

879309

61
28j



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

Escuela de Derecho Incorporada a la
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

Clave 8793-09

FALLA DE ORIGEN

TEORIA DOGMATICA DEL DELITO PENAL

T E S I S

Que para obtener el título de

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta

ERIK SAUL ROMAN LAGUNAS



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

DEDICO LA PRESENTE:

**A QUIENES ME ENSEÑARON EL VALOR DE LA VIDA,
EL DESEO DE CONOCER Y ME MOSTRARON
LA PERSISTENCIA EN EL QUEHACER DIARIO
" MIS PADRES ".**

TEODORO ROMAN RODRIGUEZ

MA. GUADALUPE LAGUNAS SOTO.

A QUIENES ME INFLUYERON, ME GUIARON SOBRE
LA IMPORTANCIA DE ESTAR INTEGRADO DE
FORMA ACTIVA EN LA SOCIEDAD, COMPRENDIENDO
ASI LA TRASCENDENCIA DE LAS " INSTITUCIONES".
" MAESTROS, HERMANOS Y AMIGOS ".

A LAS "GRANDES PERSONAS"
QUE ME APOYARON EN LA REALIZACION DE LAS
TAREAS EMPRENDIDAS, APRENDIENDO CON ELLO
EL VALOR DE LOS HECHOS.

LA PRESENTE TESIS NO ES SOLO EL
CUMPLIMIENTO DE UNA FORMALIDAD
ACADEMICA, SINO ES MUESTRA DEL
COMPROMISO QUE UNO MISMO
ADQUIERE EN BENEFICIO DEL MEJORAMIENTO
DE NUESTRAS INSTITUCIONES.

ERIK SAUL R. L. '

INDICE.

INDICE.

	Pág.
INTRODUCCION.....	1
CAPITULO PRIMERO: CONCEPTO DE LA ACCION.	
1.- Estructura fundamental de la acción.....	4
2.- La acción en las normas del Derecho Penal.....	11
3.- Concepto causal de acción.....	15
4.- Concepto de acción finalista.....	21
CAPITULO SEGUNDO: TIPICIDAD Y ANTIJURICIDAD DE LO INJUSTO PENAL.	
1.- Norma, Tipo y antijuricidad.....	27
2.- Evolución del concepto tipo.....	32
3.- La constatación de la antijuricidad.....	41
4.- Concepto de lo injusto en el dolo y la culpa.....	47
CAPITULO TERCERO: CULPABILIDAD EN LA ESTRUCTURA DEL DELITO.	
1.- Antijuricidad y culpabilidad.....	54
2.- La culpabilidad como reprochabilidad.....	58
3.- La concepción normativa de la culpabilidad en la dogmática moderna.....	60
4.- Presupuestos del reproche.....	65
CAPITULO CUARTO: CULPABILIDAD Y PERSONALIDAD.	
1.- Elementos de reprochabilidad.....	71
2.- Cognoscibilidad del tipo.....	76
3.- Cognoscibilidad de la antijuricidad.....	79
4.- La exigibilidad.....	82

CONCLUSIONES.....88

BIBLIOGRAFIA.....96

INTRODUCCION.

•

I N T R O D U C C I O N

Con motivo de las reformas constitucionales en materia penal que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación de 3 de septiembre de 1993 consolidan una evolución dirigida a la modernización de las disposiciones legislativas de carácter represivo, que prácticamente dio inicio en los años de 1983 y 1984 a través de las modificaciones promovidas -en su tiempo- por el Dr. García Ramírez aunque solo hubiese sido reflejo en lo sustantivo y en lo adjetivo de la materia.

Las citadas reformas deben considerarse como el fortalecimiento y continuación de cambios significativos que tendrán hondas repercusiones en todo el sistema penal mexicano y más propiamente en el aspecto de la Teoría del Delito. Lo que constituye el objeto de este estudio, que aunque ya sabemos la enmienda constitucional afecto a doce cuerpos normativos, pero en particular sin pretender ser exhaustivos habremos de analizar solo la parte de la concepción actual y obligatoria del delito.

En el primer capítulo, se verá sin duda que el tradicional concepto de acción deja de ser una mera enunciación de un "movimiento corporal", esto es, un proceso causal ciego, habida cuenta que para los causalistas la conducta parecía un ente olvidado o simplemente "algo" tan natural que no merecía un especial estudio. Es hasta estos momentos, cuando los autores de todo el orbe entienden que es la conducta humana el "quid" del problema del delito, por que ya se entiende como un elemento objetivo que ha logrado un lugar y un amplio reconocimiento en la sistemática penal

Por supuesto, admitir que la conducta es continente de un fin o dicho de una forma gráfica:- la conducta es vidente, porque la Teoría Finalista del Delito la concibe como una actuar de voluntad consciente, rectora del acontecer. Pero esquematizar sus conceptos y elementos es sin duda estudiar la estructura fundamental de la acción, pues que si ya no es un proceso ciego vale entonces conocer sus componentes. Esto es precisamente el objeto de estudio inicial.

Mientras que, en la segunda parte de la tesis nos dedicamos al análisis del aquel ente jurídico conocido como norma penal, es decir, todo aquello que con la conducta del agente activo se ve lesionado y por cierto, que la norma no es lo mismo que el bien jurídico tutelado, en la inteligencia que la primera, es la prohibición contenida en la ley y el segundo, la objetividad tutelada. Pero poco valdría atender al concepto del tipo penal sin antes determinar cuál ha sido su evolución y su devenir histórico para comprender su definición actual.

También en ese punto se hace referencia al elemento de la antijurídica, pues que la conducta solo puede reprobarse si es desde luego contraria a la norma -que no a la ley- como más adelante se explicara. Aunque quizás parezca extraño, aludiremos al concepto de dolo y culpa pero ya como elementos indispensables en el tipo penal (recuerdarse que antes aparecían como formas de comisión del delito) pero ello es simplemente el resultado de la doctrina alemana del finalismo.

En el tercer capítulo estudiamos la culpabilidad, en donde vamos a encontrar sustanciales modificaciones pues que trasladados el dolo y la culpa al tipo, parecería que ya la culpa como género hubiese quedado vacía, no es así. Ahora la culpabilidad es sin duda el juicio axiológico y de reproche para quienes con su conducta colman un tipo penal, y es de esa manera porque al instante de decidir el legislador que acciones o conductas es menester sancionar y prohibir esta haciendo un juicio de valor, pero implica descubrir cuáles son esos presupuestos para el reproche.

En el último capítulo vamos a dedicarlo a una cuestión que podemos llamar teórico-práctica en donde podamos advertir, la cognoscibilidad del tipo, de la antijuridicidad y un elemento que hasta ahora desconocíamos:- la exigibilidad de una conducta diversa a la mostrada.

La exposición pulcra que del finalismo hace Welzel justifica sus afanes, y es una teoría que subyuga. No es un deslumbramiento anormal por lo novedoso, el que se reconozca la superioridad teórica y práctica del sistema que se comenta, en relación con el sistema tradicional; es simplemente el reconocimiento de algo que siempre existió, pero que nunca quiso verse a fuerza de

querer especular con términos y conceptos que no respondían a la realidad y que bien se les podría dar el carácter de recónditos. Welzel al formar un sistema, no inventó nada, simplemente descubrió, con lupa valiente, la realidad y ese es el valor de su doctrina.

Así, que en el presente trabajo de investigación habrá de mostrarse tan solo algunas reflexiones que darán motivo a esta discusión.

CAPITULO I.

CAPITULO I.- CONCEPTO DE LA ACCION.

SUMARIO:-1.-Estructura fundamental de la acción. 2.- La acción en las normas del derecho penal. 3.- Concepto causal de acción. 4.- Concepto de acción finalista.

1.- ESTRUCTURA FUNDAMENTAL DE LA ACCION.

El delito importa, substancialmente, una conducta del hombre manifestada en actitudes visibles, corpóreas, que tienen, por lo tanto, su escenario en el mundo exterior.

Tal actividad externa es elemento básico, el primero en el orden que adoptan todas las definiciones dogmáticas del delito.

Representa el límite al ejercicio del magisterio punitivo, en cuanto pueden existir procesos internos encaminados a resultados delictivos- ideas, sentimientos, pasiones, voliciones las cuales no serán susceptibles de sanción penal porque constituyen contenidos exclusivamente psíquicos que no han tenido reflejo en que hacer material alguno.

La exigencia de la exteriorización excluye, así la posibilidad de punir cualquier acto que se produzca en el fuero interno del ser humano pero, no por ello ha de considerarse, tampoco, que toda acción externa encauzada hacia fines que el derecho estime indeseables, es, por sí misma, delictuosa. Por el contrario, ha de revertir los atributos de la tipicidad y de la antijuricidad.

Solamente el hombre puede ejercer una acción dotada de esas características, revestida de tal significación jurídico-penal. Las consideraciones relativas a la posibilidad de su producción por seres animados no humanos y por cosas inanimadas revisten hoy un

interés exclusivamente histórico.

Dado que el derecho común distingue entre personas de existencia física, real o visible, y personas de existencia ideal o jurídica, debe destacarse que cuando se limita la acción productora del delito a los seres humanos, hay una referencia a las primeras.

Está fuera de discusión que para constituir el delito nunca es suficiente un simple fenómeno psíquico, ya se trate de un pensamiento, deseo, propósito, ya de una volición. El delito es en todo caso un suceso, un hecho que se realiza en el mundo exterior. En el delito, por consiguiente, existe indefectiblemente un elemento material u objetivo, sin el cual, por lo menos en la fase actual de la evolución del derecho, aquél no es concebible.

Si es indudable que en todo delito se encuentra un elemento físico o material, es igualmente indudable que la acción humana concurre sobre todo a formar el mismo elemento. Sin la acción de un hombre, ningún delito puede existir.

El concepto de acción es fundamental no solamente para nuestra disciplina, sino también para otras ramas del derecho, puesto que la acción es elemento constitutivo de la acción antijurídica en general, sea penal o civil.

"El delito es ante todo "acción humana". El fenómeno de la naturaleza o el hecho del animal, como todos saben, nunca puede constituir delito. Sin la acción, el delito no es concebible. Tampoco lo es la acción antijurídica civil, que a semejanza de la acción antijurídica penal, supone siempre la acción de un hombre."(1).

Por este motivo, si el concepto de acción tiene importancia para la mayor parte de las ramas del derecho, es fundamental para esta disciplina.

Establecer con exactitud qué es la acción; determinar los elementos que la componen; definir en una palabra el concepto de acción, de este elemento sin el cual en ningún caso puede existir el delito, es sin duda una de las tareas de la ciencia del derecho penal.

El tema presenta un gran interés no solamente desde el punto de vista teórico, sino también del práctico: equivocadamente, nuestros penalistas han dejado por mucho tiempo de tratarlo.

Se ha dicho que el derecho valora conductas humanas, pero no las crea. En tanto que los tipos son abstractas descripciones de conducta, la conducta es lo particular y concreto y la tipicidad una de las características que la hacen delictiva. La ley no crea la conducta porque la describa o individualice: la conducta es tal, sin que la circunstancia de que un tipo penal la describa afecte en nada su ser conducta humana.

El punto de partida que se deja enunciado conduce al rechazo de cualquier concepto de la acción o conducta humana hecho para "uso penal".

A esta altura, es casi sobreabundante aclarar que parece inconcebible que se pretenda la existencia de delitos sin conducta, lo que no es sólo una elemental garantía del derecho penal liberal, sino, simplemente, un requisito que proviene de la esencia misma del fenómeno jurídico, puesto que aún fuera de los autores liberales se reconoció, siempre que se pretendió interpretar razonablemente el derecho, que una "simple voluntad que no pasa los límites del pensamiento no puede merecer el nombre de crimen".

Así como la especie "delito" sólo puede darse en el género "conducta", ésta debe estar necesariamente en la base de cualquier teoría del delito que se intente construir.

"El derecho no regula hechos en general, sino sólo conductas humanas, o sea, una sola especie de hechos. El orden jurídico ordena o prohíbe determinadas conductas, en tanto que, con respecto a los hechos que no son conductas, se limita a tomarlos como circunstancias que contribuyen a individualizar las conductas humanas a ellos vinculadas. El Código Penal emplea la voz "hecho" en cuatro sentidos: a) como delito; b) como injusto; c) como conducta atípica penalmente relevante; d) como hecho en el sentido del Código Civil."(2).

Como se observa, el texto legal emplea la voz "hecho" en sentido amplio, dejando a la ciencia la tarea de deslindar qué clase de hecho es el que trata en cada caso.

El orden jurídico-penal regula conductas humanas y excluye las otras clases de hechos de su regulación. En el actual estado de nuestra cultura no se concibe un orden jurídico que regule o pretenda regular hechos del mundo físico que no sean conductas humanas, las que, por cierto, también se dan en el universo físico.

Los escritores por su lado cuando han tenido ocasión de ocuparse del problema que estoy examinando, están de acuerdo en pensar que la acción, tanto en la forma positiva de la acción en sentido estricto, cuando en la forma negativa de la omisión, consta de dos elementos esenciales: uno interior o psíquico (moral) y otro exterior o físico(material).

El coeficiente interior o psíquico de la acción consistente en una actitud de la personalidad humana; el coeficiente exterior o físico está constituido por la externación o manifestación exterior de tal actitud.

Estos dos coeficientes están íntimamente relacionados entre sí. La acción no es un hecho meramente físico, ni un hecho meramente psíquico, sino un hecho al mismo tiempo físico y psíquico.

Como se ha visto "Del Vecchio, menciona que la relación entre los dos elementos, no es de simple sucesión, más aún: en realidad los dos elementos se compenetran y lo que constituye la acción no consta de dos cosas, de dos entidades objetivamente desunidas: es una por sí misma, pero su unidad presenta doble aspecto."(3).

Ya también sostiene que " el hombre, ser mixto, no puede tener relación con el universo y con sus partes, son mediante su parte física. El, por tanto, no puede recibir y transmitir acción, sino por medio de la propia máquina y de los seres que la mueven y que ella mueve. Físico, por tanto, es el comercio que media entre el hombre y la naturaleza y además entre hombre y hombre, puesto que entre las almas humanas es imposible un contrato inmediato. La máquina está de por medio." (4).

Aunque hay discrepancias en la determinación de los elementos integrantes del concepto de acción, se entiende que ésta se compone de una actividad externa y de un resultado.

La actividad material de hacer o no hacer algo debe responder a la decisión de un sujeto; habrá sido dispuesta por él. Tal determinación del que hacer externo es la manifestación, actuación o exteriorización de la voluntad.

Esa voluntad no necesita reunir los requisitos de discernimiento, intención y libertad exigida para la validez de los negocios jurídicos, y tampoco se vincula con el libre albedrío, como base de la imputabilidad.

Trátase sólo de una exigencia mínima: que la actitud humana haya sido ordenada por su agente.

Establecer si éste conoce o quiere su acto, o si prevé, siquiera, sus consecuencias, pertenece al dominio de la culpabilidad. En cambio, para que haya acción basta con una relación elemental entre el individuo y la actividad que su cuerpo dirige, aunque el signo de esa relación sea la amenaza de otro, la opción artificial entre dos males, porque estas circunstancias o representaciones se convierten en el motivo que el sujeto tiene para actuar, y la actuación con arreglo al mismo resulta suficiente.

"Este elemento integrante de la acción requiere únicamente el ejercicio de un control primario del sujeto sobre su cuerpo, que encontrará, pues, su antecedente en un proceso psíquico; pero el contenido mismo de éste proceso será irrelevante."(5).

Todo delito importa un resultado, en cuanto la descripción de una conducta hipotética y futura supone, en sí, una consecuencia que el derecho considera indeseable.

La definición del resultado como "todo cambio del mundo exterior producido por el delito" parece olvidar los casos en que no se produce cambio alguno.

Como bien pudo apreciarse, la acción desde el punto de vista penalístico importa un elemento esencial en la estructura del delito, luego, a la vez, son componentes de ella:- el coeficiente físico que motiva al desarrollo de la acción que a su vez desencadena el proceso causal, con toda la problemática que encierra el acto material propiamente dicho, la voluntad del mismo y claro es, el origen voluntario del acto. Pero nada de ello valdría, si no lo asociamos al efecto natural de la acción, es decir, al resultado.

Es incuestionable, que la acción es causante de modificaciones en el mundo exterior, en donde ciertamente distinguimos:- efectos jurídicos del delito, que por supuesto, se ven reflejados en un daño, base de la distinción entre el concepto de resultado y el concepto de peligro.

Habiendo llegado así a nuestro estudio puede ser útil e instructivo dar un vistazo sintético al desarrollo histórico de la teoría de la acción.

Como se ha visto con anterioridad, esta teoría, desde su origen hasta nuestros días, ha ido desarrollándose y ampliándose más y más para adaptarse mejor a las exigencias del derecho.

El primer concepto de "acción", nacido en una época en la que todavía no se había delineado una distinción neta entre el elemento objetivo y el elemento subjetivo del delito, era muy restringido, porque exigía tanto la voluntad del movimiento corporal (o de la omisión), cuanto la voluntad de las consecuencias. Todo lo que había sucedido por causa del hombre debía haber sido querido. Esta noción excluía absolutamente el delito culposo.

Para incluir el delito culposo en el concepto de "acción" se abandonó el requisito de la voluntad de las consecuencias y se exigió sólo la voluntad de la causa, o sea, la voluntad del acto material externo (positivo o negativo).

Andando el tiempo, ni siquiera esto pareció suficiente. Se observó que el movimiento del cuerpo puede verificarse en modo diverso de la representación determinante y se quiso comprender también estos casos dentro del concepto de acción. Por consiguiente, no se exigió ya la coincidencia entre el acto y la representación-motivo, sino sólo el origen del acto verificado. La voluntad, como elemento del concepto de acción fue considerada como privada de cualquier colorido.

