

**MANUAL DE TEORIA
JURIDICA DEL DELITO**





INDICE

PROLOGO	
• CAPÍTULO UNO	
CONTENIDO Y SIGNIFICADO DE LA TEORÍA DEL DELITO	9
1- Introducción.	9
1.1 El Estudio científico del Derecho Penal.	10
1.2 Historia de la Ciencia del Derecho Penal.	10
1.2.1 Beccaria y el pensamiento de la Ilustración.	10
1.2.2. La Ciencia del Derecho Penal bajo el pensamiento Liberal	
La "Escuela clásica".	11
1.3 El positivismo en la Ciencia del Derecho Penal.....	14
1.3.1 El Positivismo Criminológico.	15
1.3.2. El Positivismo jurídico normativista.	16
A. El Positivismo Jurídico Penal.....	16
B. El Positivismo Jurídico normativista.	17
C. El Positivismo Jurídico Sociológico.	17
D. Ciencia del Derecho Penal y Positivismo.	18
E. La Escuela Correccionalista.	19
1.4 La crisis del Positivismo Jurídico.	19
1.4.1 El neokantismo.	20
1.4.2 El finalismo.	21
• CAPÍTULO DOS	
EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO.....	23
1- Introducción.	23
2.1. Consideraciones generales.	23
2.2. La necesidad de un conocimiento sistemático.	25
2.3. Aspectos generales en la evolución del concepto de delito.	26
2.3.1. Conceptos básicos del sistema penal.	26
2.3.2. Fases de elaboración del sistema del Derecho Penal.	27
2.3.3. Especial mención de la Teoría normativo-funcional.	29
2.4. El tipo de injusto: evolución del concepto.	31
2.4.1. El naturalismo (El positivismo legal).	31
2.4.2. La sistemática del Derecho Penal bajo el influjo del neokantismo.	32
2.4.3. El finalismo.	33
2.5. La culpabilidad: evolución del concepto.	34



•	CAPÍTULO TRES	
	EL COMPORTAMIENTO HUMANO PENALMENTE RELEVANTE. . .	37
	1.- Introducción.	37
	3.1. El significado político de la categoría "comportamiento".	37
	3.2. Teorías negadoras del elemento "acción".	38
	3.3. Teorías relativizadoras del concepto "acción".	39
	3.4. Propuesta.	42
•	CAPÍTULO CUATRO	
	EL INJUSTO PENAL.	45
	1. Introducción.	45
	4.1 La Antijuridicidad.	47
	4.1.1 Antijuridicidad formal y material.	47
	4.1.2 El bien jurídico.	48
	A) Concepto y naturaleza de los bienes jurídicos.	49
	a) Teoría Sociológica del Bien Jurídico.	49
	b) Teorías Constitucionales.	50
	B) Funciones del bien jurídico.	51
	4.1.3 Desvalor de Acción y Desvalor de resultado.	52
	4.1.4 Relación entre Tipicidad y Antijuridicidad.	55
	4. 2 Tipicidad y Tipos Penales.	57
	4. 2. 1 Estructura.	58
	4.2.2 Elementos.	58
	4.2.3 Clases.	60
	4.3 La imputación objetiva del resultado.	63
	4.3.1 Causalidad e imputación objetiva como elementos del tipo objetivo.	65
	4.3.2 La relación de causalidad como presupuesto de la imputación objetiva del resultado.	65
	A) Causalidad: cuestiones previas.	65
	B) La causalidad como condición.	67
	C) Teorías evolucionadas de la causalidad.	70
	4. 3. 3 La imputación objetiva.	71
	A) La imputación objetiva: el principio del riesgo.	71
	a) Riesgos adecuados socialmente.	72
	b) Disminución del riesgo.	73
	B) Criterios adicionales al principio del riesgo.	73
	a) Creación o no creación del riesgo no permitido.	73
	b) Incremento o no del riesgo permitido.	74
	c) La esfera de la protección de la norma.	74



4.4 EL tipo de injusto doloso.	75
4. 4.1 Introducción.	75
4.4.2 Concepto de dolo.	76
4.4.3 Las clases de dolo.	78
A) Dolo directo.	78
B) Dolo eventual.	78
a) La teoría de la voluntad.	79
b) La teoría de la probabilidad o de la representación.	79
4.4.4 El error de tipo y la ausencia de dolo.	80
4.4.5 Los elementos subjetivos del injusto.	82
4.5 El tipo de injusto culposo.	83
4.5.1 Introducción.	83
4.5.2 El sistema de numerus clausus.	84
4.5.3 Concepto.	86
4.5.4 Estructura.	86
A) Infracción del deber de cuidado.	86
B) Resultado.	89
4.5.5 Clases.	90
4.6 La omisión.	91
4.6.1 El Concepto de omisión y clases.	91
A) Concepto natural de omisión.	92
B) Concepto normativo.	93
4.6.2 Delitos de omisión propios.	94
A) tipicidad objetiva.	94
B) tipicidad subjetiva.	94
4.6.3 Los delitos de omisión impropios o de comisión por omisión.	95
A) Regulación legal de los delitos de comisión por omisión.	95
B) Primera condición: posibilidad de realizar el delito por vía omisiva.	97
C) Segunda condición: existencia de "un deber jurídico de obrar".	98
4.6.4 Fuentes y funciones de la posición de garante.	99
i) Fuentes legales de la posición de garante.	99
ii) Las funciones que dimanar de la posición de garante.	100
1) Funciones protectoras de un bien jurídico.	100
i) Deberes de garante deducidos de una estrecha relación vital.	101
ii) Deberes que dimanar de la regulación legal de determinadas profesiones.	101
iii) Deberes de garante deducidos de la asunción voluntaria de específicas funciones protectoras.	102
2) Deber de vigilancia de una fuente de peligro.	102



• CAPÍTULO CINCO	
LA CULPABILIDAD	104
1.- Introducción	104
5.1. Concepto y estructura	105
5.1.1. Evolución	105
5.1.2. Culpabilidad y prevención	107
5.1.3. Propuesta de concepto	109
5.1.4. Estructura	110
5.2. Imputabilidad e inimputabilidad	111
5.2.1. Imputabilidad	111
5.2.2. Inimputabilidad	112
A. Enajenación mental	112
B. Grave perturbación de la conciencia	113
C. Desarrollo psíquico retardado	113
5.3. Acciones liberae in causa	114
5.4. Medidas de seguridad	115
5.5. Causas de exclusión de la culpabilidad (Artículos 27 y 28 CP)	116
5.5.1. No Exigibilidad de otra conducta	117
5.5.2. El denominado estado de necesidad disculpante	117
• CAPÍTULO SEIS	
EL ITER CRIMINIS	119
1.- Introducción	119
6.1. El delito imperfecto o tentado	120
6.2. La consumación como forma “perfecta” de ejecución”	120
6.3. El iter criminis y sus fases	121
6.3.1. La fase interna	121
6.3.2. La fase externa	122
6.4. Formas imperfectas de ejecución punibles: Los actos preparatorios	122
6.4.1. La proposición	123
6.4.2. La conspiración	123
6.5. Formas imperfectas de ejecución punibles:	123
La tentativa. Distinción entre actos preparatorios y tentativa	125
6.5.1. Teoría objetivo-subjetiva	125
6.5.2. Teoría objetiva	126
6.6. La valoración del peligro. Tentativa idónea e inidónea	127
6.7. El desistimiento	131



• CAPÍTULO SIETE	
AUTORIA Y PARTICIPACIÓN.....	133
I.- Introducción.....	133
7.1. Consideraciones generales.....	133
7.2. Autoría.....	135
7.2.1. Autoría y delitos especiales.....	136
7.2.2. Actuación en nombre de otro.....	137
7.3. Participación.....	137
7.3.1. Participación en delitos especiales.....	137
7.3.2. Participación e imprudencia.....	137
7.3.3. Participación y omisión.....	138
7.3.4. Instigación.....	139
7.3.5. Complicidad.....	139
7.4. Delitos cometidos a través de los medios de difusión.....	140
7.5. Conceptos generales sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.....	140
• BIBLIOGRAFÍA.....	142





CAPÍTULO UNO

CONTENIDO Y SIGNIFICADO DE LA TEORÍA DEL DELITO

SUMARIO: 1- Introducción. 1.1 El Estudio científico del Derecho Penal. 1.2 Historia de la Ciencia del Derecho Penal. 1.2.1 Beccaria y el pensamiento de la Ilustración. 1.2.2. La Ciencia del Derecho Penal bajo el pensamiento Liberal. La “Escuela clásica”. 1.3 El positivismo en la Ciencia del Derecho Penal 1.3.1 El Positivismo Criminológico. 1.3.2. El Positivismo jurídico normativista. A. El Positivismo jurídico Penal B. El Positivismo Jurídico normativista. C. El Positivismo jurídico Sociológico. D. Ciencia del Derecho Penal y Positivismo. E. La Escuela Correccionalista. 1.4 La crisis del Positivismo Jurídico. 1.4.1 El neokantismo. 1.4.2 El finalismo.

1. INTRODUCCIÓN.

Cada vez que intentamos aproximarnos sistemáticamente a un área nueva del saber científico, lo primero es conocer la evolución histórica que la misma ha tenido. Es ese primer aspecto aproximativo que el autor nos brinda en el presente capítulo, llevándonos en la historia de la ciencia del Derecho Penal por las diferentes concepciones del mismo desde Beccaria y el pensamiento de la ilustración hasta una de las últimas escuelas de la ciencia del derecho penal: el finalismo. Por ello después de la lectura del presente capítulo el lector podrá diferenciar los momentos históricos por los que ha pasado la ciencia del derecho penal, distinguiendo unos de otros por sus características básicas.

1.1. El estudio científico del Derecho Penal.

Preguntarse acerca del significado de la teoría del delito implica reflexionar con carácter previo acerca del contenido de la actividad científica, cuyo objeto de conocimiento es el Derecho penal. Las preguntas centrales serían: qué es lo que se quiere conocer y cómo se puede llegar a conocer el Derecho penal. Ninguno de estas dos interrogantes ha tenido, ni tiene siempre, la misma respuesta.

Así, el objeto y la actividad que en relación con el mismo quiere desarrollarse determinará necesariamente el método que se utilice. La exposición de las líneas generales del conocimiento científico del Derecho penal en el momento actual ha de venir precedida de una sintética exposición de su evolución histórica hasta la actualidad. Existe una línea de pensamiento que arranca de la Ilustración y llega hasta nuestros días y que condiciona la respuesta a dar a las dos preguntas iniciales. Esta evolución del pensamiento penal no sigue, ni mucho menos, una línea homogénea, y la mayor parte de las veces es utilizado el rechazo de las conclusiones a las que llega el movimiento precedente como punto de partida para la elaboración de las nuevas construcciones. En la exposición de esta línea de pensamiento hay indudables cortes que

suponen un paso atrás, o que tuvieron importancia reducida en un ámbito y en un momento histórico concreto. En este apartado se prescindirá de su examen, centrándose únicamente sobre la referida línea de pensamiento, que partiendo de la Ilustración, llega hasta nuestros días.

El estudio del pensamiento científico referido al Derecho penal se centra en las denominadas Ciencias penales: Dogmática Jurídica, Política Criminal y Criminología. El contenido que tradicionalmente se les asigna es el siguiente: la Dogmática es una disciplina estrictamente jurídica que tiene como objeto el estudio exclusivo del Derecho positivo penal. La Política criminal, por su parte, se ocupa de valorar la legislación penal desde el plano de los fines que con ella pretendan ser obtenidos y propone, en su caso, regulaciones alternativas. Finalmente, la Criminología estudia el delito como un hecho de la vida social o como un hecho de la vida del individuo.

1.2. Historia de la ciencia del Derecho Penal.

1.2.1. BECCARIA y el pensamiento de la Ilustración.

La moderna ciencia del Derecho penal arranca del pensamiento ilustrado y, en concreto, de la obra de BECCARIA “De los delitos y de las penas”, máxima representación del pensamiento de la Ilustración en el campo penal. Con anterioridad existían estudios que tenían por objeto el Derecho penal. Pero la naturaleza del Derecho penal anterior a este momento histórico, la radical diferencia entre el Derecho de antes y el de después de la Ilustración, hace que las obras que con anterioridad trataron temas penales carezcan de interés directo para la comprensión de la actual Ciencia del Derecho penal.

Cesare Bonesana, marqués de BECCARIA, publicó de forma anónima en 1764 “*Dei delitti e delle pene*”. El contenido de esta obra no surge ex novo sino que viene precedida de una coyuntura histórica y cultural que favorecía la aparición de estudios de este tipo. La vigencia de una legislación penal, que hundía sus raíces en el medioevo, y que respondía a una concepción teocrática de poder, y la propia crisis política del siglo XVIII, que había ocasionado un notable endurecimiento de la justicia penal, entraban en contradicción con las ideas filosóficas imperantes, que defendían un modelo de sociedad que tomaba al individuo y su libertad como punto de partida. Esta situación propiciaba la adopción de posiciones críticas frente al ordenamiento punitivo, que quedan claramente reflejadas en el libro del marqués de BECCARIA. Por tanto, “*De los delitos y de las penas*” es un libro crítico, que sería hoy incluido dentro del apartado de la Política criminal, ya que en él se recogen sistemáticamente todas las objeciones que el pensamiento ilustrado formulaba a la legislación penal del Antiguo Régimen. No se trata tampoco de una obra aislada, sino que en este marco histórico-político también MONTESQUIEU, MARAT y en especial VOLTAIRE en su “*Defensa de los oprimidos*”, pusieron serios reparos al Derecho penal de la época. BECCARIA parte de los presupuestos filosóficos imperantes, es decir, del contrato social como origen de la constitu-



ción de la sociedad, instrumento mediante el cual los individuos hacen dejación de mínimos de libertad en manos del Estado y de su poder punitivo para que éste se encargue de la conservación de los restantes derechos y libertades. El desarrollo lógico de estos principios y su comparación con el Derecho penal del Antiguo Régimen le conduce a la formulación de una ardiente crítica que reposa sobre dos pilares: la interdicción de la arbitrariedad frente a la que proclama el principio de legalidad de los delitos y de las penas y, frente a la tradicional vinculación delito-pecado y la previsión de penas extremadas, el principio de humanidad de las mismas. De estos principios extrae una lista de reformas concretas a desarrollar que constituyen la base del Derecho penal liberal: humanización general de las penas, abolición de la tortura, igualdad ante la ley, proporcionalidad entre el delito y la pena.

La obra de BECCARIA reflejaba las exigencias jurídico-penales de su tiempo, lo que explica el éxito del libro y la inmediata trascendencia legislativa de su contenido que hizo que en poco tiempo más de 80 de sus propuestas llegaran a ser convertidas en ley. La plasmación de las líneas generales de la obra de BECCARIA se produce a lo largo de todo el siglo XIX en la legislación penal de corte liberal, de la mano de los penalistas que más tarde quedaron integrados bajo la denominación de “Escuela clásica”.

1.2.2. La Ciencia del Derecho Penal bajo el pensamiento liberal. La “Escuela clásica”

El protagonismo de la Ciencia del Derecho penal va a ser inicialmente desarrollado por la Ciencia del Derecho penal italiana. La llamada Escuela clásica elabora una Ciencia del Derecho penal acorde con las exigencias del liberalismo de esta primera época. El protagonismo italiano en este primer momento, así como las características de sus propias construcciones, estaba favorecido por la propia situación política y legislativa italiana. La inexistencia de una legislación única en toda Italia hasta finales del XIX, el carácter no liberal de las existentes y la falta de unidad política, exigían a la doctrina, que respondía a las directrices del pensamiento liberal, mantenerse alejada del Derecho positivo y preparar construcciones que pudieran servir de base a un futuro Código Penal. Resultado de su actividad es el Código italiano de 1889, que JIMÉNEZ DE ASÚA calificó como “la obra más perfecta de la escuela clásica, el fruto del brillante desenvolvimiento alcanzado en el siglo pasado por la ciencia penal italiana”.

Si por “escuela” se entiende la dirección de pensamiento que tiene una determinada orientación, trabaja con un método peculiar, y responde a unos determinados presupuestos filosóficos penales, tendremos dificultades para aplicar tal denominación a la que tradicionalmente se denomina “Escuela clásica”, al ser ésta una denominación adoptada a posteriori, con un sentido despectivo, por el positivista Enrique FERRI. En ella pretendía englobar a todos los autores que, con anterioridad a la aparición del positivismo criminológico, se habían ocupado de problemas jurídico-penales. Esta postura olvidaba que antes del positivismo habían sido ya varias las direcciones doctrinales

que, defendiendo incluso posiciones opuestas, se habían ocupado del delito. Todo ello relativiza en gran manera el englobar dentro de la denominación “Escuela clásica” a todos los penalistas que realizan su obra entre la Ilustración y la aparición del positivismo.

La línea ideológica de la Escuela clásica arranca del pensamiento de BECCARIA, continuado en Italia por FILANGIERI con su “Ciencia de la legislación” y por ROMAGNOSI, autor de la “Génesis del Derecho penal” en cuya obra aparecen gérmenes de alguna de las ideas que más tarde desarrollará el positivismo criminológico, la teoría psicológica de los “spinta” y “contraspinta”. Estos dos autores pueden considerarse como antecesores de la “Escuela clásica” que aparece esencialmente vinculada a CARMIGNANI, ROSSI y CARRARA, siendo el “Programma” de este último la obra cumbre de la Escuela. Fuera de Italia es obligada la referencia a FEUERBACH y a BENTHAM, como representantes del pensamiento penal que se desarrolla bajo el primer Estado liberal. FEUERBACH, autor del Código bávaro de 1813, realiza aportaciones decisivas en la formulación del principio de legalidad y en la fundamentación de la prevención general. Por su parte, BENTHAM abundó en las consecuencias de una concepción utilitaria de la pena y lleva a cabo importantes estudios en el ámbito penitenciario.

Aunque por lo antes dicho, con excepción de su ubicación temporal, es difícil formular una lista completa de rasgos comunes a esta escuela, pueden señalarse los siguientes:

- a) El método empleado por los autores clásicos fue un método racionalista, abstracto y deductivo. Los integrantes de esta Escuela parten de una serie de principios generales preexistentes en los que fundamentan en último término sus construcciones. Su creencia en la existencia de un Derecho natural hace que sus elaboraciones no estén realizadas en función de un ordenamiento concreto y que busquen por tanto la formulación de criterios válidos para todo tiempo y lugar. Así, CARRARA consideraba que el delito es la infracción de la ley del Estado, pero ésta a su vez ha de adaptarse a la ley natural.

Obsérvese que con ello se abandonaba la tesis ilustrada del contrato social como base de la sociedad, idea fundamental en la obra de BECCARIA y FILANGIERI. Es claro que el objeto de análisis no es el derecho positivo, sino un derecho ideal que debe ser elaborado con ayuda de la razón y del cual las leyes estatales han de extraer un contenido.

- b) De este planteamiento puede deducirse su vinculación al liberalismo político y a los dos pilares del mismo, la legalidad como medio para defender los derechos fundamentales y la humanización en la sanción penal. De su vinculación al principio de legalidad se deriva la configuración del delito exclusivamente como ente jurídico. Afirma CARRARA que “el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico”. Por su parte, la propugnada humanización de las penas se deriva de la revalorización



del hombre frente al poder del Estado, postulado fundamental del pensamiento liberal. Finalmente, el principio de igualdad era consagrado formalmente a través de la admisión de la igualdad de todos los hombres en función de que todos ellos eran igualmente libres. El hombre es responsable penalmente en cuanto lo es moralmente, y lo es moralmente por gozar del libre albedrío. Esta afirmación de la libertad de la persona es elevada por la doctrina clásica a la más alta categoría constituyendo la base de todo su sistema, base de barro que pondrá en crisis el pensamiento social.

- c) La relativa unanimidad existente en los planteamientos señalados desaparecía en la finalidad de la pena. En ella existían dos direcciones claramente determinadas: de una parte, ROSSI mantenía posturas esencialmente retributivas, propugnando que el fin esencial del Derecho penal es “el restablecimiento del orden social perturbado por el delito”. Frente a ello, CARMIGNANI estimaba que el castigo del delito tiene por fin evitar que se perturbe la seguridad de la convivencia humana, con lo que aspira un fin claramente preventivo. Ambas finalidades se adecuaban a las exigencias del Estado liberal preindustrial.

En su conjunto, las aportaciones de esta Escuela están en la base de los primeros Códigos Penales europeos del siglo XIX, con lo que los rasgos positivos de esta legislación son también aportación de la “Escuela clásica”. Así se trata de normas que reflejan una humanización general del sistema punitivo frente a las normas precedentes y la cristalización de una serie de garantías firmes frente al poder del Estado.

Junto a estos aspectos positivos, el método lógico abstracto empleado y su excesiva vinculación iusnaturalista lleva a los autores de esta Escuela a importantes errores, como el alejamiento de la realidad, que les conduce a no proponer soluciones válidas frente al crecimiento de la delincuencia, o el total desconocimiento de la desigualdad material.

Ambas no son sino consecuencias de objeciones que pueden ser formuladas al modelo de Estado liberal no intervencionista al que la Escuela obedece, pues su planteamiento iusnaturalista les lleva a alejarse de la dimensión social, lo que queda patente en su olvido del delincuente, que únicamente constituía un elemento más en la consideración del delito como ente jurídico.

Tal olvido provocaba la falta de soluciones frente a un aumento progresivo de las cifras de reincidencia que será precisamente lo que preocupe a los pensadores posteriores. Por otro lado, con reconocer que todos los hombres eran igualmente libres, no se estaba, al igual que a nivel político, considerando materialmente iguales a todos los individuos, pues con ello se desconocía la totalidad de sus circunstancias de tipo personal y social. Esta situación es paliada tardía y muy parcialmente con la admisión legislativa de las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Junto a los dos defectos señalados, la “Escuela clásica” olvida el mundo penitenciario, no afrontaba la situación de los menores delincuentes, etc.

