos obligatorio el deber de cuidado), en cambio en ciertos tipos, como el de lesiones simples seguidas de muerte, se requerirá una mínima culpa, basada en la culpa conciente o inclusive hasta un dolo eventual, (por la necesidad de estos casos de una representación previa del autor o inclusive la intencion eventual).

Por último, afirmo que los delitos cualificados por el resultado siguen siendo una figura autónoma, integrada por el dolo del tipo básico unido a la imprudencia del ulterior resultado agravado, sin embargo, se aspira a que el tipo básico absorba al imprudente, a través ya no de una causalidad, sino, en base del peligro y así, ya no hablar de delito cualificado por el resultado, sino, de delito doloso puro.

En consecuencia, en el código sustantivo para el Distrito Federal, se debe establecer esta mínima culpa, en cada artículo o tipo penal. Así, en el artículo que prevé el delito de secuestro seguido de muerte, ubicado en el Título Cuarto, delitos contra la libertad personal, Capítulo III, del secuestro, el cual está redactado de la siguiente manera:

‘Artículo 165. En caso de que el secuestrado sea privado de la vida por su o sus secuestradores, o que fallezca durante el tiempo en que se encuentre privado de su libertad, se impondrán de cincuenta a setenta años de prisión y de cinco mil a diez mil días multa.’

Estableciendo una mínima culpa fincada en la culpa inconciente (el cuidado debido), por lo que dicho precepto legal, debe versar de la siguiente manera:

Artículo 165. *En caso de que el secuestrado sea privado de la vida por su o sus secuestradores, **sin que estos hayan tenido un máximo de previsión y diligencia o incluso la que hubiera sido necesaria tener, se impondrán de cincuenta a setenta años de prisión y de cinco mil a diez mil días multa.***

Y así reformar los demás tipos cualificados por el resultado que existan en nuestra legislación positiva...

BIBLIOGRAFIA

1. Antón Oneca, José, Derecho Penal, 2ª edición, editorial Ediciones Akal, Madrid, 1986.
2. Bauman, Jürgen, Derecho Penal, Conceptos fundamentales y Sistema, (introducción a la Sistemática sobre la Base de Casos), tr Conrado A. Finzi, reimpresión, editorial Depalma, Buenos Aires, 1981.
3. Bustos Ramírez, Introducción al Derecho Penal, 2ª edición, editorial Temis, Bogota Colombia, 1994.
4. Calderón y Choclan, Derecho Penal Parte General, Tomo I, editorial Bosh, Barcelona 1999.
5. Carbonell Matéu, Juan Carlos, Derecho Penal y Principios Constitucionales, editorial Tinent Lo Bllanch, Valencia 1999
6. Cardenal Murillo Alfonso, La responsabilidad por el resultado, editorial Edersa, Madrid 1990.
7. Carranca y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano parte general, 19ª edición, editorial Porrúa, México, 1999.
8. Cerezo Mir, José, Curso de Derecho Penal Español, Tomo I, 5ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 1997
9. Creus, Carlos, Derecho Penal parte general, 5ª edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
10. Díaz Aranda, Enrique, Dolo, Editorial Porrúa, México, 2005
11. Donna, Edgar Alberto, Teoría del Delito y de la Pena, editorial Astrea, Buenos Aires 1995.
12. Garrido Mont, Mario, Derecho Penal, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2001.
13. Gimbernat Ordeig, Enrique, Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
14. Hirsch, Hans Joachim, Derecho penal, obras completas, tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999

15. Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, trs Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid España, 1997
16. Jiménez de Asúa, Luís, Lecciones de derecho penal, editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.
17. Jiménez de Asúa, Luís, Teoría del Delito, editorial jurídica universitaria, México, 2002
18. Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, editorial Losada, edición Buenos Aires, 1961.
19. Márquez Piñeiro, Rafael, Derecho Penal, Parte general, reimpresión, editorial Trillas, México 1999.
20. Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, tr Juan Córdoba Roda, Ed Ariel, Barcelona, España 1962.
21. Mir Puig, Santiago, Introducción a las Bases del Derecho Penal, 2ª edición, editorial Montevideo, Buenos Aires, Argentina 2003.
22. Mir Puig, Santiago, La Función de la Pena en el Estado Social y Democrático de Derecho Penal, 2ª edición, editorial Bosch, Barcelona 1982
23. Muñoz Conde, Francisco, Introducción al Derecho Penal, editorial Montevideo, Buenos Aires, 2003.
24. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Curso de Derecho Penal Parte General, editorial Porrúa, edición México, 1999.
25. Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, 4ª edición, editorial Porrúa, México 1991.
26. Polaino Navarrete, Miguel. Fundamento Dogmático del Derecho, Editorial Porrúa, México 2001.
27. Roxin, Claus, Política Criminal y Estructura del Delito, Elementos en Base a la Política Criminal, tr Enrique Bacigalupo, editorial PPU, Barcelona, 1992.
28. Roxin, Claus, Teoría del Tipo Penal, editorial Depalma, Buenos Aries, 1979.
29. Schünemann, Bernd, El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Estudios en Honor a Claus Roxin en su 50.º aniversario, tr Jesús Maria Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid 1991.
30. Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, 10ª reimpresión, editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1992.

31. Terragni, Marco Antonio, El Delito Culposo, editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina 1990.
32. Vela Treviño, Culpabilidad e Inculpabilidad, 2ª edición, editorial Trillas, México 1977.
33. Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano parte general, 5ª edición, editorial Porrúa, México, 1990.
34. Welzel, Hans, El Nuevo Sistema del Derecho Penal, editorial Montevideo, Buenos Aires, 2002.
35. Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, tr Juan Bustos Ramírez, Tercera edición castellana y doceava edición alemana, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1993.
36. Wessels, Johannes, Derecho Penal Parte General, 4ª edición, editorial Desalma, tr de la 6ª edición alemana de 1976 por el doctor Conrado a. Finzi, Buenos Aires 1980.
37. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Derecho Penal Parte General, editorial Porrúa, Buenos Aires, 2001.
38. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, editorial Porrúa, Buenos Aires, 2001.

Nota: todo lo escrito en letra cursiva son citas de autores.

LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, editorial Porrúa, México 2006.
2. Código Penal para el Distrito Federal, editorial Isef, México 2006.
3. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, editorial Isef, México 2006.
4. Código Penal Federal, editorial Isef, México 2005.
5. Código Federal de Procedimientos Penales, editorial Isef, México 2006.

6. *Diccionario crítico etimológico. Castellano e hispánico*, J. Corominas y J.A. Pascual, México 2001.

7. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, España 2002.