El examen crítico, que se ha realizado, ha demostrado que también esta noción es insuficiente. Excluye no pocos actos relevantes para el derecho penal y precisamente toda la categoría de los actos involuntarios, que tienen un valor sintomático para la personalidad del autor, en cuanto revelan su carácter, sus tendencias y la mayor o menor eficiencia de los frenos inhibitorios de que está provisto. El examen objetivo de la realidad jurídica demuestra que también estos actos pueden dar vida al delito, y por esto necesariamente deben ser comprendidos en el concepto de "acción".

De aquí que la teoría de la acción deba dar un paso más. Al concepto de "acto voluntario" debe sustituirse este otro, más amplio de "acto del propio autor", entre otros términos, el concepto de acto que refleja la personalidad del sujeto. La noción que se deriva por abarcar sólo e indistintamente todos los actos que puedan constituir la base de un delito, responde del mejor modo a las exigencias teóricas y prácticas del derecho penal.

2.- LA ACCION EN LAS NORMAS DEL DERECHO PENAL.

En los últimos tiempos se ha difundido un grave error conceptual en nuestro medio y también en otros países, consistente en afirmar que la polémica acerca del concepto de acción o de conducta ha perdido actualidad o sentido, lo que hasta cierto punto puede ser cierto, pero el error incuestionable tiene lugar cuando algunos de los cada día más escasos partidarios del concepto y estructura causalista, extraen que del concepto finalista del delito y su concepto de acción han fracasado.

Lo cierto, es que a pesar de la pugna entre el concepto de acción en ambas escuelas ya sea el causalismo y el finalismo, afirmar un concepto ontológico de la acción humana, es apuntar a lo que provocó una revolución sistemática, que se fue alejando de lo fundamental, la imposibilidad de aniquilar la conducta como un dato óptico para caer en la disputa acerca de la

complejidad lógica del sistema.

Desde el punto de vista político-criminal se pretende minimizar la importancia del concepto de acción, sin darse cuenta que este es el aspecto realístico de la norma que aspira a motivar la conducta.

Aquí es donde surge por primera vez la idea de conceptualizar la norma, el bien jurídico tutelado y el interés jurídico. Porque al menos como una afirmación primaria se debe sostener que se trata de entes jurídicos absolutamente diferentes.

Es sabido que el orden jurídico tutela determinados entes elevándolos a la categoría de bienes jurídicos. Sabemos también, que la objetividad tutelada se encuentra "por encima de la ley", esto es, la ley en sí misma tiene que proteger un valor que el grupo social estima como ideal para la integración social, más por otra parte, "detrás de la ley" se advierte la norma jurídica que contiene pues la prohibición que enmarca el tipo, lo que en otro punto se tratara.

Este proceso, se explica de la siguiente manera:-

El derecho tiene interés de que algunos entes sean preservados, los valora positivamente:- al hacerlo los hace objeto de interés jurídico. Esos entes existen o existirán con independencia de que el derecho se interese por ellos, aunque cabe precisar que la valoración no crea el objeto, sino que por el contrario, "la naturaleza" del objeto condiciona el método de conocimiento y su valoración.

Por eso como dice Fragozo, Heleno C. "el bien jurídico no es un bien del derecho, sino un bien de la vida humana, que preexiste a toda calificación jurídica" (6). Esto significa

que el legislador valora y considera que determinadas formas de afectación requieren una especial consecuencia jurídica, los tutela con una sanción penal y se convierten así en "bienes jurídicamente tutelados", pero sólo en la tutela penal.

Una vez que el legislador hace objeto de interés jurídico a un ente valorándolo, esta actividad se refleja, como una norma jurídica que lo tutela. Por ello se prohíben acciones que lo afecten en una forma determinada y que pueden: a) lesionarlo, b) ponerlo en peligro. La norma jurídica no se encuentra en la ley, particularmente en la ley penal, sino que se antepone a ella.

Luego, si a una conducta se le agrega como consecuencia una sanción (ley) es porque esa conducta está prohibida (norma) y esa prohibición obedece a que el derecho tiene interés en proteger al ente que esa conducta afecta, o sea que ese ente es valorado positivamente por él (es un bien jurídico).

Así, como consecuencia del interés jurídico con signo positivo (valor) generador de bienes jurídicos, surge un interés jurídico con signos negativos (desvalor) sobre determinadas conductas. Es precisamente, que esa desvaloración sólo puede ser advertida mediante una figura imaginaria a la que llamamos "tipo" que más adelante habrá de analizarse con detenimiento.

Es entonces, que en la imaginación del legislador se hace recaer un juicio de valor negativo sobre toda conducta futura que llena las condiciones de la figura imaginaria, pero la materialización de la consecuencia de este desvalor queda condicionada a la efectiva realidad de una conducta que llene esas condiciones.

Consecuentemente, hay una prelación lógica: - la valoración jurídica (bien jurídico) - norma prohibitiva (conducta prohibida, desvaloración jurídica).

Todas las normas prohibitivas se traducen en una sanción a su contraventor. No obstante el legislador considera que determinadas conductas que afectan bienes jurídicos, merecen una sanción de naturaleza particular, es decir, una sanción penal, una pena, o sea, una ingerencia en bienes jurídicos del autor de la conducta con propósito resocializador.

Para ello individualiza en la ley penal la conducta prohibida o tipo penal y le asocia una pena.

"No obstante, el interés jurídico positivo, el bien jurídico, no se manifiesta recién a través de la norma penal. Siempre lo podemos reconocer antes, con las normas prohibitivas de otras conductas que le afectan y que se hallan en cualquier parte del orden jurídico. Lo que la ley penal no hace es poner de manifiesto bienes jurídicos, lo único que pone de manifiesto es su tutela penal" (7).

Se aprecia que, el tipo penal no nos permite el acceso al conocimiento de los preceptos permisivos, porque su función es proporcionarnos el conocimiento de la prohibición, del tipo no podemos deducir los permisos y, consecuentemente, tampoco nos permite el conocimiento de la efectiva contrariedad de la conducta individualizada con el orden jurídico.

El tipo nos permite conocer la norma prohibitiva, y si todo concepto permisivo supone una prohibición, la averiguación del permiso debe ser necesariamente posterior al de la norma prohibitiva, pues que solamente de ese modo podríamos captarlo en su intensidad.

En suma, con la averiguación de la tipicidad no conocemos aún la contrariedad de esta conducta en el orden jurídico, sino con una norma prohibitiva, es decir, la antinormatividad de la conducta que no debe confundirse con la antijuridicidad.

Antinormatividad es la contradicción de una conducta con una norma prohibitiva, y antijuridicidad es la contrariedad de esa conducta con el orden jurídico. La antinormatividad se conoce a nivel de la tipicidad pero la antijuridicidad no.

Es claro que, la norma conforma un ente que precede y se encuentra detrás de la ley, que cuando es llevada al nivel derecho positivo adquiere entonces la condición de un bien jurídicamente tutelado.

Una vez aclarado este punto, la acción es un elemento perteneciente a la estructura del delito, es más bien un requisito general del concepto de delito. Ahora bien, requisito significa elemento necesario pero no factor suficiente. Por tanto, si la acción es siempre indispensable para la existencia del delito, no basta nunca por sí sola para completar la noción, porque el delito requiere de un concurso de elementos y no de uno solo.

De lo ya contemplado se deduce, que aunque se haya demostrado la existencia de la acción, no queda con esto demostrada la existencia del delito.

En la exposición que hare, mantendre siempre firme el principio según el cual la acción no es más que uno de los elementos constitutivos del delito. Por más que sea el primer requisito no se identifica con el delito y ha de distinguirse rigurosamente de éste. Teniendo presente esta línea de demarcación, muchas dudas podrán evitarse.

3.- CONCEPTO CAUSAL DE ACCION.

Se habla anticipado que la dogmática penal, o sea el análisis del delito a partir de la ley penal, en forma sistemática se debe al reconocido jurista alemán Franz Von Liszt,

expuesto en su obra Tratado de derecho penal.

Liszt agrupa las ideas de las Escuelas Clásica y Positivista y ya para fines del siglo XIX, se avoca al estudio del Código Penal Alemán de 1871, para desprender del mismo la estructura del delito, naciendo así la dogmática jurídico penal, es decir el conocimiento del delito a través de la verdad de la ley.

Para el Código Penal Alemán de 1871, el delito es considerado como la acción sancionada por las leyes penales. De esto, Liszt desprende un estudio sistemático del derecho penal y del delito, y partiendo de una base naturalística, causalista, que es el acto o acción humana, su teoría recibe el nombre de Causalista, denominación que se extiende a aquellos que aceptan como punto de arranque de la teoría del delito, la elucidación naturalística del acto o la acción.

"El delito es ante todo una conducta humana. Para expresar este elemento del delito se han usado diversas denominaciones: acto, acción, hecho. Luis Jiménez de Asúa explica que emplea la palabra "acto" en una amplia acepción, comprensiva del aspecto positivo "acción" y del negativo "omisión".(8).

Mejor se prefiere utilizar el término conducta; dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo. Dice Radbruch que no es posible subsumir la acción en sentido estricto y la omisión, bajo una de las dos categorías, de la misma manera que no se puede colocar "a" y "no a" bajo uno de los dos extremos.

Dentro del concepto de conducta pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar.

La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

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

El acto o acción humana y su efecto en el mundo material, son un proceso causal; como todo proceso causal natural que parte de una causa, produce un efecto.

El movimiento corporal voluntario resulta así un proceso causal "ciego", es decir, en donde no interesa el sentido o fin de la acción.

En la teoría causalista en el estudio del acto, o acción, lo que interesa es la fase externa, la interna corresponde a otro nivel, es decir, a la culpabilidad, donde se analiza si el contenido de la voluntad fue doloso o culposo.

Liszt por su parte opina que en el contorno de la acción exclusivamente debe plantearse lo relativo a la manifestación de la voluntad, no el porqué de la misma, o sea, su finalidad. Para Jiménez de Asúa comparte el punto de vista de Liszt de que la acción no está matizada con la finalidad que persigue: que es desvaída.

"A juicio, de acuerdo con Von Liszt, se debe de dar a la acción personalidad propia. Es lo natural, que no debe tefirse prematuramente de valor jurídico."(9).

Cierto que es susceptible de soportar valoraciones, y por eso se insertarán

en ella los atributos jurídicos de antijuricidad y culpabilidad. La teoría finalista de la acción de Hans Welzel, es la que más enérgicamente se opone a este punto de vista. Con este criterio el dolo debe ir a parar a la acción, y ha de tratarse separadamente el "hecho culposo".

A mi forma de ver, el acto, como se ha visto al definirle, está compuesto de tres elementos: a) manifestación de voluntad, b) resultado, c) relación de causalidad, aunque, se hable de delitos de manifestación de voluntad y sin resultado.

Podemos entonces, puntualizar los elementos constitutivos de la acción causalista como:-

~a) Manifestación de la voluntad, que consiste en la intervención voluntaria del cuerpo humano que se traduce en un movimiento corporal, o en su inactividad (cuando se halla frente a la omisión).

b) Un resultado, que es la mutación en el mundo exterior, causado por la manifestación de la voluntad, o la no mutación de ese mundo exterior por la acción esperada y que el sujeto no realiza, y ;

c) Un nexa causal, que radica en que el acto, acción o conducta ejecutado por el sujeto, produzca el resultado previsto en la ley, de tal manera que entre uno y otro exista una relación de causa efecto.~(10).

Por eso entonces, todo delito es sin excepción, conducta humana y por ello siempre se referirá aun autor, un hombre considerado en su individualidad, aunque se asocie a otros para llevarla a cabo. Desde luego, que no toda conducta es delito, se impone caracterizar a aquella que tiene

propiedad de serlo, tarea correspondiente a la teoría del delito.

El comportamiento delictivo debe tener relevancia social, pues el estrictamente privado, al no trascender la esfera de lo personal o individual, no puede considerarse delito.

Su trascendencia para la sociedad pone se manifiesto en la intención del autor de dañar, a través de su conducta, un bien jurídico fundamental; en consecuencia, el delito es un accionar propio del hombre dirigido en contra de la convivencia, lo cual hace aparecer a la sociedad como su primero y más importante destinatario.

Aunque debemos considerar también que, ésta presente en el "actuar" los casos en que el sujeto permanece inactivo, no obstante tener la obligación legal de ejecutar una actividad que debe ser encaminada por él a la neutralización de un proceso causal, lo cual por su inactividad, sigue su curso hasta culminar en la producción de un daño al bien jurídico fundamental.

Así también, la finalidad de la conducta y su ejecución determinada por el fin, por sí sola, no hace al delito. El comportamiento del sujeto activo deviene tal, cuando se adecúa a un tipo o figura que define legalmente la respectiva conducta como delito y se viola una norma jurídico-penal.

Las dos formas en que la acción se manifiesta son la comisión y la omisión.

Se debe destacar que algunos autores estudian como modalidades de la misma y, por lo tanto, las distinciones entre delitos instantáneos, permanentes y continuados; materiales y formales; de daño, de peligro y de pura actividad, entendiéndose que es una división hecha conforme al

tiempo y al resultado de la acción, respectivamente.

Creó, en cambio, que responde a una mejor ubicación metodológica el estudio de estos temas después del de la tipicidad, y como una clasificación de los tipos penales.

a) *Comisión*: Es la forma de la acción que se revela mediante un hacer, un modo positivo de obrar.

Será entonces delito "de comisión" aquél que se ejecuta por medio de movimientos corporales descritos en un precepto positivo, violatorio, por tanto, de una norma prohibitiva.

La naturaleza de la conducta que el verbo define permite distinguirla y, atendiendo a la estructura de la ley penal, obsérvese que aquélla es siempre violatoria de una norma de ese tipo.

b) *Omisión*: A veces la acción se manifiesta mediante un no hacer que viola una norma impositiva, la cual exige actuar de determinada manera.

"Algunos autores entienden que la diferencia entre comisión y omisión no depende de la configuración externa del caso, sino del objeto del reproche jurídico; por lo tanto, existirá un acto omisivo cuando éste se dirija no ya contra el "hacer algo" sino contra el "no hacer algo unido a aquél". De ese modo, el fundamento de todo delito de omisión será la acción esperada y el de su punición el hecho de que el sujeto no realizó la acción que de él se esperaba, en tanto dicha acción pueda exigírsele"(11).

En resumen, como justiaapreciación, el concepto jurídico-penal de la conducta, como elemento esencial del delito, debe coincidir con su naturaleza ontológica; por lo tanto, no puede dividirse a nivel de teoría cuando en la realidad es una, mientras que la realidad ontológica de la acción penal se logra a nivel teórico, si se acepta que en la conducta típica esta presente tanto la voluntad como el contenido típico de la voluntad.

Aquella es el mero impulso voluntario de la actividad o inactividad, según el caso; en cambio, el contenido de la voluntad, es la dirección volitiva que le imprime el autor a su comportamiento, según lo guíe a causar un resultado.

4.- CONCEPTO FINALISTA DE ACCION.

La teoría finalista de la acción fue enunciada en Alemania por el actual profesor de la Universidad de Bonn, Hans Welzel a principios de los años 30's y desarrollada por el mismo en los años posteriores. La difusión de la misma provocó una división en la dogmática penal que aún subsiste, entre causalistas y finalistas, que se ha reflejado en el desarrollo doctrinario de otros países y que particularmente en el nuestro apenas se inicia su estudio.

En México, por ejemplo el modelo lógico-matemático del derecho penal fue elaborado sobre base finalista, pero su introducción empieza con la llegada de Zaffaroni y después con el impulso de Moisés Moreno y otros más.

Para entrar a la sucinta exposición del punto:-

Toda construcción dogmática del delito admite que, ante todo, "el delito es una conducta humana" que bien algunos denominan "conducta", "hecho", "acto", "evento", etc. En torno a

la afirmación de que la conducta es la base sobre la que se elabora el concepto del delito hay unanimidad. Allí comienza el acuerdo, pero también termina.

Que es conducta humana? aún esta respuesta puede darse unánimemente, si tratamos de armonizar opiniones parcialmente encontradas:- conducta es un hacer (o no hacer) voluntario. La voluntariedad implica necesariamente una finalidad, porque no se concibe voluntad de nada o para nada.

Para el finalismo hay dos fases en la conducta:- una externa y otra interna.

"1) la interna, se opera en el pensamiento del autor y consiste en:- proponerse el fin. (matar al enemigo); seleccionar los medios para su realización, proceso mental que se realiza a partir de su representación del fin (el enemigo muerto, cómo lograrlo?, con una bomba); y, la consideración de los efectos concomitantes que se unen causalmente al fin (destrucción de la casa del enemigo).

2) la externa, consiste en la puesta en marcha de los medios seleccionados conforme a la normal y usual capacidad humana de previsión." (12).

Este concepto de conducta que denominamos "óptica", porque es el que se da en la realidad, es para el finalismo el concepto que de la misma debe manejarse en derecho penal. Ello se debe a que el derecho regula conducta y por eso, desconocer la "naturaleza" de lo que pretende regular. De allí que el legislador se encuentre vinculado necesariamente al concepto óptico de conducta (esto es lo que Welzel llama "estructuras lógico-objetivas").

Los causalistas por su parte, no desconocen este concepto de conducta,

pero dicen que en tanto que el concepto óptico de conducta nadie lo discute como tal, hay concepto jurídico -penal de conducta que difiere de él, pues que les basta con que la conducta sea voluntaria prescindiendo del fin.

La conducta es voluntaria para los causalistas cuando hubo voluntad de encender la mecha de la bomba (sin que el nivel de la voluntad interese para qué, eso, para el causalismo, es problema de la culpabilidad), se ha dicho que la conducta es voluntaria cuando hay "inervación muscular".