1.3. El positivismo en la ciencia del Derecho Penal.

La concurrencia en la segunda mitad del siglo pasado de un nuevo concepto de Ciencia, unido a la variación del carácter del Estado, producen un profundo cambio de orientación en los estudios del Derecho. El gran desarrollo alcanzado en el XIX por las ciencias de la naturaleza provoca un ambiente científico entendiéndose por tal, como expone LATORRE “la actitud mental que veía en las ciencias el camino para resolver los problemas humanos y sociales del mundo, de la fe en que la ciencia es no sólo un método de conocimiento y de dominio de la naturaleza y del hombre, sino también un saber de salvación que redimirá a la humanidad de sus miserias y la conducirá a la felicidad”. Tal dirección de pensamiento, progresivamente acrecentada por el desarrollo de la filosofía positivista, lleva a reservar el carácter de Ciencia a las ciencias de la naturaleza y a las matemáticas, pues sólo en ellas concurren los rasgos de exactitud y de posibilidad de percepción por los sentidos, sólo ellas progresan, y sólo ellas utilizan el método empírico, característico del concepto positivista de ciencia. Por el contrario, la ciencia jurídica difícilmente podía superar tales requisitos. En 1847, en el Berlín revolucionario, el fiscal von KIRSCHMANN niega en una sonada conferencia el carácter científico a los estudios jurídicos.

Las razones son conocidas: falta de objeto estable - en cuanto las leyes cambian de acuerdo con la voluntad del legislador -, ausencia de progreso y su falta de aptitud para contribuir al desarrollo del progreso general de la humanidad. De ahí su descalificadora frase de que dos palabras del legislador bastan para convertir en papel de viejo bibliotecas jurídicas enteras.

Junto a este nuevo concepto de Ciencia, el Estado liberal, al que respondían las concepciones científicas y metodológicas anteriores, atraviesa una profunda crisis. La revolución industrial, la aparición del proletariado como elemento de lucha política y las revoluciones de 1848 reclamaban, con carácter general, la adopción por los poderes públicos de políticas intervencionistas. En el ámbito propio del Derecho penal el aumento de la tasa de criminalidad hacía aún más acuciante la adopción de una acción positiva del Estado en la lucha contra la criminalidad. Todo este conjunto de factores repercuten en el campo de la Ciencia del derecho, que, en primer lugar, va a pretender adoptar el método de las ciencias de la naturaleza, el único que recibe el marchamo de “científico”.

Aunque sobre esta unidad metodológica, las líneas generales que la Ciencia del Derecho había desarrollado en los distintos países junto a las distintas opciones políticas, determinaron la presencia en la misma de diversas direcciones. Con carácter general en el ámbito penal las dos grandes corrientes fueron el positivismo criminológico, desarrollado sobre todo en Italia, y el positivismo jurídico, inicialmente aparecido en Alemania. La diferencia esencial entre ambas reside en el objeto de análisis: el positivismo criminológico estudió al delito y al delincuente como realidades naturales, mientras que el positivismo jurídico centra su análisis sobre las normas jurídicas.



1.3.1. El Positivismismo criminológico

La irrupción en el panorama jurídico de la “Escuela positiva” está indisolublemente unida a la obra de LOMBROSO, y la culminación y desarrollo de sus consecuencias a FERRI y GAROFALO. César LOMBROSO era médico de prisiones, con una formación en el método experimental obtenida en la Universidad de Viena, y sus trabajos constituyen el punto de arranque de esta Escuela al hacerlos públicos periódicamente en revistas a partir de 1871 y con posterioridad en 1876 en su conocido libro “L'uomo delinquente”. Por su parte, Enrico FERRI, defiende muy joven una tesis doctoral de gran resonancia acerca de “La teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío” con lo que cuestionaba la base de la responsabilidad penal.

En su amplia obra hay que destacar, por su repercusión posterior, la “Sociología criminal”. Finalmente, GAROFALO, que gozaba de una más completa formación jurídica y a la vez de ideas más moderadas, fue autor de “La Criminología”, e hizo accesibles a los cuerpos legales buena parte de las construcciones positivas, al dotarles de una fundamentación y consistencia jurídica de la que carecía la obra de los otros dos autores.

La característica fundamental de esta Escuela reside en la utilización del método experimental, del “método científico”. Del empleo de este método emanan las restantes características.

La utilización del método inductivo-experimental está justificado, según el propio FERRI, por la idea de que todas las Ciencias tienen una misma razón de ser y un idéntico objeto: el estudio de la naturaleza y el descubrimiento de sus leyes para beneficio de la humanidad. La adopción de este punto de partida les lleva a una variación sustancial en el objeto, y éste no será ya el delito como ente jurídico, sino como acción humana, buscando la determinación de las causas naturales o sociales que lo han originado y para valorarlo como expresión de la personalidad del delincuente.

Tal estudio lleva a los positivistas a rechazar los puntos básicos sobre los que descansaba la Escuela clásica. En primer lugar, negaron el libre albedrío. Las investigaciones empíricas de LOMBROSO, que le conducen a la admisión de la existencia de un delincuente nato, y el alegato de FERRI en su tesis doctoral, exigían buscar otra fundamentación a la reacción penal. Ésta no podrá seguir siendo la responsabilidad moral, sino que “los actos del hombre pueden ser imputados, y es, por tanto, responsable de ellos porque vive en sociedad”. Con ello, no se niega el derecho a penar, sino que se busca otro fundamento. Este concepto básico precisaba para ser aplicable al derecho positivo de un complemento que le concretizara y sirviera de criterio rector a la hora de determinar la cantidad de sanción a imponer en cada caso. Su construcción se inicia con la “temibilita” de GAROFALO, que designa “la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que hay que tener por parte del mismo delincuente”.

El intento de superar el Estado liberal no intervencionista y de afrontar su probada ineficacia frente a las cuotas de criminalidad es patente en todas las construcciones de esta Escuela. Estas bases ideológicas de un Estado intervencionista se reflejan en su concepción de la lucha contra la criminalidad. El análisis de los factores determinantes del comportamiento delictivo hace que la conciben de forma mucho más global, como misión del Estado que no se limita a la aplicación del ordenamiento jurídico penal cuando ha sido quebrantado, sino que ha de actuar en unos casos sobre el mismo delincuente, en otros sobre los factores exógenos a él que le llevan al delito para, de este modo, poder lograr una reducción de las cifras de criminalidad.

La orientación general hacia el futuro, en tanto que todo su sistema está estructurado sobre la base del autor del hecho delictivo y no sobre la base del acto mismo, provoca el abandono de toda postura retribucionista relativa la sanción penal. Se llega, incluso, a evitar la utilización del término penal, por sus reminiscencias retribucionistas, y se busca la adecuación de la sanción penal a las condiciones particulares de cada delincuente, de tal modo que posibilite la superación de su "temibilita". La existencia de delincuentes incorregibles llevará a la introducción del criterio de inocuidad a través de la pena capital o de las largas privaciones de libertad.

El Positivismo criminológico, por cuanto estudia las causas del delito, constituye el origen de la actividad científica que hoy denominamos Criminología. Respecto al derecho positivo, su aportación más importante ha consistido en establecer las bases para el movimiento de reforma europeo.

Más que por sus soluciones a problemas concretos, su aportación más relevante consiste en subrayar la necesidad de concebir la lucha contra el delito en el marco de la política general del Estado y en dar un contenido a la reacción penal distinto al puramente represivo. Por el contrario, debe valorarse negativamente el olvido en sus propuestas de las garantías individuales, y el haber prescindido del estudio del derecho positivo. Políticamente la vía que abre el Positivismo criminológico es peligrosa en cuanto que su idea organicista de la sociedad, valorando sólo al hombre en cuanto miembro de ella, coincide con la base de los posteriores planteamientos totalitarios.

1.3.2. El Positivismo jurídico normativista

A. El Positivismo jurídico penal

La recepción del Positivismo por parte de la ciencia alemana del Derecho penal tuvo efectos distintos a los producidos en Italia. También se efectúa un cambio de método, pero el objeto de interpretación será el derecho positivo, pues, como recuerda SCHMIDT: "el camino hacia el positivismo había sido iniciado mediante la aguda fundamentación por parte de Feuerbach de todo el pensamiento jurídico sobre la ley".



Esta vinculación a la ley tiene que ponerse en relación con la vigencia del principio de legalidad como principio básico de toda construcción liberal. Por otra parte, la propia situación legislativa alemana favorecía aún más esta tendencia al promulgarse en 1871 el primer Código Penal alemán, válido para la totalidad de los estados alemanes.

La vinculación a la ley también aparecía favorecida por la aportación de la Escuela Histórica, en la que se hundían las raíces del logicismo que domina la argumentación sistemática positivista. La confluencia de todas estas razones es la causa que determina la aparición del positivismo jurídico penal, caracterizado por la consideración del Derecho positivo como la realidad a examinar y a la que debe dirigirse el método de investigación.

Dentro de este marco, la vinculación cultural y política de los respectivos autores al modelo de Estado liberal no intervencionista, o por el contrario, a las exigencias del Estado social intervencionista, determina la existencia de dos corrientes con profundas divergencias entre sí, que quedan plasmadas en la finalidad de la pena y en el ámbito que se asigna a la Ciencia del Derecho penal.

B. El Positivismo jurídico normativista.

Para los representantes de esta dirección, cuya principal figura es BINDING, el exclusivo objeto de análisis del jurista lo constituye el derecho positivo. En él existen principios generales, pero no como algo a priori, sino deducidos de los textos positivos. Por ello, es principio no cuestionable la exclusión de toda valoración metajurídica. Cualquier problema que no quede dentro del derecho positivo carece de interés para el penalista. Esta vinculación a la ley no debe ser entendida como una vinculación a la voluntad del legislador. BINDING defiende una vinculación al contenido de la ley en la interpretación, a lo que atribuye una propia lógica interna e independiente.

El carácter estrictamente liberal de sus construcciones queda patente en su teoría de la pena. BINDING aboga por una concepción exclusivamente retribucionista de la pena, como compensación de la violación del orden jurídico y estima que una postura que incorporara finalidades preventivas supondría incluir valoraciones metajurídicas. Esa defensa de las teorías absolutas de la pena se corresponde con la teoría de la pena del Estado de Derecho más clásico, configurada por KANT y HEGEL, que circunscribe la intervención estatal a la restauración del orden jurídico perturbado. En el planteamiento de BINDING aparece ya la actitud mental típica del positivismo de “aislamiento de un sector de la realidad, para estudiarlo al margen de los otros aspectos de la misma realidad en que se encuentra inmerso”.

C. El Positivismo jurídico sociológico.

La segunda tendencia del Positivismo jurídico está representada fundamentalmente por Von LISZT, que es cabeza de la Escuela sociológica, también denominada



Nueva Escuela o dirección moderna. El Positivismo representado por esta tendencia adopta como punto de partida las exigencias del nuevo modelo de Estado, el Estado social de Derecho, lo que la lleva no sólo a una diferente orientación en cuanto a la finalidad asignada a la pena, sino también a una distinta concepción de la propia Ciencia del Derecho penal. La figura de Franz Von LISZT ocupa toda una época del Derecho penal y muchas de sus construcciones son en gran medida válidas hoy en día. Von LISZT es autor del famoso "Programa de Marburgo", con el que se abre una era en el campo de la Ciencia penal; además, desarrolló a lo largo de su vida una intensa actividad científica tanto en el ámbito nacional como internacional. En 1880 publicó la primera edición de su Tratado, fue fundador con Van HAMEL y PRIS de la Unión Internacional de Derecho penal, impulsor de las reformas penales de principio de siglo, asimismo fundó en 1881 la más importante publicación periódica de Derecho penal, la *Zstw* y, finalmente, desarrolló una importante función docente en su seminario de la Universidad de Berlín, por el que pasó toda una generación de penalistas europeos.

Independientemente de las variaciones que sus construcciones experimentaron a lo largo del tiempo, su obra, y en general su concepción de la Ciencia del Derecho penal, está presidida por un dualismo, reflejo del dualismo del Estado al que respondía. Entiende que la actividad científica en el Derecho penal ha de abarcar dos ámbitos, por un lado, el estudio del delito y la pena en la realidad, por otro, el estudio sistemático de los preceptos penales; todo ello comprendido dentro del término por él acuñado de "gesamte Strafrechtswissenschaft", cuya traducción española no resulta agraciada: ciencia penal totalizadora o integrada.

La dualidad de objetos le conduce necesariamente a un dualismo metodológico: método empírico, para el examen del delito y de la pena como hechos que se producen en la realidad, y método jurídico, para el estudio del Derecho positivo. En esta construcción concibe a la Política Criminal como actividad científica que propone soluciones en la lucha contra el delito. Dentro del método jurídico la construcción de von LISZT se caracteriza por el rechazo a acudir a la filosofía para el estudio científico del Derecho positivo, estudio que se ha de efectuar mediante la lógica formal y por la utilización de la realidad empírica metajurídica dentro de la construcción dogmática.

Junto a esta amplitud de la ciencia del Derecho Penal, su construcción, asentada sobre la ideología de un Estado intervencionista, propugna el rechazo de la sanción penal meramente retributiva, defendiendo una pena orientada hacia la prevención especial, estructurada sobre un triple contenido: corrección de los delincuentes susceptibles y necesitados de mejora, abstención en el caso de delincuentes no necesitados de mejora e inocuización de los delincuentes no susceptibles de mejora o incorregibles.

D. Ciencia del Derecho Penal y Positivismo

La aportación del positivismo jurídico a la Ciencia del Derecho Penal es decisiva, en especial en cuanto supone el punto de arranque de lo que hoy



denominamos Dogmática jurídica. La aplicación del método experimental al estudio de la ley lleva a afirmar la existencia de unos contenidos comunes en todos los delitos: los elementos del delito. Estos elementos poseen un contenido claramente diferenciado y guardan entre sí una relación lógica. La apreciación por el juez de la concurrencia de todos ellos determinará la afirmación de la responsabilidad penal. Esta construcción creada por el positivismo jurídico ha sido el marco de discusión de la Ciencia del Derecho penal hasta nuestros días y su evolución ha supuesto el desarrollo de la Dogmática jurídica hasta unos niveles no conocidos en otras ramas del ordenamiento jurídico.

E. La "Escuela correccionalista"

El español SANZ DEL RÍO defendió las ideas correccionalistas de RÖDER, discípulo del filósofo alemán KRAUSE, un alemán cuyo pensamiento humanista resultaba excéntrico en el radicalismo germánico de KANT y HEGEL, pero que encontró en España y en Iberoamérica un terreno abonado por lo mejor del humanismo cristiano. En el ámbito penal su idea central es la consideración del delito como una determinación defectuosa de la voluntad contraria al Derecho, que revela una enfermedad psíquico-moral que necesita una corrección que elimine la voluntad injusta. La pena, por tanto, va dirigida a la corrección de aquél que ha delinquido. Este planteamiento tuvo amplia difusión en la España de la segunda mitad del siglo XIX, pero habitualmente incorporando a sus construcciones elementos que provienen de otras concepciones del Derecho penal. En esta corriente de pensamiento hay que situar la obra de ARAMBURU, SILVELA, CONCEPCIÓN ARENAL y, especialmente, DORADO MONTERO.

Don Pedro DORADO MONTERO, catedrático de la Universidad de Salamanca y figura clave junto con UNAMUNO para explicar su resurgimiento, propugna en su obra posiciones correccionalistas a las que llega desde planteamientos inicialmente vinculados al positivismo criminológico. Es obligada la referencia a su "Derecho protector de los criminales" en el marco de un concepto revolucionario de la idea de Estado, superadora de lo regresivo por lo tuitivo y que propugna una idea de la pena como un bien para quien la recibe. Esta utopía es una de las más originales y brillantes aportaciones realizadas por un penalista español a la reflexión sobre Derecho de castigar.

1.4. La crisis del positivismo jurídico.

Ya desde finales del XIX comienzan a desarrollarse movimientos doctrinales encaminados a la superación del Positivismo jurídico y en esta línea hay que situar entre otras a la Escuela del Derecho libre, a la jurisprudencia de intereses, a las diversas tendencias de neokantismo y a la teoría fenomenológica del derecho. Dentro de estas corrientes las dos citadas en último lugar, el neokantismo y la teoría fenomenológica del Derecho, son las que tienen más trascendencia sobre la Ciencia del Derecho penal, en gran medida por ser sus impulsores, a la vez, estudiosos del Derecho punitivo.

1.4.1. El neokantismo

Dentro de las dos grandes direcciones de este movimiento: la escuela de Marburgo y la Sudoccidental alemana, es ésta la que juega un papel decisivo en la evolución de la Ciencia penal. Su origen hay que situarlo en la conferencia pronunciada en Estrasburgo, en 1894, por WINDEBAND, bajo el título “Historia y Ciencia de la naturaleza”. Su desarrollo teórico, con carácter general, gira en torno a la obra de RICKERT y su influencia en el campo penal tiene lugar, en particular, a través de las aportaciones de LASK, RADBRUCH y SAUER. La objeción básica que desde esta Escuela se formula al Positivismo es la insuficiencia de su concepto de Ciencia. Como recuerda LARENZ: “Es preciso plantear la cuestión de sí, en efecto, se puede aprehender la totalidad de la realidad de la que se tiene noticia con los métodos de la ciencia natural exacta”. Si la respuesta a esta cuestión fuera negativa, se habría probado con ello la justificación y la necesidad de otra clase de ciencias, a saber las “ciencias del espíritu”, y de otra clase de métodos distintos de los científicos naturales.

La respuesta dada por los autores encuadrados en esta dirección fue, efectivamente, negativa, pues las ciencias naturales sólo permiten un conocimiento parcial, aquello igual que se repite, pero no posibilitan la determinación de aquellos rasgos que identifican o hacen relevante a un objeto en su individualidad. Para poder realizar este tipo de conocimientos es necesario referir los datos de la realidad a los valores de una comunidad. Esta referencia de hechos de la realidad a los valores se realiza a través de las ciencias de la cultura, entre las que se encuentra el Derecho. Es importante subrayar el carácter subjetivista de la construcción neokantiana; la realidad es la misma que en el enfoque positivista, pero es tomada en consideración desde los valores de quien la interpreta. Tales reflexiones llevan a efectuar una división tajante: de un lado, las ciencias naturales que consideran su objeto como libre de valores y de sentido y, de otro, las ciencias culturales, que refieren su objeto a los valores y tienen por tanto, sentido.

Esta distinción terminante provoca una división metodológica entre ciencias del ser, las ciencias naturales, y ciencias del deber ser, las ciencias de la cultura. La consideración de la Ciencia del Derecho como ciencia del deber ser ha estado en la base de los estudios jurídico-penales hasta nuestros días y ha producido efectos de distinto signo. De una parte ha servido de base para un gran desarrollo de la Dogmática jurídico-penal, en particular de los estudios de la teoría del delito, al delimitar con claridad qué era lo que en su opinión debía constituir el objeto de análisis que pertenecía a la Ciencia del Derecho Penal, frente al que debía ser analizado por las ciencias de la naturaleza, en este caso por la Criminología.

Junto a este efecto positivo está el negativo de favorecer el vivir de espaldas a la realidad, de prescindir de los resultados de las ciencias empíricas; en suma, la objeción a la separación de ambas ramas del conocimiento es precisamente el no establecer vías de comunicación y coordinación entre ámbitos. El finalismo opone por tanto al subjetivismo neokantiano, en el que los resultados dependían de las valoraciones del sujeto, el objetivismo de la naturaleza de las cosas de las estructuras lógico-objetivas.



El traslado del neokantismo al estudio del Derecho Penal produce únicamente una revisión de los resultados a los que se había llegado mediante el positivismo jurídico, lo que viene a confirmar, como señalara WELZEL, el carácter complementario de ambas teorías, que se explica si se considera la identidad del punto de partida, ya que el concepto de lo que es realidad es el mismo en ambos casos: el derecho positivo. En este sentido la aportación del neokantismo consiste en la aplicación a ese objeto de las estructuras del pensamiento del intérprete.

Dentro de esta corriente hay que destacar entre otras muchas las obras de FRANK, RADBRUCH, MAYER, ENGISCH y, sobre todo, MEZGER. En España la influencia de esta corriente ha sido muy importante. En su desarrollo son claves las aportaciones de JIMÉNEZ DE ASÚA, con su Discurso de apertura del curso 1931-1932, que abre el interés por la Dogmática, la traducción y notas de RODRÍGUEZ MUÑOZ al "Tratado de Derecho penal" de MEZGER y el "Derecho Penal, Parte General" de ANTÓN ONECA. Estas obras son claves para poder comprender la evolución y contenido de la actual Dogmática Penal española y latinoamericana. Ahora bien, el estudio integral del Derecho Penal siguió ocupando a buena parte de la Ciencia del Derecho Penal hispana, que junto a estudios dogmáticos realizó importantes trabajos político-criminales que garantizan su conexión con la realidad. La obra de JIMÉNEZ DE ASÚA y de ANTÓN ONECA exterioriza claramente esta dualidad.

Marcadas sus vidas y su obra por el drama de la guerra civil, uno en el forzado exilio de Hispanoamérica y el otro en el exilio interior de su cátedra de Salamanca, tras haber sido expropiado de la de Madrid y de su condición de Magistrado del Tribunal Supremo, profundizaron en el contenido que debía tener un Derecho Penal que se adecuara a las exigencias del trágicamente perdido Estado de Derecho.

1.4.2. El finalismo

Surge esta teoría en el marco de los planteamientos fenomenológicos de los años veinte, influida, como reconoce su más destacado representante, WELZEL, por las nuevas direcciones de la psicología del pensamiento y de la teoría sociológica de WEBER. El punto de partida de sus construcciones es distinto del adoptado por las anteriores corrientes de pensamiento. Para los finalistas los resultados de las ciencias culturales no dependen exclusivamente de las valoraciones que el científico introduzca en su consideración del objeto, sino que el objeto que se quiere analizar condiciona los resultados del razonamiento científico. Todo ello provoca un giro básico en el enfoque científico pues, como afirma WELZEL, "el método no determina el objeto de conocimiento, sino que, al contrario, el método, de forma esencialmente necesaria, tiene que regirse por el objeto como pieza ontológica del ser que se trata de investigar".

El finalismo sigue admitiendo la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, claramente diferenciadas en función de la parte del ser que una y

otra esperan llegar a conocer. Las ciencias naturales pretenden el conocimiento de la realidad causal, la Ciencia del derecho estudia la realidad de las acciones humanas en su finalidad. En este sentido no aspiran a una Ciencia penal integradora o total sino que dan por buena la división neokantiana. WELZEL traslada este planteamiento de la filosofía del Derecho al ámbito penal con su “Studien zum System des Strafrechts”, publicado en 1939. Sobre este punto de partida la realidad debe condicionar las construcciones del intérprete. En concreto, la naturaleza final de las acciones del hombre y su libertad no pueden ser desconocidas a la hora de determinar el contenido de los elementos de la teoría del delito, WELZEL y sus seguidores, entre los que se encuentran autores como MAURACH, KAUFMANN y HIRSCH, elaboran un sistema en la teoría del delito que se aparta del propugnado por el positivismo y neokantismo, en el contenido de los distintos elementos y en sus consecuencias prácticas.