Para la teoría finalista de la acción. La acción humana es ejercicio de una acción finalista. La finalidad se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según el plan tendiente a la obtención de esos objetivos.

La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso la tan famosa frase de que la finalidad es "vidente" y que la causalidad es "ciega".

En ese orden de ideas, la acción sólo puede considerarse finalista, en relación a los resultados que se haya propuesto voluntariamente el sujeto y de sus efectos concomitantes; y respecto de otros resultados no propuestos, al no quedar dentro de las posibles consecuencias concomitantes o secundarias, estaremos en presencia de un resultado meramente causal.

En efecto, el hombre realiza continuamente acciones finalistas, pero la inmensa mayoría no tiene ninguna connotación jurídico-penal, solo interesan aquellas que están

dirigidas un fin socialmente negativo, calificadas como acciones antijurídicas contempladas en los tipos penales.

Es así, esta concepción porque se parte de la idea de que el hombre al proponerse fines para actuar cuenta con "libertad de voluntad", que no es del todo absoluta, pues que esta sujeta a límites que en alguna forma pueden constreñir la voluntad, aunque aún así el hombre esta en posibilidad de proponerse fines, pues que de no aceptar estas ideas no habría posibilidad de reprocharle la decisión de optar por una conducta antijurídica.

El sujeto en la teoría finalista de la acción, al realizar la acción está actuando finalísticamente, el dolo se encuentra forzosamente en su acción, y ésta no puede ser un mero proceso causal como en la teoría causalista.

El esquema causalista de que todo lo objetivo se refiere a la acción y a la antijuridicidad, y lo subjetivo, a la culpabilidad, es desechado por la teoría finalista, por referir con la realidad, por mostrarse incapaz, por aferrarse a esa situación de irrealidad, que le impide resolver los problemas teóricos y prácticos que esa dualidad plantea.

Por otra parte, en la teoría finalista se acepta como casos de ausencia de conducta, a la fuerza física exterior irresistible como la vis absoluta, a los movimientos reflejos, a los estados de inconsciencia como el sueño, el sonambulismo, la hipnosis, etc., e incluye también las llamadas acciones libres en su causa, en las que por cierto aún no se llega a un consenso entre sus tratadistas.

Todo lo anterior no es sino la revelación de una nueva forma de concepción del delito, apartándose ya de las concepciones stratificadoras de ese ente jurídico, sin

desconocer que el estudio de la conducta es el primer paso en la evolución del delito y cuyo análisis se impone desde el primer momento.

Ya más adelante, se verán otros elementos del delito que necesariamente habrán de transformarse ante la aparición de una nueva dogmática penal.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

CAPITULO I.

- 1).- Antolisei Francesco., La acción y el resultado en el delito, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959, Pág. 21.
- 2).- Zaffaroni Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal Parte General, Editorial Cárdenas, México, 1988, Pág. 51.
- 3).- Ob. Cit. Antolisei, Pág. 24.
- 4).- Ob. Cit. Antolisei, Pág. 35.
- 5).- Nuñez Ricardo, Derecho Penal Argentino, Editorial Tea., Buenos Aires, Argentina., 1959, Pág. 323.
- 6).- Fragoso Heleno C., Derecho Penal y Derechos Humanos., Editorial Bogotá, Colombia, 1977, Pág.38.
- 7).- David Tozzini Carlos., El bien Jurídico Tutelado., Editorial Tea, Buenos Aires, Argentina., 1978, Pág. 531.
- 8).- Castellanos Tena Fernando., Lineamientos elementales de derecho penal., Editorial Porrúa, 15 va. Edición, México, 1981, Pág. 147.
- 9).- Jiménez de Asúa., La Ley y el delito., Editorial Hermes Sudamericana, México, 1986, Pág. 213.
- 10).- Giuseppe Bettiol., Derecho Penal, Editorial Themis, Colombia 1965, Pág. 87.
- 11).- Mezger Edmundo., Derecho Penal., Editorial Cárdenas, Pág. 312.
- 12).- Hans Welzel., El nuevo sistema del Derecho Penal, Barcelona, España., 1964, Pág. 26-27.

CAPITULO II.

CAPITULO II.- TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD DE LO INJUSTO PENAL.

SUMARIO:- 1.-Norma, tipo y antijuridicidad. 2.-Evolución del concepto de tipo. 3.-La constatación de la antijuridicidad. 4.-Concepto de lo injusto en el dolo y la culpa.

1.-NORMA, TIPO Y ANTIJURIDICIDAD.

Como lo había sostenido ya en el capítulo precedente, debe distinguirse entre la ley y la norma. En las tendencias ius-filosóficas contemporáneas la palabra Norma se ha llenado de significaciones muy variadas:- norma primitiva y secundaria, norma y peri-norma, etc..

Para explicar esta cuestión, que importa superlativamente en el derecho penal, hemos de retomar a Binding, el insuperable maestro alemán. El descubrió que el delincuente no infringía las leyes, sino que, más bien, llenaba con su conducta real la flácida fórmula de la ley. Lo que quebrante era algo que se encuentra por detrás y por encima de la ley misma:- la norma.

El decálogo es un libro de normas. La norma crea lo antijurídico; la ley, el delito. La disposición penal se compone de preceptos y de sanciones y la norma es prohibitiva o imperativa; de ahí nacen la acción y la omisión que el derecho penal castiga.

Franz Von Liszt también mantuvo, más o menos latente, la concepción de la norma, cuando distinguió la antijuridicidad material de la formal, creyendo que aquella estaba constituida por lo contrario a la sociedad.

Pero ha sido Max Ernesto Meyer quien, a mi juicio, ha alcanzado la mayor perfección en la materia, al construir, desde comienzos de este siglo, aplicandola después a su elaboración del derecho penal, la famosa teoría de las Normas del Derecho y de las Normas de Cultura.

"Más aquí, se deja en claro que la norma de cultura no presupone un concepto metajurídico, aunque sí supralegal. En el árbol, la raíz no se ve y sólo contemplamos el tronco, las ramas y las hojas, pero aquellas, hundidas en la tierra, forman parte de la especie herbórea y le nutren de las sustancias terrestres. Así, la ley no es todo el derecho; no es el derecho a secas, sino que las normas lo constituyen también." (13).

A los dispositivos que la ley utiliza para individualizar conductas penadas los llamamos :- tipos. Estos tipos -que se hallan en la parte especial y en la leyes penales especiales- tienen carácter predominantemente descriptivo. De este carácter no puede inferirse que los tipos individualicen "exterioridades" de conducta y prescindan de lo subjetivo:- se pueden describir tanto lo objetivo como lo subjetivo.

El segundo paso será, pues, averiguar si la conducta que se investiga esta o no individualizada por alguno de estos tipos penales. En caso de estarlo, se llamará tipicidad a la característica que por esta circunstancia reviste la conducta y se llamará típica a la conducta. Cuando la conducta no sea típica, diremos que hay atipicidad de la conducta o sea se trata de una acción atípica.

El tipo cumple la función de individualizar las conductas que pueden ser delito:- es un dispositivo legal que sólo puede hallarse en la ley penal, para fijar las conductas que nos pueden interesar como delitos.

Mientras que la antijuridicidad, a primera vista parece que estamos hablando de "permisos" para realizar conducta típicas, pero de su lectura se desprende inmediatamente que no todos son "permisos". En efecto, podemos decir a guisa de ejemplo, que la legítima defensa es un permiso para realizar una conducta típica, pero no podemos afirmar que los enfermos mentales tengan "permiso" para matar. Por lo tanto hay que distinguir dos niveles entre los restantes supuestos:- los

permisos y las prohibiciones no punibles por inculpables.

"Si el orden jurídico permite una conducta, esto significa que tal conducta no es contraria al mismo (antijurídica) sino conforme a él. Por ende, para que una conducta típica sea delito, requiere también ser antijurídica" (14).

Presentes las dos primeras características del delito:- tipicidad y antijuridicidad, denominamos "injusto" a la conducta que las ofrece, sin que la expresión tenga nada que ver con el derecho natural, pues traducción de la voz alemana Unrecht. Consecuentemente injusto es una conducta típica y antijurídica.

Al bien jurídico lo conocemos por la norma y a la norma por la ley (tipo penal). O sea que estamos siguiendo el camino inverso al seguido por el legislador, el juez debe desandar la senda legislativa para llegar al bien jurídico. El legislador parte de la valoración de un ente (bien jurídico) y lo pone de manifiesto en la norma que lo tutela (norma prohibitiva) que se efectiviza a través de una ley para averiguar la norma y a través de ella el bien jurídico.

El tipo penal pertenece a la ley, está en la ley y es ley, pero ni el bien jurídico ni la norma pertenecen a la ley y por consiguiente tampoco al tipo. El tipo penal que es la ley penal, aunque por supuesto, no toda ley penal es tipo penal, nos revela una norma que está prohibiendo una conducta que afecta de determinada manera a un bien jurídico tutelado.

El tipo permite "ver a través de" él la norma y el bien jurídico, pero este "ver a través de" es sólo la manifestación de que el tipo es el ente que nos posibilita el conocimiento de otros objetos, pero esos objetos son ajenos al tipo mismo, al ente que nos permite "ver a través de".

Hasta aquí parecería que con la mera afirmación de la tipicidad se deduce la violación de una norma y con ello la contrariedad de una conducta con el orden jurídico (antijuridicidad). Ello sería exacto si el derecho se manejará solo con normas prohibitivas, pero lo cierto es que en el derecho hay normas prohibitivas y preceptos permisivos.

El tipo no nos permite el acceso al conocimiento de los preceptos permisivos, porque su función es proporcionarnos el conocimiento de la prohibición. Del tipo no podemos deducir los permisos y, consecuentemente, tampoco nos permite el conocimiento de la efectiva contrariedad de la conducta individualizada con el orden jurídico.

El tipo nos permite conocer la norma prohibitiva, y si todo precepto permisivo supone una prohibición (proposición analítica), la averiguación del permiso (presencia de causa de justificación) debe ser necesariamente posterior al de la norma prohibitiva. La circunstancia de que, eventualmente, el conocimiento de la norma prohibitiva lo logremos a través de dos o más preceptos legales, no implica que nos hallemos en presencia de ninguna causa de justificación si ninguno de ellos es un permiso.

Que la norma permanezca antepuesta a la ley es una necesidad lógica, un imperativo de sana regla del buen pensar, pero esta anteposición no significa en modo alguno una necesaria prioridad temporal.

Las normas se anteponen lógicamente al tipo y éste es la única fuente a través de la cual las podemos conocer, son previas a la ley. Estén o no expresamente formuladas en otra rama del derecho o de la ley, no tiene esto mayor importancia, porque si no lo están, de cualquier manera a través del tipo penal las conocemos y ello nos basta para nuestro menester.

El derecho penal no crea ningún bien jurídico sino que les da tutela penal, pues éstos se deducen de la totalidad del orden jurídico y aquí sí, aunque prescindamos del derecho penal, los bienes jurídicos estarían intocados, sólo que dejarían de estar penalmente tutelados.

El legislador crea la norma para tutelar objetos que valora y la única manifestación de la norma y del objeto de su tutela es la ley.

Quedaría así claro que de la tipicidad no conocemos aún la contrariedad de esta conducta con el orden jurídico, sino con una norma prohibitiva, es decir, la antinormatividad de la conducta que no debe confundirse con la antijuridicidad.

Antinormatividad es la contradicción de una conducta con una norma prohibitiva, y antijuridicidad es la contrariedad de esa conducta con el orden jurídico, por ende la antinormatividad es conocida a nivel de la tipicidad y la antijuridicidad no, porque ésta última importa a un elemento diverso de la estructura del delito y que por supuesto es absolutamente autónomo al tipo y a la tipicidad.

Así, como consecuencia del interés jurídico con signo positivo (valor) generador de bienes jurídicos, surge un interés jurídico con signo negativo (desvalor) sobre determinadas conductas.

De este modo, el interés jurídico tiene un signo positivo cuando hace de un ente un objeto de valor jurídico (bien jurídico), manifestándose esta valoración en normas que prohíben conductas que le afecten, con lo cual estas conductas devienen objetos de interés jurídico con signo negativo, o sea, objetos de desvalor jurídico (conductas prohibidas).

Por eso entonces, podemos sostener que hay una prelación lógica:- la valoración jurídica (bien jurídico) - norma prohibitiva (conducta prohibida, desvaloración jurídica). Y, en esas condiciones, pretender que la tipicidad implica, sin más, la antijuridicidad, significa pasar por alto que del tipo no se deducen las normas permisivas. Esto es una cuestión de mera técnica jurídica.

Si habrá de sostenerse un criterio diferenciador, tenemos que caer a la cuenta de que la norma y el bien jurídico tutelado no pertenecen al tipo, sino que permanecen "antepuestos" a él, lo que hace que tanto la afectación del bien jurídico y la antinormatividad que se presupone, sean características necesarias para la tipicidad de una conducta, pero que a la vez no pertenezcan a la tipicidad de la misma en el sentido de que no pertenecen al tipo legal.

Conforme a esto, una conducta por el hecho de ser típica, necesariamente sería también antinormativa y debería afectar un bien jurídico penalmente tutelado.

Mientras que, bien jurídico tutelado no es sino la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas.

2.-EVOLUCION DEL CONCEPTO DE TIPO.

Destacados tratadistas afirman y sostienen que el antecedente inmediato de la noción del tipo, es el concepto del *corpus delicti*, posteriormente desarrollado en forma prodigiosa por Ernest Von Beling.

El *corpus delicti* tuvo su aparición en el campo procesal, identificándolo

con la prueba material del delito; posteriormente se le confundió con el objeto material del delito, y, por último, con el hecho descrito en la ley, por lo cual, el corpus delicti se confundía con el precepto de tipicidad.

En el derecho penal contemporáneo, principalmente entre los tratadistas mexicanos, que siguen el criterio del extinto maestro Franco Sodi, están acordes en considerar al corpus delicti, como el conjunto de elementos materiales que integran cada evento delictivo, descrito por la ley penal.

"La paternidad de la moderna teoría del tipo es atribuida a Ernest Von Beling, que al decir de Don Mariano Jiménez Huerta, primero materializa y después espiritualiza el concepto de tipo penal" (15).

"Para este ilustre penalista Alemán, que en 1906 publicó su obra "Die Lehre vom Verbrechen", el "tatbestand" que en la doctrina anterior a él no era sino la suma de la totalidad de los elementos del delito, o sea, el delito mismo, incluyendo el factor subjetivo de culpabilidad, es la suma de los elementos objetivos descritos en el tipo, es decir, de la particular disposición legal, o sea, la suma de los elementos materiales atribuibles al agente; más claramente, la acción delictuosa con las notas que le caracterizan y la realización del resultado que con ésta está ligado. Quedan por tanto, fuera de él, todos los elementos y las notas que se refieren a la culpabilidad" (16).

En 1930, Belling amplía su doctrina introduciendo nuevos términos, como: tipo de delito, tipicidad y adversión típica. Mariano Jiménez Huerta al estudiar la teoría de Beling, expresa que con las ampliaciones hechas a su doctrina, el tipo es la imagen rectora. cuadro dominante o tipo regem que norma y preside cada especie delictiva.

De esta manera se espiritualiza el tipo penal, el cual viene a ser una representación conceptual que no debe ser confundida con su realización anterior; una categoría un contenido: un concepto puramente funcional que sólo ejerce una función orientadora; un libro de imágenes en el cual las especies delictivas están esquemática y estilizadamente representadas, un concepto troncal de ordenación metódica que domina al derecho penal en toda su extensión y profundidad.

La adecuación de la conducta al tipo -idea ésta insita en el concepto de tipicidad- no ha de ser adecuación a la especie delictiva, sino a lo que es imagen o figura rectora o cuadro dominante de cada una de ellas, de lo anterior se colige que el tipo penal se perfila como descripción objetiva y no valorativa.

A partir del insigne tratadista alemán en referencia, ha derivado toda una estructura jurídica tendiente a establecer el concepto o noción de tipo, en que cada autor lo define de acuerdo con su personal punto de vista.

Así por ejemplo, algunos años después, para Edmundo Mezger el tipo, es el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; por lo tanto, como puede advertirse, Mezger identifica al tipo con el delito y lo estudia o sitúa dentro de la antijuridicidad, agregando que sólo es punible el que actúa típicamente.

Posteriormente, esboza una nueva definición diciendo que el tipo es el propio sentido jurídico penal, significa más bien, el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal; de esta segunda definición manifestada por Mezger, se deduce que para él, la culpabilidad no se encuentra dentro del tipo; el tipo asociado a la culpabilidad, da vida u origina al delito.

"Guillermo Saurer define al tipo como: - una reunión típica de los elementos desvalorizados jurídicamente relevantes y socialmente perjudiciales" (17).

Por su parte, ya adentrados en los 30's, Hans Welzel sostiene que el concepto de tipo es múltiple. En su sentido más amplio significa el tipo total, es decir, la totalidad de los presupuestos de la punibilidad, con ella se elimina de él, desde un principio, todos los presupuestos de persecución que reglamentan solamente la perseguibilidad procesal de la acción punible; si faltan, tiene lugar la finalización del procedimiento, no absolución como cuando falta una característica de la punibilidad.

Las características de punibilidad del tipo total pueden separarse en dos grandes grupos, a saber:-

a) el núcleo de lo injusto de todo delito, o tipo, en el sentido más estricto, es decir, la totalidad de las características conceptuales de lo injusto que caracteriza determinado delito, y que diferencia, por tanto, ese delito de todos los demás.

b) la culpabilidad es como la capacidad de imputación y conciencia de lo injusto, es una característica general de todos los delitos y por eso no aparece mencionada expresamente en los tipos particulares.

c) las condiciones de punibilidad, las más de las veces ya el tipo de lo injusto y la culpabilidad fundamentan la punibilidad del delito, sin embargo, en algunos casos, depende de la punibilidad de otras condiciones exteriores a la acción culpable." (18).

Entonces queda claro que, contiene el tipo un aspecto objetivo y otro subjetivo. Tipo objetivo de injusto es la acción de hecho con el resultado eventual y las eventuales condiciones y características objetivas del autor; tipo subjetivo de injusto es el dolo con elementos subjetivos particulares de autoría. Abarca la mayor parte del tipo total.

Para Welzel tipo "es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma). Es una figura meramente conceptual". (19).

Este es por cierto, el concepto adoptado en nuestra legislación a partir de 1993, con la reforma a la Constitución y posterior adecuación de las leyes secundarias.

Ahora bien, uno de los más caros anhelos de todos los hombres, a través del tiempo y del espacio, ha sido el hecho de que los individuos, al ser castigados por el Estado, por la comisión de un hecho delictuoso, tal delito se encuentre previsto dentro del ordenamiento jurídico respectivo, para evitar el abuso del poder, principalmente dentro de regímenes totalitarios.

De ahí la necesidad, no sólo de formar catálogos que incluyan hechos y conductas, cuya comisión merezca el reproche de la sociedad, mediante la imposición de la pena, sino de consagrar en forma expresa e inequívoca el principio que rige la actividad jurisdiccional en los casos concretos que se den o se produzcan en el mundo fáctico.

En efecto, la legislación penal del mundo, adopta el principio de Feuerbach, como una garantía para los ciudadanos de ser juzgados por una ley exactamente aplicable al hecho que se les imputa, expedida con anterioridad al momento en que lo cometieron y cuya sanción que se les aplica, como un reproche a esa conducta antisocial e ilícita, se encuentra, igualmente, consagrada en la ley.

De lo expuesto con antelación, es fácil concluir que ello constituye la función específica del tipo penal.

Que no hay delito sin tipicidad; que la tipicidad es la simple descripción objetiva del hecho abstracto, y, que el juzgador, en holocausto a los principios liberales, no podrá actuar, sino cuando el hecho que tiene conocimiento, reúne todos los elementos del tipo delictivo descrito en la ley.

La idea del principio en referencia, presupone la adecuación al tipo, del hecho concreto sometido al conocimiento del juzgador, es decir, exige que el comportamiento declarado punible, esté descrito ampliamente en la ley misma. Sólo que esta previsto en un tipo de ley penal como delito, puede ser declarado como tal.

Todos esos conceptos hicieron que la doctrina del finalismo en la teoría del delito tuviese que arribar necesariamente a las conclusiones que a continuación se enlistan:-

“El tipo pasa a desempeñar una triple función:-

a) una función sancionadora, represiva, de las conductas que se ubiquen dentro del tipo (tipicidad);

b) una función de garantía, pues sólo las conductas típicas, podrán llegar a ser sancionadas (principios de *nullum crimen sine lege*);

c) una función preventiva; el tipo penal pretende que la prohibición

contenida en la ley sea suficiente para lograr que el ciudadano se abstenga de realizar la conducta tipificada". (20).

Estas funciones que se desprenden de la teoría expuesta por el fundador de la teoría del tipo, son reconocidas por el sistema causalista y el finalista. Sin embargo, la función descriptiva que Beling, asignaba al tipo, pero sobre todo su carácter objetivo, defendida por el causalismo no son aceptadas por el sistema finalista.

Para los finalistas, son elementos del tipo los componentes no solo objetivos, sino también subjetivos.

"La acción u omisión humanas subsumibles en el tipo no son simples procesos causales ciegos, sino procesos causales regidos por la voluntad. De ahí se desprende que, ya a nivel de tipicidad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad (fin, efectos concomitantes, selección de medios, etc.). Por eso el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (el llamado tipo objetivo), como subjetiva (el llamado tipo subjetivo)". (21).

Elementos objetivos:- los elementos del tipo objetivo se refieren a las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva, que son esenciales, como las que dan lugar al tipo autónomo (por ejemplo homicidio), y a veces también se presentan elementos accidentales que solo califican, agravan, privilegian, atenúan, al tipo autónomo (la premeditación, como calificativa del homicidio o la riña como atenuante).

De esta manera, un principio básico del derecho penal exige que la materia de la prohibición contenida en su normas (tipos) debe ser precisa, es decir, no debe ser ambigua, de tal suerte que el ciudadano y el propio juez conozcan con exactitud la conducta prohibida; de no ser así el

orden jurídico propicia el abuso, y el ciudadano queda sujeto no a la ley, sino al capricho de quien la va aplicar. Esa precisión queda plasmada en los elementos objetivos y subjetivos del tipo.

Como elementos objetivos del tipo podemos señalar:-

- 1.-El sujeto activo, su autoría y participación.
- 2.- El sujeto pasivo;
- 3.-El bien jurídico tutelado;
- 4.-La acción u omisión;
- 5.-El resultado típico de los delitos de resultado;
- 6.-Los elementos normativos, en los que cabe mencionar que Welzel no está del todo de acuerdo en su cita, pero lo cierto, es que reconoce su existencia.
- 7.-Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.

Elementos subjetivos:- los elementos subjetivos del tipo atienden a condiciones de la finalidad de la acción (u omisión), o sea, al dolo, y en ocasiones al animo o tendencia del sujeto activo. Entonces se pueden considerar como tales:-

- 1.-Dolo o la culpa.
- 2.-Otros elementos distintos del dolo y la culpa como son:- el ánimo, los propósitos, las intenciones, etc.

De esta manera la teoría finalista coloca al dolo, y a la culpa, como elementos del tipo, y no como elementos o especies de la culpabilidad como lo hace el sistema causalista.

Simplemente en un afán didáctico, habrá de sostenerse una premisa como la que enseguida se enuncia:- son elementos objetivos, aquellos que describen la conducta o el hecho y que son susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento, por lo general este elemento constituye el núcleo del tipo, cuando por medio del verbo, describe una acción o una omisión, pero también forman parte de él todos los procesos, estados o referencias conectados a la conducta.

Son elementos subjetivos las referencias especiales conectadas con el dolo y dirigidas a la realización de la parte objetiva del tipo, que están vinculadas con el propósito y el fin del agente.

Son también, elementos normativos, las características implícitas en el tipo y que determinan una especial valoración jurídica o cultural por parte del juzgador.

Luego entonces, el finalismo no es sólo una doctrina que introdujera cambios semánticos, sino también, en una nueva regulación de la estructura del delito con una mejor técnica.

En tanto para el causalismo, el tipo es:-

- a) el tipo es objetivo;
- b) el dolo es voluntad del fin, conocimiento del tipo y conocimiento de la antijuridicidad,
- c) el dolo es la culpabilidad;
- d) el conocimiento de la antijuridicidad pertenece al dolo;
- e) no hay razón práctica para distinguir entre error de tipo y prohibición.

En tanto para el finalismo, el tipo es:-

- a) el tipo es mixto: subjetivo y objetivo;
- b) el dolo es voluntad final típica y conocimiento del tipo objetivo;
- c) el dolo esta en el tipo objetivo;
- d) el conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad y no al dolo;
- e) la incongruencia entre tipo objetivo y subjetivo genera el error de tipo.

3.-LA CONSTATAACION DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Se ha señalado al tipo como el ente que nos permite "ver a través de" él las desvaloraciones jurídicas que recaen sobre las acciones que pueden tener relevancia penal como delito. Para formular una distinción adecuada entre el instrumento fijador que nos permite saber de que debemos averiguar el desvalor y el desvalor mismo, me he visto obligado a conceptualizar ya a la antijuridicidad y a tratar varios aspectos de la misma. Ya sabemos, pues, que la antijuridicidad es la característica de contrariedad al derecho presentada por una conducta.

"Sabemos también, que para el concepto de delito no nos interesa cualquier conducta que sea antijurídica, sino solo las que siendo penalmente típicas, también son antijurídicas. De la misma manera, hemos dicho que una conducta típica y antijurídica es un injusto penal: antijuridicidad es el juicio negativo de valor que recae sobre una conducta humana, en tanto, que injusto es la conducta humana desvalorada" (22)

Ahora bien:- todo parecía permanecer claro dentro del marco del planteamiento positivista jurídico de la antijuridicidad, cuando irrumpió una teoría que hasta hoy sigue en discusión -aunque frecuentemente con distintos nombres- y que pretende afirmar la existencia de dos

"antijuridicidades":- una formal y otra material. La antijuridicidad "formal" sería el resultado de la contrariedad de la conducta con la norma positiva, en tanto que la antijuridicidad "material" revelaría la "antisocialidad" de la conducta.

La antijuridicidad que importa al juez, en el caso concreto, es la definida en el tipo por el legislador. Solo la concentración de esa figura en el mundo fáctico puede dar lugar a la contrariedad de la conducta con el derecho.

"La antijuridicidad es siempre la contradicción entre una conducta real y el ordenamiento jurídico. No el tipo (como figura conceptual), sino sólo su realización puede ser antijurídica. No hay tipos antijurídicos, sino sólo realizaciones antijurídicas del tipo" (23).

Los tipos penales en conclusión, contienen la concreción de la antijuridicidad en forma hipotética; pero es el juez en el caso concreto, quien deberá pronunciarse sobre la presencia y medida de la contrariedad del orden jurídico en la conducta típica.

Lo antijurídico es una relación de contradicción entre lo ordenado en la norma y la acción ejecutada, por eso sólo puede ser referido a una conducta. El resultado del comportamiento, la consecuencia fáctica, no es "valorado" sino tomado en cuenta para estimar la conducta que lo produjo. La antijuridicidad, como juicio de desvalor, se circunscribe a la actuación del sujeto, lo cual no debe conducir a ignorar los efectos de los cuales ella es causa.

El elemento negativo de la antijuridicidad está constituido por las causas de justificación. La presencia de las mismas, en el caso concreto neutraliza lo antijurídico. Los motivos justificadores de la conducta típica hacen que ésta, aún aparentemente contraria al derecho, quede legitimada al comprobarse que el sujeto actuó dentro de lo permitido por el sistema de legalidad, y por lo

mismo no infringió ninguna norma ni daño bien jurídico fundamental alguno.

El fundamento de las causas de justificación no puede ser más que el interés social. La necesidad de mantener la incolumidad del orden jurídico y de garantizar la integridad de los bienes jurídicos fundamentales, justificar o autorizar legalmente a los particulares a realizar determinadas conductas encaminadas a la defensa de esos intereses colectivos, cuando se encuentren en peligro de ser dañados.

Dicha autorización deberá estar sujeta a dos condiciones:-

- a) peligro inminente y real del bien e imposibilidad de las autoridades para brindarle la debida y adecuada protección;
- b) la intervención del particular tiene que mantenerse dentro del orden jurídico y las especificaciones señaladas en la forma que autorize ejecutar tales actos.

Una acción se convierte en delito si infringe el ordenamiento de la comunidad en algún modo normado por los tipos penales y puede serle reprochada al autor a título de culpabilidad.

"Una acción tiene que infringir, por consiguiente, de un modo determinado el orden de la comunidad, tiene que ser "típica" y "antijurídica", y susceptible de ser reprochada al autor como persona responsable, tiene que ser "culpable". La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito". (24).

La culpabilidad - la responsabilidad personal por el hecho antijurídico- presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad, a su vez, ha de estar

concretada en tipos legales. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior.

La división del delito en tres diversos grados de enjuiciamiento y valoración estructurados uno sobre y a continuación de otro proporciona un alto grado de racionalidad a la aplicación del derecho, la facilita y la asegura contra contradicciones y arbitrariedades. Mediante la diferenciación de grados de valoración permite un resultado final adecuado y justo.

El principio constitucional de que la punibilidad de un hecho tiene que estar "determinada por la ley" antes de su comisión, se asienta sobre la idea de que la ley misma tiene que describir de un modo exhaustivo la materia de la prohibición "el tipo" mediante la indicación de las diversas características de la conducta delictiva.

Por ello, el ordenamiento jurídico tiene que concretar sus disposiciones penales, es decir, tiene que circunscribir objetivamente la conducta que prohíbe: matar, robar, injuriar, dañar etc., tiene que especificar la "materia" de sus prohibiciones. Esta materia de la prohibición (un concepto procedente del derecho natural escolástico) contiene la descripción objetiva, material "el modelo de la conducta", de la conducta prohibida, solo gracias a este modelo de conducta pueden reconocer el ciudadano y el juez que formas de conducta están prohibidas.

La antijuridicidad es siempre la contradicción entre una conducta real y el ordenamiento jurídico. No el tipo (como figura conceptual) sino sólo la realización del tipo puede ser antijurídica. No hay tipos antijurídicos, sino para realizaciones antijurídicas del tipo.

La identificación, muchas veces prolongada, del tipo y la antijuridicidad tendría que conducir, por consiguiente, a una grave confusión de conceptos.

Resulta pues que:-

1.- Tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual.

2.- Antijuridicidad es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Dado que el ordenamiento jurídico quiere establecer, con sus normas y preceptos permisivos, un orden valioso de la vida social, la realización antijurídica del tipo es una conducta contraria a este orden valioso.

Por ello se caracteriza frecuentemente a la antijuridicidad como un "juicio negativo de valor" o como "un juicio de desvalor" sobre la conducta típica. Es preciso tener presente sin embargo, el sentido figurado de esta expresión.

El sujeto de este "juicio negativo de valor" no es un hombre individual (ni si quiera el juez), sino el ordenamiento jurídico como tal. La sentencia del juez podría a lo sumo, ratificar la valoración de injusto por parte del ordenamiento jurídico. Si se esta consciente, sin embargo, del sentido figurado de la expresión, puede caracterizarse perfectamente la antijuridicidad como un juicio negativo de valor.

La antijuridicidad es un juicio de valor "objetivo", en tanto se pronuncia sobre la conducta típica, a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico. El objeto que es estimado como antijurídico, es decir, la conducta típica de un hombre, constituye una unidad de momentos del mundo externo y anímico.

Debido a la ambigüedad del concepto "objetivo" ha surgido el equívoco de que la antijuridicidad sólo podría referirse al aspecto objetivo (el mundo externo) de la acción, por ser un juicio de valor "objetivo", en realidad, el empleo de la palabra "objetivo" en ambos casos, no tienen nada en común. La antijuridicidad es objetiva sólo en el sentido de un juicio de valor general, su objeto, la acción, en cambio, es una unidad de elementos objetivos (del mundo externo) y subjetivos.

En esto se basa, también la diferencia entre los conceptos de antijuridicidad y de injusto. La mayor parte de las veces son utilizados indistintamente, lo cual en gran parte no es perjudicial, en algunos casos, sin embargo; pueden dar lugar a confusiones.

La antijuridicidad es una mera relación (una contradicción entre dos miembros de una relación); lo injusto, por el contrario, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. Lo injusto es la forma de conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio, etc., la antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico.

En el finalismo la tipicidad es indicio de antijuridicidad, Maurach jurista afiliado a este sistema, sostiene que la norma jurídica (el tipo penal) está profundamente impregnado de lo que valorativamente ha estudiado el legislador de su función de representante de la sociedad, de ahí que antes de la existencia del tipo existe el reconocimiento de la propia sociedad, a los valores dignos de preservarse por el derecho, resultando que puede darse conductas que ofendan esa valoración, el contenido cultural de la norma a la manera de Max Ernesto Mayer, y sin embargo, no necesariamente resultan injustas típicamente pues quien mata, en legítima defensa, afecta el interés jurídico que la norma protege, pero no resulta "injusta" porque el Estado reconoce el derecho a la autodefensa.

Así pues, la conducta típica es solamente indiciaria de antijuridicidad, porque al concretarse en un evento, puede resultar que no sea contraria a derecho, sino lícita, por estar amparada en una causa de licitud o justificación.

"En resumen, para el causalismo, el fundamento del injusto penal lo constituye el desvalor del resultado y ello se basa en el concepto causalista de la conducta, es decir, se apoyan en aspectos externos, de ahí que resalta el resultado como punto central de la valoración; en cambio, en el sistema finalista se apoya en el desvalor de la acción que incluye no sólo el resultado sino el valor de toda la acción, abarcando la finalidad de la acción sea esta dolosa o culposa." (25).

4.-CONCEPTO DE LO INJUSTO EN EL DOLO Y LA CULPA.

La dogmática del Derecho Penal intentó comprender, primero (desde 1884), el concepto de lo injusto, partiendo de la distinción: "objetivo" "subjetivo". A lo injusto, debían pertenecer, exclusivamente, los caracteres externos objetivos de la acción, mientras que los elementos anímicos subjetivos debían constituir la "culpabilidad".

El fundamento doctrinal de esta concepción era suministrado por la doctrina de la acción causal, que separaba tajantemente la acción, como un mero proceso causal externo, del contenido subjetivo de la voluntad; de este modo se incluyó todo lo "externo" en la antijuridicidad y todo lo "interno" en la culpabilidad.

Esta separación se vio además apoyada dogmáticamente por la poca claridad existente en torno al sentido de la "objetividad" de la antijuridicidad. Dado que la antijuridicidad es, según opinión admitida, un juicio desvalorativo "objetivo", era fácil que surgiera la creencia errónea de que lo injusto (la acción antijurídica) tenía que ser concebido de un modo puramente objetivo, pero en el

sentido, completamente diferente, de algo que pertenece exclusivamente al mundo exterior.

Pero si la antijuricidad se refiere al (supuesto) proceso causal externo, la doctrina dominante tenía que concebir lo injusto, materialmente, como lesión o peligro de un bien jurídico; la culpabilidad aparecía, al contrario, como la relación anímica subjetiva entre el autor y el resultado.