El enfrentamiento entre la sistemática neokantiana y la finalista ha ocupado preferentemente la atención de la doctrina durante un largo periodo de tiempo. El estado de la Ciencia del Derecho Penal en la actualidad está en gran medida condicionado por las consecuencias positivas y negativas de esta auténtica lucha de escuelas que monopoliza durante décadas el debate doctrinal. La consecuencia negativa más importante ha sido, en la totalidad de las corrientes doctrinales incluíbles en el positivismo a pesar del intento inicial del finalismo, el caer en la actitud de aislamiento de la realidad.

Por el contrario, en el aspecto positivo la Dogmática jurídico penal ha adquirido un nivel de desarrollo superior al de otras ramas del ordenamiento jurídico, lo que resulta muy conveniente pues se trata en definitiva de limitar mediante criterios seguros la intervención del Estado sobre los derechos fundamentales de la persona y proporcionar así la máxima seguridad jurídica. Dejando de lado sus especificidades, el piso común que distingue a las cuatro es el debate acerca del “ser” -lo ontológico- y del “deber ser” - lo normativo- como punto de partida de la especulación teórica del Derecho.

El causalismo y el finalismo comparten lo primero mientras que el neokantismo y el funcionalismo lo último. Posterior a la lectura del presente capítulo podrá comprenderse de mejor manera la diferencia de matices que aportan las mismas en el entendimiento de los diferentes niveles de la Teoría Jurídica del Delito.



CAPÍTULO DOS

EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO.

SUMARIO: I.- Introducción. 2.1. Consideraciones generales. 2.2. La necesidad de un conocimiento sistemático. 2.3. Aspectos generales en la evolución del concepto de delito. 2.3.1. Conceptos básicos del sistema penal. 2.3.2. Fases de elaboración del sistema del Derecho Penal. 2.3.3. Especial mención de la Teoría normativo-funcional. 2.4. El tipo de injusto: evolución del concepto. 2.4.1. El naturalismo (El positivismo legal). 2.4.2. La sistemática del Derecho Penal bajo el influjo del neokantismo. 2.4.3. El finalismo. 2.5. La culpabilidad: evolución del concepto.

I. INTRODUCCION

En el presente capítulo los puntos básicos que fija el autor son dos: 1º. La tarea de construcción de un sistema dogmático del derecho positivo vigente -en particular, del Derecho Penal Salvadoreño- ha de basarse en un irrestricto desarrollo de las normas constitucionales, trascendiendo de esa manera del mero formalismo interpretativo a una tarea continuadora de la protección de los derechos fundamentales. Esto resulta de importancia por la gravedad e intensidad de las consecuencias jurídicas que caracterizan a este sector del ordenamiento jurídico. Ello significa una toma de postura y un análisis crítico del estudioso hacia los desbordes del poder cuando es utilizado de modo excesivo o desproporcionado para solucionar un conflicto social. 2º En la labor de los diversos operadores del sistema de justicia penal, es necesario un conocimiento ordenado de las normas penales para su correcta comprensión.

La dogmática jurídico-penal es la disciplina que lo proporciona. Ella se ha definido como la ciencia que se encarga de interpretar, sistematizar y criticar a las normas penales, establecer entre las mismas grados de orden y coherencia intrasistemática en orden a una aplicación clara, segura y racional de la ley. Su mayor elaboración teórica es la "teoría jurídica del delito", que define a éste como un comportamiento típico, antijurídico y culpable. La definición en la actualidad es aceptada de forma mayoritaria por la doctrina y la jurisprudencia, pero existen diferencias en el entendimiento de cada una de las características mencionadas.

2.1. Consideraciones generales.

Desde los ataques de von KIRSCHMANN contra el carácter científico de la "Jurisprudencia" se ha intentado probar el carácter científico del Derecho "fijando como criterios de estricta científicidad la metodología y la sistemática e indicando que ambos están presentes en la jurisprudencia moderna" (ENGISCH).

De esta manera se procura construir un sistema de conocimientos y juicios de validez objetiva, que merezca la calificación de científico. La teoría del delito es una forma de sistematizar el Derecho Penal. Pero hay que tener presente, como inevitable punto de partida, que existe una “equivalencia de construcciones dogmáticas” (ENGISCH). En otras palabras, que pueden justificarse diferentes localizaciones sistemáticas. Lo fundamental sigue siendo el respeto a los principios y garantías resultantes de la forma de Estado constitucionalmente consagrada.

Al intérprete se le exige que critique los preceptos jurídicos que atenten contra estos principios, y que realice su tarea orientada por ellos. Respetando este punto de partida, la opción sistemática queda en un segundo plano pues todas las teorías resuelven, con mayores o menores diferencias, problemas que se les presentan y suelen dar, en definitiva, soluciones similares. La teoría general del delito despliega su eficacia en un nivel de abstracción medio entre la ley y el caso, proyectando la ley sobre la realidad, poniéndola en contacto con el caso y regulando esta comunicación (HASSEMER).

Una concepción de la teoría del delito que guarde relación con los imperativos constitucionales, ha de intentar superar una caracterización puramente formal de la infracción criminal. Ello no supone, obviamente, que la determinación del contenido del Derecho Penal haya de realizarse al margen del ordenamiento positivo, sino que, partiendo de él, ha de trascender el nivel de análisis formal, pues, como recuerda BRICOLA, la teoría del delito debe tener como objeto exclusivo el derecho positivo, pero no como un dato definitivo, sino como algo que puede ser cambiado y a cuya modificación estructural debe cooperar el jurista sin que con ello exceda los límites de su competencia. Un mínimo de racionalidad en la utilización del Derecho Penal trae como consecuencia la afirmación de que, según hemos visto, si las acciones penales se caracterizan por su contenido afflictivo, su utilización debe reservarse para las conductas que produzcan una grave perturbación de la vida social.

El rasgo que diferencia las acciones que son consideradas delictivas de los comportamientos antijurídicos objeto de otras ramas del ordenamiento jurídico radica, por tanto, en su gravedad. Gravedad que reposa en un doble juicio de valor que recae sobre la importancia del bien jurídico (valoración positiva) y sobre la gravedad del ataque (valoración negativa) y que, sistemáticamente, tendrá reflejo en el contenido del tipo del injusto.

El resultado de este doble juicio de valor ha de ponerse en relación con los medios de que dispone el Estado para asegurar el funcionamiento y desarrollo del sistema social (GARCIA RIVAS). Desde otra perspectiva, debe tenerse presente que los citados juicios de desvalor son un producto histórico, en el que convergen una serie de factores determinantes de los criterios de selección de los intereses tutelados y del grado de intensidad de la tutela (BUSTOS).



Así, las peculiaridades del modelo estatal, que responden a la influencia de factores culturales, de estructura económica, nivel de desarrollo, etc. determinan la historicidad del concepto de delito. Historicidad que, a su vez, se apoya en el distinto contenido de los modelos sociales y afecta a la totalidad del sistema penal, aunque se manifiesta más acusadamente en ámbitos muy específicos como pueden ser los delitos políticos, los sexuales o los económicos. Entre estos factores, juegan también un papel relevante los componentes irracionales que subyacen en cada sociedad.

Ello introduce un componente de irracionalidad en la selección de las conductas que deben ser evitadas, pero debe tenerse en cuenta que los factores de irracionalidad disminuyen en proporción directa al grado de formación cultural de la sociedad.

Desde luego, estos factores deben desaparecer tendencialmente si se aspira a un mínimo de coherencia que haga reservar la intervención penal sólo para asegurar los bienes jurídicos estimados imprescindibles. Ahora bien, el estudio del Derecho Penal desde la perspectiva de su consideración como instrumento de control social no puede ignorar los datos que aporta el examen del contenido de los procesos de selección social, tanto en los denominados procesos de criminalización primaria, es decir, la selección de los comportamientos criminales, como de los de criminalización secundaria, es decir, el control ejercido por las distintas instancias que tienen a su cargo la aplicación de la norma penal, fundamentalmente jueces y policías (TERRADILLOS).

Las conclusiones críticas que en muchos casos se derivan de este examen han de tenerse en cuenta al plantearse el estudio de los caracteres generales del delito y sus consecuencias jurídicas.

2.2. La necesidad de un conocimiento sistemático.

La teoría del delito es la disciplina que se ocupa de la sistematización, interpretación, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal (ROXIN). Se trata de un conocimiento inseparablemente vinculado a la idea de sistema; es decir, a una ordenación lógica de los conocimientos propuestos. El que la teoría del delito pueda proporcionar seguridad y racionalidad depende en gran medida del nivel de desarrollo que haya sido alcanzado en el estudio del sistema.

En la dogmática jurídico-penal y en la teoría del delito en particular el contenido de los enunciados usados son de tres tipos: términos jurídicos definidos legalmente, términos técnicos dotados de un contenido sumamente abstracto - como el de "injusto" e "imputación" -, y conceptos procedentes del lenguaje común a los que se atribuyen determinados efectos jurídicos. Una de las tareas más difíciles en la construcción sistemática de la ciencia penal la constituye, precisamente, exigir que estas nociones se encuentren libres de contradicciones internas, que sean entre sí independientes y comprensivas. Precisar semántica y sintácticamente su contenido es un ejercicio que permite alcanzar una mayor claridad sobre los supuestos jurídicos (SERRANO-PIEDECASAS).

En otros términos, la Teoría del delito no se conforma con exponer conjuntamente y tratar sucesivamente y tratar sucesivamente sus proposiciones doctrinales, sino que intenta estructurar la totalidad de los conocimientos que la componen en un “todo ordenado” y de ese modo hacer visible simultáneamente la conexión de las categorías concretas.

No obstante, como advierte SCHÜNEMANN, no se puede caer en la tentación de orientar la sistematización de la ciencia penal según un modelo axiomático “cerrado”, en el que la totalidad del conocimiento científico se retrotrae a un número limitado de fórmulas fundamentales de las que pueden derivarse todos los demás enunciados. Muy al contrario, dada la enorme complejidad de la sociedad humana, que hasta ahora ni siquiera ha sido posible ser evaluada empíricamente, se propone un sistema de análisis “abierto”. Un modelo, que, en suma, no obstaculice el desarrollo social y jurídico, sino que lo favorezca o, al menos, se adapte a él y no prejuzgue las cuestiones jurídicas aún no resueltas. Por esta razón, la indeterminación del lenguaje ordinario, que usualmente se ha considerado como un inconveniente a la hora de interpretar determinados elementos normativos del tipo, debe verse como una posibilidad de apertura del sistema a nuevas valoraciones sociales.

En definitiva, el razonamiento sistemático es una tarea irrenunciable para una cultura jurídica que pretenda estar libre de contradicciones internas. Sin embargo, la apertura del sistema nos lleva, por otra parte, a no sobrevalorar los logros obtenidos, de modo que la aparición de nuevos problemas deberán provocar una saludable revisión y puesta a prueba de la sistematización alcanzada.

2.3. Aspectos generales en la evolución del concepto del delito.

2.3.1. Conceptos básicos del sistema penal.

En la moderna Teoría del delito existe un acuerdo en lo relativo a la denominación de sus elementos substanciales. En efecto, un penalista de los años treinta y otro de los noventa no dudarían en definir el delito como “conducta típica, antijurídica y culpable, además de la eventual integración de otros componentes de la punibilidad” (BERDUGO y OTROS). Podríamos incluso apuntar una sucinta idea de cada uno de esos elementos sin que tampoco existieran grandes discrepancias. Así, la exigencia de una conducta humana evidencia un determinado comportamiento dominado o al menos dominable por la voluntad. De esta suerte, no son acciones en sentido jurídico-penal los efectos producidos por las fuerzas de la naturaleza, los animales o las personas jurídicas; asimismo, los meros pensamientos, las actitudes internas o, en definitiva, cualquier acto que escape al control de la voluntad.

En segundo lugar, el principio de legalidad se proyecta sobre la Teoría del delito exigiendo la tipicidad de esa conducta, es decir, que esté prevista en la Ley. Por eso, no es posible derivar acciones punibles de principios jurídicos generales sin un tipo fijado,



como ocurre en algunas consecuencias jurídicas civiles. La exigencia de la antijuridicidad se deriva de que a veces la conducta se realiza bajo condiciones que la justifican.

Esas condiciones, denominadas “causas de justificación”, proceden de todo el ordenamiento jurídico. Por último, la acción típica y antijurídica ha de ser culpable, es decir, ha de poderse hacer responsable de ella al autor. Para ello constituye un presupuesto ineludible determinar la imputabilidad o capacidad de responsabilidad del mismo y la ausencia de causas de exculpación, como las que suponen, por ejemplo, la presencia de un error invencible de prohibición o el estado de necesidad exculpante, precisamente, exigir que estas nociones se encuentren libres de contradicciones internas, que sean entre sí independientes y comprensivas. Precisar semántica y sintácticamente su contenido es un ejercicio que permite alcanzar una mayor claridad sobre los supuestos jurídicos (SERRANO-PIEDRECASAS).

En otros términos, la Teoría del delito no se conforma con exponer conjuntamente y tratar sucesivamente sus proposiciones doctrinales, sino que intenta estructurar la totalidad de los conocimientos que la componen en un “todo ordenado” y de ese modo hacer visible simultáneamente la conexión de las categorías concretas.

Las categorías básicas hasta aquí descritas han sido paulatinamente elaboradas por la doctrina a lo largo de décadas de discusión científica. Así el concepto de acción aparece por primera vez en el manual de A.F. BERNER (1857) como fundamento de la teoría del delito. La exigencia de un reconocimiento de la antijuridicidad material independiente del concepto de culpabilidad es formulado por von JHERING en su escrito “Das Schuldmoment im römischen Privatrecht” (1867).

El concepto de tipo se debe a E. BELING (1906) en su monografía “Die Lehre vom Verbrechen”. Para el desarrollo de la teoría de la culpabilidad tuvo especial importancia los aportes de R. FRANK recogidos en su “Über den Aufbau des Schuldbegriffs” (1907). Por último, la evolución del sistema en su totalidad ha contado en la primera mitad de este siglo con impulsos tan decisivos como los de Franz von LISZT y Ernest BELING, Max MAYER y Edmund MEZGER, así como los de Hans WELZEL, el fundador de la teoría final de la acción. En la actualidad, se impone una noción funcional de la teoría del delito siendo su máximo representante Claus ROXIN.

2.3.2. Fases de elaboración del sistema del Derecho Penal.

El objeto y en especial el contenido de la Teoría del delito no han sido siempre los mismos. En efecto, dejando de lado las primeras manifestaciones de la dogmática propias de la Ilustración, nos encontramos con tres grandes corrientes metodológicas: la formalista o positivista, en la que encuentra asiento el causalismo, la neokantiana y la finalista producto, ésta última, de una concepción fenomenológica. El método neokantiano modifica el enfoque puramente jurídico-formal propio del positivismo jurídico causalista, introduciendo consideraciones axiológicas que llegarán a su pleno

desarrollo con el funcionalismo moderado de ROXIN. A su vez, las corrientes de pensamiento formal causalista y la finalista construyen su dogmática sin salirse del terreno ontológico.

El ordenamiento jurídico en general y el Derecho Penal en particular no pueden ser entendidos al margen de un determinado sistema social. Como afirma BERDUGO, las conductas esperadas en una determinada sociedad son fruto de las relaciones de poder que se dan en la misma. Por tanto, se puede asegurar que el contenido del tipo de injusto atribuido por las distintas corrientes del pensamiento dogmático reflejan la elección de un determinado modelo político.

Así, el positivismo formal está en estrecha conexión con la idea de Estado de Derecho en donde el juego del principio de legalidad proporciona seguridad al vincular al Juez a conceptos sistemáticos sencillos y comparables. Más tarde, el finalismo abandona los excesos de abstracción característicos de las etapas precedentes erigiendo el ser real de la acción humana en concepto central de la Teoría del delito (JESCHECK).

Con ello se refuerza el contenido del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho penal. Por último, la constante valoración político criminal del quehacer dogmático, propia del último tercio de este siglo, posibilita una rigurosa adecuación de la norma penal al contenido material de la Constitución. El formalismo responde a una concepción dogmática propia del positivismo jurídico, siendo sus representantes más conocidos ROCCO, BINDING y VON LISZT. Para todos ellos el objeto de análisis y sistematización de la Teoría del delito no es otro que el Derecho positivo.

Se pretende abordar todos los problemas del Derecho Penal con la sola ayuda de los conceptos jurídicos, excluyendo de la dogmática cualquier valoración social o filosófica. La dogmática aparece así como un producto en exceso formal que no recoge la infinidad de matices característicos del comportamiento humano. El sistema construido de este modo gana en claridad y simpleza a costa de impedir la necesaria adaptación jurídica a la evolución social.

Esta falta de conexión entre la dogmática y la política criminal, la famosa “barrera infranqueable” de von LISZT, se construye en base a un método sumamente abstracto. El mismo consiste en inducir directamente del contenido del texto legal aquellos principios que permitirán establecer no sólo el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto, sino también facilitar la solución de las dudas interpretativas o la necesaria tarea de colmar las lagunas legales existentes (VIVES ANTON). El finalismo, elaborado en la década de los treinta por WELZEL, implica una superación del pensamiento logicista y abstracto propio de la época precedente. El objeto de estudio de la dogmática finalista ya no se ocupa de lo contingente como es el Derecho positivo o atiende a valoraciones de contenido sociológico, sino que centra su exclusiva atención en lo que permanece (SILVA SANCHEZ).

El contenido de esta permanencia lo forma las llamadas “estructuras lógico-objetivas” que son previas a toda regulación jurídica, y aparecen como una propiedad



del ser que posee en sí los contenidos de sentido. Ello quiere decir, que las mismas mantienen con cualquier tipo de regulación social o jurídica una relación de necesidad. En otros términos, la “naturaleza de la cosa”, vincula objetivamente las libres posibilidades de regulación del legislador. Desde una perspectiva filosófica, el finalismo adopta un punto de vista epistemológico radicalmente distinto al seguido por el neokantismo.

En efecto, éstos parten de la imposibilidad de separación de objeto y sujeto de conocimiento. KANT distingue entre la materia, que se conoce por datos sensibles, a posteriori y la forma que es una función del entendimiento. Las formas mentales, el espacio, el tiempo, son conceptos a priori. Por eso, la realidad (la acción, la causalidad, etc) sólo es aprehendida, racionalmente ordenada, en el marco del propio proceso de conocimiento.

WELZEL, en cambio, considera que las categorías que “ordenan” la materia no son las formas de conocimiento: la realidad ya tiene incorporada en sí el contenido de sentido. Por eso, es posible diferenciar el objeto del sujeto que conoce. WELZEL asegura que el método fenomenológico es precisamente el que permite al individuo descubrir las estructuras permanentes del ser. HUSSERL sostenía que la “intuición esencial” posibilita la aprehensión directa de la esencia de la cosa: en la medida, que la “finalidad” es una característica inmanente del hacer humano admite su visión inmediata.

Lamentablemente este método de verificación, al no ser controlable desde un punto de vista racional, no es fiable ya que queda relegado al ámbito de las proposiciones indecidibles. Por esta razón, GALLAS y la mayoría de los finalistas actuales renuncian sin más a la fundamentación ontológica del sistema conformando una corriente de opinión de signo ecléctico que se conoce hoy con el nombre de “post-finalismo”.

2.3.3. Especial mención de la Teoría normativo-funcional ⁽¹⁾.

Esta teoría se incardina en una concepción del Derecho Penal cuyo fin primordial “esta orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad” (JAKOBS) Desde esta perspectiva, la misión de la dogmática penal reside en desarrollar (sistematizar) las proposiciones necesarias para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado (lesión) mediante un acto con significado (pena). El significado del

¹ Se corresponde con una concepción monista normativa del injusto cuyo máximo representante es Günther JAKOBS. Existe una recopilación en castellano de los escritos mas significativos de este autor en: “Estudios de Derecho Penal”, 1997, traducción a cargo de Peñaranda Ramos, Suarez González y Cancio Meliá, precedida por una extensa introducción; también en castellano el manual: “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”, traducción de la 29 edic. alemana de 1991, traducción a cargo de Cuello Contreras y Serrano González Murillo; asimismo “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”, 1996, traducción a cargo de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez. Pertenecen entre otros a esta misma corriente doctrinal: FREUND, “Erfolgssdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe” 1992; VEHLING, “Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch” 1991; FRISCH, “Tatbestandsmäßiges Verhalten und zurechnung des Erfolgs” 1988.

acto (lesión) no está conformado por ningún componente descriptivo, esto es referido a la realidad, sino por una concepción del injusto articulado desde una perspectiva social (SERRANO-PIEDECASAS).

Con ello, la tarea que se exige al dogmático consiste en la normativización de todas las categorías jurídico-penales depurándolas de cualquier componente ontológico, lo que implica una profunda quiebra metodológica respecto de las posiciones dogmáticas tradicionales. Al causalismo se le objeta la ausencia de una perspectiva social en sus elaboraciones dogmáticas; al finalismo operar, tanto en aquella versión en la que la acción ya no es “expresión de sentido” (sino un mero proceso psico-físico), cuanto en aquella otra que sostiene, que el único criterio determinante viene constituido por las condiciones psíquicas del cumplimiento de la norma.

Este proceso de “reforestación” normativa, cuyos antecedentes habría que buscarlos en la Teoría pura del Derecho de KELSEN, en los trabajos sobre la validez normativa de MAX WEBER y en la teoría de los sistemas de LUHMANN, propicia una concepción atemporal y tecnocrática del quehacer dogmático. Valga decir, que al igual que las dogmáticas ontológicas, esta monista-normativista conduce a un idéntico callejón sin salida. Si el causalismo y el finalismo se debatían en una lucha estéril por construir conceptos penales a partir de meras propiedades del ser; el monismo-normativo encuentra serias dificultades de comprender la realidad, precisamente lo descriptivo, desde la abstracción del deber ser.

En otros términos, al erradicar de los conceptos penales todo significado natural del lenguaje cotidiano, la concepción monista-normativa se ve obligada a extraer ese contenido conceptual de las funciones del sistema social considerado en abstracto (SCHÜNEMANN). De esta forma, su concepción del Derecho Penal es compatible con los intereses de cualquier política criminal y la asunción de cualquier reforma o modernización de este Derecho. Además, queda circunscrito a la elaboración de conceptos formalizados faltos de concreción y por lo tanto alejados de la realidad; considérense, por ejemplo, los conceptos de “injusto”, de “rol” o de “garante” propuestos por JAKOBS: en ellos todo cabe. Por último, ese sistema cerrado conduce a una inevitable argumentación tautológica o circular que exige, a la postre, ser rellenada de puras decisiones.

Como se dijo, esta concepción se sitúa en la misma línea normativo-positivista de KELSEN al expulsar de la ciencia penal toda consideración valorativa. Éste, por requerimientos provenientes de las leyes del pensamiento y JAKOBS, por entender que las cuestiones de legitimación no pueden ser resueltas en el plano interno del Derecho Penal. A la postre, ambos entienden el Derecho en un contexto positivo, al declarar por razones diversas como acientífico o ajeno cualquier principio suprapositivo. Por ejemplo, la idea del Derecho como un sentido material a priori de todo Derecho (SERRANO-PIEDECASAS).



2.4. El tipo del injusto: evolución del concepto.

2.4.1. El naturalismo (El positivismo legal)

El enorme auge de las ciencias de la naturaleza cooperó a que el positivismo acentuara su contenido científico (empírico) o naturalístico. El sistema LISZT-BELING desarrolla así un concepto de la acción dominado por un causalismo mecanicista. De esta forma, el delito requiere de la presencia de una acción consistente en la producción de un resultado que constituya una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos. No obstante, este concepto de acción incluye un momento voluntativo, entendido como mera voluntad de causar. Basta comprobar que ha tenido lugar una intervención causante de un resultado para afirmar la presencia de una acción humana. Es fácil deducir de esta noción que la "acción causal" no se preocupa de la dirección de la voluntad, de su finalidad y, por tanto, carece de elementos valorativos. El tipo se entiende como descripción puramente externa de la acción, como un acontecer que está descrito de forma no valorativa en la Ley. Ahora bien, los elementos objetivos del tipo no sólo describen los objetos del mundo exterior, sino todo aquello que se encuentra situado fuera de la esfera psíquica del autor. Por esta razón el dolo y la culpa entendidas como expresiones de la relación psíquica entre el autor y su hecho se examinan en la culpabilidad. Pero no sólo el fundamento ontológico otorgado por el causalismo a la acción afecta a la culpabilidad, sino también a la propia antijuridicidad.

En efecto, dado que la presencia de la tipicidad no supone aún ningún juicio de desvalor jurídico sobre el hecho se sigue que aquella no implica la antijuridicidad de la acción. La relación entre ésta y la tipicidad se agota en ser la segunda un mero indicio de la primera. Asimismo, la antijuridicidad de la acción se reduce a comprobar que no concurren objetivamente alguna de las causas de justificación formalmente descritas en la Ley cuando el sujeto realizó la acción típica. Con ello, no se concede relevancia a las circunstancias o elementos subjetivos de justificación.

Este concepto causalista del delito, seguido aún por la jurisprudencia de no pocos países arrastra serios inconvenientes. Como es sabido, el concepto naturalístico de la acción determina un simétrico concepto de la omisión entendida como: un forma que expresa la contención voluntaria de los nervios motores. Esta noción pone en entredicho el fundamento de la punibilidad de las omisiones impropias.

En efecto, por exigencias político-criminales el delito de comisión por omisión es asimilado a un delito de resultado, pero la omisión entendida como comportamiento pasivo excluye toda posibilidad de establecer una relación de causalidad entre el resultado y la ausencia de acción. Este problema se habría resuelto si por omisión se entendiera el hacer algo distinto a la prestación deseable obligada por una norma preceptiva (MIR).

La tipicidad entendida como mera descripción objetiva del acontecer no puede explicar ni los elementos subjetivos del tipo, como el “ánimo de lucro” exigido en los delitos contra la propiedad, ni los elementos normativos del tipo, ya que tales elementos exigen de una valoración social o jurídica.

2.4.2. La sistemática del Derecho Penal bajo el influjo del neokantismo.

Mediante el influjo del neokantismo se recuperó para la dogmática y la sistemática penal la dimensión de la decisión específicamente jurídica, esto es, aquella que tiene lugar según criterios de valor. En el sistema de BELING y von LISZT la antijuridicidad era, en sus orígenes, una categoría meramente formal a la que sólo confería sentido la soberana decisión del legislador. Pues bien, en este punto se produce una profunda revolución al distinguirse de ella la “antijuridicidad material”.

En efecto, al definirse el hecho materialmente antijurídico como “comportamiento socialmente dañoso” y desarrollarse como causas de exclusión de la antijuridicidad fórmulas tales como el “principio de más provecho que daño”, pudo ponerse en práctica, por primera vez, una solución sistemática de supuestos insolubles o inadvertidos por el legislador en el ámbito de esta categoría del delito.

En el ámbito del tipo, la influencia de esta corriente condujo a la superación de un pensamiento fuertemente atado a consideraciones jurisprudenciales mediante la introducción de una elaboración teleológica de los conceptos. Elaboración que nada tiene que ver ni con la positivista “realidad neutra” perceptible por los sentidos, ni con los contenidos de significado provenientes del lenguaje común, sino con conceptos obtenidos en el marco de un proceso referido a valores. Así, se selecciona como valor supremo en el ámbito de la tipicidad la categoría del bien jurídico que conduce a una interpretación del tipo a partir del bien jurídico allí protegido.

No obstante, a pesar de que el pensamiento neokantiano supuso respecto del “naturalismo” un profundo trastoque sistemático y metodológico, sus consecuencias en cuanto a la ordenación de las categorías dogmáticas fueron en extremo limitadas. En efecto, la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, así como el grupo de las condiciones objetivas de punibilidad y las causas personales de exclusión de la pena, se mantuvieron como elementos básicos del sistema.

En especial, el dolo y la imprudencia continuaron incluyéndose en el plano de la culpabilidad como elementos o formas de la misma. Asimismo, quedaron sin respuesta cuestiones tan importantes como la de cuál es el papel que juega el valor de referencia característico del nivel sistemático de la tipicidad. Por eso, el descubrimiento de los “elementos normativos del tipo” careció de consecuencias para el concepto de delito. Para obtener los frutos derivados de este importante cambio de perspectiva, de lo ontológico a lo axiológico, habría que esperar a la unificación del sistema del Derecho Penal y la Política criminal propiciada por ROXIN e introducida en España por MUÑOZ CONDE.



2.4.3. El finalismo.

El finalismo colocó el concepto final de acción en la base misma de la estructura del delito. Al igual que en el causalismo se adopta un punto de vista ontológico para su definición, con la diferencia que el primer sistema sitúa la noción de la acción en un plano natural, mientras que en el finalismo se hace sobre la estructura lógico-objetiva del actuar humano caracterizado por la capacidad de conducir su actividad con arreglo a un determinado plan. En definitiva, el sistema de pensamiento finalista se basa en el reconocimiento de la capacidad de libertad de actuación del ser humano.

La acción es final y no puramente causal. Mientras que el acontecer causales no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso, actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin. “Por eso la finalidad es vidente, la causalidad ciega” (WELZEL).

Las consecuencias que conlleva este nuevo enfoque proporciona el fundamento para una profunda reforma del contenido de la Teoría del delito. La existencia de una acción típica y antijurídica implica para el finalismo una desvalor social que se plasma en el concepto del injusto personal, cuya característica básica es un juicio de desvalor personal de la acción y no el desvalor del resultado (causación de resultados) como se pretendía con el causalismo. Las condiciones que se exigen para deducir este desvalor de la acción son la concurrencia de dolo o imprudencia en la acción del sujeto.

Así pues, las acciones dolosa e imprudentes constituyen distintos injustos típicos. Obsérvese, que ahora no sólo lo valorativo (estimación de la finalidad) traspasa todo el delito, sino también lo subjetivo. Por ello la acción final confiere la base subjetiva del injusto. De esta tesis se deriva la consecuencia de que el dolo, al igual que los demás elementos subjetivos, pertenecen al tipo. Entendiendo el dolo como pura realización de la voluntad de realizar un hecho típico se sienta una firme base de distinción con el denominado *dolus malus* causalista. En efecto, el dolo natural de los finalistas, mera dirección de la acción hacia el hecho típico, no toma en consideración si el sujeto conocía o no la ilicitud de su comportamiento. En otras palabras, el “conocimiento de la antijuridicidad”, el posible “error de prohibición”, se separa del “error de tipo” y su examen queda para ser realizado en la culpabilidad.

El tipo penal, conjunto de elementos objetivos y subjetivos, es la descripción de la materia penalmente prohibida dotada de significado social. Mientras que la antijuridicidad es la contradicción de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Por tanto, de ello se deduce, que no hay antijuridicidad sin tipicidad previa, aunque excepcionalmente puede haber tipicidad sin antijuridicidad: esto ocurre cuando concurre una causa de justificación. Así pues, para los finalistas la tipicidad es indicio de que la conducta es antijurídica (GOMEZ BENITEZ). Es de especial importancia destacar la noción que atribuye el finalismo al injusto personal cuya especificidad se aplica sobre todo a los

delitos de resultado. En el plano descriptivo (objetivo) la acción y el resultado de la misma están situados en un mismo nivel causal que nada indican acerca de su desvalor jurídico-penal.

Sin embargo, en el plano valorativo del injusto lo que determina el juicio negativo es precisamente su contenido doloso o imprudente. El desvalor del resultado “no es pues, un elemento independiente o autónomo en el plano del injusto, sino dependiente del desvalor de la acción, del que forma parte”. No obstante, a pesar de las substanciales mejoras introducidas en la Teoría del delito por el finalismo existen algunos aspectos de la misma controvertidos. Quizás, uno de ellos sea la noción que esta teoría tiene de la omisión.

En efecto, WELZEL considera que la omisión no significa un no hacer nada, sino un no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona. Pues bien, descrito así el concepto de omisión surge el problema de buscar un criterio que permita seleccionar de entre las innumerables posibles acciones no realizadas aquellas que guarden cierta relación con la acción esperada. Pues, a falta del mencionado criterio, el sujeto “omite” siempre que no lleve a cabo cualquier acción que, con “poder del hecho posible o final potencial” mediante, no realiza.

Es evidente que el criterio que permitirá esa selección penalmente relevante es externa al ámbito de las estructuras lógico-objetivas (del ser) y se sitúa en el ámbito del deber ser (la norma) (SERRANO-PIEDRECASAS). La omisión no es un concepto ontológico, sino normativo. Otro aspecto de no menor importancia reside en el hecho de que la metodología finalista parte de una vinculación absoluta del legislador a las estructuras lógico-objetivas previas al momento normativo. El legislador sólo puede mandar acciones finales. Con ello se cae en una falacia jusnaturalista consistente en una pseudoinferencia del ser al deber ser (SERRANO-PIEDRECASAS). El legislador es libre de tomar como base una u otra forma de la materia ya prefigurada. La naturaleza de la cosa (la finalidad de la acción propia del ser humano) no impone una solución concreta en el ámbito jurídico, sino que sólo se limita a fijar un marco.

2.5. La culpabilidad: evolución del concepto.

Para concluir este breve examen de los sistemas tradicionales resulta obligado hacer mención de los puntos de vista que cada una de esas escuelas mantienen sobre la culpabilidad. El concepto causal naturalista del delito implica una concepción psicológicas de la culpabilidad: como relación psicológica entre el hecho y su autor. Como se dijo el “causalismo” divide a la Teoría del delito en dos partes, una externa o descriptiva que se identifica con el objeto de la antijuridicidad y otra interna o valorativa atribuida a la culpabilidad. Ésta se presenta como el conjunto de todos los elementos subjetivos del hecho y al igual que el injusto se define a partir de la causalidad material, la culpabilidad se concibe como una relación causal de naturaleza psíquica (causalidad psíquica).



Por otra parte, la culpa consciente se define en función de la previsibilidad del resultado típico, cuando lo único que importa comprobar es la infracción del deber objetivo de cuidado. La imprudencia, al igual que la omisión, son categorías dogmáticas normativas y no ontológicas. Por último, existen causas de exculpación en las que subsiste el dolo, por ejemplo, el miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante y, no obstante, falta la culpabilidad pese a concurrir el nexo psicológico entre el autor y el resultado.

La culpabilidad experimentó con el neokantismo una nueva interpretación, al sustituir la noción psicológica de la misma por otra normativa. Por todas las carencias anteriormente apuntadas se acoge la propuesta de FRANK de hacer residir en la “reprochabilidad” la esencia de la culpabilidad. De esta manera se establece en una única sede sistemática el análisis de figuras tan dispares como la inimputabilidad, el dolo, la imprudencia y las causas de exclusión de la culpabilidad; estas últimas, hasta entonces, entendidas erróneamente como causas de justificación o de exclusión de la pena.

En el seno de esta corriente de pensamiento claramente antipositivista se desarrolló la concepción de una causa de exclusión asentada sobre la “inexigibilidad de otra conducta”, planteándose además la cuestión, hasta entonces ignorada, de la relevancia del “error de prohibición”.

Para el finalismo en cambio, el contenido de la culpabilidad reside en un juicio de reproche por la realización de un hecho antijurídico. Se trata de un reproche personal porque pudo actuar de otra manera. Los elementos de la reprochabilidad son por una parte, la imputabilidad y por otra la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad. A su vez, la imputabilidad es la genuina definición del “poder actuar de otra manera” y no el presupuesto de la culpabilidad como sostenían los causalistas. La posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad de una conducta exculpa al autor ya que no pudo actuar de otra manera y por lo tanto, escribe WELZEL “no pudo motivarse conforme a la norma”. Sin duda, la inclusión del error de prohibición (inevitable) como causa de exculpación supone uno de los mayores aportes del finalismo desde la perspectiva de la humanización del Derecho Penal.

No resulta, sin embargo, totalmente pacífica la tesis sobre la culpabilidad mantenida por el finalismo. El planteamiento tradicional basado en la idea de libertad de voluntad como fundamento de la culpabilidad resulta discutible. En efecto, esta capacidad de actuar de forma distinta a como se hizo es algo en lo que se puede creer, pero que no se puede demostrar. Aunque el hombre poseyera tal capacidad no se puede comprobar que hizo uso de ella, ya que, aunque se repitiera exactamente la misma situación en la que actuó, habría siempre otros elementos, datos o circunstancias que la harían distinta. Como dice MUÑOZ CONDE, el contenido de la culpabilidad no queda determinado por la existencia de una relación psíquica o por la indemostrable presencia de una categoría ahistórica, su contenido es social y no individual.



En el mismo sentido, BUSTOS concreta esta idea al afirmar que la “culpabilidad - debe entenderse- como expresión de la capacidad del individuo de ser actor social”. El límite máximo de lo punible en un Derecho democrático, que intenta responder a las necesidades del hombre normal y de la colectividad es lo exigible a dicho hombre normal ⁽²⁾. Esta es una de las razones que fundamenta la necesidad de expulgar de nuestros Códigos penales todo vestigio de *versari in re illicita*.

(2). MIR, “Derecho Penal...”, op.cit.pág.589



CAPÍTULO TRES

EL COMPORTAMIENTO HUMANO PENALMENTE RELEVANTE.

SUMARIO: I.- Introducción. 3.1. El significado político de la categoría “comportamiento”. 3.2. Teorías negadoras del elemento “acción”. 3.3. Teorías relativizadoras del concepto “acción”. 3.4. Propuesta.

I. INTRODUCCIÓN.

El comportamiento humano penalmente relevante es un hecho, una acción. Por ello la presente categoría dogmática es la base de la construcción de la teoría del delito donde la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad no son más que sus predicados. Esta es la idea básica del presente capítulo, que empieza advirtiendo la importancia de la categoría no sólo desde un plano dogmático, sino político: la acción como conducta humana exterior con relevancia penal se desarrolla en el marco del principio de materialidad, basado en el utilitarismo jurídico y la separación axiológica entre Derecho y moral.

La propuesta de entendimiento del concepto de acción busca de alguna manera excluir aquellos hechos humanos carentes de importancia para el Derecho Penal, esto es los estados de inconsciencia, fuerza física irresistible y actos reflejos, pero permite englobar a los movimientos automatizados y de corto circuito. Un último punto que el autor aborda es el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, algo que el Derecho Penal Salvadoreño no admite. Luego de la lectura del presente capítulo, el lector podrá argumentar sobre la importancia de la categoría comportamiento como base estructural del sistema de delito y entenderla como un elemento previo a la valoración del Derecho: como una manifestación de la personalidad humana.

3.1. El significado político de la categoría “comportamiento”.

Según se deduce del artículo 18 del CP, la responsabilidad penal trae causa de la realización de un hecho punible. El delito, lato sensu, es, ante todo, un hecho (TREJO y otros). El elemento acción traduce en el plano dogmático el principio político de materialidad, plasmado en el axioma nulla iniuria sine actione, que supone que el presupuesto de la pena no puede consistir en actitudes, talentos o estados de ánimo, sino que debe concretarse en acciones externas, es decir, empíricamente observables y, en consecuencia, describibles por la ley penal.

Como ha estudiado FERRAJOLI, los fundamentos del principio de materialidad, que se enmarcan en la elaboración teórica y política iluminista (BENTHAM, HOBBS,

PUFENDORF, THOMASIJUS), son el utilitarismo jurídico y la separación axiológica entre Derecho y moral. El principio de utilidad obliga a constatar que sólo las acciones externas, y no lo que permanece en el dominio interno, pueden ser perjudiciales. La utilidad de la represión exige una proyección externa del comportamiento, un resultado lesivo o peligroso que se conecta causalmente con aquél.

Comportamiento, resultado y relación de causalidad constituirán así los integrantes esenciales del "elemento objetivo" del delito en la incipiente dogmática del siglo XVIII. También el principio de separación entre Derecho y moral refuerza los fundamentos de la exigencia de materialidad en la acción criminal. Como límite a la intervención penal del Estado, este principio marca el nacimiento de la moderna figura del ciudadano, como sujeto susceptible de vínculos en su actuar visible, pero inmune, en su ser, a límites y controles; y equivale, por lo mismo, a la tutela de su libertad interior como presupuesto de su vida moral.

Ahí encuentran fundamento el respeto a la persona humana, en cuanto tal, al abrigo de prácticas inquisitorias dirigidas a violentarla o, lo que es peor, a transformarla; la tolerancia para con el distinto, al que se reconoce su dignidad personal; y la igualdad de los ciudadanos, diferenciables sólo por sus actos no por sus ideas, por sus opiniones o por su específica diversidad personal (FERRAJOLI).

3. 2. Teorías negadoras del elemento "acción".

El principio de materialidad de la acción o, su equivalente, el Derecho Penal de hecho, se yergue así en núcleo del garantismo penal, como presupuesto que da valor político y consistencia lógica y jurídica a las demás garantías penales. Quizá por ello es el principio inicialmente negado por propuestas teóricas autoritarias que conducen a resultados altamente insatisfactorios.

De un lado, la relevancia de la acción queda devaluada en las doctrina positivistas del delincuente natural y de la defensa social, que valorizan la figura subjetiva de la peligrosidad, anclándola, más que en la acción, en la naturaleza psico-fisiológica del sujeto y considerando la desviación como patología asocial a la que hacer frente con medidas correccionales y/o de prevención. Esta es la orientación inspiradora, en el XIX, de toda la legislación de policía contra sujetos y clases peligrosas.

Una orientación análoga, aunque responda a premisas ideológicas totalmente distintas, es la que inspira al modelo del inicial Derecho Penal soviético, basado igualmente en la devaluación determinista de la acción, en la preeminencia otorgada en exclusiva a la peligrosidad social del desviado y en la función correctora y curativa de la pena, concebida como instrumento de defensa social. Por otra parte, la Alemania nacional-socialista fue testigo de un complejo proceso teórico de subjetivización progresiva del concepto de acción, que queda definitivamente diluido en la doctrina nazi del tipo de autor elaborada por la escuela de Kiel. La acción pasa a ser mero síntoma



de la personalidad delincuente -caracterizado como traidor-, dentro de un contexto de subjetivización integral del Derecho Penal, de modo que el sistema punitivo se convierta en simple instrumento de represión de la subjetividad infiel.

3.3. Teorías relativizadoras del concepto "acción".

Si esos ataques históricos al principio de materialidad, que suponen que el elemento "acción" queda diluido, parecen superados, surgen hoy ciertas propuestas que, como el normativismo o el funcionalismo, manifiestan una notable subestimación de aquel principio. En primer lugar, desde perspectivas normativistas, se afirma en la moderna dogmática que la acción es un puro problema normativo concerniente al tipo de injusto (OTTO).

No se niega la facticidad del delito, pero sí que deba ser considerada como preexistente al momento tipificador. En la base de esta propuesta subyace la convicción de que el concepto de acción tiene como función la de excluir lo que, ab initio, no puede ser válido para posteriores valoraciones penales como prohibido o permitido. Pero como trazar la frontera entre lo prohibido y lo permitido es la tarea decisiva del tipo, éste predetermina el concepto de acción, con lo que parece coherente que la doctrina de la acción se diluya en la doctrina de la realización del tipo (FIGUEIREDO). En el mismo sentido, se niega a la acción el carácter de eje de la estructura del delito, entendiendo que ésta atenderá prioritariamente al juicio normativo en cuya virtud un hecho de la vida social pasa a ser considerado delictivo por las leyes (COBO-VIVES). Lo que viene determinado por dos diferentes juicios, el de antijuridicidad -que decide si el hecho es o no contrario a Derecho de modo penalmente relevante- y el de culpabilidad -en el que se determina si el hecho típico es reprochable a su autor.

El riguroso normativismo de que se parte impone ordenar los componentes materiales del hecho no según su configuración natural, sino según su relevancia para cada uno de los citados juicios. Ha de tenerse presente, sin embargo, que los elementos del delito no son creación artificiosa del legislador. Sin necesidad de reivindicar la vigencia de las estructuras lógico-objetivas de WELZEL, no puede desconocerse que el sistema penal se dirige a disciplinar comportamientos y que, en consecuencia, (sólo) los comportamientos han de constituir la base de la teoría del delito. Lo que no se admite desde las posturas normativistas, que argumentan que un concepto de acción, tan lleno de contenido que pudiera servir de sustrato material a la tipicidad y de objeto a los juicios de antijuridicidad y culpabilidad, no puede aunar categorías como el actuar doloso y el imprudente, el activo y el omisivo, al menos sin anticipar momentos propios de otros elementos del delito (COBO- VIVES).