Con el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto se produjo una grieta profunda en esta separación, aparentemente tan clara, de lo externo y lo interno, lo objetivo y lo subjetivo y en la asignación de lo "externo" a lo injusto y de lo "interno" a la culpabilidad. Se advirtió que en muchos tipos es imposible concebir lo injusto de un modo puramente objetivo, pues está también constituido por determinados elementos anímico-subjetivos.

Como ejemplo lo injusto específico del hurto, en contraposición a la perturbación arbitraria de la posesión prohibida por el Derecho Civil, no se agota en la simple sustracción objetiva de una cosa ajena, sino que sólo la voluntad de apropiación convierte a la sustracción en un hurto. La "apropiación", en el delito de apropiación indebida, revela aún más claramente que la acción típica no puede ser comprendida, en absoluto, sin la tendencia subjetiva de la voluntad que determina el acontecer externo.

Sólo así es posible insertar con sentido y sin dificultad, también los elementos subjetivos de lo injusto en el tipo. Un ánimo de apropiación no puede darse en una lesión causal ciega de la posesión, sino sólo en una acción final de sustracción. Una voluntad de apropiación sería en absoluto incompatible con una lesión puramente causal de un bien jurídico. De este modo, la teoría dominante está obligada, por necesidad lógica, a reconocer al dolo como elemento subjetivo de lo injusto de todos los tipos dolosos.

" Con ello, sin embargo, se ha abandonado el sistema de la determinación puramente "objetiva" de lo injusto: en todos los delitos dolosos el dolo es un elemento esencial de lo injusto. De ahí se traduce que sólo el concepto de la acción finalista y no el concepto de la acción causal puede suministrar la base óptica de la doctrina de lo injusto. El dolo, cuyo carácter de elemento configurador objetivo de la acción lo puso de manifiesto la doctrina de la acción finalista, es un elemento esencial del concepto de lo injusto." (26).

Lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho, la actitud en que lo cometió, los deberes que lo obligaban a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico.

Toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción , es decir, por la conciencia de lo que se quiere -el momento intelectual- y por la decisión al respecto de querer realizarlo -el momento volitivo. Ambos momentos, conjuntamente, como factores, configuradores de una acción típica real, forman el dolo (dolo de tipo). La acción objetiva es la ejecución adecuada del dolo. Esta ejecución puede quedar detenida en sus comienzos: en la tentativa; en este caso, el dolo va más allá de lo que se logra alcanzar. Si la decisión al hecho es ejecutada adecuadamente hasta el término, el hecho está consumado. En este caso, el hecho total no sólo ha sido querido dolosamente, sino también ejecutado dolosamente. Aquí, el dolo es un elemento final de la acción, en todo su contenido.

El dolo como mera resolución es penalmente irrelevante, ya que el Derecho Penal no puede alcanzar al puro ánimo. Sólo en los casos en que conduzca a un hecho real y lo gobierne, pasa a ser penalmente relevante.

El dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es sólo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo. Esta función final-objetiva del dolo para la acción se presupone siempre en el Derecho Penal, cuando se define el dolo como conciencia del hecho y resolución al hecho.

La antijuricidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal.

"Con ello se ha abandonado ya, sin embargo, el sistema de la concepción puramente "objetiva" de lo injusto: en todos los delitos dolosos el dolo es un elemento esencial de lo injusto. de ahí se deduce que sólo el concepto de la acción finalista y no el concepto de la acción causal, puede suministrar la base óntica de la doctrina de lo injusto. El dolo, cuyo carácter de elemento configurador objetivo de la acción había puesto de manifiesto la doctrina de la acción finalista, es un elemento esencial del concepto de lo injusto". (27).

La doctrina de la antijuricidad como lesión causal de un bien jurídico, tiene de todos modos el mérito de haber destacado la importancia del elemento del resultado (del bien jurídico). En la mayor parte de los delitos es, sin duda, esencial una lesión o peligro de un bien jurídico, pero sólo como elemento parcial de la acción personalmente antijurídica, nunca en el sentido de que la lesión del bien jurídico agote lo injusto del hecho.

La lesión del bien jurídico (el desvalor del resultado) tiene sólo relevancia en el derecho penal dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de la acción). El desvalor personal de la acción es el desvalor del resultado (el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un elemento, que carece de independencia, de numerosos delitos (los delitos de resultado y de peligro).

El desvalor del resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de la acción, por ejemplo, en la tentativa inidónea.

El principio del cual se derivan los delitos culposos puede ser formulado, del modo más conciso y acertado, mediante el adagio latino: Donde la palabra finis no se refiere al fin perseguido por el agente, sino al final o desenlace.

Los delitos culposos se basan también en que la acción humana es una obra: la voluntad que partiendo del fin, selecciona los medios de la acción, necesarios para la consecución del mismo, tiene que atender también en la selección y utilización de los medios a las consecuencias que éstos puedan producir, junto al fin o en su lugar.

En este punto interviene el ordenamiento jurídico y ordena que en la realización de toda acción que pueda tener como consecuencia (no querida) la lesión de un bien jurídico, se observe el cuidado necesario para evitar dichas consecuencias. El contenido decisivo de lo injusto de los delitos culposos consiste, por ello, en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico.

Consiste, sobre todo, en el desvalor de la acción, mientras que el desvalor del resultado producido (la lesión o el peligro de un bien jurídico) tiene sólo una significación restrictiva, delimitadora, al destacar entre las conductas que no responden al cuidado debido aquellas que tienen relevancia para el derecho penal.

Al tipo de los delitos culposos pertenece también, junto a la acción típica y como otro carácter del tipo, un resultado: la acción típica tiene que haber dado lugar a una lesión o peligro (no dolosos) de un bien jurídico.

Dado que los delitos culposos están contruidos todavía hoy, en su mayor parte, como delitos de lesión, pertenece a la realización del tipo el que la acción que no responda al cuidado debido se haya materializado en la lesión de un bien jurídico.

El resultado causado tiene también sólo interés para el tipo si es la realización de la falta de observancia del cuidado debido. Los resultados que quedan fuera de la previsibilidad objetiva del hombre inteligente no pertenecen al tipo de los delitos culposos.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

CAPITULO II.

- 13).- Ob. Cit. Jiménez de Asúa., Pág.83.
- 14).- Zaffaroni Eugenio Raúl., Tratado de Derecho Penal., Editorial Cárdenas, Tomo III, México, 1988, Pág. 29.
- 15).- Jiménez Huerta Mariano., La tipicidad., Editorial Porrúa., México, 1955, Pág. 24.
- 16).- Revista Juricia Veracruzana., No. 1, Enero-Febrero-Marzo, 1971.
- 17).- Ob. Cit. Revista Jurídica., No. 1.
- 18).- Ob. Cit. Hans Welzel. Pag. 62.
- 19).- Ob. Cit. Welzel. Pág. 63.
- 20).- Orellana Wiarco Octavio. Teoría del delito, Editorial Porrúa, 1a. Edición, México, 1994, Pág. 96.
- 21).- Muñoz Conde Francisco., Teoría general del delito., Editorial Botas, Madrid, España, 1985, Pág. 53.
- 22).- Ob. Cit. Zaffaroni., Tomo III., Pág. 561.
- 23).- Monterroso Salvatierra Efraín., Culpa y omisión a la Teoría del delito., Editorial, Porrúa, México 1993, Pág. 97.
- 24).- Hans Welzel, Derecho Penal Alemán., Cárdenas Editor, México, 1987, Pág. 73.
- 25).- Ob. Cit. Orellana Wiarco, Pág. 110.
- 26).- Ob. Cit., Welzel, Derecho Penal, Pág. 73.
- 27).- Ob. Cit. Welzel, Pág. 91.

CAPITULO III.

CAPITULO III.- CULPABILIDAD EN LA ESTRUCTURA DEL DELITO.

SUMARIO: 1.- Antijuricidad y culpabilidad. 2.- La culpabilidad como reprochabilidad. 3.- La concepción normativa de la culpabilidad en la dogmática moderna. 4.- Presupuestos del reproche.

1.- ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD.

En síntesis, se afirman dos puntos:-1).- No existen dos conceptos de antijuricidad: la antijuricidad siempre es material, en el sentido de que implica una efectiva afectación del bien jurídico, para cuya determinación a veces no tiene el legislador otro camino que remitirse a pautas sociales de conducta. La antijuricidad siempre es formal, porque su fundamento no puede partir más que del texto legal, y;

2).- Como lógica consecuencia, tampoco existe un "injusto legal" y un "injusto supralegal", sino que todos son "injustos legales" (aunque a veces su determinación, en razón de que la ley está limitada por la naturaleza de las cosas, deba buscarse en criterios o datos extralegales).

3).- De la inexistencia de un "injusto supralegal" se deriva la inexistencia de "causas supralegales de justificación": que ocasionalmente para la determinación de los permisos (contenido del ejercicio de un derecho) la ley necesite remitirse a las pautas sociales no significa que éstas sean "causas supralegales" de justificación: siguen siendo legales por imperio de la remisión misma.

4).- Estas "necesidades" de remisión de la ley son estructuras lógico-objetivas que vinculan al legislador con la naturaleza de la conducta que quiere prohibir o permitir, la que no le posibilita otro camino.

5).- La validez de las normas y de los preceptos dependerá de que llene todos los requisitos de validez la ley que los contiene: a) Que sea constitucional, además, de espacio temporalmente válida, lo que implica el reconocimiento de la estructura lógica que obliga al legislador a respetar la naturaleza de persona del ser humano; b) Que respete la naturaleza del orden jurídico, esto es, que no se halle en contradicción irreductible con otra norma o normas.

Por otra parte a la concepción causalista correspondió, concebir a la culpabilidad (aspecto subjetivo del delito) como una relación psicológica entre el sujeto y su acto (teoría psicológica de la culpabilidad).

La imposibilidad que tuvo la teoría psicológica para explicar la culpa inconsciente y especialmente los delitos de olvido, en que no puede concebirse ninguna relación psicológica, determinó que fuera reemplazada por las teorías normativas de la culpabilidad, que tiene en común la afirmación de que la culpabilidad es un reproche personal que de un injusto se le hace a su autor (culpabilidad es reprochabilidad).

Ahora bien, el causalismo es normativista, y sigue sosteniendo que el dolo está en la culpabilidad, o sea que, si bien la culpabilidad es reprochabilidad, igualmente sigue formando el dolo parte del reproche mismo.

El finalismo, por su lado, como ubica al dolo en el tipo, deja a la culpabilidad reducida a su categoría de reproche y pasa, de este modo, el dolo al objeto del reproche (al injusto). La culpabilidad es el reproche que se basa en que el sujeto pudo hacer otra cosa, pudo actuar de modo no antijurídico, en el "hacer en lugar de ...".

A la culpabilidad pertenece la imputabilidad y la posibilidad de

conocimiento del injusto. Las teorías normativas causales reconocen los mismos elementos, pero pretenden que también está el dolo.

Para la Teoría Psicologista del causalismo:-

- a) Culpabilidad es relación psicológica entre conducta y resultado;
- b) Por lo tanto, el dolo es la esencia de la culpabilidad;
- c) A él pertenece la conciencia de la antijuricidad;
- d) Y la imputabilidad es su presupuesto.

La Teoría Normativista:

- a) Culpabilidad, es reprochabilidad personal de un injusto a su autor;
- b) El dolo pertenece al reproche;
- c) Al dolo pertenece la conciencia de la antijuricidad;
- d) La imputabilidad es elemento de la culpabilidad.

Para la Teoría Finalista del delito:-

- a) Culpabilidad es reprochabilidad personal de un injusto a su autor;
- b) El dolo no pertenece a la culpabilidad (sino al tipo subjetivo);
- c) El conocimiento de la antijuricidad pertenece a la culpabilidad y no al dolo.
- d) La imputabilidad es elemento de la culpabilidad.

De tal cuestionamiento, el concepto de la culpabilidad añade al de la acción antijurídica -tanto si se trata de una acción dolosa, como de una no dolosa- un nuevo elemento, que es el que la convierte en delito.

La antijuricidad es, como se vio, una relación de discordancia entre la acción y el ordenamiento jurídico: la realización de la voluntad no es como espera objetivamente el derecho que sean las acciones en el ámbito social.

La culpabilidad no se conforma con esta relación de discordancia objetiva entre la acción y el ordenamiento jurídico, sino que hace al autor el reproche personal de no haber omitido la acción antijurídica a pesar de haberla podido omitir.

La culpabilidad contiene, pues, una doble relación: la acción del autor no es como exige el derecho, aunque el autor podía haberla realizado de acuerdo con la norma.

En esta doble relación, del no debe ser antijurídica por poder ser jurídica, consiste el carácter específico de reproche de la culpabilidad. Si la antijuricidad es el simple juicio desvalorativo de que la acción no es como debía haber sido de acuerdo con el derecho, sin tener en cuenta si el autor habría podido satisfacer las exigencias jurídicas, el juicio desvalorativo de la culpabilidad va aún más allá y hace al autor el reproche personal de no haber actuado correctamente a pesar de haber podido obrar conforme a la norma.

Y al ser sobre todo la voluntad de la acción, aquello por lo que el autor hubiera podido dirigir su conducta de acuerdo con la norma, el objeto primario de la reprochabilidad será la voluntad y sólo a través de ella también la totalidad de la acción. Por ello se puede calificar de culpable, con la misma razón, tanto a la voluntad como a la totalidad de la acción.

2.- LA CULPABILIDAD COMO REPROCHABILIDAD.

"Culpabilidad es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad. El autor habría podido adoptar en lugar de la resolución de voluntad antijurídica, tanto si se dirige a la realización dolosa del tipo, como si no se aplica la dirección final mínima exigida, una resolución de voluntad conforme con la norma. Toda culpabilidad es, pues, culpabilidad de la voluntad".(28).

Sólo aquello que depende de la voluntad del hombre puede serle reprochado como culpable. Sus dotes y sus disposiciones, pueden ser valiosas o de escaso valor, pero sólo lo que haya hecho de ellas o como las haya empleado, en comparación con lo que hubiera podido y debido hacer de ellas o como las hubiera podido y debido emplear, sólo esto puede serle computado como mérito o reprochado como culpabilidad.

La esencia de la culpabilidad puede ser definida, del modo más exacto, mediante la palabra, de "reprochabilidad". Al presentarse aquí -como en la antijuricidad- al ordenamiento jurídico personificado por el legislador o el juez, se denomina también, muchas veces, a la reprochabilidad reproche de la culpabilidad y a la culpabilidad juicio de culpabilidad.

Esto no es nocivo si se tiene siempre presente el carácter metafórico de estas expresiones y se recuerda que la culpabilidad es una cualidad negativa de la acción misma del autor y no está situada en las cabezas de las otras personas que enjuician la acción.

Culpabilidad es lo que adeuda el autor que podía actuar conforme a las normas a la comunidad jurídica por su conducta contraria al derecho. La culpabilidad es un concepto valorativo negativo y por tanto, un concepto graduable. La culpabilidad puede ser mayor o menor, según lo importante que sea la exigencia del derecho y según lo fácil o lo difícil que le fuera al autor

satisfacerla.

Con arreglo a este criterio, la voluntad de la acción tiene una culpabilidad mayor o menor, es más o menos culpable; pero ella misma no es la culpabilidad. La culpabilidad es una cualidad valorativa negativa de la voluntad de la acción, pero no es la voluntad misma. Por ello es falsa la antigua doctrina, que repercute aún hoy muchas veces, de que la culpabilidad sea un determinado estado anímico. Un estado anímico puede ser portador de una culpabilidad (mayor o menor).

La identificación de un estado anímico con la culpabilidad obedece a la inexactitud del uso del lenguaje, que designa muchas veces el todo con una simple parte. Culpabilidad, en este sentido amplio, es la voluntad de la acción antijurídica y culpable, o la acción (típica, antijurídica) culpable.

Es evidente que la culpabilidad en sentido amplio (como voluntad de la acción culpable, o como acción culpable) presupone conceptualmente la culpabilidad como reprochabilidad, es decir, la culpabilidad en sentido estricto y propio. En este capítulo se trata, sin embargo, de la culpabilidad como cualidad o reprochabilidad de la voluntad de la acción.

La culpabilidad, en sentido estricto (la reprochabilidad), presupone, en cambio, una determinada voluntad o una determinada acción, como su soporte específico: sólo una voluntad (antijurídica) o una acción (típica, antijurídica) puede ser culpable, en el sentido relevante para el derecho penal. Por ello pertenece a la culpabilidad la voluntad antijurídica o la acción típica, antijurídica, como su posible portadora.

En el juicio de la culpabilidad se examina la reprochabilidad de la voluntad típica y antijurídica: ¿en qué condiciones y en qué medida puede serle reprochada al autor

como un fracaso personal frente al ordenamiento jurídico?.

"A la culpabilidad, en el sentido del derecho penal, pertenecen todos los caracteres del delito previos a ella: acción (conducta), tipicidad y antijuricidad; sólo una acción (conducta) típica y antijurídica puede ser culpable; sólo ella puede ser portadora, en el derecho penal, del reproche de culpabilidad. No obstante, aunque todos estos elementos son también constitutivos para el juicio de la culpabilidad (la reprochabilidad), no son sólo elementos de la culpabilidad. Por ello, la voluntad de la acción es ya antes un elemento de la acción; el dolo es antes un elemento del tipo de los delitos dolosos y con ello un presupuesto material de la antijuricidad de estos delitos; la voluntad de la acción que como consecuencia de una falta de observancia del cuidado debido realiza en forma dolosa un tipo, es ya antes un presupuesto de la antijuricidad de los delitos culposos. En la culpabilidad se examina hasta qué punto puede serle reprochada personalmente al autor esta voluntad de la acción. Este es el problema nuevo y específico de la culpabilidad dentro del concepto del delito." (29).