Si para evitar estas consecuencias se maneja un concepto de acción puramente abstracto, ésta no podría desempeñar un papel sistemático autónomo, quedando reducida a forma vacía, a rellenar con los datos típicos. Si, en consecuencia, la acción sólo puede operar a través de las particulares acciones típicas, su función se reducirá a

circunscribir negativamente el ámbito de lo penalmente relevante, tal como, por otro parte, hacen los demás elementos típicos. Parece, sin embargo, que, una vez aceptado que un concepto de acción común a los delitos dolosos y culposos, activos y omisivos, debe reducirse a elementos mínimos, eso no quiere decir que la tarea de construirlo sea imposible.

Las modalidades específicas que introducen los diferentes tipos concurren sobre un sustrato común. Si la teoría del delito tiene como objeto los rasgos y elementos comunes a todas las figuras delictivas, si todos los delitos son susceptibles de una teoría común, con conceptos comunes, queda en entredicho la pretensión doctrinal de negar la posibilidad de un sustrato fáctico común también a todas ellas. Si no se quiere correr el peligro de que el tipo de injusto se convierta en un *totum revolutum* -el análisis de cuyos elementos constituye la historia de la dogmática penal- hemos de diseccionar, que no otra cosa es analizar, lo que integra ese tipo de injusto y descubrir que el juicio de antijuridicidad recae sobre comportamientos.

En segundo lugar, propone una profunda revisión del concepto de acción la dogmática funcionalista de JAKOBS, para la que el significado del acto no lo conforman componentes descriptivos, referidos a la realidad, sino el injusto articulado desde una perspectiva social. JAKOBS es sumamente claro al respecto, al definir la acción como expresión de un sentido, que ha de considerarse no tanto en la propia configuración de la realidad, sino como ruptura del orden vigente.

Quien, sin razón alguna para hacerlo, destruye la cosa ajena expresa el sentido “prefiero destruir la cosa a dejarla incólume”, pero también “no reconozco ninguna norma que me vincule y prohíba la destrucción”. La expresión de sentido jurídico-penalmente relevante de una acción injusta está, para el autor, en la toma de postura frente a la validez de la norma que aquella comporta de modo inseparable.

El concepto de acción ha desaparecido en JAKOBS, y a partir de ahí resulta coherente su postura respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Que puede afirmarse porque el Derecho Penal no ha de juzgar acciones, sino sujetos de responsabilidad, esto es, sistemas compuestos -input- de psique y cuerpo -si se trata de personas físicas- o de constitución y órganos -si se trata de personas jurídicas-, cuya exclusión del ámbito de la responsabilidad no se puede justificar en absoluto, ya que ambos sistemas son perfectamente capaces de originar resultados (output).

Así tendremos un concepto de delito válido para resolver este problema, que se puede abordar de otros modos, pero inútil para afrontar otros más graves. Ha de notarse que, razonando así, se sacrifica también el principio de lesividad, ya que se relativiza hasta su práctica negación el propio concepto de bien jurídico. Con evidentes consecuencias, denunciadas por CADAVID en duros términos: “la alternativa ofrecida por esta corriente a la protección de bienes jurídicos... resulta demasiado onerosa en términos democráticos; y propicia el conferimento al derecho penal de una misión autorita-



ria". La volatilización del concepto de acción que propone el funcionalismo, o su relativización normativista, se insertan, llevándolo al extremo, en el viejo esfuerzo doctrinal por visualizar el comportamiento que interesa a la teoría del delito desde perspectivas que trasciendan lo meramente naturalista, antropológico o causalista. Se examina el comportamiento humano como un presupuesto de la punición, y se pasa a un concepto cultural-normativo, que obliga a no separar el estudio de la acción del que se hace del tipo, por cuanto las decisiones de política criminal se expresan, efectivamente, en los tipos.

Pero el hecho de que interese fundamentalmente la acción típica no puede llevar a la afirmación de que el comportamiento humano es una alegre creación del legislador penal; hay algo previo. Lo que parece obvio desde una perspectiva político-criminal: no se puede prevenir la inadecuación del sujeto al rol previsto. Ni se puede pretender que no incurra en un determinado tipo penal, haciendo abstracción de su contenido. Lo que se persigue es la no realización de un comportamiento que, por su lesividad -seleccionada, eso sí, por el Derecho- se estima digno de prohibición penal. Y si interesa el comportamiento susceptible de recibir una respuesta prevenciónista, lo adecuado es manejar un concepto de acción heredero de la evolución causalismo-finalismo-acción social.

Por otra parte, se acentúan los aspectos garantistas, pues el comportamiento humano no es mera manifestación de la personalidad, sino que la acción jurídico-penalmente relevante -y sustrato de los demás elementos del delito-, ha de ser comportamiento humano que, además, responda a la personalidad de su autor. Quizá porque el concepto de acción ha alcanzado suficiente nitidez doctrinal y normativa (arts. 18 y 19: "Los hechos punibles se dividen en ...; Los hechos culposos...; Los hechos punibles...") es tendencia generalizada la de omitir en los Códigos una relación o descripción de las causas que excluyen la acción -como la contenida en el artículo 36 del derogado Código Penal de El Salvador-, ya que, a contrario sensu, pueden deducirse del concepto de delito manejado. Es en este sentido en el que la doctrina y la jurisprudencia vienen pacíficamente reconociendo -aunque sin contar en ocasiones con apoyatura legal expresa- que el comportamiento humano está ausente cuando el sujeto actúa en estado de inconsciencia, cuando sus movimientos no responden a la acción de los centros superiores cerebrales -movimientos reflejos, crisis epilépticas- o cuando actúa bajo presión de una fuerza irresistible, entendiéndose por tal la vis absoluta, que impide físicamente al sujeto actuar voluntariamente.

Por el contrario, los supuestos de vis compulsiva, no impiden calificar el comportamiento del sujeto como propiamente humano, ya que responde a una decisión personal, aunque gravemente condicionada, hasta el punto de que puede determinar la exclusión de la culpabilidad (BERDUGO y otros).

No es tampoco subsumible en el concepto de acción aquí propuesto la actuación de las personas jurídicas. El sistema penal salvadoreño parte de la aceptación del

axioma *societas delinquere non potest*, que se asienta, fundamentalmente, en el dato de que, si bien en otros ámbitos –señaladamente en el mercantil– los sujetos actuantes adoptan generalmente la forma de personas jurídicas, con plena capacidad de actuación, en el área penal no es factible detectar en esa actuación los elementos definidores del concepto penal de “acción”.

COBO y VIVES, en cuya construcción teórica reina, como se ha visto, el normativismo, cuando niegan la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas argumentan: “es imposible hablar de culpabilidad jurídico-penal (que se apoya en la reprochabilidad individual del acto concreto) respecto de las personas morales. Pero esa incapacidad de culpabilidad se aúna, además, a la previa incapacidad de acción. Las personas jurídicas ni tienen un querer propio, independiente del de sus componentes, ni, menos todavía, pueden exteriorizarlo a través de los actos de éstos”. Sin embargo nada obsta a que los tipos penales configuren “acciones” susceptibles de ser protagonizadas por las personas jurídicas, en la medida en que el legislador no habría de estar vinculado por esa realidad que aquí se defiende. Cuando estos autores se pronuncian así sobre la no responsabilidad penal de las personas morales están reconociendo que todo delito, todo, es acción, antes de que la ley seleccione aquéllas que por sus características – pero antes que nada, por ser acciones– deben ser típicas

Comportamiento humano, como “expresión de sentido” (WELZEL), con significación social (JESCHECK), que actúa como punto de referencia de los demás elementos del delito.

3.4. Propuesta.

En definitiva se viene a preconizar un concepto tradicional de acción, como base autónoma y unitaria de construcción del sistema, capaz de soportar los predicados posteriores de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, sin todavía predeterminarlos (CEREZO, 1997). Esta propuesta, que desde el punto de vista político-criminal parece idónea, por cuanto permite visualizar que la conminación penal se dirige a evitar comportamientos –o los resultados de esos comportamientos, que en este momento no es esa la polémica– sobre cuya lesividad existe generalizado consenso. Desde un punto de vista técnico, tampoco parece que se pueda prescindir de la consideración del delito como “acción”, a la que unir determinados predicados.

No se puede, en efecto, prescindir de un concepto de acción independiente y previo a la decisión legiferante cuando se analiza la denominada fuerza irresistible: la instrumentalización material del sujeto-víctima preexiste a la decisión tipificadora con tal fuerza que, cualesquiera que sea el contenido que el legislador dé a los tipos penales, no podrá hablarse de delito, porque falta su presupuesto (la acción). Viceversa, la decisión tipificadora podrá recaer sobre el acto de quien aplica la fuerza. Su comportamiento tendrá relevancia penal en la medida en que sea específicamente contemplado



por el tipo, pero el presupuesto es siempre la acción, que, sin embargo, nunca podrá afirmar el legislador en quien es materialmente instrumentalizado por la fuerza ajena. Parece, pues, que si desde el punto de vista dogmático puede hablarse de supuestos de ausencia de acción, para terminar en esos casos negando la responsabilidad penal, también ha de afirmarse la existencia de supuestos de acción como condición necesaria para una eventual afirmación de esa responsabilidad.

La vinculación de la actividad legislativa a las estructuras lógico-objetivas es, pues, constatable. Aunque, como precisa SILVA, sea una vinculación relativa y “en negativo”. “Relativa puesto que el legislador es libre de tomar como base uno y otro aspecto de la materia ya ‘prefigurada’. y además, en segundo lugar [es] no ‘positiva’ sino ‘negativa’; en efecto, la ‘naturaleza de las cosas’ no impone una solución concreta en el ámbito jurídico, sino que tan sólo se limita a fijar un marco (el proporcionado básicamente solamente por el núcleo de los conceptos ya previamente conformados) que limita los términos de la creación de los conceptos jurídicos.

En última instancia, por tanto, es el legislador, guiado por sus representaciones valorativas, quién determina cuál de los aspectos de la realidad prejurídica desea tomar como fundamento de su regulación”. Aunque añade, acentuando el relativismo normativo que “las estructuras previas ni son lo suficientemente claras, ni están, a su vez, libres de influencias jurídicas, ni pueden imponer una concreta regulación, con lo que en las zonas límite de los conceptos existe un campo abierto a la intervención creadora presidida por consideraciones teleológico-valorativas” (SILVA, 1992). De todo lo anterior ha de deducirse que la exacerbada normativización ni es necesaria dogmáticamente ni es aconsejable políticamente. Debe, en consecuencia partirse de un (modesto) concepto de acción humana básicamente ontológico, coincidente con el propuesto por las ciencias antropológicas, al que deben añadirse los restantes elementos del delito (LUZÓN).

En términos concluyentes, “todos los comportamientos que reciben una sanción penal tienen una base prejurídica común que es el comportamiento humano” (BERDUGO y otros). O, como más enérgicamente reivindica.

ZAFFARONI, “jamás podremos tolerar que se nos invente un concepto de acción humana que no responda a datos ónticos, porque nunca la agencia judicial puede consentir que la criminalización en curso siga avanzando si, por lo menos, en el nivel de los requisitos más primarios con que debe limitar la arbitrariedad selectiva, no puede reconocerse una acción de la persona criminalizada”.

Con este punto de partida, que, con matices, es admitido por la doctrina mayoritaria, puede optarse por un concepto personal como el propuesto por ROXIN: manifestación de la personalidad. El elemento causalístico viene exigido por el término “manifestación”, es decir, ha de salir de lo interno y ponerse en relación con el mundo exterior. Y en cuanto manifestación de la personalidad, es atribuible al hombre como



centro anímico-espiritual, y está sometida al control del yo como persona. Se pone de relieve que la voluntad no es el único elemento determinante de un comportamiento que supone concurrencia de factores más heterogéneos, lo cual no es enfatizar lo normativo, sino reconocer características del comportamiento humano que quedan incorporadas a los tipos penales.

De este modo se excluye del concepto de acción lo puramente somático, material o animal. Y quedan comprendidas las reacciones cuasi-reflejas o los actos pasionales instantáneos o los tan interiorizados que se realizan mecánicamente (por ejemplo, en la conducción de automóviles), en los que no es identificable la voluntariedad o la finalidad (CALDERON-CHOCLAN). Además se trata de una fórmula que abarca elementos pre-jurídicos y que, por tanto, no volatiliza el concepto de acción, sino que lo adapta a las necesidades del Derecho Penal.



CAPÍTULO CUATRO

EL INJUSTO PENAL.

SUMARIO: I. Introducción. 4.1 La Antijuridicidad. 4.1.1 Antijuridicidad formal y material. 4.1.2 El bien jurídico. A) Concepto y naturaleza de los bienes jurídicos. a) Teoría Sociológica del Bien Jurídico. b) Teorías Constitucionales. B) Funciones del bien jurídico. 4.1.3 Desvalor de Acción y Desvalor de resultado. 4.1.4 Relación entre Tipicidad y Antijuridicidad. 4.2 Tipicidad y Tipos Penales. 4.2.1 Estructura. 4.2.2 Elementos. 4.2.3 Clases. 4.3 La imputación objetiva del resultado. 4.3.1 Causalidad e imputación objetiva como elementos del tipo objetivo. 4.3.2 La relación de causalidad como presupuesto de la imputación objetiva del resultado. A) Causalidad: cuestiones previas. B) La causalidad como condición. C) Teorías evolucionadas de la causalidad.

4.3.3 La imputación objetiva. A) La imputación objetiva: el principio del riesgo. a) Riesgos adecuados socialmente. b) Disminución del riesgo. B) Criterios adicionales al principio del riesgo. a) Creación o no creación del riesgo no permitido. b) Incremento o no del riesgo permitido. c) La esfera de la protección de la norma. 4.4 EL tipo de injusto doloso. 4.4.1 Introducción. 4.4.2 Concepto de dolo. 4.4.3 Las clases de dolo. A) Dolo directo B) Dolo eventual. a) La teoría de la voluntad. b) La teoría de la probabilidad o de la representación. 4.4.4 El error de tipo y la ausencia de dolo. 4.4.5 Los elementos subjetivos del injusto. 4.5 El tipo de injusto culposo. 4.5.1 Introducción. 4.5.2 El sistema de *numerus clausus*. 4.5.3 Concepto. 4.5.4 Estructura. A) Infracción del deber de cuidado. B) Resultado. 4.5.5 Clases. 4.6 La omisión. 4.6.1 El Concepto de omisión y clases. A) Concepto natural de omisión. B) Concepto normativo. 4.6.2 Delitos de omisión propios. A) tipicidad objetiva. B) tipicidad subjetiva. 4.6.3 Los delitos de omisión impropios o de comisión por omisión. A) Regulación legal de los delitos de comisión por omisión. B) Primera condición: posibilidad de realizar el delito por vía omisiva. C) Segunda condición: existencia de “un deber jurídico de obrar”. 4.6.4. Fuentes y funciones de la posición de garante. i) fuentes legales de la posición de garante. ii) Las funciones que dimanen de la posición de garante. 1) Funciones protectoras de un bien jurídico. i) Deberes de garante deducidos de una estrecha relación vital. ii) Deberes que dimanen de la regulación legal de determinadas profesiones. iii) Deberes de garante deducidos de la asunción voluntaria de específicas funciones protectoras. 2) Deber de vigilancia de una fuente de peligro.

I. INTRODUCCIÓN.

En este capítulo se tratan seis temas de carácter fundamental en la teoría del delito: antijuridicidad, tipicidad, imputación objetiva y las tipicidades dolosa, imprudente y omisiva. Primeramente, el autor nos guiará al estudio de las diferencias entre antijuridicidad formal y material, dando prioridad a la última como lesión o puesta en peligro del bien jurídico, concepto al que reconoce unas funciones específicas. Por otra parte, el autor plantea la actual polémica entre aquellos que fundamentan el injusto en el desvalor de acción y el desvalor de resultado, y los que sostienen como única esencia el desvalor de acción. Aquí se adopta la teoría de los elementos negativos del tipo para explicar la relación entre tipicidad y antijuridicidad, lo cual tiene repercusiones en materia de error y autoría y participación.

En ese sentido el lector podrá reconocer las diferencias entre antijuridicidad formal y material, determinar los elementos básicos del concepto de bien jurídico y sus diferentes teorías. Podrá optar por una determinada concepción del injusto y analizar las consecuencias que se derivan de la adopción de la teoría de los elementos negativos del tipo. En el segundo apartado analiza específicamente la tipicidad -la que entiende como "antijuridicidad tipificada"- diferenciando la estructura básica de los tipos penales y sus tres elementos configuradores para concluir clasificando los tipos penales en atención a diferentes criterios. Debe resaltarse el apartado sobre delitos comunes y delitos políticos y la postura del autor respecto a la conveniencia práctica y dogmática de su inserción en el Código Penal.

El tercer tema es el de la causalidad e imputación objetiva. se toma como base la necesidad de comprobación del nexo naturalístico y jurídico que vincule acción con el resultado, siendo la causalidad natural el presupuesto necesario de la imputación objetiva del resultado. Conforme a dicha premisa, establece la relación de riesgo como principio básico, destacando sus sub-principios y los criterios adicionales que permiten resolver determinados grupos de casos.

Una vez concluida la lectura de ello, el operador jurídico contará con un instrumento normativo que le facilitará la resolución de casos concretos conforme a la mencionada teoría.

El cuarto tema es el delito doloso de comisión. Establece la diferencia estructural entre el mismo y el delito imprudente, concepto, alcance y clases de dolo, que es su elemento más característico. Además, analiza la ausencia de éste -el error de tipo- y los otros elementos subjetivos del injusto -distintos al dolo-. En contraposición al delito doloso, analiza en el posterior acápite el delito imprudente dedicando especial atención a las bondades del sistema de regulación conocido como *numerus clausus*, para luego introducirse al estudio de los dos elementos integrantes de su estructura básica: La infracción del deber de cuidado y el resultado. En una interesante toma de postura, opta por ubicar los poderes individuales del autor en la culpabilidad. Además hace una aproximación al contenido del concepto de imprudencia y a las clases de la misma.

Como último aspecto, el capítulo contiene un análisis sistemático del delito de omisión en la legislación salvadoreña, con propuestas concretas de interpretación de la normativa. Sobre el tema, inicia con el concepto y clases de omisión, respecto de lo cual el autor adopta una concepción normativa. Luego estudia sus dos variantes, los delitos de omisión propios y de comisión por omisión, haciendo un análisis cuidadoso de los últimos en su estructura típica, su regulación legal y estableciendo las condiciones que deben existir para poder apreciarlo. Se estudia al final del capítulo las fuentes y funciones de la posición de garante. El autor recomienda la adopción de un criterio material respecto a las fuentes generadoras del deber para terminar detallando las funciones de las que dimana de la misma.



4.1. La Antijuridicidad.

4.1.1. Antijuridicidad formal y material.

El término “antijurídico” evoca etimológicamente la idea de un comportamiento que contradice las reglas establecidas por el Derecho. Puesto que el ordenamiento se compone de un conjunto de sectores normativos (civil, administrativo, etc.), no cabe duda de que un acto puede ser antijurídico y sin embargo carecer de relevancia penal; así, por ejemplo, es contrario a las normas civiles el comportamiento del arrendatario que no conserva la vivienda en buen estado, o es contrario a las normas administrativas aparcar el vehículo en algún lugar prohibido.

En lo que al Derecho Penal se refiere, una conducta podrá tacharse de antijurídica cuando sea contraria a las normas que rigen en ese sector del ordenamiento y que, en general, tienen naturaleza prohibitiva. De ahí que podamos identificar sin dificultad la expresión “comportamiento penalmente antijurídico” con esta otra: “conducta prohibida” por el Derecho Penal. Esta acepción se corresponde con lo que la doctrina entiende por antijuridicidad formal, es decir, la relación de contradicción de un hecho con el Derecho y, en particular con el Derecho Penal. No obstante, aún no sabemos que cualidades debe manifestar ese comportamiento –comisivo u omisivo– para que sea antijurídico o, lo que es lo mismo, ¿por qué un hecho es contrario a Derecho?. La respuesta a esta cuestión corresponde a lo que se conoce con el nombre de antijuridicidad material. Tal concepto no es sólo una explicación del fundamento de la prohibición, sino sobre todo la exigencia de que haya un contenido material de antijuridicidad en todo comportamiento delictivo y por tanto un límite al ius puniendi ejercido por el Estado.

Los términos “antijuridicidad” y “antijurídico” como predicados de la acción para que sea delito fueron acuñados en sentido objetivo por la doctrina alemana del último tercio del siglo XIX desde von LISZT; estos términos sustituyen en buena medida a los de ilicitud o ilícito. Esta última cuestión reviste una especial importancia, ya que afecta a la noción de injusto de la que se parte. A la luz de las modernas propuestas dogmáticas en torno al tema de la legitimación material del Derecho Penal se pueden encuadrar las diversas teorías en dos grandes grupos según la contestación que se dé a la siguiente pregunta: ¿la significación del hecho punible (la antijuridicidad material) viene determinada, por la lesión del bien jurídico o por la desautorización de la norma que comporta la conducta?. La primera respuesta la dan quienes entiendan que el Derecho Penal desarrolla su finalidad última a través de la tutela de determinados presupuestos imprescindibles para una existencia común concretada en los llamados bienes jurídicos (“Teoría de la lesión del bien jurídico”). La segunda teoría quienes sostengan que la máxima contribución que el Derecho Penal puede prestar al mantenimiento de la configuración social reside en garantizar la vigencia de la norma (“Teoría del quebrantamiento de la norma”). La teoría de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico requiere que lo que se incremine sean hechos, y no meras representaciones

mentales, actitudes o modos de vida, comportando así la exigencia de un Derecho Penal fundado en la vigencia del principio de lesividad y de contenido marcadamente objetivo. Por el contrario, según la teoría de la desautorización de la norma encuentra su fundamento natural en consideraciones subjetivas: la voluntad de delinquir manifestada al exterior desde que se da principio a la ejecución del hecho.

La primera versión de la teoría objetiva basa el fundamento de la punición en el peligro próximo de la producción del resultado - si el delito aparece en grado de tentativa- o en la aparición del mismo -si el delito aparece en grado de consumación. La versión más extrema de la misma conduce a un Derecho Penal del hecho o de responsabilidad objetiva proscrito en nuestro Código Penal en el artículo 4: "La responsabilidad objetiva es aquella que se atribuye a una persona sin considerar la dirección de su voluntad, sino únicamente el resultado material a la que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto". A su vez, la versión extrema de las posiciones subjetivas, nos llevan a un Derecho Penal de autor en el que el principio de lesividad cede ante la simple manifestación de una voluntad contraria a Derecho. Versión también excluida de nuestro Código Penal en el artículo 3: "No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal".

En la actualidad la doctrina mayoritaria se decanta por una matizada fundamentación objetiva del injusto penal, la cual hace residir la esencia de la antijuridicidad en la ofensa de un bien jurídico protegido jurídicamente. No obstante, tal aseveración debe ser, como se decía, matizada: en primer lugar, no habrá antijuridicidad si no hay ningún desvalor de acción -por ejemplo si hay caso fortuito o riesgo permitido-; en segundo lugar, tampoco si concurren causas de justificación del resultado por las que el bien jurídico deja de estar concretamente protegido -por ejemplo, legítima defensa-; por último, ambas condiciones implican que la conducta ataca al propio Derecho y no sólo al bien jurídico. Mientras que el Código Penal Salvadoreño, al igual que el español, sigue una orientación moderadamente objetiva del injusto, el Código Penal Alemán lo hace con igual intensidad pero desde una perspectiva subjetiva.

4.1.2. El bien jurídico.

El Derecho Penal pretende evitar la realización de comportamientos que supongan una gran perturbación para el sistema social, disminuyendo la violencia extrapenal. Este objetivo se alcanza a través de dos funciones: la función de motivación, evitando la realización de determinadas conductas, y la función de protección, protegiendo los intereses sociales que se consideran fundamentales. Protección y motivación, o mejor dicho, protección a través de la motivación son las dos funciones inseparables e interdependientes de la norma penal.

La protección supone la motivación y sólo dentro de los límites en los que la



motivación puede evitar determinados resultados, puede alcanzarse la protección de las condiciones elementales de convivencia. La función de motivación indica que el Derecho Penal pretende incidir sobre los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar comportamientos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos protegidos. La norma jurídico penal operaría entonces, como una directriz de la conducta del ciudadano, desarrollando un efecto disuasorio. La problemática radica en determinar de que manera operan estos procesos, y cual es el contenido concreto de lo que interioriza la norma penal en el individuo.

A. Concepto y naturaleza de los bienes jurídicos.

El Derecho Penal desarrolla su finalidad última de mantenimiento del sistema social a través de la tutela de los presupuestos imprescindibles para una existencia en común que concretan una serie de condiciones valiosas, los llamados bienes jurídicos. Son múltiples las cuestiones que suscita la teoría del bien jurídico. Por ejemplo, cuáles son las funciones que desarrollan, si se trata de un concepto jurídico o metajurídico o bien, cuál es el contenido esencial de aquellas condiciones valiosas que posibilitan el funcionamiento del sistema social.

Quizás sea esta última cuestión la más discutida en la actualidad pues frente a las posiciones mayoritarias, las que legitiman materialmente al Derecho Penal por la vía de esta función, se alzan otras opiniones discrepantes. Me refiero a los que sostienen que los contenidos teleológicos o finales atribuidos al Derecho Penal se satisfacen con la teoría del quebrantamiento de la norma. El marco de discusión en torno a la naturaleza del bien jurídico queda ya planteado en el siglo pasado. BINDING entiende que esta categoría es inmanente al propio sistema penal y, en consecuencia, se trata de una creación del legislador. Para LISTZ, en cambio, el concepto de bien jurídico determinado socialmente es anterior al Derecho: "La norma jurídica le encuentra, no lo crea". En estos dos planteamientos se encuentra ya la base de las actuales teorías sobre el bien jurídico.

La tesis de BINDING aparece esencialmente recogida en la aportación de WELZEL que lo entiende como "un bien vital de la comunidad o del individuo que a causa de su significado social es protegido jurídicamente"; en tanto que, la tesis de LISTZ tiene su continuación con el neokantismo al remitir el concepto de bien jurídico al mundo de los valores. El punto de partida que se ha adoptado nos lleva a situar la discusión en el planteamiento inicialmente expuesto por LISTZ. Es decir, el concepto de bien jurídico tiene que ir referido necesariamente a la realidad social. Ahora bien, el problema que se suscita es precisar los criterios que delimiten tal concepto, pues la remisión a ese ámbito metajurídico sigue siendo en extremo imprecisa. Al respecto se han propuesto numerosas soluciones, de entre ellas, destacamos como las más significativas la teoría sociológica y la teoría constitucionalista del bien jurídico.

a. Teoría sociológica del bien jurídico.

Sobre la base prestada por la moderna Sociología jurídica propia del funcionalismo, AMELUNG ha tratado de proporcionar al Derecho Penal una base

materias de legitimación sustentada sobre la denominada dañosidad social. A juicio de este autor, la experiencia habría demostrado la inoperancia limitadora del concepto de bien jurídico, motivo por el cual este último debería de ser sustituido por el dogma de la “dañosidad social”.

Así las cosas, tan sólo el comportamiento que fuera disfuncional a la colectividad, todo aquel fenómeno social que impida o dificulte que el sistema social de la comunidad solucione los problemas relativos a su subsistencia, sería susceptible de ser prohibido coactivamente mediante la amenaza de la pena. En este orden de cosas, y con independencia de una precisa determinación del contenido del bien jurídico, quien toma como punto de orientación, afirma AMELUNG, el principio de protección “no puede legitimar las normas por sí mismas”, ni la imposición de las penas por su simple quebrantamiento, “tiene, por el contrario, que demostrar las consecuencias indeseadas que están detrás del quebrantamiento de la norma”.

En términos similares se expresa JAKOBS al afirmar, que una conducta “no perturbadora” objetivamente o según la opinión de los ciudadanos debe quedar excluida del ámbito penal por falta de referente social; por esta razón, la norma penal para ser legítima ha de pasar un “filtro” relativo a las consecuencias nocivas que estén más allá del quebrantamiento de la norma. La crítica que corresponde hacer a esta propuesta reside en el intento de determinar el ámbito de las conductas penalmente relevantes en base a su disfuncionalidad con el sistema.

Este planteamiento presenta un problema común a toda la sociología funcionalista y no es otro, que remitir la decisión al consenso social. Con ello se elabora un juicio de valor absolutamente neutral respecto a la naturaleza del sistema político en cuestión. Como ha destacado ROXIN, si se convierten en norte de la legislación penal las condiciones de existencia del sistema social, se abandona palmariamente el eje liberal de la teoría del bien jurídico y su procedencia del individuo.

Por otra parte, el planteamiento de AMELUNG también ha sido censurado desde el convencimiento de que el criterio de la dañosidad social no puede servir de base al Derecho Penal propio de una sociedad dinámica, toda vez que, como señala TERRADILLOS, “si la regla política criminal es suprimir lo disfuncional y potenciar lo funcional, lo que se hace es consolidar sin límite la situación presente”.

Asimismo, BUSTOS opina que la tesis de la “dañosidad social” conduce al indeseable retorno de una especie de neopositivismo metajurídico, toda vez que tal opción implicaría el mantenimiento del orden comunitario tal y como lo hubiera diseñado el legislador en un momento dado.

b. Teorías constitucionales.

El criterio defendido en su día por RUDOLPHI y BRICOLA, de utilización del texto constitucional para delimitar que es bien jurídico, constituye una vía válida sus-



ceptible de desarrollo. Varias son las razones que llevan a ello. En primer lugar, la Constitución debe ser considerada desde un plano material como expresión consensuada de la voluntad de los miembros de la comunidad, como expresión jerarquizada que se estiman esenciales para el funcionamiento del sistema social.

En segundo lugar, el sistema social acogido en la Constitución es un sistema social abierto, al que se aspira a llegar. La combinación de ambas premisas salva la objeción de que, con la remisión del bien jurídico a la Constitución, no se hace otra cosa que positivizar esta categoría en un nivel normativo superior.

En efecto, al resultado de la determinación empírica de lo que es necesario para el mantenimiento del sistema ha de aplicársele el criterio correctivo de si es necesario o no para que el sistema evolucione hacia las metas señaladas en la Constitución; pues, es el sistema que en ella se recoge y no el que hoy vivimos el que corresponde a un Estado social y democrático de Derecho.

En síntesis, el concepto de bien jurídico debe venir dado por la concurrencia de este doble requisito:

1) Ha de suponer una posibilidad de participación en el sistema social que sea empíricamente necesaria para el funcionamiento.

2) Tal posibilidad de participación ha de aparecer directa o indirectamente recogida en el texto constitucional, en tanto exponente externo de las condiciones a las que la comunidad aspira y que, por otra parte, juzga fundamentales para su convivencia.

B. Funciones del bien jurídico.

Además de la discusión acerca de la naturaleza jurídica del bien jurídico, este concepto posee otras importantes funciones derivadas del contenido formal y material de la antijuridicidad.

- a) Función de límite y orientación del ius puniendi. El bien jurídico desempeña una importantísima función político criminal de límite y orientación del ius puniendi, exigiendo la supresión de tipos penales que realmente no protejan bienes jurídicos y, a la inversa, la creación de otros nuevos cuando determinados intereses sociales por su vital importancia precisen ser tutelados por esta vía. Por ejemplo, entre los últimos la protección del no nacido (Título I, Cap. II CP) y entre los primeros el adulterio.
- b) Función sistemática. El Código Penal parte de los distintos bienes jurídicos protegidos en cada delito para su clasificación en los Libros II y III del Código. Así en el Título primero se agrupan todos los delitos, - homicidio, inducción y ayuda al suicidio, aborto, etc. - que afectan al bien jurídico vida.

- c) Función de guía en la interpretación. Una vez determinado el bien jurídico protegido en un delito la interpretación teleológica podrá excluir del tipo respectivo las conductas que no lesionan ni ponen en peligro el bien jurídico.

Por ejemplo, exigir una relación sexual a una mujer, amenazándola con revelar a su marido determinada aventura extraconyugal, podrá ser un hecho constitutivo de amenazas, pero difícilmente uno de agresión sexual.

- d) Función de criterio de medición de la pena. Dentro del margen de arbitrio que la ley concede al Juez, la mayor o menor gravedad de la lesión o peligrosidad del ataque al bien jurídico, pueden servir de base a la concreta determinación de la pena.

4.1.3. Desvalor de acción y Desvalor de resultado.

Como ya se ha dicho, el legislador efectúa una selección de conductas antes de incluirlas en el Código Penal siguiendo para ello el criterio de su dañosidad para la convivencia social, lo que puede traducirse por la afectación que esas acciones comporten de algún bien jurídico constitucionalmente relevante. Como se dijo, un amplio sector de la comunidad científica atribuye a tal protección de bienes una misión intrínseca y fundamental del Derecho Penal. Nuestro legislador así lo entiende al establecer el principio de lesividad en el artículo tercero del Código penal. Por lo tanto, en nuestro sistema punitivo sólo puede ser prohibido un hecho bajo conminación penal cuando afecte a un bien jurídico. Y debe añadirse que esta directiva no alcanza sólo al legislador, sino también a quienes deciden en última instancia la imposición de las penas, es decir, a los jueces. He aquí la doble influencia del principio de lesividad.

Ahora bien, no basta con decir que el bien jurídico debe quedar afectado por la conducta. Habrá que concretar un poco más cuál es el grado de afectación que se considera suficiente para legitimar la intervención penal. En este sentido, conviene distinguir dos niveles de intensidad respecto a dicha afectación: el comportamiento puede causar la lesión del bien jurídico, ya consista ésta en su destrucción (caso de la vida) o en su menoscabo (como ocurre con la salud); o puede ocurrir también que la conducta no llegue a afectar de manera tan grave al interés protegido pero represente una amenaza a su integridad, por haber generado un peligro de lesión. Al margen de que, evidentemente, sea más grave lo primero que lo segundo interesa destacar en especial que el terreno de lo punible comienza con la aparición del peligro, momento a partir del cual se considera ya suficientemente afectado el bien jurídico como para permitir la intervención penal (por eso se castiga la tentativa y no sólo el delito consumado).

Hasta no hace mucho, era un lugar común en la ciencia penal identificar totalmente la antijuridicidad material con “la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos”, así por ejemplo, un autor clásico como MEZGER. Pero en la actualidad se ha consolidado una concepción del injusto que no acaba ahí; no interesa sólo el evento



que fue provocado, sino que se valora también el modo que tuvo el autor de comportarse; por eso se conoce como injusto “personal”. Para explicarlo recurriremos a tres casos diferentes que finalizan con el mismo resultado: la muerte de la víctima.

CASO 1: A coloca veneno en la copa de vino que debe beber B porque le odia desde hace años, B muere.

CASO 2: A conduce imprudentemente su vehículo y atropella a B, B muere.

CASO 3: A conduce prudentemente su vehículo y atropella a B, que cruza la calle por un lugar no destinado a ello de manera imprevisible, B muere.

Es evidente que en los tres casos el bien jurídico “vida de B” ha quedado igualmente lesionado. Si nuestra valoración terminara ahí, entonces habría que decir que las tres conductas deben ser igualmente desvaloradas y, por tanto, que son igualmente antijurídicas: daría lo mismo cuál hubiese sido el modo en que A se comportara en cada caso.

Y, sin embargo, es fácil intuir que las tres conductas son acreedoras de una muy diferente valoración desde el punto de vista penal. En efecto, ello es así porque no basta con observar la lesión del bien jurídico y decir que en los tres casos persiste un mismo desvalor de resultado, sino que debemos entrar a valorar igualmente la acción realizada, averiguando en cada caso si se aprecia el desvalor de acción que, se requiere -junto al primero- para dar vida al injusto. Operando de este modo, detectaremos un elevado desvalor de acción en el caso primero, porque el autor infringe de manera deliberada una norma que le prohíbe matar a otro; disminuirá en el segundo caso, pues la lesión del bien jurídico se produce aquí sin intención, pero el autor infringe una norma de cuidado que le obligaba a circular con mayor precaución; por último, el desvalor de acción es nulo en el último caso, pues su autor realiza un comportamiento perfectamente correcto, por mucho que cause la muerte de una persona. Al no existir desvalor de acción en este caso, el hecho no constituye un injusto penal.

Por lo que se refiere a los dos primeros casos su respectivo desvalor de acción no es sólo de diferente gravedad, sino que presenta una configuración distinta por la sencilla razón de que la norma infringida por el autor en cada uno de ellos es también de distinta naturaleza: prohibitiva en el primero y de cuidado en el segundo. Ello explica que podamos hablar de dos clases o tipos de injusto: el tipo de injusto doloso (cuyo desvalor de acción consiste en la violación de una norma prohibitiva) y el tipo de injusto imprudente (donde el desvalor de acción se identifica con la infracción de la norma de cuidado). Ambos tipos de injusto presentan, como ya se ha podido advertir, un desvalor de resultado similar.

En el ámbito del desvalor de acción se incluyen, por otra parte todos los datos relativos al modo de cometer el hecho y que pueden ser indicativos de su mayor o

menor gravedad. Ello explica, por ejemplo, que nuestro legislador castigue con mayor severidad el empleo de veneno en el homicidio (Art. 129.4 CP) o en el hurto aprovechando estrago o calamidad pública (Art. 208.3 CP) respecto al homicidio y hurto simple (Arts. 128 y 207 CP). Siendo evidente que el desvalor del resultado generado por ambos comportamientos es idéntico en los tipos bases y agravados -muerte y apoderamiento-; no obstante, las circunstancias que concurrieron en la producción de tales resultados merecen un mayor reproche penal.

En efecto, los autores al asegurar el resultado típico, eliminando mediante el veneno toda posible reacción defensiva de la víctima o aprovechando su situación de desamparo ocasionada por la catástrofe, denotan en su actuación una voluntad criminal más intensa.

La explicación que se ha ofrecido puede encuadrarse en lo que se conoce como “doctrina dualista del injusto”, mayoritaria en la doctrina. Sin embargo, algunos autores -inicialmente KAUFMANN, y ZIELINSKI, con posterioridad JAKOBS- sostienen que para calificar un hecho como injusto bastaría con apreciar en él un desvalor de acción, identificable con la voluntad antinormativa del autor (dolo), quedando relegado el desvalor de resultado a un papel secundario.

Desde esta perspectiva se considera que el tipo del injusto se agota en el desvalor de la acción, en tanto que el “resultado” sólo pertenece a la punibilidad y con ello al tipo legal en sentido amplio, pero no al tipo del injusto en sentido estricto. Al no poderse prohibir resultados, dicen, sino sólo conductas que pueden producirlos, únicamente el desvalor de la acción (objetivo y subjetivo) puede integrar el injusto. De esta manera, la antijuridicidad del delito intentado y consumado es idéntica; en ambos casos la infracción de la norma está completamente perfeccionada, puesto que las respectivas acciones merecen la misma valoración negativa. La distinta naturaleza del castigo en una y otra forma de aparición del delito deberá, entonces, justificarse en sede de la punibilidad. Esta posición se basa en que el Derecho no puede prohibir resultados, algo constatable *ex post* y dependiente del azar.

Ello no implica, empero, que en la disyuntiva desvalor de acción o desvalor de resultado haya que tener en cuenta exclusivamente el primero. Una cosa es que las normas no puedan prohibir o mandar resultados, sino sólo actos, y otra bien distinta es prescindir del desvalor del resultado. En un Derecho Penal protector de bienes jurídicos ambas facetas del injusto le dan fundamento y contenido. Por otra parte, cualquier otra solución chocaría con lo dispuesto por nuestro Derecho positivo -principio de lesividad- y abriría paso a una indebida aproximación a la moral, y sabidos son los abusos represivos en que se incurre cuando la ley no se conforma con “buenos ciudadanos” y exige “buenas personas”.

Tienen razón MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, al afirmar, que la polémica existente entre desvalor de acción versus desvalor de resultado es superflua: “No existe una jerarquía lógica o valorativa entre ellos ya que ambos contribuyen, en el mismo



nivel, a constituir la antijuridicidad de un comportamiento". Los mandatos y las prohibiciones, solamente adquieren sentido si previamente se reconocen los valores que los fundamentan, si la conducta se pone en relación con determinado bien jurídico.

En otros términos, el contenido formal de la antijuridicidad sólo resulta relevante tras constatar materialmente la antijuridicidad del comportamiento; el desvalor de la acción no es un juicio autónomo, sino en referencia al desvalor de resultado. Además, la producción o no del resultado no es fortuita, como se pretende, pues no se responde de cualquier resultado causado, sino sólo del atribuido a la acción por intermedio de un juicio de imputación objetiva. Por eso, el desvalor de la acción juega un papel esencial en el injusto, y es que sin desvalor de la acción, por mucho que haya desvalor de resultado no puede haber antijuridicidad. Pero, de la ausencia de una lesión o puesta en peligro no se debe deducir la correspondiente ausencia de un desvalor de resultado, ya que éste queda configurado por la propia conducta típica como resultado exterior.

4.1.4. La Relación entre tipicidad y antijuridicidad.

Al legislador le compete en exclusiva la tarea de seleccionar el elenco de conductas penalmente antijurídicas de acuerdo con el principio de legalidad. Cada tipo de conducta pasa a ser un tipo de delito cuyo supuesto de hecho designa lo que se quiere prohibir. Por tanto, podremos calificar como típico un comportamiento cuando coincida con ese supuesto de hecho; si A mata a B, podrá afirmarse que A realiza una conducta típica de homicidio (Art. 128 CP.) Así pues, definiremos la tipicidad penal como la característica de aquel comportamiento que coincide con el supuesto de hecho legalmente establecido en algún tipo de delito. Su inclusión entre los elementos del delito cumple una doble función: por una parte, es la plasmación de esa tarea selectiva del legislador a la que antes hemos aludido; por otra, representa para el ciudadano la garantía de no verse sometido a sanción penal alguna si su conducta no encaja en algún supuesto de hecho típico.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos describir con mayor precisión la antijuridicidad penal diciendo que la primera condición que debe cumplir una conducta para ser calificada como antijurídica o prohibida es su carácter de conducta típica. Pero siendo una condición necesaria no es sin embargo suficiente. En efecto, no todos los comportamientos coincidentes con el supuesto de hecho típico están prohibidos por el Derecho Penal, porque algunos se realizan en circunstancias que los justifican -como la legítima defensa- y que, por ello mismo, reciben el nombre de causas de justificación. Ante su presencia, el hecho no está penalmente prohibido, pese a ser típico, lo que implica que estas circunstancias vienen a "restringir", el ámbito de lo prohibido penalmente, es decir del injusto, conviene advertir que este modo de explicar la relación entre los tipos de delito y las causas de justificación no es compartido por un sector de la doctrina, que considera que los tipos de delito dan vida a normas prohibitivas, situándose a un distinto nivel las causas de justificación, que tienen naturaleza de normas permisivas.

Si un sujeto mata a otro en legítima defensa, ese sector doctrinal diría que el autor ha realizado un comportamiento que en general está prohibido, pero que en este caso particular resulta permitido. En definitiva, son partidarios de mantener separadas la tipicidad y la antijuridicidad como elementos del delito. En nuestra opinión, por el contrario, no cabe hablar de esa “doble naturaleza” de las normas penales porque el hecho de que las causas de justificación aparezcan en la ley separadas de los correspondientes tipos de delito, las primeras en el Libro I y los segundos en los Libros II y III, responde únicamente a un criterio de economía legislativa, siendo improcedente que el legislador incluya junto a cada supuesto de hecho típico una advertencia sobre la eventualidad de que concurra una causa de justificación que impida castigar con la pena prevista.

Pero que no lo haga el legislador no quiere decir que no lo hagamos nosotros mediante un sencillo ejercicio de integración normativa que nos permita, por ejemplo, “leer” el artículo 128 del Código Penal del siguiente modo: “El que matare a otro (sin que concurra ninguna causa de justificación)..será castigado...”. Así queda delimitado perfectamente el ámbito de prohibición del homicidio, que no alcanza a quien lo realiza en legítima defensa.