4.-CONCEPTO NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD EN LA DOGMATICA MODERNA.

La imposición de un castigo por parte del Estado requiere, bajo el paradigma de un Estado civilizado, es decir, de Derecho, la comprobación de la culpabilidad del autor del delito. Esta culpabilidad, para ser tal, debe colmar los requerimientos de sus elementos integradores.

Fundamentalmente, son tres los elementos de la culpabilidad:- a) imputabilidad o capacidad de culpabilidad, b) conocimiento de la antijuricidad, y c) exigibilidad de un comportamiento distinto.

La doctrina penal contemporánea reconoce hoy en día la importancia de los elementos anteriores. La ausencia de alguno de ellos impide la integración de la culpabilidad, y sin esta

noción fundamental de la teoría del delito no hay fundamento para la imposición de una pena.

Ciertamente la culpabilidad constituye un juicio de desvalor del autor. La antijuridicidad por su parte, valora el hecho cometido, por eso entonces que la culpabilidad y la antijuridicidad son pilares básicos en la teoría del delito e íntima es la relación que guardan entre sí ambos conceptos. Del análisis previo de uno de ellos (el hecho antijurídico), depende la existencia del otro (la atribución del hecho a su autor). Sólo existe la culpabilidad por el hecho antijurídico cometido.

Queda claro hasta ahora que una cosa es enjuiciar el hecho realizado, y otra muy distinta evaluar al autor del hecho. Independientemente de la sistemática adoptada, el problema de emitir un juicio de desvalor sobre el autor del delito entraña asimismo una ponderación del hecho que aquel cometió.

Bien sabido es que uno de los conceptos jurídico penales que más han llamado la atención de los penalistas es el de la culpabilidad. Probablemente la razón de esto sea la función determinante que tiene en la teoría del delito, esto es: fundamentar la aplicación del castigo estatal.

Culpabilidad por el hecho o culpabilidad de autor?. Tales son las disyuntivas que durante mucho tiempo han mantenido ocupados a los penalistas. Es lógica la preocupación que despierta el aceptar una u otra propuestas dadas las consecuencias que de cada una de ellas se derivan y que tienen repercusión, no sólo para la construcción dogmática del Derecho Penal, sino también para la aplicación de éste a los miembros de un grupo social que han infringido la norma jurídica.

Dos son las diferencias básicas que existen entre la culpabilidad por el

hecho individual y la culpabilidad de autor, en la primera, el reproche de culpabilidad se hace por la comisión de un hecho determinado prohibido por el Derecho. En la segunda, el juicio valorativo se refiere a la personalidad propia del sujeto que realiza el hecho y su desarrollo.

En la culpabilidad por el hecho lo que se reprocha al individuo es su acto, en la medida que pudo autodeterminarse en el caso concreto. Pero no se trata de cualquier hecho, sino de aquel que reúne ciertas características, a saber:- que sea típico o contrario a la específica norma jurídico-penal, y antijurídico o contrario al total ordenamiento legal. Con la ausencia de estas características no puede hablarse de la existencia del juicio de reproche.

Por otro lado, este juicio de reproche se constriñe exclusivamente a los hechos propios, esto significa que se trata de un juicio personal de reproche y de ello se desprende una garantía para el individuo, sobre todo si lo relacionamos con la problemática propia de la autoría y la participación.

En la teoría de la culpabilidad por la conducción de la vida sobrepasa la pura responsabilidad del hecho concreto y abarca el reproche sobre la decisión de la vida, es decir, sobre la demostrada posición del autor mediante el hecho frente a las exigencias sociales. Aquí la culpabilidad debe verse como el juicio de desvalor ético-social que alcanza a la total personalidad del autor; y aún mas, en el concepto de culpabilidad de carácter, por tanto, la peligrosidad del autor se caracteriza como su culpabilidad sin tener en cuenta de qué causas proviene y sin preocuparse de si puede formularsele al autor el menor reproche por su propio carácter.

Puede darse también, que la entidad real de la culpabilidad por el hecho provenga, de las personales características del autor.

A pesar de que la culpabilidad por el hecho individual es la que se ha aceptado por buena parte de la doctrina, tanto más si el derecho penal contemporáneo es un derecho penal del hecho, luego la culpabilidad habrá de entenderse también como culpabilidad del hecho.

"Tal es la posición de Jescheck para quien el núcleo de este concepto unitario de la culpabilidad radicaría en la culpabilidad por el hecho, aunque eventualmente, el derecho penal tendría que contar con la culpabilidad de autor"(30).

Todo esto encontraría su base, entre otras cosas, en el enjuiciamiento de la evitabilidad del error de prohibición y en la justificación de la agravación de la pena en los casos de delincuentes habituales peligrosos. "Oponiéndose a esto, se entiende con De Vicente que la culpabilidad debe entenderse como culpabilidad en referencia al hecho aislado, lo que significa una culpabilidad en el sentido de que el objeto de relación debe ser solamente el hecho antijurídico concreto." (31).

Evidentemente dice que, aquellos factores que no tengan vinculación con el hecho tampoco podrán ocupar lugar alguno en un concepto jurídico-penal de culpabilidad quedando, pues, excluidos los conceptos de culpabilidad de autor ya que sobrepasan la culpabilidad de autor relacionada con el hecho concreto: los conceptos comprendidos en la culpabilidad de autor desde un punto de vista de culpabilidad de la personalidad, de disposición o tendencia y psicológico (decisión de la vida), son extraños para el derecho penal.

Estoy de acuerdo en que explicarse la conducción de la vida del autor del delito, en un momento dado, serviría para explicar un hecho, eximir o atenuar responsabilidades, o determinar de la mejor manera el tratamiento adecuado al sujeto en razón de sus personales características pero, sin embargo, no servirá nunca de fundamento de su culpabilidad.

Aún aceptando que la culpabilidad por la conducción de la vida sea una especie de culpabilidad moral, no es aceptable desde un punto de vista jurídico. Al mundo del derecho penal interesa exclusivamente la culpabilidad jurídica, la culpabilidad por el hecho aislado. El juicio que sobre la persona hace cualquiera de las culpabilidades de autor trasciende los límites de lo estrictamente jurídico para invadir el ámbito de la moral, concediéndole al Estado un arma que convierte a la Justicia en terror penal.

En tal sentido, el campo de la moral y la culpabilidad, es exclusiva para los moralistas. Los juristas debemos atenernos a conceptos jurídicos cuya racional verificación sea una posibilidad.

Por lo narrado, el derecho penal contemporáneo asume como principio rector, entre otros, el de responsabilidad por el hecho, mismo que se opone a la imposición de un castigo por el modo de ser o el carácter del autor del evento delictivo.

La importancia de ponderar la culpabilidad de autor como parte de estrategias de las administraciones de justicia debe ser, en todo caso, siempre a la luz del respeto por la dignidad del individuo.

Al mundo del derecho penal interesa exclusivamente una noción de culpabilidad jurídica y no moral. Una culpabilidad de autor es incompatible con un Estado de derecho.

Así la teoría normativa de la culpabilidad alcanza la pureza de su enunciado sólo cuando es eliminado de su contenido el objeto que se somete al juicio de culpabilidad, o sea, cuando el dolo y la culpa abandonan su atormentada posición en la culpabilidad y pasan a tomar el lugar que les pertenece en la estructura de la tipicidad.

Lo que se le reprocha al autor es que haya realizado un injusto cuando podía exigírsele que no la realizara. De allí que cuando no hay injusto no hay reproche jurídico-penal.

"En la posibilidad exigible que el autor tuvo de actuar conforme a derecho es en lo que finca el reproche, porque es lo que evidencia la disposición interna que el autor tuvo para el hecho. No es cierta, la crítica de que la culpabilidad como reprochabilidad es algo que está en la cabeza del juez pero no en la conducta, puesto que la reprochabilidad es la valoración jurídica de la disposición contraria a la norma y al derecho que hubo en el acto y que se revela al juez mediante la posibilidad que tuvo el autor de proceder de otra manera."(32).

La reprochabilidad no es el reproche mismo, pues el reproche lo hace el orden jurídico y la reprochabilidad es la comprobación de las condiciones que permiten el reproche en función de que revelan la disposición interna contraria al derecho con que el autor realizó el acto.

En general reprochabilidad no es el reproche (juicio de desvalor) mismo, sino el conjunto de características que la ley requiere para reprochar (desvalorar una conducta). Reprochabilidad es el conjunto de características que fundan el desvalor, en tanto que reproche es el desvalor mismo. Esta reprochabilidad se compone de características que a veces están expresamente determinadas, y otras, se determinan conforme a criterios que la ley proporciona.

4.- PRESUPUESTOS DEL REPROCHE.

Esta construcción teórica de la culpabilidad está basada en la teoría de la acción formulada por el finalismo; corriente penal que sin renunciar a los elementos del delito ya existentes en la sistematización anterior, dio lugar a una estructura de la teoría del delito y provocó una diferente ordenación y ubicación de sus componentes.

Lo más trascendente a señalar, es que logró conformar una concepción realmente normativa de la culpabilidad, al despojarla de los ingredientes fácticos y dejarla exclusivamente integrada por el reproche o genuina valoración jurídica del injusto.

Corresponde pues, al finalismo, la elevación de un concepto normativista en el verdadero sentido de este término, en el cual se separa el objeto de valoración (conducta) del juicio de culpabilidad (valoración). Los representantes más destacados de esta concepción son Hans Welzel y Reinhart Maurach. Este último introduce un concepto más amplio, en la conceptualización de la culpabilidad.

Para Welzel, al ubicar el dolo y la culpa en el tipo y dar con ellos contenido a la voluntad, la culpabilidad queda reducida al reproche. Este se formula al autor, porque teniendo la obligación de conducirse de una manera y habiendo podido hacerlo así, se decidió por otro comportamiento, en abierta contradicción con el orden jurídico.

"Deber y poder son dos columnas esenciales a esta categoría. En este poder en lugar de ello del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor de su conducta antijurídica."(33).

La reprochabilidad no puede darse a menos que estén presentes tres elementos: capacidad de culpabilidad, posibilidad de comprender lo injusto y la exigibilidad del deber. El primero se refiere al presupuesto existencial de la imputabilidad; esto es, a la capacidad de autodeterminarse en su actividad conforme a lo demandado por el derecho.

Esa aptitud requiere del sujeto un desarrollo físico y mental, suficiente y

adecuado, para evaluar sus actos de acuerdo con las concepciones éticas de la comunidad. Dicha capacidad, en términos genéricos, se señala en la ley tomando como base el concepto de mayoría, en el que suelen coincidir las legislaciones penales y civiles, salvo algunas excepciones apreciadas en el derecho comparado.

La ausencia de los componentes de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, da cabida a los elementos negativos que fundamentan la imposibilidad de autodeterminarse y conocer la antijuricidad de la conducta, originados de estados mentales anormales constitutivos de perturbaciones psíquicas.

“La posibilidad de comprender lo injusto implica que el autor debió estar en condiciones de tener consciencia de la contrariedad de su conducta respecto del derecho, así como de actuar en consecuencia con esa comprensión; es decir, también se requiere tener libertad, en la situación particular y concreta, de observar el imperativo de la norma”(34).

“La exigibilidad consiste en que el autor debe estar obligado por un deber legal, que le es exigible en el caso concreto, a comportarse de conformidad con la norma y no como lo hizo. Su conducta debe constituir, además de la mera contradicción con el imperativo penal, una auténtica negación de ese deber que le exige conducirse de una determinada manera; en otras palabras, no debe tener a su favor ninguna causa productora de la inexigibilidad de la conducta señalada en la norma”(35).

La ley penal, a través de su elemento normativo, ordena una conducta y espera su cumplimiento de parte de todos; pero, bajo determinadas circunstancias puede permitir que a un sujeto particular, autor de una conducta antijurídica concreta, no se le reclame la no observancia de ese comportamiento.

La culpabilidad va más allá del mero rechazo o repulsa colectiva de la conducta antijurídica, es el reproche particularizado al sujeto que la realizó, pero no sin tomar en cuenta sus reales posibilidades psíquicas y las condiciones concretas en las cuales actuó.

El reproche se basa en el hecho que el autor se comportó de manera diferente a como podía y debía hacerlo según las exigencias de la norma.

El reproche supone algo más que la simple desaprobación. Requiere también algo más en el autor: exige del sujeto la capacidad de poder actuar conforme al derecho. Tan solo podrá formularse un juicio de culpabilidad frente al autor que podía conocer el injusto y orientar su conducta conforme a ese conocimiento.

En síntesis, la culpabilidad o reprochabilidad se funda en la disposición interna contraria a la norma que revela el individuo, puesto que, pese a haberse podido conducir de modo adecuado a la norma y motivado en ella, no lo hizo. Cuanto mayor sea la posibilidad de motivarse conforme a lo prescripto por la norma, mayor será la posibilidad que tiene de decidirse en forma adecuada a derecho, o sea que tendrá un mayor ámbito de autonomía de decisión.

Este ámbito de autonomía de decisión nos proporcionará el grado de reprochabilidad, pero hay un límite por debajo del cual la conducta adecuada al derecho no es exigible. Luego, la reprochabilidad de la conducta típica y antijurídica realizada comienza con la exigibilidad de una conducta adecuada al derecho y aumenta en razón directa con ésta.

Conforme a esto, la posibilidad exigible de realizar una conducta diferente del injusto depende fundamentalmente de dos circunstancias, que se convierten así en presupuestos o condiciones indispensables para el reproche.

Estos presupuestos fundamentales son: la posibilidad exigible de comprensión de la antijuricidad y la actuación en un marco situacional que permita un cierto ámbito de autodeterminación. Dicho más breve: Bajo el título de la culpabilidad se comprenderán los presupuestos bajo los cuales el autor haya tenido la posibilidad de reconocer la exigencia del deber jurídico y de regirse conforme a ella.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

CAPITULO III.

- 28).- Ob. Cit. Welzel, EL nuevo sistema, Pág. 66.
- 29).- Ob. Cit. Zaffaroni, Tomo III., Pág. 571.
- 30).- Ob. Cit. Welzel, EL nuevo sistema, Pág.80.
- 31).- Ob. Cit. Welzel, EL nuevo sistema, Pág. 82.
- 32).- Ob. Cit. Welzel, Derecho Penal, Pag. 197.
- 33).- Ob. Cit. Monterroso., Pág. 112.
- 34).- Ob. Cit. Monterroso., Pág. 113.
- 35).- Ob. Cit. Zaffaroni, Tomo IV., Pág. 26.

CAPITULO IV.

CAPITULO IV.- CULPABILIDAD Y PERSONALIDAD.

SUMARIO: 1.- Elementos de la reprochabilidad.
2.-Cognoscibilidad del tipo. 3.- Cognoscibilidad
de la antijuridicidad. 4.- La exigibilidad.

1.- ELEMENTOS DE LA REPROCHABILIDAD.

El sistema finalista en la teoría del delito "considera que a la culpabilidad le corresponde el papel más importante, el del juicio de reproche por la realización de una conducta típica y antijurídica, cuando el sujeto tuvo la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y la capacidad de motivarse o determinarse de acuerdo a esa comprensión (imputabilidad), además tuvo conciencia de la antijuridicidad de la conducta realizada, y por último, que al sujeto le era exigible dicha conducta y pudiendo obrar de otro modo, no lo hace" (36).

Dicho de otra manera, la culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a sentido -gracias a la cual la persona puede dirigir su conducta de acuerdo con el orden jurídico de la existencia, a ella confiado- al realizar una acción antijurídica.

Tanto si la culpabilidad consiste en un fracaso único de la dirección, conforme a sentido, de la voluntad, como si tiene su raíz en un enfoque defectuoso del carácter adquirido, sólo es objeto de consideración en el Derecho Penal como reprochabilidad personal de una acción antijurídica singular de una parte determinada de vida antijurídica.

Presupuesto existencial de la reprochabilidad es la capacidad de autodeterminarse libre, es decir, conforme a sentido, del autor: su capacidad de culpabilidad o imputabilidad.

Esta capacidad de culpabilidad existe (o no) de un modo general en la situación concreta con independencia de que el autor actué o no, que se comporte jurídica o antijurídicamente. La reprochabilidad se refiere, en cambio, a una conducta antijurídica real.

Es como ya vimos en otra parte de este trabajo, una relación específica en que se encuentra la voluntad de la acción con el ordenamiento jurídico: - la voluntad no es conforme a la norma, como debía y hubiera podido ser.

Elementos constitutivos de la reprochabilidad son, por ello, todos aquellos que son necesarios para que el autor, capaz de culpabilidad, hubiera podido adoptar, en relación con el hecho concreto, una resolución de voluntad conforme con el Derecho en lugar de la voluntad antijurídica.

Ahora bien, como la culpabilidad individual no es otra cosa que la concreción de la capacidad de culpabilidad en relación con el hecho concreto, la reprochabilidad se basa en los mismos elementos concretos cuya concurrencia con carácter general constituye la capacidad de culpabilidad; es decir, el autor tiene que haber conocido lo injusto del hecho, o por lo menos tiene que haberlo podido conocer y tiene que haberse podido decidir a una conducta conforme con el Derecho en virtud de ese conocimiento (real o posible) de lo injusto.

La culpabilidad concreta (la reprochabilidad) está, pues, constituida (de modo paralelo a la capacidad general de culpabilidad) por elementos intelectuales y voluntarios.

La cuestión primordial en la problemática de la culpabilidad es descubrir lo que fundamenta, en lo material, el reproche dirigido al autor de la conducta antijurídica. Aunque por supuesto, se trata de un juicio de reproche que tiene el carácter de ser jurídico-penal.

Por qué se puede formular un reproche jurídico-penal a un individuo?