Por consiguiente, el carácter prohibido de una conducta se deriva de la confluencia de dos requisitos, uno de signo positivo: la concordancia con el supuesto de hecho típico (tipicidad), y otro de signo negativo la ausencia de causas de justificación. Por ello, algunos autores prefieren referirse a ellas con el nombre de “elementos negativos del tipo”, denominando tipo positivo y tipo negativo, respectivamente, a los dos requisitos anteriormente expresados.

Como puede observarse se trata de una terminología diferente a la que utilizamos nosotros, que refleja semánticamente la disolución de la antijuridicidad en la tipicidad: la primera no desaparece sino que se integra en la segunda. Sin embargo, las causas de justificación pueden conservar su nombre sin ningún problema con tal de que quede claro cuál es su función: restringir la prohibición penal.

En este orden de ideas: ¿cómo quedaría configurado el tipo del injusto? Tomando como punto de partida los tipos penales, entendidos como tipos valorativos y no meramente descriptivos, el problema causal pasaría a ser el primer escalón de la imputación objetiva (vid. VI 4). También, si el tipo expresa toda la conducta que se desea evitar, debe incorporar en él todos los aspectos objetivos y subjetivos del hecho prohibido. Por ello, el dolo está en el tipo. Pero, además, tienen que formar parte del tipo las circunstancias justificantes, los elementos negativos del tipo.

Ello es así porque es ilógico afirmar que una conducta esté prohibida y permitida al mismo tiempo, que el legislador quiera y no quiera evitarla a la vez. Resumamos ahora lo explicado en este epígrafe mediante dos sencillos casos prácticos.



CASO 1: A mata a B de un disparo en el tórax,

CASO 2: A mata a B de un disparo en el tórax, cuando B está a punto de aplastarle la cabeza con un bate de béisbol,

Tanto en el caso 1 como en el caso 2, A realiza una conducta típica de homicidio (Art. 128, CP). Sin embargo, para que ambas acciones constituyan un injusto o conducta prohibida debe analizarse, ulteriormente, si concurre o no alguna causa de justificación.

En el caso 1 nada indica la presencia de cualquiera de ellas, luego podemos concluir ya diciendo que se trata de una conducta prohibida.

Por el contrario en el caso 2 se detecta la presencia de una legítima defensa en el actuar de A, porque su acción de matar a B vino motivada por la inminente agresión de éste, luego en este caso 2 la conducta de A no está prohibida, pese a ser típica, al faltar el segundo requisito de la antijuridicidad: la ausencia de causas de justificación. Históricamente el causalismo concibió la noción del “tipo” con total independencia de la antijuridicidad (BELING). La presencia de la tipicidad no supone para esta escuela ningún juicio de desvalor jurídico sobre el hecho, sino tan sólo la constatación lógica de que el mismo es subsumible en una figura del delito.

El neokantismo, sin embargo, al introducir la idea del valor en la teoría del delito sustituye tal concepción valorativamente neutra por su entendimiento como juicio provisional de desvalor (SAUER y MEZGER). En la actualidad, el finalismo regresa a un concepto del tipo próximo al ideado por BELING: el tipo como mero indicio -ratio cognoscendi- de la antijuridicidad; adoptando, así, un modelo tripartito del concepto del delito: acción típica, antijurídica y culpable. Por el contrario, la teoría de los elementos negativos del tipo lleva a sus últimas consecuencias el planteamiento neokantiano: si el tipo es un juicio de valor no ha de serlo sólo provisionalmente, sino definitivamente, la tipicidad es la ratio essendi de la antijuridicidad. Desde esta perspectiva el contenido del delito es bipartito: tipicidad (injusto) y culpabilidad. Este es el modelo adoptado en el manual para la exposición de la teoría del delito. Las consecuencias de identificar el tipo con la antijuridicidad se reflejan sobre todo en materia del error, pues al considerar las causas de justificación como elementos negativos del tipo, no hay más remedio que tratar unitariamente el error sobre los elementos del tipo y el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación (vid. VI 5.)

4.2 Tipicidad y tipos penales.

Los comportamientos humanos sólo pueden generar responsabilidad criminal en la medida en que sean subsumibles en una descripción legal. Por eso, el artículo 1 CP declara que “Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca”.

4.2.1. Estructura

En la estructura de los tipos penales se pueden distinguir los siguientes elementos: conducta, sujetos y objetos. La conducta típica se integra por sus componentes objetivo y subjetivo. En la parte objetiva se describe el aspecto externo de la conducta, que, en los delitos de resultado, incluye a éste. La parte subjetiva la constituye la voluntad, consciente (dolosa o incluso con determinados elementos subjetivos adicionales) o no (imprudente), del sujeto.

El sujeto activo realiza la conducta típica. El titular del bien jurídico afectado es el sujeto pasivo, identificado en ocasiones con la víctima o perjudicado. El círculo de perjudicados es más amplio que el de los sujetos activos, ya que se puede resultar damnificado por el delito sin ostentar la titularidad del bien jurídico protegido.

La trascendencia de esta distinción deriva de sus consecuencias. Por ejemplo, el sujeto pasivo puede, en determinados casos, prestar un consentimiento relevante, pero no podrá hacerlo el perjudicado. El Estado, además de titular de algunos bienes jurídicos afectados, en cuyo caso aparece como sujeto pasivo, es el sujeto llamado a reaccionar con una pena, lo que dota a su presencia de una importancia innegable para entender el delito en su dimensión social, pero no aparece como tal en la estructura de los tipos penales.

El objeto, como elemento típico, ha de contemplarse desde una doble perspectiva: como objeto material, que es la persona o cosa sobre la que recae físicamente la acción, y como objeto jurídico, es decir como el bien jurídico objeto de protección de la ley.

4.2.2. Elementos

Los elementos que integran el tipo suelen clasificarse, atendiendo a la técnica de formulación seguida por el legislador en descriptivos, normativos y valorativos. Elementos descriptivos son aquellos cuyo significado puede captarse de modo inmediato y directo, sin precisar de valoraciones ulteriores a las que proporciona el lenguaje común.

Se trata de un imperativo del principio de legalidad, que exige que los tipos penales reflejen exactamente la materia prohibida, y del principio de prevención, pues sólo si lo prohibido es captado por el destinatario de la norma podrá éste abstenerse de realizarlo.

Al respecto, hay que tener en cuenta, no obstante, que los términos del lenguaje común quedan transformados cuando se incorporan a la norma jurídica. Piénsese que el momento mismo de la muerte o del comienzo de la vida (de imprescindible fijación para distinguir el ámbito de aplicación de los Arts. 128, 130, 133, 138, etc., del CP) no son susceptibles de aprehensión directa para un conocimiento no especializado o que no



introduzca elementos normativos. Los elementos normativos no son susceptibles de una comprensión inmediata y requieren, en su interpretación, el recurso a pautas normativas de diverso rango.

En ocasiones esa fuente estará constituida por el propio Código Penal (Art. 39: "Para los efectos penales se consideran: 1) funcionarios públicos...2) autoridad pública..."; Art. 21: "Para los efectos penales se consideran delitos políticos..."; Art. 181: "Se entenderá que la injuria y la calumnia han sido realizadas con publicidad..."), pero pueden serlo también otras leyes (matrimonio) o normas legales (reglamentos) o no (códigos deontológicos). Finalmente, los elementos valorativos requieren, como los normativos con los que la doctrina frecuentemente los identifica, recurrir a valoraciones que, sin embargo, no vienen proporcionadas por el Derecho. Es el caso de la dignidad o decoro, elementos del tipo de injurias del artículo 179, o de la fama, del artículo 178, elemento típico de la difamación. La eficacia preventiva puede quedar menoscabada por el empleo de elementos descriptivos complejos, ya que el mandato penal sólo podrá ser captado por quienes poseen conocimientos y capacitación específicos, mientras que en el profano serán ordinariamente determinantes de la apreciación de un error invencible.

Pero se trata de elementos que no plantean tensiones con el principio de legalidad, al menos en su faceta de taxatividad, por cuanto delimitan en términos exactos, aunque asequibles sólo a unos pocos, la realidad a la que se quieren referir. Lo mismo puede predicarse de los elementos normativos, cuyo alcance, en definitiva, sólo es asequible a los expertos en Derecho. Los que no lo son incurrirán en frecuentes errores, que asegurarán la impunidad, con el consiguiente menoscabo de la eficacia preventiva. Pero tampoco plantean problemas específicos de conciliabilidad con el principio de legalidad.

Esas tensiones sí son detectables, en cambio, cuando se recurre a tipos abiertos. Técnicamente se construyen sobre elementos descriptivos, pero de tal vaguedad y amplitud que nada describen. Y en la medida en que en ellos cabe todo, la idea de seguridad desaparece, lo que obliga al aplicador del Derecho a emplear en estos casos criterios interpretativos fuertemente restrictivos. En el extremo contrario, el excesivo casuismo tampoco parece fórmula recomendable, por cuanto nunca puede abarcar las infinitas modalidades de los elementos típicos, y termina por imponerse el recurso a cláusulas generales. Cuando éstas sean inevitables, la enumeración casuística, más que agotando el catálogo de posibles alternativas, debe funcionar como indicación ad exemplum.

Del mismo modo, los elementos valorativos no sólo ponen en riesgo la función preventiva, en cuanto que los bienes jurídicos a proteger y los medios de ataque relevante quedan desdibujados y pendientes de juicios con una alta nota de subjetividad, sino la seguridad que aporta el principio de legalidad. En efecto, en ellos se produce una suerte de dejación de funciones del legislador que remite la decisión condenatoria

o no a los criterios de valoración del juzgador. Por ello procede exigir al legislador una exquisita precaución a la hora de recurrir a estos elementos. Fijando, en todo caso, con nitidez, cual sea el valor a proteger, sin cuya referencia el juzgador queda privado de puntos de referencia.

4.2.3. Clases.

La clasificación de los tipos puede realizarse de acuerdo con la infinidad de criterios que brinda la combinación de los diferentes elementos típicos. Aquí seguiremos, en esencia, la clasificación propuesta por MIR PUIG. En primer lugar, atendiendo a los elementos de la acción, procede detenerse inicialmente en la conducta típica y sus efectos, lo que permitirá distinguir entre delitos de resultado, en los que es detectable un efecto separable espacio-temporalmente de la conducta (Art. 128: “El que matare a otro...”, es decir, el que produjere la muerte de otro), y delitos de mera actividad, en lo que el tipo no recoge como elemento ese efecto (Art. 188: allanamiento de morada, según doctrina mayoritaria). Como es obvio, la problemática relativa a la imputación objetiva o al tiempo y lugar de comisión del delito sólo se da en los delitos de resultado.

Si se atiende a los efectos de la conducta delictiva en el tiempo, se viene distinguiendo entre delitos instantáneos, en los que el momento consumativo coincide con la provocación de efectos antijurídicos; permanentes, en los que el agente mantiene la situación antijurídica ya consumada prolongando la ejecución (secuestro agravado “si la privación de libertad se prolongare por más de ocho días”, Art. 150.2); y de estado, en los que se crea una situación antijurídica duradera también, pero en los que la consumación se da (y cesa) desde el momento en que se produjo esa situación, puesto que el tipo describe sólo su provocación, no su mantenimiento. En el fondo se trata de delitos instantáneos con un resultado (al que no alude el tipo) permanente: (Art. 192: “el que contrajere matrimonio ocultando la existencia de un impedimento...”; Art. 193: “el que contrajere segundo o ulterior matrimonio, sin hallarse legalmente disuelto el anterior...”).

Los criterios de clasificación se establecen, con criterios normativos, desde el tipo. Por eso se considera que el homicidio es un delito instantáneo, aunque la situación antijurídica creada se prolonga en el tiempo. Pero el tipo sólo contempla la provocación del resultado. En las otras modalidades, se exige el mantenimiento de la situación, o que ésta, por sus características, sigue desplegando sus efectos en el tiempo. La anterior clasificación es relevante a efectos de prescripción y de participación.

Los plazos de prescripción comienzan a correr tanto en el delito permanente como en el de estado desde que cesa la situación antijurídica (MORENO-RUEDA); pero mientras aquellos admiten participación durante todo el lapso del tiempo de ejecución –y por tanto en momentos posteriores a la consumación–, en los de estado la participación sólo es posible cuando la consumación aún no se ha producido. Si se toman como criterio de clasificación las diversas modalidades de conducta típica, se



distingue entre delitos de acción y de omisión. Desde el punto de vista naturalístico no podría producirse esta distinción, pues el autor siempre está haciendo algo. Sin embargo lo relevante, desde el punto de vista normativo, es que en los delitos de omisión, se omite la acción esperada por el ordenamiento.

Se habla de omisión propia o pura cuando se describe una conducta omisiva con independencia del resultado que, hipotéticamente, pueda producirse o no (Art. 175: "El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave..."). Y son de omisión impropia, o de comisión por omisión, cuando el tipo une, hipotéticamente, al comportamiento omisivo la aparición de un resultado. Mientras que en los casos de omisión pura es precisa la tipificación expresa de los supuestos en que se quiere castigar la no realización de la acción esperada, en la comisión por omisión lo que se opera es una equiparación valorativa entre el no hacer y el actuar, que queda plasmada en una cláusula general: Art. 20: "El que omite impedir un resultado, responderá como si lo hubiera producido, si tiene el deber jurídico de obrar y su omisión se considerará equivalente a la producción de dicho resultado".

Atendiendo a los medios, se habla de delitos de medios determinados (Art. 212: "El que ... se apoderare de cosa mueble, total o parcialmente ajena...mediante violencia en la persona...") o resultativos (Art. 128: "El que matare a otro..."), que son tipos abiertos en cuanto al comportamiento. Mientras que los tipos resultativos son susceptibles de comisión por omisión, ésta será más difícilmente admisible en los casos de medios determinados.

La unidad o pluralidad de actos determina la distinción entre delitos de un acto y delitos de pluralidad de actos, que pueden ser cumulativos (Art. 158 "el que mediante violencia tuviere acceso carnal...") o alternativos (Art. 244 "El que mediante engaño o abuso de situación de necesidad sometiere a los trabajadores a su servicio..."), en los que el tipo prevé varias modalidades de comportamiento posibles, bastando cualquiera de ellas pero sin que su acumulación dé lugar a pluralidad de delitos (MORENO-RUEDA).

Si, en segundo lugar, se acude a la búsqueda de criterios clasificatorios atendiendo a la relación entre tipo subjetivo y objetivo, se llama delito congruente a aquél en el que se produce una identidad entre tipo subjetivo, comportamiento realizado y, en su caso, resultado producido. Sin embargo, se produce incongruencia entre tipo subjetivo y objetivo en los delitos que requieren la concurrencia de elementos subjetivos que trascienden el dolo. En los delitos mutilados de dos actos la intención del autor se dirige a la realización posterior de otra actividad (Art. 274: "será castigado...quien imitare o simulare sustancias medicinales...con ánimo e expenderlas o autorizarlas... quien tuviere en depósito, ofreciere, vendiere, facilitare o utilizare en cualquier forma sustancias medicinales...con el propósito de expenderlas o destinarlas al uso de otras personas". En los delitos de resultado cortado, esa intención se dirige a un resultado que se producirá sin posterior intervención del agente (Art. 214: "El que con ánimo de lucro obligare a otro a realizar u omitir un acto o negocio jurídico...").

Cuando se requiere que el autor confiera un sentido subjetivo específico a su comportamiento, el delito será de tendencia interna intensificada (Art. 179: “El que ofendiese de palabra o mediante acción la dignidad o el decoro de una persona...”). Lo objetivo supera a lo subjetivo en los delitos cualificados por el resultado, hoy desaparecidos en virtud de lo dispuesto en el Art. 4: “La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva”. También supera lo objetivo a lo subjetivo en los delitos imprudentes.

El tercer ámbito de identificación de los criterios de clasificación es el de los sujetos. Según la conformación típica del sujeto activo, se distingue entre delitos comunes y especiales. En éstos el sujeto activo ha de reunir una serie de características específicamente exigidas en el tipo. Cuando esas características vengan ordinariamente impuestas por la realidad, pero no se vean mencionadas en el tipo (Art. 140: “el que con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulare genes humanos de manera que se altere el tipo constitucional vital...”), el delito será común. Si la no concurrencia de las características típicas en el sujeto determina la atipicidad, el delito será especial propio.

Así ocurre en el delito de omisión de investigación del Art. 311, que sólo pueden cometer “el Fiscal General de la República o el funcionario por él designado” –aunque alguna opinión mantenga que también pueden ser sujetos activos los integrantes de la Policía Nacional Civil, no designados como tales por el Fiscal General (MORENO-RUEDA)-, o en el delito de infracción de medidas de seguridad e higiene, del Art. 278, que sólo pueden cometer los que estén legalmente obligados a actuar. Es impropio el tipo especial que guarda correspondencia con un tipo común, que normalmente actuará como ley subsidiaria. El denominado por el Art. 22 “delito oficial” es una modalidad de delito especial, en cuanto que su “estructura típica requiere del sujeto activo la cualidad específica de ser funcionario o empleado público”.

Quizá los efectos más relevantes de la definición autónoma de esta categoría se despliegan en el ámbito procesal, ya que el Art. 95 del CPP dispone: “También podrán querellar todo ciudadano o cualquier asociación de ciudadanos legalmente constituida, cuando se trata de delitos oficiales...”. Los delitos de propia mano constituyen una categoría de contornos difusos, normalmente identificada con la necesidad de contacto corporal (abuso sexual) o de realización personal del tipo (bigamia). Por ello, no se admite en estos casos la autoría mediata. Hay que tener presente, no obstante, que la categoría misma de delitos de propia mano está siendo puesta progresivamente en cuestión, en la medida en que su principal consecuencia –no admisión de autoría mediata- parece más que discutible en muchos casos.

La pluralidad o singularidad de sujetos activos determina que los delitos puedan ser clasificados en monosubjetivos (susceptibles también de comisión por varios autores, pero sin que ello sea requisito típico) y plurisubjetivos, (en los que si



es precisa la concurrencia de varios). Los plurisubjetivos se subdividen en delitos de convergencia y de encuentro, según que la intención de los intervinientes sea unitaria (Art. 247: "la misma pena se impondrá a quienes actuando en grupo coaccionaren a las personas a iniciar o continuar una huelga"; Art. 340: "serán sancionados... quienes se alzaren en armas para cualquiera de los objetivos siguientes...") o distinta (Art. 330 "el funcionario...que por sí o por persona interpuesta, ... recibiere una dádiva...para realizar un acto contrario a sus deberes"). Los denominados delitos de participación necesaria, en los que se exige la intervención de sujetos en la tutela de cuyos intereses se creó el tipo (abuso sexual incestuoso), no son supuestos de participación. Un último criterio de clasificación atiende al grado de afectación al bien jurídico, en cuya virtud, se puede distinguir entre delitos de lesión o de resultado lesivo y delitos de peligro. Posteriormente se analizará con más detalle el alcance de estos conceptos.

Frente a los delitos genéricos, el Art. 21 introduce una confusa categoría: la de delito político, opuesta, en la terminología del precepto, al delito común. En primer lugar es preciso denunciar la polivalencia del término "común". En su utilización más usual viene a calificar la categoría, ya comentada, de aquellos delitos cuyo sujeto activo puede serlo cualquiera y que, por tanto, se contraponen a los delitos especiales, que requieren la concurrencia de ciertas circunstancias en el sujeto activo. En cambio el Art. 21 define, a contrario sensu, el delito común como el que no es político. Y "para efectos penales se consideran delitos políticos los relativos al sistema constitucional y a la existencia, seguridad y organización del Estado. También se consideran delitos políticos los comunes cometidos con fines políticos, excepto los delitos contra la vida y la integridad personal de los jefes de Estado o de Gobierno.

4.3. La imputación objetiva del resultado.

4.3.1. Causalidad e imputación objetiva como elementos del tipo objetivo.

El tipo objetivo es la parte externa del delito. En él se describen la acción, el objeto de la acción, en su caso el resultado, las circunstancias externas del hecho y las cualidades de los sujetos. Con el tipo objetivo se cumplen algunas de las exigencias necesarias que determinan la aparición de una acción típica, pero no las suficientes. Para cumplir con las condiciones mínimas del injusto, se requiere además de la presencia de otro grupo de circunstancias internas que conforman el tipo subjetivo. El tipo objetivo es el objeto en el que se proyecta el tipo subjetivo, o bien es la representación externa y anticipada del dolo e imprudencia. No debemos olvidar, que los tipos penales contenidos en la parte especial describen circunstancias externas (objetivas) referidas a otras internas (subjetivas). Por ejemplo, en el art. 128 la acción típica castigada no consiste en "matar a otro" sino en "matar a otro dolosamente". Pues bien, en los delitos de resultado la consumación del delito depende de la producción del resultado típico. Acción y resultado no se encuen-

tran yuxtapuestos sino en conexión. Por ejemplo, se dice que existe un curso causal entre la acción (causa) y el resultado (efecto producido), cuando la empresa N comercializó aceite adulterado razón por la que murieron o enfermaron un determinado número de personas.

Constatar que el sujeto ha contribuido con su acción a causar el resultado constituye un requisito esencial del tipo objetivo. No obstante, como ya se dijo, para poder asegurarse de la presencia de una acción típica, se requiere de algo más, vincular esos efectos externos, la adulteración de ese aceite seguida de muertes o lesiones, al dolo del sujeto. Así pues, se requieren dos comprobaciones para asegurar la presencia de una acción típica: a) verificar si concurren determinados efectos externos de una acción (tipo objetivo); b) comprobar si estos efectos, esa acción externa, está determinada por el dolo o imprudencia del sujeto. La primera comprobación se realiza por vía de la imputación objetiva y la segunda por la vía de la imputación subjetiva.

El tema que nos ocupa es el relativo a la primera comprobación. Sin embargo, tenemos que advertir que no siempre se habló en términos de imputación objetiva. En efecto, la doctrina causalista ha concebido el nexo entre la acción y el resultado como una mera relación de causalidad, es decir en términos naturalísticos (ontológicos). Constatada ésta, entendía realizado el tipo objetivo. No obstante, como veremos, la doctrina actual ha elaborado una nueva teoría explicativa de esta relación, en términos normativos (axiológicos), denominada imputación objetiva. En síntesis viene a decir, que al tipo objetivo no le interesa cualquier relación causal, sino sólo aquellas jurídico-penalmente relevantes. Para poder efectuar esta selección se elaboran una serie de criterios que serán objeto de nuestra atención más adelante. Supongamos que A., funcionario policial, deja en un cajón de la cómoda del dormitorio su arma reglamentaria. Su hijo y un amigo, ambos menores de edad, la encuentran y comienzan a jugar con ella con tal mala fortuna que se dispara hiriendo gravemente al amigo de su hijo.