También la respuesta a esta interrogación requiere tomar en cuenta el lado del autor del comportamiento y el de la sociedad en cuyo seno se ha originado y realizado.

El hombre como miembro del ente social tiene la obligación de conducirse, en sus relaciones con los demás, dentro de las pautas de conducta cuya vigencia real ha sido sancionada por la sociedad, sobre todo las provenientes de las leyes penales que dan lugar a las violaciones más graves de la normatividad positiva; y, por lo mismo, provocan las sanciones más rigurosas de parte de la acción punitiva.

"El ejercicio del *ius puniendi*, en lo legislativo, judicial y ejecutivo, debe hacerse en función de esta necesidad grupal de erradicar, o por lo menos controlar, los actos individuales que son factor de inestabilidad social y por ello impiden o estorban el desarrollo de la convivencia". (37).

La violación de las leyes penales constituye la conducta más grave que un individuo pueda realizar. Por tal razón, no sólo es exigencia de la justicia formal sino más aún de la convivencia colectiva, el formular el reproche e imponer la pena que se deriva del mismo, a quien observe un comportamiento de verdad antisocial y contrario a la solidaridad del grupo.

Dicha conducta es intolerable desde el punto de vista del interés social y la sociedad la reprime con la sanción penal, no sólo para defender los bienes jurídicos de futuros ataques sino, de manera prioritaria, en función de la convivencia que el interés más alto al cual debe responder toda legalidad penal.

La aptitud para elegir entre una conducta adecuada al interés de la sociedad y otra que lo contradiga, requiere de su autor la calidad de ser capaz y libre en cuanto a su

persona; pero también es fundamental que el entorno social donde el delincuente ha realizado su acto le haya permitido, en efecto, ser un hombre libre en el momento de su comportamiento delictivo.

"Si el hombre es capaz a nivel personal, pero de las condiciones concretas en medio de las cuales se condujo, se desprende que actuó anulado o limitado en su facultad de decisión, no se puede integrar el reproche a lo sumo se hará en forma rebajada" (38).

El deber de comportarse según las normas de la sociedad, de ninguna manera debe representar la negación del hombre como tal, todo lo contrario, tiene que significar la afirmación de sus más fundamentales derechos como ser humano.

Así las cosas, cabe ahora tratar de despejar conceptos como: "determinación libre de la voluntad" y "capacidad de culpabilidad". El primero de esos términos, se relaciona con las características de la autodeterminación conforme a sentido, las únicas que dan un contenido positivo a esa definición y que son: imputabilidad o capacidad de culpabilidad o la comprensión de lo injusto del hecho y la determinación de la voluntad conforme a esta comprensión.

En tanto "capacidad de culpabilidad" es continente de un momento cognoscitivo (intelectual) y uno de voluntad (volitivo); la capacidad de comprensión de lo injusto y la determinación de la voluntad conforme a sentido. Solo ambos momentos conjuntamente constituyen la capacidad de culpabilidad.

No es necesario que el autor pueda reconocer el hecho como contrario a la ley o, en general, como punible, ni es suficiente la conciencia de perpetrar una simple inmoralidad, sino que el autor tiene que poder reconocer que su hecho es una transgresión de aquellas normas sociales que son indispensables para la vida en común.

Si no se da esta capacidad, entonces se excluye también la punibilidad concreta de comprensión del injusto.. De ahí que la culpabilidad se excluya por desconocimiento inevitable de la antijuridicidad.

Así entonces, el objeto del juicio de reproche de la culpabilidad es la resolución de 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.

Cuando más fácil le es al autor la autodeterminación conforme a sentido es cuando conoce positivamente la antijuridicidad, con indiferencia que sea consciente de ella en el momento del hecho o pueda actualizar enseguida su conocimiento.

El reproche de la culpabilidad reviste, por ello en este caso, la máxima gravedad, el autor encuentra mayores dificultades cuando no conoce la antijuridicidad, pero podía conocerla con un poco más de cuidado. Si hubiera podido conocer la antijuridicidad de esa conducta, mediante un examen más detenido de conciencia, de reflexión o consulta, etc., le debe ser también reprochada, aunque en menor medida.

En ese orden de ideas, un hecho, es sólo reprochable si el autor ha conocido, o ha podido conocer, las circunstancias que pertenecen al tipo y su antijuridicidad. El conocimiento de ésta se basa en el de aquellas; la antijuridicidad del hecho puede ser solo conocida si el autor ha conocido, o ha podido conocer, sus circunstancias que pertenecen al tipo.

Luego entonces, es fácil advertir que los elementos de la reprochabilidad

a) el conocimiento o la cognosibilidad de la realización del tipo como elemento de la reprochabilidad.

b) la cognosibilidad de la antijuridicidad, y

c) la exigibilidad de la obediencia al derecho (lo que constituye el elemento volitivo de la reprochabilidad).

Son factores que habrán de ser analizados con detenimiento, dada su importancia en los puntos siguientes y finales de este trabajo de investigación.

2.-COGNOSIBILIDAD DEL TIPO.

La diferencia fundamental entre la realización dolosa y la no dolosa del tipo, que se acusa ya en la tipicidad y en lo injusto de las dos clases de delitos; se mantiene en el plano superior del concepto del delito, es decir, en la culpabilidad.

Los elementos de la reprochabilidad son también fundamentalmente diversos según se trate de una realización dolosa o no dolosa, contraria al cuidado debido, del tipo.

1) "En los delitos dolosos, el dolo es un elemento del tipo subjetivo y queda, por ello, constatado una vez que se conoce la tipicidad de la acción" (39).

En la culpabilidad se examina la medida de la reprochabilidad personal del dolo y de los demás elementos subjetivos del tipo (intenciones, etc.), hasta que punto le puede ser reprochado personalmente al autor el dolo?. Esta pregunta no afecta solo a los elementos subjetivos de

un hecho descritos en un tipo legal, sino a todas las circunstancias que han influido en la adopción de esta decisión, en esta situación, por consiguiente a todas las circunstancias externas e internas que han influido en la decisión concreta, en el momento concreto.

Un ejemplo:- "si un cajero se apropia dinero de una caja ajena, la reprochabilidad de su dolo será muy diferente si lo hace para realizar un viaje de placer con su amiga, o para sufragar la estancia de su mujer, enferma de tuberculosis, en un sanatorio" (40).

Sólo cuando se advierte que no es el dolo, como tal, sino la reprochabilidad del dolo, la que plantea el problema decisivo de la culpabilidad, es posible delimitar correctamente y comprender cuán grande es el número de los criterios decisivos para la culpabilidad.

Mientras se considere, al contrario, como hacen los defensores de la doctrina de la acción causal, que el dolo es "el" elemento subjetivo de la culpabilidad, tiene que existir una laguna entre el concepto dogmático de la culpabilidad, como carácter del delito y el concepto de la culpabilidad de la medición de la pena; mientras que el concepto dogmático de la culpabilidad queda reducido al dolo, en la medición de la pena surgen, de repente, elementos de la culpabilidad que no pertenecen al dolo como las circunstancias acompañantes del hecho, en ejemplo citado líneas anteriores.

"Sobre esta laguna en la doctrina causal, si se formula tradicionalmente el principio "pena según la medida de la culpabilidad", la palabra "culpa" es utilizada aquí, según lo acabamos de ver, en un sentido amplio; no comprende pues, sólo los elementos de la culpabilidad que corresponden al tipo objetivo" (41).

Dado que el finalismo se toma en serio que la esencia de la culpabilidad es la reprochabilidad y examina no solo la reprochabilidad del dolo, sino también de todas las

circunstancias externas e internas influyentes en la decisión de realizar el hecho, la afirmación de que el finalismo "empobrece" el concepto de culpabilidad resulta fuera de lugar.

II) "En los delitos culposos hay que distinguir si el autor había previsto la posibilidad de la lesión o peligro, típicos, del bien jurídico (culpa consciente), o había podido prevenirla (culpa inconsciente)" (42).

En la culpa consciente el reproche de la culpanbilidad se basa en que el autor a confiado en que no se reproduciría el resultado, que consideraba posible, no debiendo haber confiado en ello dadas las circunstancias del caso que le eran conocidas.

En la culpa inconsciente el reproche de la culpabilidad se basa en que el autor al emprender su acción, no ha previsto la posibilidad de la producción del resultado típico habiendo podido prevenirla.

Mientras que la previsibilidad objetiva del resultado, por un hombre inteligente es un elemento de lo injusto de la conducta que no responde al cuidado debido, la previsibilidad individual es un elemento fundamentador de la reprochabilidad de aquella falta de observancia del cuidado exigido. El derecho ordena con carácter general, observar en las acciones de la vida social el cuidado objetivo y declara antijurídica la falta de observancia de ese cuidado.

Por otra parte la teoría del dolo no puede poner su tesis seriamente en práctica. El dolo exige una conciencia efectiva, actual a las características del tipo en el momento del hecho. Pero está la tiene el autor solo rara vez respecto de la antijuridicidad y le falta totalmente en los hechos pasionales graves y en los instantáneos. "El autor sabe es cierto, la mayoría de los casos que su hecho es injusto, así como conoce las reglas de la suma y la resta, aún cuando no piense en ello

actualmente. Para la forma de conciencia del dolo no basta "saber" inactual y solo actualizable, sino únicamente una conciencia efectiva, presente, actual". (43).

La teoría del dolo no advierte que el dolo es el objeto del reproche de la culpabilidad y que por eso pertenece a la acción y al tipo mientras que la conciencia de la antijuridicidad solo es una parte integrante de la reprochabilidad.

La conciencia de la antijuridicidad no es algo que le sea reprochado al autor, sino la razón por la cual al autor le sera reprochado el dolo antijurídico. Al autor se le reprochara su decisión de acción antijurídica porque podía reconocer su antijuridicidad y, por consiguiente podía omitirla. De esto se deduce que el conocimiento de lo injusto no es un elemento del dolo, sino únicamente de la reprochabilidad.

Al autor se le ha de reprochar el dolo antijurídico en la medida que podía actualizar la conciencia de la antijuridicidad y convertirla en un contramotivo determinante del sentido.

El concepto de culpabilidad en la teoría del dolo se basa sobre el principio del reconocimiento, según el cual el contenido antijurídico de la decisión sólo le puede ser reprochado a la persona, cuando conocía la antijuridicidad.

3.- COGNOSCIBILIDAD DE LA ANTIJURIDICIDAD.

"Un hecho no es ya reprochable porque el autor conociera o pudiera conocer sus circunstancias que pertenecen al tipo, sino sólo si conocía, o podía conocer, también, su antijuridicidad. Al conocimiento o cognoscibilidad de la realización del tipo tiene que añadirse el conocimiento o la cognoscibilidad de la antijuridicidad."(44).

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

La verdad sencilla de que sólo cabe hacer al autor el reproche de la culpabilidad, si se hallaba en condiciones de poder conocer la antijuridicidad de su conducta, ha necesitado mucho tiempo y de grandes esfuerzos para imponerse y aún hoy no deja de ser discutida.

La autoridad del principio romano "error iuris nocet" y el temor infundado de facilitar al reo una excusa fácil y una absolución injustificada han impedido, hasta el presente, el reconocimiento de esta consecuencia, lógicamente necesaria, del principio de la culpabilidad.

La doctrina se ha esforzado, por ello, desde hace mucho tiempo, por imponer también el principio de la culpabilidad en el error de prohibición y la misma práctica se ha distanciado, cada vez más desde 1945.

Tenía que ser difícil sin embargo, para la doctrina dominante encontrar la solución adecuada, puesto que concibe el dolo como una parte de la culpabilidad y no lo sitúa, como la doctrina de la acción finalista, en la acción y en lo injusto, como objeto de la reprochabilidad.

Por eso era fácil que considerara a la conciencia de la antijuridicidad como una parte del dolo. Así surgió la "teoría del dolo".

Sintetizando lo expuesto, será necesario distinguir, en principio, la comprensión actual de la antijuridicidad, que es algo que la ley no exige en el delito y que, en caso de darse, casi nunca será del todo completa; y la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad, que es el elemento que integra la culpabilidad y que es requerido expresamente por el texto legal.

Para que pueda comprenderse la criminalidad de un acto se requieren, antes de nada, que se sepa lo se está haciendo (dolo) y, luego, que se pueda comprender la pauta de

conducta jurídica que se viola con ese acto.

Esto lleva a la afirmación de que nuestra ley no exige una comprensión efectiva de la antijuridicidad, sino sólo la posibilidad de la misma, es decir, que el principio de culpabilidad se contenta con que el autor haya tenido la posibilidad exigible de comprender la antijuridicidad de su conducta.

Le será exigible a un sujeto la comprensión de la antijuridicidad de su conducta sólo cuando tuvo la posibilidad de conocerla, cuando se comprende a sí mismo como persona porque comprende a los demás como tales y, cuando le era exigible, dadas sus circunstancias culturales, que internalizase la pauta de conducta que ese desvalor señala.

Hay una relación inversa entre el esfuerzo que el sujeto deba realizar para comprender la antijuridicidad de su conducta, y la exigibilidad jurídica de la comprensión (a mayor esfuerzo menor culpabilidad).

Esto revela que la llamada comprensión de la antijuridicidad no es más que un grado de exigibilidad de la posibilidad hipotética de la comprensión del injusto del hecho. Por ende, será un presupuesto o requisito de la culpabilidad -que siempre se dará en una cierta medida, en un grado o escala- es decir, siempre será un concepto susceptible de gradación.

Resumiendo queda claro que:

1o) **Comprensión:** es un concepto que presupone el conocimiento, pero que excede al mismo. Implica introyección y presupone también la propia y ajena vivencia como persona.

2o) La culpabilidad no funda su reproche en la comprensión efectiva de la antijuridicidad, sino en que haya sido exigible la posibilidad de esa comprensión.

3o) El grado de esfuerzo que el sujeto debió realizar para alcanzar la comprensión de la antijuridicidad se halla en relación inversa con el grado de exigibilidad, reprochabilidad y culpabilidad.”(45).

En general, la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad requiere sólo la posibilidad de conocimiento del desvalor jurídico de la conducta, de la colisión de la conducta con el orden jurídico. Para ello, no interesa que el sujeto conozca la punibilidad de la conducta, ni tampoco que precise en qué disposición está desvalorada.

Basta el conocimiento del desvalor jurídico de la conducta concreta entendido en la forma de valoración paralela en la esfera del profano, criterio del que me he ocupado con motivo del conocimiento de los elementos normativos de los tipos penales que exige el dolo.

4.- LA EXIGIBILIDAD.

“El tercer elemento de la culpabilidad, en sistema finalista, es referido a la exigibilidad de un comportamiento distinto al ejecutado por el sujeto, y que resultó típico y antijurídico. El derecho exige comportamientos sujetos a patrones objetivos, aplicables al caso individual, así como el derecho está en su papel de exigir, dentro de parámetros normales que el sujeto se comporta de tal modo que no viole la ley penal.”(46).

La no exigibilidad de otra conducta, en algunos autores afiliados al sistema causalista es inaceptable por su peligrosa vaguedad en el aspecto político criminal, pues podría abrir una

puerta al arbitrio judicial.

Mientras en el aspecto técnico, le es reprochable su naturaleza ambigua a igual distancia de la culpabilidad (subjctiva) y de la antijuridicidad material (objetiva).

El finalismo retoma el desarrollo de la "no exigibilidad", partiendo del supuesto que antes de considerarlo en su aspecto positivo, de ahí que se colocó a la exigibilidad de otra conducta como tercer elemento de la culpabilidad, y a la no exigibilidad como su aspecto negativo, que de presentarse destruiría a la culpabilidad.

La exigibilidad fundamenta la culpabilidad en el deber de motivarse conforme a la norma de deber, por lo cual se demanda al autor una conducta diferente a la por él realizada.

De ello sigue que la llamada no exigibilidad de conducta conforme a derecho no es en estas situaciones extraordinarias de motivación, una causa excluyente de la culpabilidad como la imputabilidad o el error de prohibición inevitable, sino sólo una causa fáctica de exculpación, en el sentido de que el ordenamiento jurídico pese a la existencia de culpabilidad otorga indulgencia al autor.

Así entonces, el conocimiento o cognoscibilidad tiene como formas especiales dos grandes grupos:-

a) la inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad por incapacidad psíquica, y,

b) la inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad proveniente de error.

Lo que a continuación enunciaré.

El delito requiere una cierta capacidad psíquica cada vez que uno de sus niveles se demanda la presencia de un aspecto o contenido subjetivo. Así, se ha visto que es necesaria cierta capacidad psíquica para que haya conducta o, lo que es lo mismo, que hay cierta incapacidad psíquica que elimina directamente la conducta (involuntabilidad).

"Cabe insistir una vez más, en que nunca nos referiremos a lo "psíquico" lo hacemos en sentido platónico o cartesiano, sino que tomamos lo psíquico como un nivel de complejización en el estudio de la conducta humana".(47).

Entendido, pues, lo psíquico en este sentido, la capacidad psíquica de culpabilidad será una característica que debe darse en el actor de un injusto penal: es la capacidad que éste tiene para responder a la exigencia de que comprenda la antijuridicidad y de que adecúe su conducta a esta comprensión. Esta capacidad del sujeto es la que da a la conducta el carácter de imputabilidad.

Luego, encontramos como fórmula de incapacidad psíquica:- la insuficiencia y la alteración morbosa de las facultades del sujeto. La insuficiencia de las facultades es un supuesto en que las facultades no alcanzan el nivel exigido para que la conciencia opere en condiciones más o menos normales, o, dicho en términos contemporáneamente más válidos, en que la personalidad no alcanza el nivel de integración requerido para que la conciencia opere en forma adecuada a los requerimientos del medio.