Los causalistas comprueban, sin lugar a dudas, que existe una relación de causalidad entre el hecho de haber dejado el arma y el resultado de lesiones; así pues, concluyen, se cumple el tipo objetivo del Art.146 (lesiones culposas). La teoría de la imputación objetiva, sin embargo, no se conforma con esa evidencia causal, exige además valorar otros presupuestos, además de la existencia de la relación de causalidad, por ejemplo: si el hecho de abandonar el arma creó un riesgo objetivo de producción de ese resultado típico.

Si la respuesta es positiva, entonces se puede imputar objetivamente a esa conducta las lesiones y se cumple con el tipo objetivo del Art. 146. Pongamos otro ejemplo usualmente utilizado en los manuales de estudio: A envía a B, en plena tormenta a recoger determinados utensilios en un bosque con el deseo de que le aniquile un rayo, lo que efectivamente acontece.



Existe relación de causalidad entre la orden dada y cumplida por B y el resultado de muerte. Para los causalistas se habría cumplido el tipo objetivo del delito de homicidio. Sin embargo, aún cuando la teoría de la imputación objetiva reconoce la existencia de una relación de causalidad considera que la conducta de A no cumple con el tipo objetivo de un homicidio. En efecto, no cabe hablar de imputación objetiva del resultado porque A con su conducta no sobrepasa el riesgo permitido: la gente no se abstiene de hacer su vida normal, incluido el pasear, porque haya una tormenta.

En otros términos, el presupuesto bajo el cual acaece ese proceso causal no es penalmente relevante. De acuerdo con lo dicho, los causalistas se limitaban a contestar a la siguiente interrogante: ¿C es la causa eficiente del resultado R?. La teoría de la imputación objetiva, por el contrario, se pregunta: ¿Esa relación de causalidad es la que quiere ser evitada por el ordenamiento jurídico?. El problema, por tanto es doble: primero, establecer la existencia del nexo causal; segundo, valorar su relevancia penal.

La cuestión jurídica fundamental -dice ROXIN- no consiste en averiguar si se dan determinadas circunstancias, sino en establecer los criterios conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona. La esencia de la imputación objetiva reside, pues, en los criterios de enjuiciamiento a los que sometamos los datos empíricos (la relación causal). De este modo, se produce un cambio de perspectiva dogmática en la resolución del problema de la atribución del resultado a la acción: desde la causalidad a la imputación; desde la esfera ontológica a la normativa. El estudio e interpretación de los distintos tipos penales corresponde hacerse en la parte especial; por ejemplo, los elementos que describen una conducta, las características del sujeto activo, etc.

De lo que vamos a tratar en este capítulo es de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable, comunes a todos los delitos de resultado. Es decir, de aquellos que exigen para su consumación, bien una lesión o bien una puesta en peligro concreto del objeto de la acción. Por ello, será importante tener una idea clara, no siempre fácil, de lo que entendemos por delito de resultado y de mera actividad, de peligro concreto y de peligro abstracto, de comisión por omisión y de omisión pura.

4.3.2. La relación de causalidad como presupuesto de la imputación objetiva del resultado.

A. Causalidad: cuestiones previas.

Como se sabe, la producción del resultado típico se debe a la interposición de una acción previa. Si A golpea con una barra de hierro la cabeza de B fracturándole el cráneo y provocando su muerte, es obvio que la inmediata sucesión temporal y espacial de los sucesos no deja dudas acerca de cual fue la causa del resultado muerte. Sin

embargo, podemos encontrar en la jurisprudencia abundantes ejemplos no tan obvios: de resacas de las lesiones inferidas G.M. perdió la totalidad de la visión de su ojo derecho y en un 70 por ciento la de su ojo izquierdo. Dos años más tarde, cuando cruzaba por un paso de peatones estando en rojo la luz del semáforo, sin percibirse de ello debido a su invalidez, es arrollado y muerto por un vehículo. ¿Las lesiones son la causa del resultado de muerte?. Efectivamente, no cabe poner en duda la producción de estas consecuencias indirectas derivadas de la ceguera. Pero, la pregunta que interesa responder no es sólo si existe una relación de causalidad, sino si la misma interesa al Derecho Penal. A veces, incluso, no se conoce con exactitud la causa del resultado como sucedió en un célebre caso que llegó hasta el Tribunal Supremo italiano (caso Montecatini-Edison Di Mori). Una fábrica de aluminio amplía en 1964 su producción instalando 60 nuevos hornos.

A partir de este momento comienzan a ingresar numerosas personas con trastornos respiratorios, la flora y fauna de los alrededores también resulta afectada. Un año más tarde se instalan filtros de humo disminuyendo de inmediato la epidemia. El Tribunal que atiende el caso no logra establecer, desde un punto de vista científico, la patogénesis de la enfermedad, cuales de entre los doscientos componentes químicos del humo eran los tóxicos, carece de datos fiables acerca de la meteorología ocurrida durante ese año, desconoce la influencia de la orografía circundante en la producción de las corrientes de aire, etc. De lo único que dispone son de datos estadísticos que aseveran las curvas de crecimiento y desaparición de la epidemia desde el momento en que se instalan los hornos y posteriormente los filtros de humos. ¿Resulta suficientemente probado que los vertidos de humos fueron la causa de esos resultados típicos?. ¿Se puede establecer con absoluta fiabilidad que existe una relación entre esa causa y el resultado?.

Estos problemas concitan en la actualidad el interés de gran parte de la doctrina. Se trata de cuestiones muy complejas y de difícil solución. Valga decir, que ante la dificultad de establecer pruebas concluyentes el legislador procura abordar la punición de las conductas cada vez más alejadas del momento de la efectiva lesión del bien jurídico.

Así, la utilización abusiva en los Códigos penales de los tipos de peligro con los inconvenientes que tales técnicas comporta. El principio según el cual a toda causa le sigue un resultado se llama principio de causalidad y al nexo que une dicha causa con el resultado se llama relación de causalidad. Entonces, para poder atribuir un resultado a una determinada conducta, se requiere establecer, en primer término, si entre esa acción y ese resultado existe una relación de causalidad desde una perspectiva natural. Sin embargo, aún no tenemos resuelto el problema, es preciso, además, determinar que ese vínculo natural interesa al Derecho Penal.

Pues bien, este último paso consiste en formular un juicio normativo, también conocido con el nombre de juicio de imputación objetiva. Comprobar la existencia de la relación de causalidad es el primer paso, o presupuesto, de la imputación objetiva.



La existencia de una relación causal exige ser explicada de conformidad con una ley natural. Así, comúnmente la jurisprudencia la entiende, como aquella bastante y suficiente, según las leyes de la naturaleza, para producir resultados. En general, el Juez abocado a esta tarea le basta constatar si del curso ordinario de las cosas y según su experiencia una causa es eficiente para producir tal resultado, sin entrar a ponderar qué ley natural se ha cumplido. La experiencia nos dice que si alguien es arrojado desde un sexto piso tiene asegurada su muerte; por eso, el Juez nunca fundamentará en su sentencia que la razón material de la muerte reside en el inexorable cumplimiento de la ley de la gravedad.

Para establecer la relación de causalidad la doctrina ha elaborado numerosas teorías, de entre ellas nosotros vamos a mencionar la más utilizada por la jurisprudencia: la teoría de la condición o de la equivalencia de las condiciones y las teorías de la adecuación y de la causa relevante.

B. La causalidad como condición.

Los problemas relativos a la causalidad tienen su origen a finales del siglo XIX en los planteamientos empírico-positivistas de STUART MILL. Doctrina, a su vez, adaptada al ámbito jurídico por el procesalista austriaco Julius GLASER y por el magistrado del Tribunal Supremo Alemán Von BURI. Su mérito radica en que, por primera vez, se da una respuesta concreta a la pregunta de cuándo existe relación de causalidad entre una conducta y un resultado. Esta doctrina se conoce con el nombre de teoría de la condición, siendo todavía ampliamente acogida, aunque con correcciones, por la jurisprudencia española y alemana. La teoría de la condición parte de la base que es causa del resultado toda condición que ha intervenido en su producción con independencia de su mayor o menor proximidad temporal. Por esta razón la teoría es también conocida con el nombre de "teoría de la equivalencia" puesto que todas las condiciones del resultado se consideran equivalentes. Averiguar si una conducta ha condicionado causalmente un resultado se resuelve mediante la utilización de la siguiente hipótesis: es causal toda condición del resultado que, suprimida mentalmente, haría desaparecer el resultado. Para los seguidores de esta teoría establecer la causalidad como condición era suficiente para afirmar la presencia del tipo objetivo.

En la práctica, el Juez opera de esta forma: al analizar los hechos suprime mentalmente la conducta consistente en arrojar a la víctima por la ventana (condición) si desaparece el resultado muerte, como sucede, concluye: esa condición era la causa sin la cual no se hubiera producido el resultado. Esta fórmula de la "conditio sine qua non" la sintetizan con poco acierto algún Tribunal Supremo al decir que: "el que es causa de la causa es causa del mal causado".

La teoría de la condición abocada a investigar la causalidad natural presenta serias objeciones:

- a) El postulado central de la teoría, según el cual toda condición del resultado es igualmente causa del mismo conduce a una determinación excesivamente amplia de la causalidad. En efecto, no distinguir entre causas o condiciones jurídico-penalmente relevantes e irrelevantes conduce a un “regressus ad infinitum”: también los padres del homicida han sido la causa de la muerte por haberlo engendrado, y los abuelos por haber engendrado a los padres, etc.
- b) No demuestra nada, se trata de un método de comprobación posterior que no arroja ninguna luz sobre el fundamento material de la relación causal. Esta teoría sólo es aplicable cuando ya se ha comprobado en supuestos anteriores la eficacia de la condición, pues en el caso de que se desconozca la virtualidad de la causa - el fundamento material de la relación causal-, la supresión mental no resuelve el problema de si ha tenido o no algún influjo en la producción del resultado.

De ahí, las enormes dificultades que surgen a la hora de aplicar la fórmula de “la *conditio sine qua non*” en asuntos tan complejos como los del aceite de colza en España o de la talidomida en Alemania. En efecto, al no conocerse con precisión la naturaleza del tóxico contenido en el aceite o en el sedante, que explicaran científicamente la aparición del síndrome o de las malformaciones del feto, impedirá al Juez efectuar la operación mental consistente en suprimir mentalmente condición eficiente alguna.

- c) Por último, este método tampoco resuelve los problemas que plantean los cursos causales hipotéticos o de doble causalidad. En efecto, la supresión mental de una causa eficiente no hace desaparecer el resultado, puesto que existe otra que ha cooperado simultáneamente y con la misma eficacia en su producción. Un conductor de camión, por ejemplo, adelanta a un ciclista sin respetar las distancias prescritas, a su vez y en ese preciso momento, el ciclista completamente ebrio gira su bicicleta en dirección del camión resultando atropellado.

El resultado de muerte también se hubiera producido aunque el conductor hubiera respetado la distancia exigida. Así pues, la teoría de la “*conditio sine qua non*” resulta incapaz de resolver esta clase de cursos causales. La estricta aplicación de la teoría de la condición conduce a conclusiones inaceptables salvo que las mismas se corrijan al analizar el tipo subjetivo.

En los cursos causales irregulares (de causalidad mediata), la acción de enviar a la víctima al bosque durante una tormenta seguida de la muerte por rayo es suficiente para establecer la presencia de una relación de causalidad y, por lo tanto del tipo objetivo. Lo mismo sucede con los denominados cursos causales complejos, donde junto a una causa inmediata pueden concurrir causas preexistentes, simultáneas o sobrevenidas.



Por ejemplo, la víctima del intento de homicidio muere por accidente de tráfico -circunstancia sobrevenida- cuando era conducida en una ambulancia por haber sido apuñalada en una reyerta. Desde la óptica de la teoría que examinamos existe relación de causalidad entre la acción de apuñalar y el resultado de muerte y, una vez más, tipo objetivo.

En principio, todas estas objeciones no cuestionan la validez de la teoría de la condición, sí en cambio el método hipotético de la "conditio sine qua non" que, como se dijo, se limita a una comprobación lógica y nada demuestra. Resulta totalmente fiable y cierto que la causa, ajustada a una ley de cobertura científica (natural), es eficiente respecto a la producción del resultado, sin embargo, ¿qué utilidad muestra desde la perspectiva penal?. Téngase en cuenta que de la afirmación "A es causa eficiente del resultado B" no podemos deducir que el comportamiento A sea contrario a derecho. Son cosas distintas, son dos afirmaciones planteadas en distintos niveles: el ontológico (prejurídico) y el normativo (jurídico).

Siendo esto así, dentro del marco que nos interesa, el de la tipicidad (normativo), la afirmación de que una acción ha causado el resultado no es más que un presupuesto a partir del cual seguir investigando si es o no relevante jurídico-penalmente.

Es evidente, que esta conclusión a la que se llega y la respuesta que se dé a la segunda cuestión -la de la relevancia penal del vínculo causal-, depende del sistema que sigamos en la teoría del delito y más concretamente la teoría que se defienda en torno a la naturaleza del tipo.

Los que defienden una concepción meramente descriptiva del tipo -los causalistas- identifican el concepto de acción con el concepto de causa. Para ellos, los tipos penales de resultado descritos en el Libro II y III del Código son tipos de causación en los que se describen procesos causales abstractos: "El que matare a otro..."; "El que..causare a otro una lesión..".

Así pues, para establecer la tipicidad (objetiva) de una conducta basta al Juez demostrar que es posible subsumir el curso causal concreto sujeto a análisis -A dispara contra B ocasionándole la muerte- en la descripción del curso causal abstracto recogido en el art. 128 -"El que matare a otro..".

En consonancia con el sistema de la teoría del delito que seguimos (vid. concepto de injusto penal), establecer la presencia de una relación de causalidad es una condición necesaria, aunque no suficiente, para afirmar la tipicidad. La condición suficiente la conforma el juicio de imputación objetiva. Un sector de la doctrina penal salvadoreña sigue aún sin distinguir con claridad los problemas de la causalidad y los de la imputación objetiva, considerando, como se dijo, que aquella basta por sí sola para la realización del tipo objetivo en los delitos de resultado. En los mismos términos, se expresa la jurisprudencia al adoptar posiciones muy próximas a la teoría de la condición; por ejemplo cuando contrapone a la "causalidad material" la "causalidad jurídica". La discusión teórica de estos problemas puede resultar intelectualmente

apasionante aunque sin mayor trascendencia. Sin embargo cuando la teoría de la condición es aplicada sin restricciones por Jueces y Tribunales, las consecuencias pueden ser notoriamente injustas.

Una de las grandes tareas encomendadas a la elaboración dogmática es depurar el Código de formulaciones legales que puedan albergar vestigios de responsabilidad objetiva o de métodos que puedan conducir a ella. Precisamente, la razón de ser de la teoría de la imputación objetiva es precisamente la de cerrar el paso, desde el tipo objetivo, a cualquier forma de “*versari in re illicita*”.

C. Teorías evolucionadas de la causalidad.

Las deficiencias observadas en la teoría de la equivalencia de las condiciones determinaron a la doctrina a buscar métodos de análisis más precisos. De esta forma, se elaboran dos teorías, que sin abandonar la causalidad constituyen un antecedente de la teoría de la imputación objetiva. Se tratan de las teorías de la adecuación (o de la condición adecuada) y de la causalidad relevante.

Según la teoría de la adecuación no toda condición del resultado es causa en sentido jurídico, sino sólo aquella que normalmente es adecuada para producir el resultado. El juicio de adecuación lo conforma la probabilidad o previsibilidad objetiva de producción del resultado. Es decir, es adecuada la condición si también lo es para el hombre prudente y objetivo que, puesto en el momento de la acción (*ex ante*), con todos los conocimientos de la situación que tenía el autor al actuar o que debería haber tenido, entiende que era muy probable o previsible objetivamente que tal resultado típico se produjera.

De esta forma, se resuelven en el tipo objetivo problemas que la teoría de la condición debía resolver al llegar al tipo subjetivo. Por ejemplo, una lesión leve no es adecuada para ser considerada como causa con relevancia jurídica de la muerte por accidente de tránsito de la víctima.

Ese famoso “hombre objetivo y prudente” retrotraído al momento en que el autor propina el golpe a la víctima, no puede considerarse como “muy probable” que tal resultado llegará a suceder. En cambio la acción será adecuada si el autor conocía al momento de inferirle la herida que la víctima era hemofílica. Asimismo, soluciona los problemas que plantean los cursos causales irregulares; en el ejemplo de quien es enviado a pasear al bosque, la causa es inadecuada puesto que la “probabilidad” de que el paseante muera víctima del rayo es ínfima.

El error que subyace a la teoría de la adecuación es que selecciona los procesos causales con arreglo a criterios estadísticos -probabilidad- y de normal aparición -los únicos apreciables por el “hombre prudente”-, sin alcanzar a exponer con claridad la relevancia normativa de los mismos con la nitidez debida. Por eso, esta teoría resulta



aún excesivamente amplia y poco precisa como principio limitador de la responsabilidad por la producción del resultado. Una teoría complementaria de la adecuación es la teoría de la causalidad relevante.

De acuerdo con ella, sólo es causal la condición relevante, no ya con base en la probabilidad, sino a las exigencias del sentido del tipo penal correspondiente. Ambas teorías al añadir requisitos a la mera causalidad natural introducen consideraciones ajenas a la estricta cuestión causal y más propias a las exigencias de la tipicidad penal (de contenido normativo). Formalmente, ambas teorías, siguen moviéndose en terrenos de la causalidad al afirmar que no toda condición del resultado es causal del mismo; sin embargo, en los hechos, lo que afirman es que no toda causa es típica. Por estas razones se dice que la teoría de la adecuación tiene más rasgos comunes con la teoría de la imputación objetiva, que con la teoría de la condición.

4.3.3. La imputación objetiva.

A. La imputación objetiva: El principio del riesgo.

Partiendo de la filosofía del idealismo crítico de HEGEL, LARENZ y especialmente HÖNIG sientan las bases sobre las que se construye la imputación objetiva. A ROXIN se debe la gran aportación de depurar de todo vestigio ontológico esta teoría y elaborar el denominado principio de riesgo. En España ha sido GIMBERNAT quien la introduce realizando aportes originales de indudable valor. En la actualidad, se pueden ya distinguir varias líneas de desarrollo: una restrictiva, es decir, limitada a averiguar cuando el resultado es objetivamente imputable a una acción; y otra amplia, que trasciende este objetivo y se manifiesta modificando profundamente toda la teoría del delito JAKOBS.

La exposición que sigue de esta teoría se corresponde con la orientación restringida dada las limitaciones que impone un manual de este tipo. La cuestión jurídica fundamental no consiste en la comprobación del nexo causal en sí, sino en establecer los criterios conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona. Sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana, cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico. Así pues, el juicio de imputación objetiva se compone de dos elementos:

- a) Como presupuesto, la existencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado. Téngase en cuenta que la existencia de una relación de causalidad prevista en los términos de la teoría de la condición, sólo es exigible en los delitos de acción ya que los delitos de comisión por omisión carecen de relación de causalidad, pues de una omisión no puede nacer causa eficiente alguna. No obstante, es factible seguir aplicando en estos supuestos la teoría de la imputación (vid. VI.7).

- b) El resultado debe ser la expresión de un riesgo jurídicamente desaprobado implícito en la acción. En otros términos, el desvalor de la acción concretado en el resultado producido. Así, en el caso del sobrino que hace viajar al tío que quiere heredar en avión con la esperanza de que se estrelle, cosa que sucede, apreciaremos la existencia de una relación de causalidad, de acuerdo con la teoría de la condición, pero no podremos concluir que existió acción homicida ya que viajar en avión no comporta un riesgo jurídicamente relevante. Es decir no se puede imputar objetivamente el resultado al autor cuando su acción no merece ser desvalorada penalmente.

La base del juicio de la imputación objetiva es por tanto la existencia de un riesgo no permitido implícito en la acción (desvalor de acción). Entonces la pregunta que surge de inmediato será: ¿qué características debe reunir ese riesgo para que no sea permitido?. Pues bien, el riesgo debe suponer una posibilidad objetiva de pretender la realización del resultado típico. Con ello no se quiere aludir a una pretensión subjetiva del resultado -si hubo dolo o imprudencia-, sino a que el resultado se pueda concebir como dispuesto finalmente. En otras palabras, se trata de una finalidad objetiva, no subjetiva, que exige la posibilidad de control de un curso causal o dominabilidad humana del mismo. Por eso, no existía riesgo penalmente relevante en enviar al tío en avión ya que el sobrino malintencionado no podía objetivamente controlar el fallo que ocasionó el accidente.

La acción causante del resultado no estaba dispuesta finalmente, por tanto no existía la posibilidad objetiva de pretender la realización del tipo objetivo del homicidio. En conclusión, el riesgo implícito en la acción carece de relevancia jurídico-penal.

La pretensión objetiva de producir el resultado típico, nos sirve como guía para descartar, desde el principio, determinados riesgos irrelevantes penalmente, por ejemplo: aquellos que siendo en sí peligrosos son adecuados socialmente y los riesgos que lejos de aumentar disminuyen la posibilidad de lesión de un bien jurídico.

a. Riesgos adecuados socialmente.

Son los que sin constituir una infracción del deber objetivo de cuidado (vid. VI.6), la experiencia nos dice que antes o después pueden llegar a lesionar un bien jurídico. Así, la mujer que se separa de su marido actúa de forma socialmente adecuada aunque sospeche que el abandono pueda provocar el suicidio de aquél; el organizador de una carrera de motos actúa en los mismos términos aunque prevea que en el curso de la misma se producirá algún accidente; o el Juez que autoriza a abandonar un centro de internamiento al asegurado en relación con los daños que pueda ocasionar, etc.

En resumen, se trata de riesgos que no merecen ser considerados por el ordenamiento jurídico en razón de su utilidad social. Situación distinta será, si la acción del sujeto incrementa la cuantía del riesgo permitido con su conducta, de ello se hablará mas adelante.