La alteración morbosa es una disfunción de origen patológico. No hay razón alguna para hacer de la insuficiencia de las facultades un sinónimo de oligofrenia, porque en realidad las facultades están disminuidas siempre que la conciencia opera en niveles de perturbación.

Dentro de este rubro encontramos también, la perturbación de la conciencia, el trastorno mental transitorio, el miedo, la psicopatías y las deficiencias mentales entre otras.

Ergo como fórmula de inexigibilidad proveniente del error:

Se denomina error de prohibición lo que impide la comprensión del carácter y entidad de injusto del acto solamente. No todo error que impida la comprensión del carácter injusto del hecho es un error de prohibición, porque, en tal sentido, también el error de tipo impide la comprensión de la antijuridicidad; es obvio que quién cree que caza un oso no puede comprender que su acto es antijurídico, cuando en lugar de matar a un oso mata a un hombre.

De ahí que error de prohibición sea únicamente el que impide la comprensión de la antijuridicidad, sin afectar el conocimiento de los elementos requeridos en el tipo objetivo.

"Debemos tener presente que la diferencia entre error de tipo y el de prohibición finca en que el primero, el sujeto " cree que hace otra cosa", en tanto que en el segundo, "sabe lo que hace", pero no puede motivarse de acuerdo con la norma porque carece de elementos que le posibilitan su comprensión."(48).

En síntesis, el error de prohibición es el que impide solamente la

comprensión del carácter y entidad del injusto del acto. Se asemeja al error de tipo en que éste último también impide esa comprensión, pero se distingue del mismo en que no afecta para nada a la tipicidad. Se parece al error sobre una situación objetiva de inculpabilidad en que también elimina la culpabilidad, pero este último lo hace sin impedir la comprensión de la antijuridicidad, sino porque limita el ámbito de autodeterminación.

El error de prohibición que impide la comprensión del carácter antijurídico del acto en razón del desconocimiento del mismo, puede ser un error directo o indirecto de prohibición.

En general el derecho exige al autor imputable, que pueda conocer la antijuridicidad de su decisión, que adopte su resolución de voluntad de acuerdo con este posible conocimiento.

Hay situaciones, sin embargo, en que no se exige una conducta conforme con el derecho, ni siquiera al autor imputable que actúa con plena conciencia de la antijuridicidad. El derecho tiene que limitar sin duda mucho estas situaciones, en interés de la vigencia de sus normas.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

CAPITULO IV.

- 36).- Ob. Cit. Orellana, Pág. 157.
- 37).- Ob. Cit. Monterroso, Pág. 123-124.
- 38).- Ob. Cit. Monterroso, Pág. 127
- 39).- Ob. Cit. Welzel, Nuevo Sistema, Pág. 101.
- 40).- Ob. cit. Welzel, Nuevo Sistema, Pág. 101.
- 41).- Ob. Cit. Welzel, Derecho Penal, Pág. 111.
- 42).- Ob. Cit. Welzel, Nuevo Sistema, Pág. 102.
- 43).- Ob. Cit. Welzel, Derecho Penal, Pág. 224.
- 44).- Ob. Cit. Welzel, Nuevo Sistema, Pág. 104.
- 45).- Ob. Cit. Zaffaroni, Tomo IV, Pág. 98.
- 46).- Ob. Cit. Orellana, Pág. 159.
- 47).- Ob. Cit. Zaffaroni, Tomo IV, Pág. 110.
- 48).- Ob. Cit. Zaffaroni, Tomo IV, Pág. 184.

CONCLUSIONES.

C O N C L U S I O N E S

Como pudo verse dos son las grandes corrientes que se disputan la supremacía en la actual teoría del delito, el causalismo y el finalismo. Tratar de explicar las bondades y defectos de cada una de ellas representa un arduo trabajo de investigación que no alcanzaría ahora, sin embargo, si es posible enunciar algunos aspectos que son advertibles de lo que se expuso a lo largo de esta investigación.

A efecto de tratar de ser un tanto cuanto práctico y también -por qué no- didáctico, veremos algunas objeciones que la doctrina del causalismo plantea al finalismo, a saber :-

a) El finalismo no explica la culpa.

La crítica es infundada, porque tan final es la conducta dolosa como la culposa. Que la característica típica de la conducta culposa sea el modo de realización (violatorio de un deber de cuidado) no le quita su naturaleza final; que la ley, en ciertos tipos, no repara en el fin, sino en el modo de realización, no significa que presuponga que no hay finalidad en esa conducta.

b) El finalismo no explica el dolo eventual.

También esta crítica es infundada, cuando explicamos el concepto final de conducta, hemos dicho que el autor al seleccionar los medios considera los efectos concomitantes, allí es donde cabe el tratamiento del dolo eventual que, si bien sigue representando dificultades, éstas son las mismas que tampoco logra superar el causalismo.

c) El finalismo subjetiviza la antijuridicidad.

Las teorías de los penalistas alemanes del nacional-socialismo, se dice que, "subjetivizaron" la antijuridicidad. En realidad lo que hicieron fue confundir o mezclar antijuridicidad y culpabilidad, porque así negaban la estratificación misma de la teoría del delito, con lo cual el concepto del delito era "totalista". Se dice que el finalismo hace lo mismo.

Nada puede ser más inexacto. La antijuridicidad continúa siendo objetiva en el sentido de que para nada influye en ella la posibilidad de otra conducta por parte del autor (esta es contenido y esencia de la culpabilidad). En otro sentido, nadie puede pretender que la antijuridicidad no toma en cuenta al sujeto: el no funcionario no puede ser autor de una conducta típica que es antijurídica sólo para funcionarios, por ejemplo.

Lo mixto (objetivo o subjetivo) es el injusto, pero no la antijuridicidad. La distinción entre ambos conceptos es notoria (lo subjetivo es Juan y no la maldad de Juan).

d) El finalismo vacía la culpabilidad.

Se suele afirmar que al quitar el dolo de la culpabilidad, ésta queda hueca en su contenido. Hemos visto que la misma no queda vacía sino que hay un contenido de imputabilidad y de conocimiento de la antijuridicidad. Como vemos no queda hueca, sino que la homogeneiza al reducirla a sus correspondientes y adecuados límites, eliminando lo que ahora sobra de su contenido.

e) La distinción entre error de tipo y error de prohibición carece de importancia.

Porque según ellos se identifica con el error de hecho y de derecho, lo cual es del todo inexacto, habida cuenta que estos sistemáticamente se presentan como el elemento negativo

de la culpabilidad, en tanto aquellos son ya ubicados al nivel del tipo.

f) El finalismo provoca una catástrofe sistemática.

El aserto se funda en que el finalismo niega el general criterio sistemático "objetivo-subjetivo". Pasando por alto que muchos causalistas también renuncian al criterio sistemático objetivo (injusto) subjetivo (culpabilidad), el replanteo sistemático del finalismo ofrece un concepto del delito mucho más diáfano, que prescinde de la simplista clasificación primaria, objetada ya por un amplio sector del propio causalismo.

El delito es una conducta que se adecúa a un tipo. El tipo abarca conducta como tal, en sus aspectos tanto objetivos como subjetivos, fijándola, individualizándola, para someterla luego a una nueva valoración o mejor desvaloración, la que es hecha por la ley no por el juez que no hace más que traducirla, declararla en el caso concreto.

El primer desvalor se establece mediante la comprobación de que la conducta que esta en general prohibida (contraria a la norma) no se encuentra amparada por ningún dispositivo permisivo (legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio de un derecho), con lo cual que se concluye que la conducta antinormativa es también antijurídica (contraria al orden jurídico considerado en su totalidad). Afirmando que nos hallamos en presencia de una conducta típica y antijurídica (un injusto) debemos someterla a otro juicio de desvalor: - por éste se establece que le fue exigible al autor, en esa circunstancia, otra conducta conforme a derecho.

El grado de exigibilidad será el grado de culpabilidad, y recién frente a un injusto reprochable (culpable) podemos decir que hay un delito.

Así entendido delito es conducta típica, antijurídica y culpable. El concepto se determina por una individualización de la conducta mediante un dispositivo legal descriptivo (tipo) , una desvalorización que concluye en que la conducta típica es también contraria al orden jurídico (antijuridicidad) y otra, en que al autor le era exigible una conducta conforme a derecho, en esas circunstancias y atendiendo a sus características personales (culpabilidad).

El desastre sistemático se produce para el punto de vista del fracasado criterio "objetivo-subjetivo" , pero se elabora un concepto de delito sobre otra base sistemática diferente, individualización y doble desvaloración de la conducta.

g) El finalismo desarticula la teoría del delito.

Se ha dicho que, como el finalismo admite los tipos dolosos y culposos con diferente estructura y los activos y omisivos similarmente, destruye la unidad en la consideración teórica del delito. No creo que sea una verdadera objeción; si un fenómeno es complejo, más teoría e hipótesis científicas la que aspira a abarcarlo sistematizándolo en toda su complejidad, que la que pasa por alto particularidades importantes, tratando de simplificar lo complejo y fracasando por ello en su explicación.

Algunas críticas finalistas al causalismo:-

a) El causalismo desnaturaliza a la conducta.

Muy pocas teorías desnaturalizan un fenómeno como el causalismo. Aquí la gravedad del caso es mayor, porque si los causalistas reconocen que toda conducta ónticamente tiene una finalidad, al suprimisela en su consideración jurídico-penal, resulta que el derecho penal opera con una conducta que no es conducta.

Por supuesto, el legislador puede hacer lo que quiere, pero de ahí la duda de que pueda regular una conducta entendida que se esta se integra con una voluntad incomprensiblemente huérfana de finalidad. No obstante, puede concluirse que el legislador ignora la estructura óptica de la conducta.

b) El causalismo hace recaer el desvalor sobre un proceso causal.

Si la conducta se configura con la inervación muscular y una cadena causal que une la transformación operada por efecto de esa inervación con el resultado (conducta sería la inervación que hace que contraiga el dedo sobre el gatillo, la cadena causal sería la explosión provocada por la pólvora que impulsa el proyectil, la destrucción del tejido y el resultado sería la muerte de la víctima) y eso es lo que el tipo capta para someterlo a un juicio desvalorativo de antijuridicidad, ninguna duda cabe que para el causalismo resulta antijurídico un proceso causal desencadenado por inervación muscular de un ser humano.

Sostener que un proceso causal es antijurídico se nos ocurre carente de sentido común, a la luz de nuestras pautas culturales, al menos.

c) El causalismo no explica la tentativa.

Si el tipo capta la conducta causalmente entendida, una inervación muscular que produce el choque de una bala contra una pared, a diez centímetros de la cabeza de un hombre, nunca sabremos si fue una conducta típica de disparo de arma, una conducta imprudente o negligente o una tentativa de homicidio. Recién en la culpabilidad lo puede afirmar el causalismo, a esto cabe preguntarse como pasa por la tipicidad y la antijuridicidad.

Se ha dicho que en la tentativa, el fin pertenece tipo y en delito consumado a la culpabilidad, parece ser que la circunstancia fáctica de que la bala de en el blanco hace cambiar el dolo de ubicación sistemática, dependiendo de ello que se coloque en el tipo o en la culpabilidad, lo que me parece por demás arbitrario.

Igualmente, se sostuvo que en la tentativa hay un elemento subjetivo del tipo, los elementos subjetivos del tipo son tradicionalmente, distinto del dolo. Aquí sería un elemento subjetivo tan hipertrofiado y alterado que configuraría el dolo mismo, con lo cual la afirmación se confundiría con el intento de explicación anterior.

d) El causalismo no puede explicar los elementos subjetivos del tipo.

Si el tipo no es totalmente objetivo, sino que ocasionalmente tiene elementos subjetivos y el dolo de la culpabilidad abarca el contenido del tipo, o sea que, ocasionalmente el dolo debería abarcar el conocimiento de los propios elementos subjetivos -esto es, ciertos animi, particulares direcciones de la intención, etc- , el dolo debe replegarse sobre la propia subjetividad del autor.

Este conocimiento de los propios elementos subjetivos genera lo que Beling llamaba "figura atormentada", si bien es posible ya se dé en la reflexión, no puede pretenderse que haya dolo cuando el dolo no se advierte en el tipo sobre todo si este tiene elementos subjetivos distintos al dolo.

e) El causalismo confunde el reproche con su objeto.

Si la culpabilidad es reprochabilidad, que es lo que se reprocha?. Una

conducta humana voluntaria claro ésta, pero aquí no se puede reprochar la voluntad prescindiendo de su finalidad directamente fuera del delito. Es aquí que, precisamente, debe atenerse el reproche al efectivo contenido de la voluntad.

Pero, donde está ese contenido para los causalista? No está en la conducta voluntaria sino en la culpabilidad, o sea no está en el objeto reprochado sino en el juicio de reproche. El dolo está en la culpabilidad (juicio de desvalor) y al momento de aplicarse pasa al objeto del juicio (al injusto). Le opera una nueva confusión entre valoración y objeto.

El finalismo al reubicar el dolo en el tipo, elimina esta contradicción y deja a la reprochabilidad libre de este elemento que le es extraño.

f) El causalismo debe admitir la tentativa de delito culposo.

Que por cierto la ley rechaza. En efecto, cuando, como el resultado del concepto unitario del error, un sujeto dispara contra otro sin dar en el blanco, en situación de legítima defensa putativa en que el error es vencible, habría una tentativa de delito culposo. Si cualquier error, cuando fuera vencible, da lugar a la culpa, la admisión de la tentativa culposa es inevitable.

Como pudimos ver a lo largo de todo el proceso de investigación, lo que la doctrina del finalismo nos ha permitido conocer, la pulcritud de su exposición en la teoría del delito y los conocimientos que el causalismo nos brinda, son determinantes para la explicación del problema que ahora ha transformado la teoría del delito y que por supuesto fue el motivo del cambio constitucional por principio de cuentas, y después de doce ordenamientos legales más.

De esta guisa, creo que el finalismo resulta más coherente (menos

contradictorio o lógicamente más completo) que el causalismo. Nuestro punto de vista lo venimos sosteniendo desde el principio de la exposición y en los puntos anteriores no oculto mi inclinación hacia el finalismo -aunque aclaro- no por lo novedoso pero si por su sistemática.

Una última advertencia:- el finalismo no es una novedad que rompa con toda la tradición. El causalismo considerado "clásico" , no es tal, sino que data apenas de fines del siglo pasado y comienzos del presente, como hijo dilecto en sede jurídico-penal del positivismo filosófico, en tanto que el finalismo entronca con los conceptos anteriores y, en cierto sentido, no puede negar su raigambre aristotélico.

Puede ser que el finalismo tenga punto a discutir, claro que sí, solamente que si ha llegado a verse plasmado en la ley, ello por sí solo nos obliga a su observancia y seguimiento. La discusión es saludable en la medida que no permite el crecimiento intelectual.

Hasta aquí, queda mi esfuerzo y dedicación.

BIBLIOGRAFIA.

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

- 1.- La Acción y el Resultado.
Antolisei, Francesco.
Ed. Jurídica Mexicana. 12a. Edición. México, D. F. 1959.
- 2.- Derecho Penal. Tomo I y II.
Argibay Molina, José Francisco.
Ed. Cárdenas. 1a. Edición. México, D. F. 1972.
- 3.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.
Castellanos Tena, Fernando.
Ed. Porrúa, 15a. Edición. México, D. F. 1981.
- 4.- El bien jurídico tutelado.
Carlos Tozzini, David.
Ed. Tea. 4a. Edición. Buenos Aires, Argentina. 1978.
- 5.- Derecho Penal y Derechos Humanos.
Fragoso, Heleno C.
Ed. Bogotá. 1a. Edición. Colombia . 1977.
- 6.- Derecho Penal.
Giusseppe Betiol.
Ed. Themis, 3a. Edición. Colombia, 1965.
- 7.- Derecho Penal Alemán.
Welzel, Hans.
Ed. Cárdenas. 8a. Edición. México, D. F. 1987.
- 8.- El Nuevo Sistema del Derecho Penal.
Welzel, Hans.
Ed. Ariel. 4a. Edición. Barcelona, España. 1964.
- 9.- La Ley y el Delito.
Jiménez de Astúa, Luis.
Ed. Hermes Sudamericana, 4ta. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1986.
- 10.- La Tipicidad.
Jiménez Huerta, Mariano.
Ed. Porrúa, 3ra., Edición, México, D.F., 1955.

- 11.- Derecho Penal.
Mezger Edmundo.
Ed. Cárdenas, 4ta., Edición, México, D.F. 1980.
- 12.- Culpa y Omisión en la Teoría del Delito.
Monterroso Salvatierra, Efraín.
Ed. Porrúa, 1a. Edición, México, D.F., 1993.
- 13.- Teoría General del Delito.
Muñoz Conde, Francisco.
Ed. Botas, 5ta. Edición, Madrid, España, 1985.
- 14.- Derecho Penal Argentino.
Nuñez Ricardo.
Ed. Tea, 1a. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1959.
- 15.- Teoría del Delito.
Orellana Wiarco, Octavio.
Ed. Porrúa, 1a. Edición, México, D.F., 1994.
- 16.- Sobre la Culpabilidad en el Pensamiento de Claus Roxin.
Vidaurri Arechiga Manuel.
Ed. Facultad de la Universidad Panamericana, México, 1990.
- 17.- Tratado de Derecho Penal.
Zaffaroni Eugenio, Raúl.
Ed. Cárdenas, 1a. Edición, México, D.F., 1985.

OTRAS FUENTES.

- 1.- Código Penal del Estado de Guanajuato.
Ed. Porrúa, México, D.F. 1993.
- 2.- Revista de Investigaciones Jurídicas.
Núm. 28, 32 y 34., 1993-1994.
Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato.
- 3.- Revista Jurídica Veracruzana.
Núms. 1 y 2., 1973.
Órgano del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz.