

TIPO DE INJUSTO DEL DELITO DOLOSO

El tipo de injusto no está compuesto solo de elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa.

La acción u omisión humanas subsumibles en el tipo no son simples procesos causales ciegos, sino procesos causales regidos por la voluntad.

De ahí se desprende que, ya a nivel de tipicidad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad (fin, efectos concomitantes, selección de medios, etc.). Por eso el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (el llamado tipo objetivo) como subjetiva (el llamado tipo subjetivo).

En la primera se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la acción típica (el autor, la acción, las formas y medios de la acción, el resultado, el objeto material, etc.).

En la segunda el contenido de la voluntad que rige la acción (fin, efectos concomitantes y selección de medios).

Esta vertiente subjetiva es, a diferencia de la objetiva, mucho más difusa y difícil de probar, ya que refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no observar. También admite gradaciones. Entre aquellos supuestos en los que el fin del autor coincide exactamente con el resultado prohibido en el tipo, y aquellos otros en los que el fin pretendido es absolutamente irrelevante desde el punto de vista jurídico penal, pero en los que se desaprueba la forma de utilización de los medios elegidos para conseguir ese fin, hay diferencias evidentes que merecen una distinta valoración.

De ahí la distinción que debe hacerse, en el plano de la tipicidad, entre tipo de injusto realizado dolosamente y tipo de injusto realizado imprudentemente.

La distinción tiene gran importancia, porque cada uno ofrece particularidades dogmáticas propias y por su distinta trascendencia social y jurídica.

Algunos Códigos Penales recogen claramente esta distinción entre dolo e imprudencia (que nuestra legislación la incorpora dentro de la culpa) ya en la definición que dan, dicen al respecto que se deberá tener como delito: "son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas y culposas penadas por la ley" y dicen además, no hay pena sin dolo o culpa.

De acuerdo con ello, veremos por separado el tipo de injusto del delito doloso y el tipo de injusto del delito imprudente, repito, el que nuestro sistema penal lo tiene por equiparado dentro de la culpa, que no es lo más apropiado a mi criterio.

Pero antes de empezar el estudio del tipo de injusto del delito doloso, conviene saber la razón de este proceder sistemático. La dogmática tradicional, todavía dominante entre

nosotros, divide los componentes del delito entre lo "objetivo" y lo "subjetivo".

Al tipo y a la antijuricidad correspondía valorar el lado objetivo y a la culpabilidad lo subjetivo (entendida ésta como pura relación psíquica entre el autor y el resultado).

Pronto se vio que esta separación era insostenible. En algunos tipos delictivos era imposible caracterizar el tipo de injusto de un modo puramente objetivo, porque el legislador exigía ya a nivel típico la presencia de determinados elementos subjetivos (ánimo de lucro, ánimo de injuriar, etc.), sin los cuales el hecho no podía ser típico. Igualmente se puede decir, de un modo general, que el dolo es en la tentativa un elemento subjetivo del tipo de injusto, ya que, sin la referencia al fin pretendido por el autor, no se puede caracterizar un simple proceso causal externo que no llega a consumarse (por ejemplo, para saber si el disparo constituye el tipo de injusto de una tentativa de homicidio o de daños hay que saber cuál era la finalidad o la intencionalidad que perseguía el autor responsable del disparo).

Por otra parte, la culpabilidad no es una simple relación psicológica entre el autor y el resultado. Puede darse esta relación, sin que el autor sea culpable (un enfermo mental puede matar intencionalmente y no ser culpable).

Finalmente, la acción que se caracteriza como típica no es un simple proceso causal, sino este proceso regido por la voluntad. De ahí que también esta voluntad deba ser objeto de valoración en el tipo.

De todo lo dicho se desprende que tanto el dolo como la culpa, en cuanto contenidos de la voluntad, deben ser tenidos en cuenta a la hora de establecer el tipo de injusto, sin perjuicio de que otros elementos y matices subjetivos, además del dolo y la culpa, tengan que ser examinados posteriormente para comprobar si se da la antijuricidad (elementos subjetivos de las causas de justificación) o la culpabilidad (conocimiento de la existencia de una conducta antijurídica).

EL DOLO.

El ámbito subjetivo del tipo de injusto de los delitos dolosos está constituido por el dolo.

El Término dolo tiene varias acepciones en el ámbito del derecho. Aquí se entiende simplemente como conciencia y voluntad de la persona de realizar el tipo objetivo de un delito.

ELEMENTOS DEL DOLO.

De la definición de dolo aquí propuesta se deriva que el dolo se constituye por la presencia de dos elementos: uno intelectual y otro volitivo.

- a) Elemento intelectual. Para actuar dolosamente, el sujeto responsable de la acción debe saber qué es lo que hace y cuales son los elementos que caracterizan su acción como acción típica. En otras palabras, ha de saber, por ejemplo en el homicidio, que le causa la muerte a otra persona; en el hurto, que se apodera de una cosa mueble ajena o que ésta no le pertenece; en la violación, que yace o penetra vaginalmente con su miembro a una mujer, ya sea que se encuentre ésta, conciente pero que rechaza el acto y es sometida con violencia, o bien se encuentre privada de razón o de sentido o que la misma sea menor de 12 años, etc. (Art. 173 CP)

No es necesario, en cambio, que conozca otros elementos pertenecientes a la antijuricidad, a la culpabilidad o a la penalidad. El conocimiento de estos elementos puede ser necesario a otros efectos, por ejemplo, para calificar la acción como antijurídica, culpable o punible, pero no para calificarla como típica.

El elemento intelectual del dolo se refiere, por tanto, a los elementos que caracterizan objetivamente la acción como típica (elementos objetivos del tipo): sujeto, acción, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc.

Así, por ejemplo, el tipo subjetivo del homicidio doloso requiere el conocimiento (y, como después se verá, la voluntad) de que se realizan los elementos objetivos del tipo de homicidio: que se mata, que la acción realizada es adecuada para producir la muerte de otra persona, que la víctima es una persona y no un animal, etc. El que el sujeto conozca la ilicitud de su hacer (cree, por ejemplo, que mata en legítima defensa) o su capacidad de culpabilidad es algo que no afecta para nada a la tipicidad del hecho, sino a otros elementos de la teoría general del delito.

El conocimiento que ha de tener el sujeto activo del delito, que se exige en el dolo es un conocimiento actual, es decir no basta uno meramente potencial o supuesto. El sujeto que actúa ha de saber lo que hace, no basta con que supongamos que ha debido saber o ha podido saberlo.

Esto no quiere decir que el sujeto deba tener un conocimiento exacto de cada particularidad o elemento del tipo objetivo.

En algunos casos, esto sería imposible. Así, por ejemplo, en la violación de una menor de 12 años no es preciso que el sujeto sepa exactamente la edad, basta con que aproximadamente se represente tal extremo; en el hurto basta con que sepa que la cosa es ajena, aunque no sepa exactamente de quién sea, etc. Se habla en estos casos de "valoración paralela en la esfera del profano", es decir, el sujeto ha de tener un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de tales elementos.-

- b) Elemento volitivo. Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además, querer realizarlos.

Este querer no se confunde con el deseo o con los móviles del sujeto. Cuando el atracador a un banco del sistema mata al cajero para apoderarse del dinero que éste

tiene bajo su custodia, probablemente no desea su muerte, incluso preferiría no hacerlo, pero a pesar de ello quiere producir la muerte en la medida en que no tiene otro camino para apoderarse del dinero que éste guarda en el Banco.

Igualmente, son indiferentes para caracterizar el hecho como doloso los móviles del autor. En el ejemplo anterior, los móviles del autor pueden ser simplemente lucrativos, de venganza, políticos, etc.; el atraco no deja por eso de ser doloso.

Los móviles solo en casos excepcionales tienen significación típica y por lo general solo inciden en la determinación de la pena como circunstancias atenuantes o agravantes.

El elemento volitivo supone voluntad incondicionada de realizar algo (típico) que el autor cree que puede realizar. Si el autor aún no está decidido a realizar el hecho (por ejemplo, aún no sabe si disparar para someter a su víctima, o bien esperar a observar la posible reacción de ésta) o sabe que no puede realizarlo (la víctima se ha alejado demasiado del campo de tiro por tanto ya no tiene razón el dispararle) en éstos casos, ya no hay dolo, bien porque el autor no quiere todavía, bien porque no puede querer lo que no está dentro de sus posibilidades ejecutar.

De algún modo el querer supone además el saber, ya que nadie puede querer realizar algo que no conoce. Esto no quiere decir que saber y querer sean lo mismos:

El ladrón sabe que la cosa es ajena, pero no quiere que lo sea; su afán por apoderarse de ella le hace realizar voluntariamente la acción de apoderamiento, a pesar del conocimiento de la ajenidad.

Lo mismo sucede en otros delitos. El violador sabe que la mujer con la que yace es una oligofrénica y, a pesar de ello, quiere yacer con ella, aunque probablemente preferiría que fuera sana mentalmente.

En todos estos casos se puede decir que el autor quiere todas y cada una de estas circunstancias, al incluir en su voluntad la representación total del hecho, tal como se presenta en la parte objetiva del tipo.

El Código Penal, en el Art. 10 describe la relación de causalidad. Y al respecto indica que los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta. Y el 11 indica qué es delito doloso. Y lo es cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.

ERROR DE TIPO

Como ya antes se dijo, el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de esos elementos excluye, por tanto, el dolo y todo lo que podría seguir a dicha conducta, si el error fuera vencible, deja subsistente el tipo de injusto de un delito imprudente, que nuestro sistema denomina como Delito culposo, en otras palabras, cambia la apreciación a la conducta desplegada por el sujeto activo.

El error, igual que el dolo debe referirse a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva (cosa, explosivo) o normativa (ajena, documento) Respecto a estos últimos, basta con que el autor de la acción tenga una "valoración paralela en la esfera del profano", para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo.

El error sobre cualquier otro elemento perteneciente a otras categorías distintas al tipo (error sobre los presupuestos de las causas de justificación, error sobre la antijuricidad, culpabilidad o punibilidad) carece de relevancia y por tanto no afecta la tipicidad. Solo el error sobre elementos del tipo excluye la apreciación y por tanto varía las consecuencias de la imputación.

EL CONCEPTO DE DELITO ELEMENTOS Y ESTRUCTURA DEL CONCEPTO.

CLASIFICACION DE LOS DELITOS.

La teoría general del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, sea este en el caso concreto una estafa, un homicidio o una malversación de caudales públicos.

Hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos delictivos unos de otros; un asesinato es otra cosa que una estafa o un hurto; cada uno de estos delitos presenta peculiaridades distintas y tiene asignadas, en principio, penas de distinta gravedad. Sin embargo, tanto el asesinato, como el hurto o la estafa tienen unas características que son comunes a todos los delitos y que constituye la esencia del concepto general de delito. El estudio de estas características comunes corresponde a la teoría general del delito, es decir, a la parte en la creencia racional de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto. Y se encuentra dentro de las causas de inculpabilidad.-

El error puede caer sobre distintos elementos típicos. De acuerdo con ello se distinguen entre:

Error sobre el objeto de la acción:

En principio, es irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre los que recae la

acción; es decir, lo mismo da que Domitila Velis se apodere del automóvil de Juan Hernández que creía propiedad de Luis Mérida o que mate a Eliécer Gómez Castellanos en lugar de a Edgar Méndez Zetina. En algunos casos la cualidad de la persona determina la comisión de un tipo distinto (como por ejemplo el que usted mata a su padre por error, confundiéndolo con un extraño; realiza un parricidio en lugar de un homicidio) En teoría, cabe construir un delito doloso intentado (de homicidio) Igual cuando los objetos son heterogéneos (dispara contra el perro y alcanza al dueño de éste)

Error sobre la relación de causalidad.

En principio, las desviaciones innecesarias o que no afectan la producción del resultado querido por el autor son irrelevantes (Ejemplo, Gustavo Castillo dispara contra Pedro Ortiz con ánimo de matarle, causándole una herida leve solamente, Pedro Ortiz, muere a los pocos días ya en el hospital a causa de una infección sufrida en la herida que le causara el disparo)

Por el contrario, si el resultado se produce de un modo totalmente desconectado de la acción del autor, todo lo más que puede hacerse es imputarle el hecho como tentativa. (En el ejemplo anterior, Pedro Ortiz muere ya posteriormente, como consecuencia del incendio que sufriera el hospital donde se encontraba recluido)

Error en el golpe (aberratio ictus)

Se da sobre todo en los delitos contra la vida y la integridad física. El autor por su mala puntería alcanza a Norma Fratti, cuando realmente quería matar a Edmundo Hernández. En este caso habrá tentativa de homicidio doloso en concurso con uno calificado de homicidio consumado por imprudencia.

El mismo tratamiento teórico que la aberratio ictus merece el llamado “dolus generalis”.

En este caso el autor cree haber consumado el delito, cuando en realidad se produce por un hecho posterior (el sujeto, tras haber estrangulado a su víctima y en la creencia de que la ha matado, la tira por un precipicio; para ocultar su delito, siendo entonces, cuando la víctima, que solo estaba con pérdida del conocimiento en forma temporal, muere realmente como consecuencia del golpe que ha sufrido en la cabeza al ser golpeada en una piedra cuando estaba cayendo. En la práctica, parece más justo apreciar, sin embargo, un solo delito consumado doloso: el sujeto quería matar a la persona y lo ha logrado al observarlo expirar ya en el fondo del precipicio.-

5. El error sobre los elementos accidentales determina la no-apreciación de la circunstancia agravante o atenuante o, en su caso, del tipo cualificado o privilegiado.-

OTROS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DE INJUSTO DOLOSO.

Normalmente, el tipo de injusto de los delitos dolosos solo requiere en el ámbito

subjetivo el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo.

En algunos delitos específicos se requiere, sin embargo, además, para constituir el tipo de injusto la presencia de especiales elementos de carácter subjetivo. La necesidad de tales elementos para caracterizar el tipo fue ya advertida por algunos penalistas alemanes de principios de siglo, pero fue Mezger quien, sistematizó y dio carta de naturaleza a tales elementos.

Para Mezger, tales elementos subjetivos de lo injusto eran excepciones de un tipo de injusto entendido de un modo causal objetivo. Para el finalismo, en cambio, tales elementos son una confirmación más de que el tipo de injusto puede comprender también elementos subjetivos, entre ellos el dolo.-

Estos elementos subjetivos específicos no coinciden, sin embargo, con el dolo. Se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito.

Así, por ejemplo, el ánimo de injuriar en el delito de injurias, el fin de eximirse de algún servicio público en el auto lesiones. Etc. La importancia de tales elementos subjetivos se revela en que, si no concurren, no se da el respectivo tipo de injusto.

Así, por ejemplo, una manifestación objetivamente injuriosa, hecha sin ánimo de injuriar, sino como testimonio en un juicio, no es constitutiva de un tipo de injurias. Y lo determina el CP en el Art. 170 al indicar. Que nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria causadas en juicio, sin previa autorización del juez o tribunal que de él conociere.

La utilización de una cosa mueble ajena, sin ánimo de apropiársela, sino de solo usarla para luego esperar que la recupere su propietario o devolvérsela, en la doctrina se califica como de no merecedora de un calificativo de tipo penal grave al que se le acredite sanción penal. El código Penal guatemalteco describe el hurto de uso, e incluye como conducta típica no grave aquella en la que se indique que la persona, sin la debida autorización, ha tomado una cosa mueble, total o parcialmente ajena con el solo propósito de usarla y efectuare su restitución en circunstancias que claramente lo indiquen o se dedujere de la naturaleza del hecho, dejare la cosa en condiciones y lugar que permitan su fácil y pronta recuperación. Ésta conducta el código penal guatemalteco la sanciona con multa de mil a quince mil quetzales, sin perjuicio de las responsabilidades resultantes de los daños causados a la cosa.

Cuando el hurto de uso se cometiere para efectuar plagio o secuestro o con fines o propósitos subversivos, se impondrá al responsable prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de las sanciones que correspondan al delito. Pero en la doctrina se hace la excepción al calificativo de hurto de uso en estos casos. Así por igual, hace referencia la doctrina, además, que se estará exento de responsabilidad penal cuando la conducta sea

calificada como un hurto de uso. Pero cuando se trate de un vehículo de motor, si constituye un delito. Éste sería un buen punto de tesis profesional, en cuanto a aceptar que solo será delito si se tratare de un vehículo automotor, no así si se trata de bien mueble, caso en el cual no debe calificarse la conducta como delito y, por tanto, ésta no debe ser merecedora de una sanción penal por parte del Estado;

Ahora bien, en la auto lesión, sin el fin de eximirse del cumplimiento de prestar el servicio público militar, no encuadra la misma en la descrita en el Art. 69 de la Ley Constitutiva del Ejército de Guatemala. En dicho artículo se indica en su final que quienes no cumplan con este precepto (el cual estipula que todos los guatemaltecos tienen el deber de servir y defender a la patria, asimismo, de prestar servicio militar en el ejército de Guatemala) quedarán sujetos a las sanciones establecidas por la Ley o Reglamento respectivo (del Ejército). Pues el 77 de ésta ley habla del alistamiento, el cual se efectuará, por presentación voluntaria, por citación, o por conducción en caso de desobediencia a la citación. Por tanto, si la auto lesión de la persona, es efectuada sin el fin de eximirse de la obligación de prestar el servicio, no constituye un tipo de desobediencia a la citación de la institución armada para prestarlo.

Nuestro código Penal, hace entender que el dolo es un aspecto de la culpabilidad, hace un tratamiento unitario del injusto, recalcando entonces la importancia de la causalidad. En cuanto al dolo propiamente tal, en general hay coincidencia con otros códigos latinos en cuanto a su conceptualización, distinguiendo todos el aspecto cognoscitivo y volitivo.

Al respecto del dolo dice el Código Penal en el artículo 11 que el delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto. -

TIPO DE INJUSTO DEL DELITO IMPRUDENTE.

Hasta hace relativamente poco tiempo, en la doctrina el delito imprudente o culposo ocupaba un lugar secundario en el derecho penal, consagrado fundamentalmente toda la atención al delito doloso, a cuya estructura respondían los delitos más graves y cualitativamente más importantes.

El delito culposo ó como últimamente se le ha denominado, delito imprudente, solo era un quasi delictum, más afín al derecho civil que al penal propiamente dicho.-

El código Penal, en sus artículos 10 y 12 dice que los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta. El delito es culposo cuando, con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia.-

Pues bien, el proceso de industrialización que comienza con la revolución industrial en el siglo XIX, y que continúa y aumenta con el paso del tiempo, supuso la manipulación de máquinas y medios peligrosos para la vida, la salud, la integridad física y el patrimonio de las personas.

El tráfico automovilístico representa actualmente una de las fuentes principales de peligros para la vida y la integridad física, de las personas, con su secuela de muertes, lesiones y daños. No es por ello, extraño que las imprudencias en este sector constituyan estadísticamente, hoy día, la parte más importante del número de delitos apreciados por los tribunales al cabo del año (se habla de un 50% aproximadamente de la totalidad de delitos)

Frente al aumento cuantitativo de este tipo de delincuencia, la doctrina no estaba preparada para resolver técnicamente los problemas jurídicos que planteaba; las teorías penales y la dogmática jurídico penal se habían desarrollado sobre el delito doloso, dejando prácticamente abandonado al delito imprudente, repito, o como nuestra legislación señala, delito culposo, en el Art. 12 CP, cuando indica, El delito es culposo cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia. Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley. Y el Código Penal considera los siguientes delitos culposos: Homicidio culposo, Art. 127; tentativa y aborto culposo, Art. 139; Lesiones culposas, Art. 150; delito deportivo por culpa, Art. 152; incendio y estrago culposo, Art. 285; desastres culposos, Art. 293; propagación culposa de enfermedad, Art. 301 y Art. 312; envenenamiento de agua o de sustancia alimenticia o medicinal, Art. 302 y Art. 312; expendio irregular de medicamentos, Art. 304 y Art. 312; compra de bienes culturales, Art. 332 C; propagación culposa de enfermedad en plantas o animales, Art. 344 y Art. 345; contaminación culposa, Art. 347; contaminación industrial culposa, Art. 347B; aprobación culposa de explotaciones industriales o comerciales contaminantes, Art. 347B y 347C; quiebra culpable, Art. 349; autorización culposa de matrimonio que tenga impedimento para su realización, Art. 437; peculado culposo, Art. 446; prevaricato culposo, Art. 463; evasión culposa, Art. 472.-

Tradicionalmente se concebían el dolo y la culpa como formas de la culpabilidad o, incluso, como la culpabilidad misma, considerando que era una cuestión valorativa, pero no dogmática, la que obligaba a hacer la distinción. Pronto se observó, sin embargo, que la distinción dolo-culpa era algo más que un problema de la culpabilidad. Igual que antes decíamos respecto al delito doloso, pronto se observó que el delito culposo ofrecía ya particularidades notables en el tipo de injusto.

Ejemplo de lo dicho con anterioridad y de la importancia que ha generado en las naciones el atender la imprudencia del ser humano en forma debida, o como nuestro sistema penal denomina la conducta culposa, es observado a diario. Se puede destacar la noticia de Prensa Libre, en el diario del 27 de junio del 2,001, en la página 3, el que indica Seguro Obligatorio para extra-urbanos. Y dice la noticia que no es posible que la gente se muera como animal sin que alguien se haga responsable, (del accidente), resaltó ayer el presidente, Alfonso, Portillo, al anunciar el nuevo reglamento que obliga

a los empresarios del transporte extra-urbano a contratar un seguro de vida para los pasajeros. El gobernante informó que el reglamento de ese servicio fue suscrito plenamente, por lo que entrará en vigencia en los próximos días, cuando se publique en el Diario Oficial. El acuerdo gubernativo estipula que todos los empresarios de ese servicio tendrán la obligación de contratar un seguro para los pasajeros, y de no hacerlo, se harán acreedores a una multa de Q.15,000 quetzales. Respecto del pago por daños también estipula que por muerte e invalidez total se pagarán 50 salarios mínimos mensuales, equivalentes a Q. 37,000 (Salario mínimo de Q620.00) El pago mínimo, por la pérdida de un dedo del pie, será de un salario mínimo mensual, o sea, Q. 752.40

Seguidamente la noticia indica el citado acuerdo surge con base en lo dispuesto en los artículos 1 de la Ley de Transportes y 29 de la Ley de Tránsito; por tal razón, el acuerdo no necesita ser aprobado por el Congreso de la República.

Que la frecuencia de incidentes viales ha enlutado a muchas familias guatemaltecas, dejando a huérfanos y viudas sin ningún apoyo económico, así como también ha implicado un número significativo de personas total o parcialmente incapacitadas, refieren los considerandos de la normativa. Ayer por la tarde, Luis Mijangos, secretario general de la Presidencia, dio a conocer en conferencia de prensa la normativa, y explicó que los propietarios de autobuses que deseen hacer cualquier solicitud o gestión ante la Dirección General de Transporte, deben presentar constancia de seguro.

Otros aspectos que estipula el reglamento es que en los autobuses se deberá informar a los usuarios de que cuentan con el seguro respectivo. Este vehículo cuenta con un seguro emitido por –nombre de la compañía- de conformidad con el reglamento para la contratación de seguro obligatorio en el transporte extra-urbano de personas. También debe expresar en forma clara la fecha de expiración del mismo. La constancia de que el usuario está asegurado la tendrá al momento de recibir el boleto, con el cual adquirirá automáticamente su condición de asegurado.

En un pasado se destacó que entre la pura conexión causal de la acción imprudente con el resultado y la culpabilidad (elementos que eran los únicos que se exigían entonces) había un tercer elemento importantísimo, sin el cual no podía fundamentarse el tipo de injusto del delito imprudente: el deber objetivo de cuidado, lo cual es algo nuevo en la calificación de la conducta en nuestro medio, que se puede apreciar en la doctrina, pero no en nuestra legislación penal, lo que podría ser un buen punto de tesis profesional y si se llegara a legislar al respecto, es decir, crear el calificativo a la conducta “de faltar al deber objetivo de cuidado”, es para algunos, un calificativo muy ambicioso el que se logre, o que se incorpore en el Código Penal vigente.-

Lo esencial del tipo de injusto del delito imprudente no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción.

Si los vehículos de Oneida Aracely y de María Lucrecia chocan en una curva, quedando ambas gravemente lesionadas, es evidente que Oneida Aracely y María Lucrecia han causado por igual dicho resultado y ambas han sufrido daños en su patrimonio, y pueda ser que hasta lesiones en sus integridades físicas.

Pero para saber quién de ellas conducía imprudentemente y, por tanto, quién debe responder del resultado producido, no basta con establecer esta simple conexión causal, es decir la existencia del choque, de los daños producidos a los vehículos, de las lesiones sufridas por ambas partes, sino que es preciso, además, saber quién de las conductoras actuaba diligentemente antes de que éste se produjera y quién no.

Y si, por ejemplo, sabemos que Oneida Araceli al tomar la curva se cerró sobre su lado izquierdo, invadiendo el lateral contrario por donde venía María. El punto de referencia obligada del tipo de injusto del delito culposo o imprudente. A diferencia del delito doloso, el delito culposo o imprudente, es decir, la realización imprudente de los elementos objetivos de un tipo de delito, no se castiga en todos los casos. El principio de intervención mínima obliga a una doble restricción, seleccionando, por un lado, aquellos comportamientos imprudentes que afectan bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física, salud) y castigando, por otro, de entre todos estos comportamientos aquellos que llegan a producir realmente un resultado lesivo para dichos bienes jurídicos.

Hasta cierto punto, es lógico que esto suceda, porque la penalización indiscriminada de todo comportamiento imprudente, cualquiera que sea el bien jurídico a que afecte o independientemente del resultado que produzca, supondría una enorme inflación del derecho penal y una paralización de la vida social.

Una vez más hay que decir que el derecho penal solo debe intervenir en casos de ataques graves a bienes jurídicos muy importantes y, en la medida en que sean insuficientes para sancionar los otros medios jurídicos menos radicales.-

Normalmente, para prevenir las infracciones de tránsito, (la mayoría por comportamientos imprudentes), es suficiente con la aplicación de las sanciones administrativas contenidas en la Ley y el reglamento de Tránsito. Solo cuando la infracción es muy grave o produce un resultado lesivo, debe acudir al Derecho Penal para sancionarlo. Pero, en este caso, siempre con una pena más leve que la imponible por la comisión dolosa del mismo hecho.

Esta idea conduce a pensar que en el moderno derecho penal, el delito imprudente es castigado solo en los casos en los que dicha modalidad de comisión de un tipo delictivo está expresamente prevista en la ley.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia dominante han interpretado que solo algunos tipos delictivos pueden cometerse en su forma imprudente y se dice que las acciones y omisiones culposas solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley. Y se consideran como tipos delictivos de esta clase, los que son sancionados expresamente por la forma de su comisión imprudente.-

El Código Penal guatemalteco ya tiene la calificación de la conducta Culposa y es precisamente lo que la doctrina hoy conoce como imprudencia, como culpa o como negligencia. Y desarrolla el concepto aceptando que existe culpa cuando existe la acción

u omisión lícita, por razón de la imprudencia, negligencia o impericia.

Hay códigos que tienden a denominar la acción culposa únicamente como Culpa. Nosotros la tenemos como Delito culposo, y el código la desarrolla diciendo que es delito culposo la acción u omisión lícita.-

Creo que es lo más correcto, ya que dicha palabra (culposo) en el lenguaje ordinario tiene una acepción mucho más amplia que si se tomara únicamente con la palabra imprudencia o negligencia.-

Ahora veamos que cualidades deben tener una acción para ser calificada como delito culposo, respecto a la producción de un resultado prohibido.-

Al respecto de la culpa, el Código Penal se refiere en los artículos siguientes: 127, 139, 150, 152, 157,158 a conductas que deberán ser tratadas como conductas culposas, pero existen, además, todas las conductas individualizadas con anterioridad. Pues bien, en todos los artículos indicados, en sus preceptos, se observa claramente los dos componentes fundamentales del tipo de injusto del delito culposo: la acción típica imprudente y el resultado que ella ha causado.

LA ACCION TIPICA: LA LESION DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

La ley penal indica con respecto a la acción típica que es delito culposo cuando se actúa con ocasión de acciones u omisiones lícitas, y se cause un mal por imprudencia, negligencia o impericia. Así mismo nos indica que dichos hechos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley, los cuales he individualizado con anterioridad.

Pero ya cuando se trata de determinar los hechos punibles, o bien, de indicar la acción típica, vemos que únicamente dice que al autor se le sancionará con una pena..., o bien, en el delito de aborto culposo, deberá ser verificado por otra persona, se le sancionará con... lesiones por culpa,... etc.

Es pues, el juez o el intérprete quien debe determinar el contenido de la acción imprudente realizada por el sujeto activo.

Los delitos culposos son, por consiguiente, "tipos abiertos". Es decir, una característica del tipo de injusto debe ser completada por vía judicial o doctrinal. Ello no supone ninguna lesión del principio de legalidad, ya que la propia naturaleza de las cosas impide poder describir con mayor exactitud en la ley todos los comportamientos imprudentes que se puedan dar o realizar.-

Por todo ello, hay que buscar un punto de referencia con el que hay que comparar la acción realizada, para ver si ha sido realizada imprudentemente.

Este punto de referencia lo da “El deber objetivo de cuidado” El núcleo fáctico del tipo de injusto del delito imprudente consiste, por tanto, en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud de haber faltado al deber de cuidado objetivo que era necesario observar y tener presente.

El derecho penal no solo prohíbe acciones finales en las que el fin pretendido por el autor o los efectos concomitantes por él admitidos, coinciden con la realización de los elementos objetivos de un tipo de delito, sino también aquellas acciones, cuya finalidad es muchas veces irrelevantes penalmente, pero que son realizadas sin el cuidado necesario y producen un resultado prohibido y lesivo hacia el bien jurídico protegido.

En los delitos imprudentes, la desaprobación Jurídica recae sobre la forma de realización de la acción o sobre la selección de los medios utilizados para realizarla. La prohibición penal de determinados comportamientos imprudentes pretende motivar a los ciudadanos para que, en la realización de acciones que pueden ocasionar resultados lesivos, empleen el cuidado que es objetivamente necesario para evitar que se produzcan;

En una sola expresión: actúen con la diligencia debida.

A) EL CONCEPTO DE CUIDADO OBJETIVO.

El concepto de cuidado, es un concepto objetivo y normativo.

Es objetivo, por cuanto no interesa para establecerlo cual es el cuidado que en el caso concreto ha aplicado o podía aplicar el autor, ya que esta es una cuestión que afecta a la culpabilidad.-

Si no ¿cuál es el cuidado requerido en la vida de relación social respecto a la realización?. Ello supone un juicio normativo que surge de la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor y la observada por terceros que el autor realmente asumió.

Dos son los elementos de este juicio normativo:

Uno intelectual, según el cual es necesaria la consideración de todas las consecuencias de la acción que, conforme a un juicio razonable ("objetivo") eran de previsible producción ("previsibilidad objetiva")

Otro valorativo, según el cual solo es contraria al cuidado aquella acción que va más allá de la medida adecuada socialmente.

Ciertamente, con la previsibilidad objetiva seria insuficiente, porque no toda acción que objetivamente puede producir resultados lesivos es ya por sí solo una conducta

imprudente.

Póngase un ejemplo: Conducir un automóvil un fin de semana en una carretera de mucho tráfico y con muchos peatones corriendo por sus alrededores, supone ya de por sí, el solo hecho de conducir, una actividad peligrosa. Sin embargo, aunque puede ser previsible el que se pueda producir un resultado dañoso a terceros, es sin más, una acción lícita y normal para la gran mayoría que puede observar lo que está pasando. Es decir, que si se camina con todo cuidado es probable que no suceda nada y que pueda evitarse cualquier resultado dañoso o peligroso hacia terceros que está en el campo de la probabilidad. Pero si su conducta es imprudente, es decir, conduce con excesiva velocidad, en dicho lugar, se está hablando que éste individuo está faltando a la obligación que tiene de actuar con toda la objetividad y con el deber que tiene de andar con cuidado por dicho lugar, que es lo que le exige la lógica de la generalidad de personas que lo observa.

Por eso, es necesario que, además de la previsibilidad, el sujeto tenga presente las reglas de cuidado que, en esos casos, el tráfico exige observar.

Estas "reglas de cuidado" no son siempre fáciles de precisar y es necesario recurrir a criterios abstractos como "buen conductor", "conductor experimentado", "hombre de inteligencia media", etc.

En otras ocasiones, las reglas de cuidado, que deben observarse, vienen descritas en preceptos de normas administrativas (El reglamento y Ley de tránsito) cuya inobservancia constituye generalmente una imprudencia. Otras veces, hay que recurrir a reglas de experiencia en el ejercicio profesional de determinadas profesiones (las llamadas leyes de las artes, para médicos, ingenieros, arquitectos, etc.)

Las peculiaridades técnicas, aparte de otras razones sociales, dificultan la valoración del comportamiento como imprudente y ello hace que, muchas veces, imprudencias profesionales de médicos, arquitectos, ingenieros, etc., no sean castigadas, aparte de otras razones meta jurídicas, que ahora no vienen al caso mencionar.-

De todos modos, todas las reglas y principios de la experiencia son abstracciones y generalizaciones que deben aplicarse a un caso concreto para valorar si hubo o no imprudencia. Por eso, la inobservancia de esas reglas es ya un indicio, pero nunca una prueba irrefutable de que se actuó imprudentemente.

Hay casos en los que la observancia puede ser imprudente y la inobservancia, prudente:

Un ejemplo podría ser el invadir el lado izquierdo de la calzada, cuando no viene nadie en contra, buscando evitar el atropellar a un niño, es, a pesar de la infracción formal, un acto prudente; el seguir por el mismo lateral puede ser imprudente pues en el paso se encuentra estacionado un infante que por guardar las reglas de conducir, se le puede llegar a quitar la vida a dicha persona. Otro ejemplo podría ser el que, ante una persona

tirada en el pavimento, se tenga el conductor que subirse a la acera donde nadie se encuentra caminando en ese momento. La conducta imprudente podría ser calificada como el hecho de haberse subido a la acera, pero sería más grave el continuar en el pavimento, ya que podría perder la vida la persona que se encuentra desvanecido en ella, por razones que el conductor ignora.-

B) LA LESIÓN DEL CUIDADO OBJETIVO.

Si de la comparación entre el deber de cuidado objetivo y la acción concreta realizada, resulta que la acción ha quedado por debajo de lo que el cuidado objetivo exigía, se habrá lesionado este cuidado y la acción será típica a los efectos de constituir el tipo injusto de un delito imprudente dentro de la doctrina, que en nuestro sistema tendría que situarse en un delito culposo, aunque no sería lo más oportuno.

Si, por el contrario, la acción realizada es conforme al cuidado requerido, no será típica la acción realizada.

El derecho penal no puede obligar a nadie más allá de la observancia del cuidado que objetivamente era exigible en el caso concreto al que se encontraba en esta situación.

Solo la lesión del deber de cuidado convierte la acción en acción imprudente.

EL RESULTADO:

Como ya se ha dicho, las acciones imprudentes, que nuestro código penal califica de acciones culposas, solo son castigadas, por imperativo del principio de intervención mínima del derecho penal, en la medida en que producen determinados resultados. El desvalor de la acción (la acción imprudente) no es, por sí, suficiente para determinar una sanción penal, es preciso, además, que se conecte con el desvalor del resultado (la producción de un resultado prohibido)

La producción del resultado es el "componente de azar", de los delitos imprudentes, porque solo cuando existe, pueden ser estos castigados, por más que la acción imprudente sea la misma, se produzca o no se produzca el resultado.

El resultado en el delito imprudente constituye, normalmente, una lesión, daño o destrucción de un bien jurídico y, más raramente, es suficiente con la puesta en peligro del bien jurídico.

En los delitos imprudentes de resultado lesivo debe mediar, entre la acción imprudente y el resultado lesivo, una relación de causalidad, es decir, debe darse una conexión que permita imputar ya en el plano objetivo ese resultado concreto que se ha producido al autor de la acción imprudente realizada. El CP describe en el Art. 10 la relación de causalidad. Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para

producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta.

Se plantean aquí los problemas de relación de causalidad ya estudiados con anterioridad, y que normalmente se pueden resolver con la teoría de la causalidad adecuada. En efecto, como he indicado con anterioridad, y con el ánimo de reforzarlo repito, esta teoría considera adecuada una acción para provocar un resultado, cuando era previsible objetivamente que lo iba a provocar y el autor actuó sin la diligencia debida, como he indicado por igual, ya antes, hoy se maneja el concepto de la falta al deber objetivo de cuidado. Estos dos componentes, previsibilidad objetiva y diligencia debida, son, al mismo tiempo, los elementos que se emplean para determinar cuándo una acción es calificada de imprudente.

Sin embargo, no siempre cuando se da la previsibilidad objetiva y la falta de diligencia pueden imputarse los resultados producidos al autor de la acción.

La doctrina y la jurisprudencia han elaborado criterios que perfilan la teoría de la causación adecuada y restringen el ámbito de imputación a aquello que es jurídicamente relevante.

Dos son los grupos de casos más importantes con los que se han enfrentado la teoría y la jurisprudencia en el ámbito internacional:

- a) El resultado se ha causado por la realización de la acción imprudente, pero también se hubiese producido si el autor hubiera actuado correctamente y de diferente forma. Como ejemplo y para entender mejor el asunto puedo indicar, Domitila camino a la universidad, montada en una bicicleta, pero momentos antes se había tomado cuatro Diasepan de diez miligramos, a efecto de tranquilizarse del sistema nervioso, pues tendría que enfrentar unos exámenes finales y dicho medicamento la tenían somnolienta. A causa de ello, cae al pavimento, y el camión que la seguía le pasa las ruedas traseras sobre el cuerpo, en el momento en que el camión pretende adelantársele a una mayor velocidad. El mismo resultado se hubiera producido si el camión mantiene la velocidad normal y acostumbrada, no excediéndose en los límites de la velocidad permitida en el área urbana; mas el

resultado igual se hubiera producido aunque el camionero hubiese conducido correctamente. En este caso, la doctrina y jurisprudencia internacional más relevante niegan la causalidad, siempre que sea seguro que el resultado no hubiera podido ser evitado actuando correctamente.

Sin embargo, hay otro sector que considera que el resultado puede ser también imputado, siempre que se demuestre que la acción imprudente supuso un incremento notable del riesgo normal de que el resultado se produjere.-

- b) El resultado producido por la acción imprudente cae fuera del ámbito o fin de protección de la norma lesionada. En este caso, se niega la imputación objetiva, porque el resultado producido no tiene nada que ver con el fin de la norma infringida.

Ejemplo: Si alguien conduce de noche, sin luz en los faros delanteros y, al ir muy despacio es embestido por un vehículo que viene detrás a gran velocidad, la infracción de la norma que obliga a conducir con luz frontal no tiene nada que ver con el resultado producido que, en principio, no será imputable al conductor que conduce en esa situación.

Las normas que disciplinan la circulación de automóviles están para prevenir resultados lesivos de los participantes en el tráfico, no para prevenir, por ejemplo, la muerte de la madre de un conductor que muere de infarto al conocer y saber de la noticia de la muerte de su hijo en un accidente sucedido momentos antes y fuera del alcance de su vista.

LA RESPONSABILIDAD POR EL RESULTADO.

En principio, las únicas formas de imputación que existen en derecho penal son la dolosa y la culposa (Arts. 11 y 12 CP);

todo lo que no sea atribuible a título de dolo o a título de la culpa debe ser excluido del ámbito del derecho penal e incluso del ámbito de lo típicamente relevante.-

El tipo, en efecto, como materia de prohibición, solo puede prohibir aquellos sucesos de la vida desencadenados, dolosa o culposamente, por una acción humana final.

Toda producción de un resultado que no se deba al menos a un comportamiento culposo, debe estimarse como fortuito y excluirse, por tanto, del ámbito de lo penalmente relevante. El CP en el Art. 22 lo describe como caso fortuito. Y afirma que no incurre en responsabilidad penal, quien con ocasión de acciones u omisiones lícitas,

poniendo en ellas la debida diligencia, produzca un resultado dañoso por mero accidente.

Como ya anteriormente se ha dicho, ni siquiera en el plano causal son imputables, de acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada, los resultados objetivamente imprevisibles o como consecuencia de, acciones realizadas con la diligencia debida.

Estos dos elementos, previsibilidad objetiva y lesión de la diligencia debida, son también elementos del tipo de injusto del delito culposo, de tal modo que, si no se dan, no puede hablarse de presupuestos de una responsabilidad a título de culpa.-

La exclusión de la responsabilidad por el resultado o de la responsabilidad objetiva del ámbito del derecho penal, es también una consecuencia de la función motivadora de la norma penal, que solo puede motivar a los ciudadanos para que se abstengan de realizar acciones que puedan producir resultados previsibles y evitables.

Carece de sentido prohibir procesos meramente causales.-

Esto que parece lógico es, sin embargo, una conquista relativamente reciente del moderno derecho penal y, aun así, no siempre respetada. El derecho penal, aun en el siglo XX, conoce una tercera fuente de imputación distinta a la dolosa y a la culposa, que es la pura responsabilidad por el resultado.-

Su origen más inmediato se encuentra en el principio *versari in re illicita*, procedente del derecho canónico medieval, según el cual basta con que se inicie la ejecución de un acto ilícito para que se impute a su autor el resultado producido, aunque dicho resultado sea fortuito y totalmente alejado de la finalidad y de la previsibilidad del sujeto.

La responsabilidad por el resultado se vincula, por tanto, a un inicial hecho ilícito, generalmente un delito doloso, aunque puede ser imprudente. Pero una vez iniciado el hecho ilícito básico, el autor responde de todas sus consecuencias, aunque sean fortuitas. Se observa su declaración en el Art. 26 numeral 6°. CP con el título de que son circunstancias atenuantes, la Preterintencionalidad. No haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo.

La doctrina y jurisprudencia dominante de otros países, en un pasado, recogía claramente la idea del *versari*, al declarar la responsabilidad del que cometiere voluntariamente un delito o falta, "aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar". Sin embargo, aún se encuentra vigente en nuestra legislación penal cuando ha sido desechada en otras latitudes.

La posibilidad de excluir, a pesar de todo, la responsabilidad penal quedaba excluida, por cuanto recogía la exigente de caso fortuito (única que podría venir en aplicación), pero resulta que exige la misma que el hecho inicial sea lícito.-

De todas formas, la jurisprudencia internacional no aceptaba en su integridad la idea del

versari, que supone imputar el resultado, fortuitamente producido, a título de dolo, y para evitar esta injusta consecuencia ha previsto dos preceptos:

1o.) O se castiga al autor conforme a que establecía la pena del delito de menor gravedad en su grado máximo;

2o.) O se le castiga por el delito consumado a título de dolo, pero se le rebajaba la pena aplicándole la atenuante legal.-

La jurisprudencia internacional aplicaba en los casos de error in persona y aberratio ictus, y en las lesiones seguidas de muerte (homicidio preterintencional) y en algunos delitos patrimoniales, en los que el perjuicio patrimonial es notoriamente mayor que el pretendido por el delincuente (la preterintencionalidad)

La doctrina internacional considera, en cambio, que la atenuante no es aplicable al homicidio preterintencional, sino solo a aquellos delitos cuyo resultado es graduable (lesión leve, lesión grave); mientras que en otros era aplicable a los casos en que el delito intentado y el producido son distintos (lesiones-homicidio) Esta tesis fue después desarrollada por otros autores más modernos.-

Junto a estas cláusulas generales en las que, más o menos claramente, se acogía la responsabilidad por el resultado, algunos códigos contienen los llamados delitos cualificados por el resultado, en los que la pena de un delito básico (contra la salud pública, aborto, abandono de niños, etc.) se agrava notablemente por la producción de un resultado más grave (generalmente se trata de la muerte de la víctima).

Ante dicha situación, la doctrina internacional se ha esforzado por compatibilizar la regulación legal con los principios del moderno derecho penal, buscando algún resorte legal que impida la atribución de un resultado fortuito, restringiendo la causalidad con ayuda de la teoría de la causación adecuada, que ya con anterioridad se ha señalado.

Por lo que hoy se escucha en las legislaciones latinas que "No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave solo se responderá de este sí se hubiera causado, al menos, por culpa".

Ello supone que se ha dado un paso adelante en algunas legislaciones penales latinoamericanas, en sí en la consecución del principio de culpabilidad, aunque insuficiente en la medida que se mantienen delitos cualificados por el resultado, si bien ahora el resultado cualificante ha de ser producido por lo menos imprudentemente.

De todos modos, sigue siendo contrario al principio de culpabilidad y al sentido de proporcionalidad que estos delitos sean castigados con la misma pena que si el resultado cualificante se hubiera producido dolosamente.

Lo ideal sería la supresión de estas figuras, para dejar paso a las reglas generales del

concurso, cuando procedan.

El asunto es que, sirven para atemperar las consecuencias de la responsabilidad por el resultado y en este sentido representan un gran avance en orden a la consecución del principio de culpabilidad.-

LA ANTIJURICIDAD.

Una vez subsumido (tipificado) el caso de la realidad en el supuesto de hecho de una norma penal, el siguiente paso, que el jurista, el Abogado, el fiscal, o el juez debe dar, en orden a la averiguación de sí ese caso puede engendrar responsabilidad penal, es la determinación de la antijuricidad, es decir, la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, es injusto o bien es un acto humano calificado de conducta ilícita.-

El término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico.

A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuricidad no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo.

El derecho penal no crea la antijuricidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos antijurídicos, generalmente los más graves, conminándolos con una pena. Normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico (función indiciaria de la tipicidad); pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuricidad. Si no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuricidad y el siguiente paso es entonces la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico.

De aquí se deduce que, en la práctica, la función del juicio de antijuricidad se reduce a una constatación negativa de la misma, es decir, a la, determinación de sí concurre o no alguna causa de justificación. Esto no quiere decir, sin embargo, que la antijuricidad no plantee una problemática propia.

Corresponde a la ciencia del derecho penal ocuparse de lo que significa la antijuricidad como tal y de su significación para la teoría del delito.

ANTI JURICIDAD E INJUSTO.

En la dogmática jurídico penal se emplea tanto el término antijuricidad como el de injusto. Y se les ha aceptado como equivalentes.

Sin embargo, es oportuno que ambos términos sean debidamente diferenciados:

La antijuricidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que ésta es Contraria al ordenamiento jurídico pre establecido por el Estado.

El o lo injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica; Lo injusto es, por lo tanto, la conducta antijurídica misma.

Mientras que la antijuricidad es una cualidad de la acción común a todas las ramas del ordenamiento jurídico, el injusto es a veces la acción antijurídica de hurto, de homicidio, de incumplimiento contractual, de infracción administrativa. Por eso se habla de injusto penal, injusto civil o injusto administrativo, aunque la antijuricidad sea unitaria para todo el ordenamiento jurídico.

En derecho penal se emplea la expresión tipo de injusto para calificar aquellas acciones antijurídicas subsumibles como típicas en el supuesto de hecho de una norma penal y también para delimitar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuricidad.

ANTI JURICIDAD FORMAL Y ANTI JURICIDAD MATERIAL.

A la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico se le llama antijuricidad formal. La antijuricidad no se agota, sin embargo, en esta relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene también un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de antijuricidad material.

Antijuricidad formal y material no son sino aspectos del mismo fenómeno. Una contradicción puramente formal entre la acción y la norma no puede ser calificada de antijurídica, como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien que no este protegido jurídicamente.

La esencia de la antijuricidad es, por consiguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción.

En la medida en que no se de esa ofensa al bien jurídico no podrá hablarse de contradicción entre la norma y la acción.

Como ejemplo podríamos decir que la falsificación de la firma de un personaje famoso por puro pasatiempo o la confección de una letra de cambio con fines didácticos en la universidad, etc., no constituye una acción antijurídica de falsedad material, ya que el bien jurídico protegido en este delito, la seguridad en el tráfico fiduciario, no se ve afectada por estos hechos (sobre el concepto de bien jurídico)

LOS CONCEPTOS DE LESION Y PELIGRO.

La ofensa al bien jurídico, que constituye la esencia del juicio de antijuricidad, puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro de dicho bien jurídico.

La lesión del bien jurídico es un concepto normativo. Por tal razón no solo debe entenderse la destrucción o daño de un objeto material, sino también las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material.

Tal lesión es la destrucción de la vida o de una cosa ajena en los delitos de homicidio y de daños, como la ofensa al honor en el delito de injurias.

Normalmente, la forma consumada de los tipos delictivos contiene una lesión del bien jurídico protegido en dicho tipo.

Junto a la lesión, en el derecho penal se castiga también la puesta en peligro de bienes jurídicos.

El peligro es un concepto también normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca.

El juicio de peligro es, pues, un juicio *ex ante*, que se emite situándose el juzgador en el momento en que se realizó la acción. Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, era probable que produjera su lesión, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en la que se realiza la acción que está enjuiciando (conocimiento ontológico) y sepa además las leyes de la naturaleza y las reglas de experiencia por las que se puede deducir que esa acción, realizada en esa forma y circunstancias, pueda producir generalmente la lesión de un bien jurídico (conocimiento normológico)

Para saber, por ejemplo, si Domitila conducía peligrosamente su automóvil es necesario, primero, saber a que velocidad lo conducía, por que tipo de carreteras viajaba, que clase de vehículo era el que manejaba, etc., y, segundo, deducir si, conforme a las reglas de la experiencia, era probable que, por esa forma de conducir y dadas las circunstancias, se produjera un accidente que provocara la muerte o la lesión de Catalina o alguna otra persona.

Si una vez hechas estas comprobaciones se deduce que no hubo tal peligro, el hecho dejará de ser antijurídico, porque la antijuricidad material exige por lo menos la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos en la norma penal.

DESVALOR DE ACCION Y DESVALOR DE RESULTADO.

El contenido material de la antijuricidad no se agota con lo que hasta el momento se ha dejado escrito, sin embargo, se afirma que el desvalor de acción y el desvalor de

resultado se aprecia cuando se observa la lesión al bien jurídico, o la puesta en peligro de la existencia de éste, el cual se encuentra debidamente tutelado por el Estado.

No toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor de resultado) deberá ser calificada de acción antijurídica, sino solo aquella lesión que se deriva de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico vigente por el Estado (desvalor de acción)

Pues bien, en otras palabras, el derecho penal, por imperativo del principio de intervención mínima, no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino solo aquellas conductas que lesionan y son consecuencia de acciones especialmente intolerables por la gran mayoría de miembros de la sociedad.

Así, por ejemplo, el Estado solo sanciona la usurpación de inmuebles, cuando se realiza con violencia o intimidación, o se castiga el apoderamiento de cosa mueble ajena si se realiza con ánimo de lucro;

Se imputan resultados cuando han sido producidos dolosa o imprudentemente; se castigan más gravemente algunos hechos ya delictivos cuando se realizan de una forma especialmente intolerable, como el asesinato o el robo.

Ambos conceptos, desvalor de acción y desvalor de resultado, son igualmente importantes en la configuración de la antijuricidad, ya que están perfectamente entrelazados y son inimaginables el que se les conciba en forma separada.

El valor o desvalor de una conducta supone siempre el valor o desvalor de un resultado.

Así, por ejemplo: la prohibición de matar es una consecuencia de la protección a la vida; Lo describe el Art. 123 CP. Comete homicidio quien diere muerte a alguna persona.

La prohibición de robar es una consecuencia de la protección que el Estado da a la propiedad. Se describe en el Art. 251 CP Quien sin la debida autorización y con violencia anterior, simultánea o posterior a la aprehensión, tomare cosa, mueble, total o parcialmente ajena. Etc.

En ambos ejemplos, el desvalor de la acción (matar, robar) se deriva ya del desvalor del resultado (destrucción de la vida, lesión de la propiedad)

Lógicamente los mandatos "no matar", "no robar", etc. solo tienen sentido si previamente se reconocen los valores que los fundamentan: vida, propiedad, etc.

Pero igualmente la protección a esos valores, por medio de la norma penal, solo puede conseguirse sancionando o prohibiendo las acciones humanas que puedan lesionarlos. Por eso parece superflua la polémica sobre la prioridad entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado.

No existe una jerarquía lógica o valorativa entre ellos, ya que ambos contribuyen, al mismo nivel, a constituir la antijuricidad de un comportamiento. Lo que sucede es que,

por razones político criminales, el legislador a la hora de configurar los tipos delictivos puede destacar o hacer recaer más el acento en uno u otro tipo de desvalor.

En el derecho penal tradicional, por influencia de la idea de la responsabilidad por el resultado, se hacía recaer el centro de gravedad en el desvalor del resultado, especialmente en la lesión del bien jurídico, castigando más gravemente el delito consumado que la tentativa, admitiendo los delitos cualificados por el resultado, etc.

Actualmente se pretende destacar el desvalor de la acción, castigando con la misma pena la tentativa y el delito consumado, adelantando la consumación del delito a simples puestas en peligro del bien jurídico tutelado o incluso, lo que es recusable, sancionando la simple desobediencia a la norma sin ofensa al bien jurídico protegido (delitos de peligro abstracto) o sancionando, lo que es todavía más recusable, el llamado delito imposible, porque aunque solo se sujete al actor a medidas de seguridad, se ha considerado por la doctrina, que se está castigando a éste de igual forma que con la pena. El Art. 15 CP indica la tentativa imposible. Si la tentativa se efectuare con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza, que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible, el autor solamente quedará sujeto a medidas de seguridad.

Para evitar estos excesos debe tenerse en cuenta siempre el principio de intervención mínima y la idea de antijuricidad material, según la cual solo la lesión o la puesta en peligro efectiva de un bien jurídico puede ser sancionado con una pena.-

CAUSAS DE JUSTIFICACION.

El ordenamiento jurídico no solo se compone de prohibiciones sino también de preceptos permisivos o permitidos que autorizan realizar un comportamiento humano, en principio, prohibido, pero tolerable y aceptable por las circunstancias en que éstos llegan a suceder.

En derecho penal la existencia de una conducta típica, supone la realización de un acto prohibido, por cuanto que el tipo constituye o describe la materia de prohibición, es decir, aquel o aquellas conductas que el legislador quiere evitar que realicen los ciudadanos.

Pero en algún caso concreto el legislador permite esa conducta típica, cuando hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan.

En estos casos, el indicio que pueda existir de la antijuricidad que supone la tipicidad queda desvirtuado por la presencia de una causa de justificación.-

En otras palabras, por la existencia de una causa de exclusión de la antijuricidad en el actuar del ser humano, convierte este en sí en un acto típico, pero es un comportamiento perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que

sucede con las causas de inculpabilidad. Las causas de justificación no solo impiden que se pueda imponer una pena al autor de una conducta típica, sino que convierten ese actuar humano, en acción lícita, aprobada por el ordenamiento jurídico.-

De ello se derivan importantes consecuencias:

- A) Frente a un acto justificado no cabe legítima defensa, ya que esta supone una agresión antijurídica.-
- B) La participación (inducción, cooperación, etc.) en un acto justificado del autor está también justificada dicha participación (sobre la autoría mediata)
- C) Las causas de justificación impiden que al autor del hecho justificado pueda imponérsele una medida de seguridad o cualquier tipo de sanción, ya que su comportamiento es lícito, en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico penal.
- D) La existencia de una causa de justificación exime de la comprobación por parte de la autoridad de la culpabilidad del autor, ya que la culpabilidad solo puede darse una vez comprobada la existencia de la antijuricidad.
- E) El ámbito de las causas de justificación se extiende hasta donde llega la protección normativa del bien que, por renuncia de su titular o por mayor importancia de otro, se permite atacar. Toda extralimitación en el ejercicio de una causa de justificación o lesión de un bien extraño será, por lo tanto, antijurídica.

El Código Penal, lo describe en el Art. 24. con el título: Causas de justificación. Son causas de justificación:

Legítima defensa

1º.- Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla;
- c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretende entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores.

El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

Estado de necesidad

2º.- Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro. Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes:

- a) Realidad del mal que se trate de evitar;
 - b) Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo;
 - c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.
- No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse.

Legítimo ejercicio de un derecho

3º.- Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que preste a la justicia.

Todos estos efectos son predicables por igual de todas las causas de justificación que reconoce el ordenamiento jurídico. Del catálogo de eximentes recogidas en el Código Penal, tienen el carácter de causas de justificación: la legítima defensa, el estado de necesidad, y el legítimo ejercicio de un derecho que bien puede ser equiparado al caso fortuito, al cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho y la obediencia debida.

Junto a ellas se considera también como causas de justificación el consentimiento en los casos en los que la protección de un bien jurídico queda supeditado a la voluntad de su titular. En la doctrina se atribuye esta cualidad al derecho de corrección (que no sería más que un supuesto concreto del ejercicio legítimo de un derecho) y el riesgo permitido (especialmente como justificación en los delitos imprudentes) En todo caso, sin perjuicio de pronunciarnos más adelante sobre cada una de ellas, parece claro que el catálogo de causas de justificación no puede ser un catálogo cerrado, por cuanto las causas de justificación no son un problema específico del derecho penal, sino un problema general del ordenamiento jurídico. Cualquier acto lícito, desde el punto de vista del derecho público o privado, puede serlo también para el derecho penal, y, a la inversa, cualquier acto justificado de derecho penal es también un acto lícito para las restantes ramas del ordenamiento jurídico.

El concepto de licitud o ilicitud, de jurídico o antijurídico, es, por lo tanto, un concepto general válido para todo el ordenamiento jurídico. Lo único específico de cada rama del derecho son las consecuencias que se atribuyen al acto jurídico o antijurídico. De aquí se desprende que las fuentes de las causas de justificación pueden tener un origen en cualquier rama del ordenamiento jurídico que, por medio de sus disposiciones (ley,

reglamento, derecho consuetudinario, etc.), autorice la realización de un hecho penalmente típico.

SISTEMATICA.

La doctrina se ha esforzado por reconducir las causas de justificación a una serie de principios generales que informan su regulación Jurídica concreta.

Las teorías monistas pretenden reducir todas las causas de justificación a un principio único que algunos ven en la idea de "empleo de medios adecuados para un fin lícito";

Otros en la de "más beneficios que perjuicios";

Y, finalmente, hay algunos tratadistas que la sitúan en la "ponderación de bienes". Sin embargo, estas teorías han sido abandonadas, por cuanto utilizan conceptos vagos e indeterminados, incapaces de explicar unitariamente la naturaleza de cada causa de justificación en concreto, ya que cada una responde a ideas diferentes o a la combinación de varias de ellas.-

La doctrina dominante en la actualidad atiende a varios principios generales reguladores, comunes a diversos grupos de causas de justificación de la misma especie, o similares en su punto de partida, y las clasifica luego en función de estos principios.

De acuerdo con ello, las causas de justificación se suelen clasificar dentro de los dos segmentos y según predomine en ellas:

- a- El principio de la ausencia de interés o
- b- El principio del interés preponderante.

En las primeras (de El principio de la ausencia de interés): El hecho queda justificado porque el titular del bien jurídico afectado por el hecho renuncia a la protección jurídica en el caso concreto (caso del consentimiento)

En las segundas (El del principio del interés preponderante) El hecho queda justificado porque la lesión de un bien jurídico se produce para salvar otro bien de mayor valor (estado de necesidad)

Sin embargo, no son estos principios los únicos informadores de las causas de justificación, ya que, junto a ellos, juegan también un papel importante otros como el de la "Prevalencia del derecho", el de "la proporcionalidad", el de "necesidad", etc ..., que no siempre son reconducibles a las otras dos.

Realmente debe estudiarse en cada causa de justificación en concreto cuales son los principios que la inspiran, renunciando a cualquier apriorismo sistemático que, por lo

demás, apenas tiene importancia práctica.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DE JUSTIFICACION.

Las causas de justificación tienen elementos objetivos y subjetivos. Para justificar una acción típica no basta con que se de objetivamente la situación justificante, sino que es preciso, además que el autor conozca esa situación e, incluso, cuando así se exija, que tenga las tendencias subjetivas especiales que exige la ley para justificar su acción.

Por ejemplo, solo puede actuar en legítima defensa quien sabe que se está defendiendo Art. 24 Numeral 1°. CP cuando dice: Es causa de justificación la legítima defensa. 1°.- Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores.

El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación. .

Para la justificación de una acción no es suficiente, por tanto, que el autor alcance un resultado objetivamente lícito, sino que es preciso, además, que haya actuado acogiendo en su voluntad la consecución de ese resultado.

No actúa, por ejemplo, en legítima defensa quien mata por venganza a otro sin saber que la víctima estaba esperándolo precisamente para matarlo;

La exclusión de la legítima defensa en este caso no se debe a que se mate por venganza, sino a que el autor no sabía subjetivamente que estaba defendiéndose de la agresión de la víctima.

El elemento subjetivo de justificación no exige, por lo tanto, que los móviles de quien actúa justificadamente sean valiosos, sino simplemente que el autor sepa y tenga la voluntad de actuar de un modo autorizado o permitido jurídicamente.

Demos otro ejemplo: El guardián de presidios puede ejercer su profesión porque es un sádico y disfruta con el dolor ajeno, el que es mayor cuando observa el sufrimiento de los internos del presidio, al momento en que él hace sonar las llaves, pasando el garrote frente a los barrotes de las celdas, etc. pero en la medida en que actúe dentro de los límites legales y sepa y quiera actuar dentro de esos límites, actuará justificadamente.

Lo mismo sucede en las demás causas de justificación. Es equivocado el pensar que la

exigencia de un elemento subjetivo de justificación convertiría a los Tribunales de Justicia en confesionarios, porque no se trata aquí en absoluto de valorar los motivos e intenciones últimas del acusado, sino de probar simplemente que conocía la situación objetiva justificante y si actuó voluntariamente dentro de los límites autorizados.-

EL ERROR EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION:

La justificación de una acción solo se da si concurren tanto el elemento subjetivo como el objetivo de la respectiva causa de justificación.

La falta de cualquiera de estos elementos determina que el acto permanezca en el concepto de acción antijurídica.

Esto puede darse tanto por falta del elemento subjetivo (el autor no quiere actuar conforme a derecho, pero su acto causa un resultado objetivamente lícito), como por falta del elemento objetivo (el sujeto quería actuar conforme a derecho, pero el acto que produjo no está objetivamente autorizado por el derecho)

Tanto en un caso como en otro nos encontramos con un error que, aunque no afecta a la antijuricidad, puede tener repercusiones en otra categoría del delito (la culpabilidad) o en el tratamiento global del hecho.

Uno de estos casos se da en el supuesto de la creencia errónea en la existencia de una causa de justificación.

Ello puede obedecer a que el sujeto creía en la existencia de un hecho que de haberse dado realmente hubiera justificado su acción:

El autor disparó porque creía erróneamente que la víctima iba a dispararle.

También a que el sujeto creía erróneamente que su acción estaba autorizada:

Por ejemplo, el policía creía que podía disparar contra todo el que pasare un semáforo en rojo.

En estos casos o se da el elemento objetivo de la respectiva causa de justificación (legítima defensa, ejercicio de un derecho) o el hecho es antijurídico.

Pero, como más adelante veremos, este error puede afectar a la culpabilidad como error de prohibición, bien excluyéndola totalmente, si el error era invencible, bien atenuándola, si era vencible.

El caso inverso se da cuando falta el elemento subjetivo de justificación, aunque objetivamente exista una situación justificante:

El autor dispara contra su enemigo, sin saber que este le estaba esperando para matarlo. El hecho es antijurídico.

Lo que la doctrina se plantea aquí es si cabe castigarlo por el delito consumado, ya que el resultado producido, objetivamente era aprobado por el ordenamiento jurídico. La cuestión es muy discutida. La doctrina dominante se inclina por castigar por tentativa, ya que, aunque el resultado pretendido por el autor se ha producido y, objetivamente, constituye la consumación de un delito, la verdad es que el ordenamiento jurídico no lo desaprueba.

En este supuesto existiría desvalor de la acción, que fundamenta la punición sobre la base de la tentativa, pero no-desvalor del resultado, que justificaría la punición por delito consumado.

Nuestro código penal describe el Error en el Art. 25 dentro del título de las causas de inculpabilidad, y en el numeral 3°. Indica que son causas de inculpabilidad ejecutar el hecho en la creencia racional de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto.

JUSTIFICACION INCOMPLETA Y ATENUACION DE LA PENA.

La antijuricidad es una categoría del delito que puede ser graduada, es decir, admite diversas valoraciones desde el punto de vista de su gravedad. Normalmente, la mayor o menor gravedad de la antijuricidad de un hecho se tiene en cuenta en la configuración del tipo de injusto específico de un delito:

Por ejemplo: el matar a otro por medio de inundación, incendio o veneno, convierte el simple homicidio en asesinato; (Art. 132 CP)

La madre que mata a su hijo recién nacido para ocultar su deshonra comete infanticidio y no-parricidio, (hay que observar la figura del infanticidio, pues aún no ha cumplido tres días, ya que, pasado de ellos ya se habla de un parricidio Arts. 131, 129 CP)

Otras veces, la diversa gravedad de la antijuricidad se refleja en una simple circunstancia modificadora, agravante o atenuante, que incide en las reglas para la determinación de la pena dentro del marco penal correspondiente al delito cometido.-

Las causas de exclusión de la Antijuridicidad no admiten, en cambio, estas graduaciones; si se logra que excluyan la Antijuridicidad es porque se dan completas con todos sus elementos, subjetivos y objetivos.

La falta de alguno de estos elementos o el exceso en el ejercicio de la causa de justificación puede incidir, sin embargo, atenuando el juicio de Antijuridicidad sobre el hecho.

El que mata a otro porque cree erróneamente estar defendiendo su vida o porque se excede en el ejercicio de una legítima defensa o de un deber en sí legítimo, merece,

ciertamente, una mayor condescendencia que el que lo hace sin encontrarse en esa situación.

De ahí que la justificación incompleta y la putativa puedan dar lugar a una atenuación de la pena.

La legislación de otros países, recogen esta idea de un modo general para todas las eximentes al decir que son circunstancias atenuantes las expresadas en la ley, cuando no concurrieran los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

La incidencia práctica de esta declaración se refleja en la determinación de la pena, permitiendo la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados de la reseñada por la ley.

Esta atenuación solo tendrá lugar, sin embargo, en lo que se refiere a las causas de justificación siempre que se dé el elemento subjetivo de la respectiva causa.-

No obstante, la justificación incompleta no siempre incide necesariamente en la Antijuricidad, sino también en la culpabilidad. De hecho, la legítima defensa putativa o el exceso debido a miedo o arrebató dejan intacta la antijuricidad, pero pueden atenuar o incluso excluir la culpabilidad por la vía del error de prohibición o de la no-exigibilidad de otra conducta.

Como he indicado con anterioridad, el CP describe en el Art. 25 las causas de inculpabilidad, que la doctrina describe como otras causas de justificación. Se inicia la descripción diciendo que son causas de inculpabilidad:

- a) el Miedo invencible. Numeral 1º. Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias;
- b) Fuerza exterior 2º. Ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él.
- c) Error. 3º. Ejecutar el hecho en la creencia racional de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto.-
- d) Obediencia debida. 4º. Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado. La obediencia, se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones:
 - d.a Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto;

- d.b Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales;
- d.c Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.
- e) Omisión justificada. 5°. Quien incurre en alguna omisión hallándose impedido de actuar, por causa legítima e insuperable.

Por igual, el código Penal en el Art. 26 describe las Circunstancias que modifican la responsabilidad penal, con el título Circunstancias atenuantes y dice al respecto:

Son circunstancias atenuantes:

1°. Inferioridad síquica. Las condiciones determinadas por circunstancias orgánicas o patológicas que disminuyeren, sin excluirla, la capacidad de comprender o de querer del sujeto.

2°. Exceso de las causas de justificación. El exceso de los límites establecidos en las causas de justificación.

3°. Estado emotivo. Obrar el delincuente por estímulos tan poderosos que naturalmente, hayan producido arrebatos u obcecación.

4°. Arrepentimiento eficaz. Si el delincuente ha procurado, con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

5°. Reparación de perjuicio. Si el delincuente, a criterio del tribunal, ha reparado, restituido o indemnizado adecuada y satisfactoriamente el daño causado antes de dictarse sentencia.

6°. Preterintencionalidad. No haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo.

7°. Presentación a la autoridad. Si, pudiendo el imputado eludir la acción de la justicia por fuga u otro medio idóneo, se ha presentado voluntariamente a la autoridad.

8°. Confesión espontánea. La confesión del procesado, si la hubiere prestado en su primera declaración.

9°. Ignorancia. La falta de ilustración dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución.

10°. Dificultad de prever. En los delitos culposos, causar el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy improbable o difícil de prever.

11°. Provocación o amenaza. Haber precedido inmediatamente, de parte del ofendido, provocación o amenaza en proporción al delito.

12°. Vindicación de ofensa. Haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave, causada al autor del delito, su cónyuge, su concubinario, sus parientes dentro de los grados de ley, sus adoptantes o sus adoptados.

Se entiende por vindicación próxima la que se ejerce consecutivamente a la ofensa, o cuando no ha existido el tiempo necesario para la reflexión.

13°. Inculpabilidad incompleta. Las expresadas en el artículo 25 (que se refiere a las causas de inculpabilidad) cuando no concurren los requisitos necesarios para excluir de responsabilidad en los respectivos casos.

14°. Atenuantes por analogía. Cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores.

CAUSAS DE JUSTIFICACION: LA LEGITIMA DEFENSA:

Esta causa de justificación se encontraba, en la jurisprudencia de otros países recogida dentro de las eximentes y, dentro de una triple forma:

- a) como legítima defensa propia;
- b) legítima defensa de parientes y;
- c) legítima defensa de extraños.

Nuestro Código Penal, la tiene, pero en un solo artículo y englobando a los parientes del sujeto que actúa al decir: Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra (Art. 24 primera parte del numeral 1°. CP)

- a) Fundamentos y naturaleza. La naturaleza de la legítima defensa como causa de justificación parece fuera de duda, pero en la doctrina, durante mucho tiempo estuvo confundida con las causas de inculpabilidad, planteándose como un problema de miedo o de perturbación del ánimo en el que se defiende, porque es objeto de un ataque.

Pero en la medida en que la defensa sea respuesta proporcionada a una agresión injusta, no cabe duda de que, cualquiera que sea la actitud anímica del que se defiende, existe auténtica causa de justificación que legitima o hace legítima la conducta que se realiza.

Junto a este aspecto individual de la legítima defensa, existe también uno supraindividual representado por la necesidad de defensa del orden jurídico y del derecho en general, conculcado por la agresión antijurídica: "Si al derecho le es necesario que el particular defienda el bien jurídico y el derecho frente a la agresión

antijurídica, entonces la conducta del individuo que realiza estas dos funciones, no es ya que el derecho la tolere y no la castigue por eso, es que el derecho la valora positivamente, la desea incluso, pues le es imprescindible y, por tanto, la aprueba y apoya incondicionalmente". -

- b) Requisitos. 1) Agresión ilegítima. Este requisito es el presupuesto de la legítima defensa y es lo que la diferencia de otras causas de justificación (por ejemplo, del estado de necesidad descrito en el Art. 24 numeral 2º. CP)

La jurisprudencia y algún sector doctrinal suelen interpretar el término "agresión" en el sentido de "acometimiento", es decir, como acto de fuerza. Sin embargo, la expresión también puede ser entendida como acción de puesta en peligro de algún bien jurídico, incluyendo, también, en ella la omisión cuando esta suponga esa eventualidad (resistencia a abandonar el domicilio ajeno, omisión de socorro a una persona que se encuentra en grave peligro. Ahora bien, tanto la acción como la omisión deben ser agresiones dolosas, es decir, el ataque al bien jurídico debe ser intencional; frente a lesiones o puestas en peligro simplemente imprudentes, no cabe legítima defensa, aunque sí estado de necesidad porque, como dice la doctrina, frente al autor del delito imprudente la legítima defensa no despliega efecto intimidante alguno, ya que él no es consciente de su agresión y es mucho más eficaz advertirle de su actuación incorrecta o recurrir al estado de necesidad que usar la legítima defensa.-

La agresión ha de ser en todo caso "ilegítima", (la Norma penal Art. 24, numeral 1º. Literal a, únicamente hace referencia a la expresión Agresión ilegítima) es decir, que ésta sea ante todo un acto antijurídico en contra del que se ha de defenderse de ella, en otras palabras, acto ilícito frente a quien actúe lícitamente. Quien por ejemplo, actúe en legítima defensa a su vez o ejerza legítimamente un derecho, no cabe hablar de que se está ante una legítima defensa.

Pero esta Antijuridicidad no debe ser puramente formal, sino material, es decir, debe darse una efectiva puesta en peligro de bienes jurídicos defendibles, que con la agresión estén en verdadero riesgo inminente de ser lesionados.

Respecto a los bienes jurídicos que pueden ser defendidos y cuya agresión constituye, por tanto, el presupuesto de la legítima defensa, el Código Penal lo menciona así: Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, (en sentido patrimonial) o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra (dentro de la cual incluyo a la familia de la persona agredida)", cuando el ataque a los mismos constituye delito y los ponga en peligro grave de deterioro o pérdida inminente; y de la forma como es expresada en la ley, se deberá tomar en cuenta "la morada y sus dependencias" al continuar diciendo que "Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquella persona que procede a rechazar al intruso que pretenda entrar o haya entrado en morada que no es de su dominio y sea calificada como ajena o haya ingresado en las dependencias de ella. Y se apreciará la legítima defensa si la actitud del intruso denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores del recinto afectado por la acción ilícita".

Hay que tomar en cuenta que no se indica si a la morada se entra en horas nocturnas ó de día ó si esta se encuentra en lugares solitarios o aislados, por lo que a mi criterio, nuestra legislación es muy amplia en la exposición a efecto de que el juzgador proceda a efectuar una mayor interpretación de la protección y con su aplicación busque la aceptación de la mayor discrecionalidad de éste derecho.-

Además de los referidos bienes jurídicos expuesto, existen otros que también pueden ser defendidos; como la vida, la integridad física, la libertad o el honor; es decir, bienes jurídicos individuales, que son los que el sujeto que está siendo afectado por la acción ilícita pueda defender.

Los bienes jurídicos comunitarios no pueden ser objeto de la legítima defensa aquí tratada, porque a mi criterio, existen otros mecanismos de defensa jurídica en particular para los bienes jurídicos comunitarios a los que hay que recurrir para hacer efectiva la acción de protección a éstos.

Una ulterior restricción respecto a los bienes jurídicos, defendibles se da exigiendo que la agresión, además de antijurídica, sea típica, es decir, constituya el tipo de injusto de un delito.

Esto se desprende claramente de la referencia legal a la defensa de los bienes (el ataque ha de ser delito), de la morada y de sus dependencias (la entrada indebida en ella constituye allanamiento de morada), pero es, además, una exigencia político-criminal evidente, ya que solo la agresión constitutiva del tipo de injusto de un delito puede tener la entidad suficiente como para justificar la defensa.-

La agresión ha de ser, por último, real; es decir, no basta que quien se defiende crea que lo hace ante una agresión ilegítima que solo existe en su imaginación.

La legítima defensa putativa frente a una agresión que no existe realmente, solo puede dar lugar a una causa de inculpabilidad, si el error era invencible, conduce a una atenuación de la pena por vía de la eximente incompleta o alguna otra circunstancia atenuante, si el error era vencible.

La jurisprudencia, sin embargo, ha considerado algunas veces que cuando, dadas las circunstancias, la creencia en la presencia de una agresión es racional, debe admitirse la legítima defensa plenamente; aunque no específica, si como causa de justificación o de inculpabilidad.-

2) Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Este requisito supone la concurrencia de dos extremos distintos:

La necesidad de defensa, que solo se da cuando es contemporánea a la agresión y que

persiste mientras la agresión dura, siempre que sea, además, la única vía posible para repelerla o impedirle.

La racionalidad del medio empleado que exige la proporcionalidad.

El código penal dice así: "Necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerle".

Tanto en la especie, como en la medida, de los medios empleados para repeler la agresión. Es decir, la entidad de la defensa, una vez que esta sea necesaria. Por tanto, es preciso que se adecue a la entidad de la agresión, de lo contrario no habría justificación plena y, todo lo demás, vendrá en consideración de la eximente y en consecuencia, el de ser incompleta.

3) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. En principio, una interpretación estricta de este requisito llevaría a la injusta conclusión de que cuando la agresión es consecuencia de una previa provocación de la que luego se defiende ante ella, en ningún caso, cabe apreciar legítima defensa.

Sin embargo, esta interpretación podría concluir en una pura responsabilidad por el resultado, si se niega toda posibilidad de defenderse a quien ciertamente provocó la agresión, pero no con la entidad con que esta se produjo (por ejemplo, dentro de un encuentro deportivo y estando de espectador de éste, un sujeto, empuja a un aficionado que está a su lado, pero quien es simpatizante del equipo contrario, pero éste reacciona violentamente atacándolo con un hacha que porta en el cinto) El Código habla de provocación "suficiente" y, de acuerdo con una correcta interpretación de este término, habrá que entender que solo cuando la agresión es la reacción normal a la provocación de que fue objeto el agresor, se podrá denegar en el caso expuesto, la legítima defensa.-

La doctrina suele negar la apreciación de legítima defensa en los casos de riña tumultuaria (Art. 149 CP), así como en aquellos casos de riña mutuamente entre ambos y en la que ambos salen afectados, que nuestra legislación penal no describe como conducta ilícita y, por tanto, no aceptada como susceptible de reproche social, ya que existe una situación de provocación mutua. Sin embargo, esta tesis es criticable por su generalidad.

Así, por ejemplo, cabe que alguien se vea envuelto en una riña sin haberla aceptado o que intervenga en ella para apaciguar o defender a alguien, lo hemos visto ya en los encuentros deportivos, cuando el arbitro, pretendiendo apaciguar los ánimos de dos jugadores que se están agrediendo mutuamente, resulta afectado cuando ya ambos equipos se lanzan a golpearse mutuamente entre sí. Del mismo modo es perfectamente posible apreciar la legítima defensa cuando la riña es consecuencia de un acto agresivo y se suscita para repeler dicho acto provocativo con la circunstancia agresiva.

Pues bien, la jurisprudencia ha denegado la apreciación de la eximente, completa e

incompleta, de la legítima defensa en una riña tumultuaria y en la riña mutua, que bien, como he dicho con anterioridad, ésta última, puede ser la causa del inicio de la tumultuaria, no por considerar que esta eximente era inaplicable en este caso, sino por estimar que el acto provocador inicial de la riña (una bofetada) no constituía agresión ilegítima, lo que demuestra precisamente que la provocación no excluye siempre la legítima defensa, aunque puede significar una atenuante para el agresor.

En relación con este requisito, se planteaba una particularidad en la legítima defensa de determinados parientes, que la admite incluso cuando hubiera precedido provocación del acometido, siempre que el defensor no hubiera participado en la provocación.

Dice la Ley: "El requisito previsto ...(Falta de provocación por parte del defensor) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación."

Aparte de esta particularidad, todos los demás requisitos de la legítima defensa propia son de aplicación a esta modalidad de legítima defensa.-

No se alude, en cambio, a esta particularidad de no participación en la provocación por parte del defensor en la legítima defensa de un extraño.

Sin embargo, una interpretación sistemática y otra teleológica obliga a exigir también este requisito en esta modalidad, ya que no tiene sentido excluir la legítima defensa propia o de parientes si hay provocación por parte del defensor y admitirla, en cambio, aunque se diera esta circunstancia, en la legítima defensa de extraños.

Doctrinalmente existe acuerdo en que debe exigirse legalmente que en la legítima defensa de un extraño, el defensor no debe actuar impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo, ya que se trata de un elemento subjetivo adicional al necesario, en la legítima defensa en general, de la voluntad de defensa, por otra parte, de escasa importancia práctica.-

El Código no exige, que el defensor no sea impulsado por tales móviles ilegítimos, pero considero que es un error excluirlos, pues si lo exigiera, creo que con ello lo que se pretendería es acentuar la voluntad de defensa por encima de estos móviles.

Creo que no hay ninguna razón para regular separadamente la legítima defensa propia, la de extraños y la de parientes, y considero que con ello se estaría complicando el asunto sin ninguna necesidad, como está la ley es apreciable la protección de los parientes, sin que expresamente lo diga la norma.-

EL CONCEPTO IDEALISTA TRADICIONAL

LA TEORIA CAUSAL DE LA ACCION.

"Idealismo" y "realismo" en la teoría de la conducta.

Si bien en la filosofía contemporánea se han tornado difusos los límites entre el realismo y el idealismo, no pretendemos abordar aquí semejante debate y menos aún osar arriesgar solución o vía de salida alguna, sino sólo limitarnos a señalar lo que queremos significar con tales denominaciones para que las mismas no queden en una rotulación carente de sentido.-

Cuando hablamos de "realismo" y de "idealismo" apuntamos de preferencia a una cuestión de teoría del conocimiento, señalando aproximativamente:

con la primera denominación la posición que en este campo afirma que el conocimiento no altera el objeto. Y con la segunda la que sostiene que el conocimiento altera - y hasta crea - el objeto.

La posición idealista:

Es la que sostiene que el valor crea -o al menos altera el objeto valorado;

La posición realista sostiene que el valor deja inalterado el objeto valorado.

Por nuestra parte, ya hemos tomado decidido partido por la posición que llamamos "realista" y, conforme a ella, hemos expuesto nuestro concepto de conducta.

A partir de la afirmación de que el conocimiento no altera el objeto como "material del mundo", es decir, como ente que se halla fuera de nosotros, sino que se limita a darle un significado (un para qué) y, consiguientemente, de que el desvalor -o valor- no pasa de ser un "valor para el sujeto que valora", la función que cumplen el tipo y la Antijuridicidad frente a la conducta no puede alterar el ser de la conducta (su estructura óptica).

Más generalmente dicho, el derecho penal pretende regular conductas y, por consiguiente, no crea las conductas que desvalora.-

Como consecuencia de esta toma de posición realista, el tipo (o mejor dicho la norma prohibitiva descrita en el código) quedará vinculado al ser de la conducta, no pudiendo prohibir una conducta sin finalidad, puesto que se trataría de la prohibición de algo que no es conducta.

De allí que el concepto final de conducta, debido a su base realista vinculante, nos lleve a una inevitable consecuencia en el ámbito del injusto:

Los tipos no pueden prohibir otra cosa que conductas y, por ende, la finalidad debe ser siempre abarcada por la tipicidad, puesto que es un aspecto de la realidad óptica de la conducta.-

No insistiremos aquí en estos conceptos que acabamos de exponer "in extenso", sino que nos limitaremos a sintetizarlos para que quede claro el punto nuclear de su enfrentamiento con la posición contraria.-

Cualquier otra posición que, desde el ángulo de una teoría idealista del conocimiento, entienda que el valor -o el disvalor- afecta al objeto del mismo -en cualquier intensidad que fuere creándolo o alterando más o menos sus caracteres ópticos, llegará a la conclusión de que el derecho penal no se limita a desvalorar las conductas que prohíbe, sino que el derecho se maneja con un concepto propio de conducta que, en cada teoría, se distanciará más o menos de lo óptico.

La consecuencia de esta teoría idealista del conocimiento es que quien se afilia a ella, queda libre para sostener cualquier estructura del injusto, es decir, para afirmar que el tipo abarca conductas con finalidad, "conductas sin finalidad" (lo que desde el ángulo realista es absurdo), o bien que hay tipos que abarcan una y otros que abarcan otra "forma" de conducta, es decir, que la pertenencia de la finalidad al injusto (conducta típica y antijurídica) dependería de los requerimientos de los tipos en particular.-

En síntesis:

- a) Desde el punto de vista realista del conocimiento, la finalidad pertenece al injusto.
- b) Desde el punto de vista idealista del conocimiento, la finalidad puede o no pertenecer al injusto.-

Hemos expuesto hasta aquí nuestro punto de vista realista.

Nos resta referirnos con mayor detalle a los demás es decir, a las distintas teorías que surgen de la posición idealista, cuya versión tradicional es la teoría causal de la acción, sostenida primero desde fundamento positivista y luego no kantiano.

Una fórmula que se pretendió transaccional entre ambas, fue la teoría social de la acción, que por carecer de sustancia propia dio lugar a diversas sistemáticas del delito (ya con la finalidad del tipo, ya ajena al mismo).

De ella nos ocuparemos también, y cerraremos nuestra exposición con las teorías más contemporáneas que, retomando viejos argumentos, pretenden desplazar a la acción de su posición fundamentadora de carácter genérico del delito, para reemplazarla por la

acción que realiza el tipo, con los caracteres que el mismo le impone, es decir, con la acción entendida como creación típica, aunque ubicando al dolo en el injusto.-

ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS QUE ESTA TEORIA PLANTEA.

Si continuamos con nuestro ejemplo, podemos suponer que A no ha actuado amparado por ninguna causa de justificación y que, además es imputable (psíquicamente capaz de culpabilidad)

Puede suceder así que cuando lleguemos a la culpabilidad, que es donde los causalista ubican a la finalidad que arbitrariamente arrancaron a la conducta para dejar a ésta convertida en un mero acontecer causal, nos hallemos con que "A" estaba practicando tiro y no tenía más finalidad que dar en un blanco, habiendo realizado esta conducta con violación de un deber de cuidado. Por lo que hoy es titulada su conducta como la que ha faltado al deber objetivo de cuidado.

Comprobamos entonces que no es un homicidio doloso sino un homicidio culposo.

¿Qué habremos hecho?

Pues, simplemente que, para demostrar si se trata de una conducta típica fue menester remontarse hasta el nivel de la culpabilidad y descender luego hasta el de la tipicidad;

Con lo que nos hemos colocado la camisa sobre el abrigo y nos hemos quitado luego el abrigo para cubrir la camisa.-

Los casualistas pueden huir prestamente de esta objeción, y así lo hacen, afirmando que no existe un tipo de homicidio culposo, sino un tipo de homicidio con dos formas de culpabilidad: dolosa y culposa.

Lo artificioso de la construcción se pone en claro cuando nos hallamos frente a tipos que en sí llevan la particular dirección negativa de la voluntad como criterio delimitador:

Así, el abuso deshonesto, en que no debe existir la finalidad de llegar al acceso carnal, porque de ser así se convertiría en una tentativa de violación.

Para saber si son típicos "los tocamientos", o bien el abuso de una persona cuando pasa su mano en las zonas íntimas del sexo opuesto, habrá que acudir al aspecto subjetivo, consistente en el fin perseguido que ellos pretenden que se encuentra en la culpabilidad.

En el indicado tipo penal hay que admitir forzosamente que el dolo se encuentra en el tipo, porque de lo contrario habrá de caerse en la contradicción causalista:

Subir hasta la culpabilidad y allí averiguar si hay abuso deshonesto, si existió una

tentativa de violación o lo que se dio fue un examen clínico por parte de un ginecólogo ante el que la mujer busca al médico a efecto de éste procesa a efectuar su labor de exploración genital. Además, en el caso del ginecólogo, éste sería autor de un injusto inculpable, lo que es verdaderamente inadmisibles, porque a dicho ginecólogo no se le deja de reprochar su conducta, sino que ésta es directamente conforme a derecho y para nada la individualiza el tipo penal.

El causalismo pretende salir del paso con los "elementos subjetivos del tipo penal", que son elementos subjetivos distintos del dolo (en lo que estamos de acuerdo) y que permanecen en el tipo, en tanto que el dolo va a la culpabilidad.

A veces, se maneja tan defectuosamente esta teoría que se queda en la tipicidad lo que debe ir a la culpabilidad (como el estado de emoción violenta, por ejemplo, que algunos autores la consideraron elemento del tipo)

Además la presencia de elementos subjetivos en el tipo requiere que el dolo, situado por ellos en la culpabilidad, abarque el conocimiento de estos elementos subjetivos, o sea, el conocimiento de estas intenciones.

Lo anterior es posible, claro está, pero se llama reflexión.

Exigir que haya "reflexión" en todos los delitos con elementos subjetivos del tipo legal, no tiene sentido.-

Esto termina por obligar al causalismo a afirmar que el dolo no abarca toda la tipicidad, sino sólo la objetiva.-

Por otra parte, el causalismo lleva a la necesidad de considerar a la imputabilidad en la base de la teoría del delito, con lo cual se daría la mano con la sistemática que va de lo subjetivo a lo objetivo y que es su antípoda sistemática el hegelianismo.

En efecto, al inimputable autor de un homicidio, no se le podrá declarar autor inimputable de un homicidio doloso o culposo, porque si es incapaz de culpabilidad, no podrá ser capaz de dolo o de culpa.

Para ello restan dos soluciones:

O considerar que dolo, culpa y reprochabilidad son compartimientos estancos dentro de la culpabilidad, con lo cual su heterogeneidad es palmaria, o apelar al famoso dolo "natural", que implica reconocer que hay un dolo típico, del que se echa mano sólo cuando las dificultades sistemáticas del causalismo lo requieren.

El causalismo no puede superar estos escollos, ni tampoco el caso de la tentativa, que en su sistemática no encuentra solución satisfactoria.

A la objeción puesta con motivo de los elementos subjetivos del tipo legal, los causalistas responden que éstos no forman parte del dolo y por ende pueden permanecer

en la tipicidad, pero en la tentativa es inadmisibles que la voluntad realizadora de un tipo penal sea un elemento subjetivo distinto del dolo.-

/Menudo elemento subjetivo es el fin de matar a un hombre/
¿Qué queda para el dolo de homicidio?

Que el dolo se comporte en la tentativa como un elemento subjetivo, no puede significar que lo sea.-

Para distinguir entre autor y partícipe, el causalismo, dado que funda toda autoría en la causación del resultado, no tiene otra solución coherente que considerar que el partícipe es también un autor (concepción "extensiva" de autoría), sólo que eventualmente se distinguiría del autor "estricto sensu" en función de un elemento de "ánimo" (el "ánimus autoris", esto es, "querer para sí el resultado")

De estos y otros artificios juegos malabares del causalismo como de las objeciones que le formulamos a su general sistemática, nos iremos ocupando con mayor detalle en cada una de las partes pertinentes.-

LA ESENCIA DE LA PRETENSION CAUSALISTA: CONDUCTA ES UN CONCEPTO JURIDICO PENAL.

Lo que el causalismo en su versión neokantiana pretende, en último análisis, es construir un concepto jurídico penal de conducta que no coincide -y que es independiente- del concepto óntico-ontológico de la misma.

Con lo expuesto queda suficientemente claro que este concepto jurídico penal destruye totalmente las características ónticas de la conducta.

Pocos conceptos jurídicos de la actualidad son más descalabrantes y desconcertantes que esta idea de la acción humana: una conducta voluntaria sin finalidad, la finalidad a un nivel valorativo aunada a un conocimiento actual o al menos efectivo -como se pretende- de la antijuridicidad, es algo que resulta no sólo complicado, sino tortuoso.-

Conforme a este concepto jurídico penal un homicida se comportaría del siguiente modo:

"quiero presionar el gatillo,
hago esto porque quiero matar,
se que matar está prohibido".

Esta destrucción de la realidad sólo puede ser sostenida por el causalismo afirmando que se trata de un concepto jurídico penal de conducta, diferente del óntico (aunque más que diferente, resulta contrapuesto a lo óntico).

Para la teoría causal la conducta es, pues, un concepto sui- generis, que parte de desconocer que si la ley regula conducta o pretende hacerlo, lo primero que debe hacer, respecto de la conducta, es reconocerla, lo que antepone o presupone un acto de conocimiento al acto de desvaloración.-

Admitir que ese acto de conocimiento altera la estructura de la acción es pretender que el conocimiento crea al objeto, con lo que llegaríamos a un idealismo inexorable y extremo.

Para nosotros la conducta preexiste a cualquier valoración jurídica de la misma y si la valoración jurídica recae sobre algo que no es conducta, no logrará regular conducta.-

Cabe consignar que en el planteo finalista de Maurach, este autor, pese a sostener tal criterio, se niega a identificar los conceptos óntico y jurídico penal de acción.

Manifiesta Maurach que ambos no coinciden y que en el derecho penal se "amplía" el concepto óntico, sólo que lo que se hace ni puede hacer es reducirlo.

¿Qué es una "ampliación" y una "restricción" del concepto de acción?

A nuestro juicio, cualquier "ampliación" del concepto llamará acción a lo que no es acción, y por ende, será un concepto jurídico penal, tan desnaturalizador como cualquier otro, y como con razón dice Córdoba Roda:

"Resultaría gravemente trastornada la autonomía del finalismo frente a la doctrina clásica".

Para ello se basa Maurach en el problema de la omisión, que si nosotros resolvemos por vía del aliud agere nos evita caer nuevamente en un tortuoso e inexistente concepto jurídico- penal de la conducta humana.

A este argumento, Córdoba Roda añade dos más:

la existencia de delitos sin resultado y sin causalidad y de los delitos "calificados por el resultado", en que sólo habría nexo causal.

Estimamos que tanto la posición de Maurach, pero más aún la del autor español, corresponden a una confusión de niveles a que ya hiciéramos alusión.

La existencia de delitos de mera actividad, o mejor de tipos de mera actividad, no implica que el dispositivo prohibitivo desconozca que la conducta ónticamente tiene un resultado y hay un nexo de causalidad: lo que sucede es que no le interesa a la ley, no le importa para nada en ciertos casos precisar el resultado físico para individualizar la conducta.

Que no lo tome la ley como elemento individualizador, en modo alguno implica que la

ley haga que desaparezcan:

La ley no puede parar el sol, y el legislador, al menos, ha sido lo suficientemente prudente como para no pretenderlo.

Insistimos, a este respecto, en que la finalidad no se monta sobre la causalidad (histórica) sino sobre su previsión.

En cuando a los llamados "delitos calificados o cualificados por el resultado", negamos su existencia en la legislación penal guatemalteca, en que tiene plena vigencia el principio nullum crimen sine culpa en las dos instancias que lo integran: ningún delito sin culpa y ningún delito sin culpabilidad.

Conforme a esta última afirmación, que más adelante desarrollaremos, concluimos en que ése para nosotros no es problema.

De cualquier manera, creemos que aun en este caso, la crítica doctrinaria en el tema es infundada:

En los delitos calificados por el resultado se pena una conducta final, condicionándola a un hecho físico que es ajeno a la finalidad y a la previsión de la causalidad.

De allí que sea una forma de responsabilidad objetiva, por cierto que detestable, pero que de cualquier manera implica una construcción típica que no altera la esencia de la conducta que capta.

No debe confundirse conducta con conducta típica.

En rigor de verdad, el causalismo neokantiano o neoclásico, es más incoherente que el concepto "naturalista" de conducta, porque el segundo pretendía incorporar al derecho penal la acción humana tal como entendía que en realidad era, pero el primero deja de lado cualquier pretensión semejante, no por sostener una idea errada de la acción, sino porque no le interesa cómo es la acción.-

El causalismo impide, por este medio, que la prohibición y la antijuridicidad se ocupen de una conducta.

Lo que nos interesa dogmáticamente es averiguar qué aspectos de la conducta releva el injusto, pero cualquier pretensión de sostener un concepto jurídico penal de conducta invierte el planteo: a partir de que el injusto quiere averiguar qué es la conducta.

En este aspecto se expresa Kaufmann con claridad meridiana:

"Tratamos de averiguar precisamente qué elementos del delito pertenecen al injusto y cuáles no, cómo deben constituirse los tipos de injusto, y para ello no puede servirnos de ayuda el concepto jurídico de acción que se ha obtenido a partir de estos tipos de

injusto que aún no conocemos.

Proceder de este modo sería como intentar salir de un pantano tirándonos de los propios cabellos".-

Con la observación de los inconvenientes que acarrea, el causalismo tiene que admitir, al menos, que su construcción choca frontalmente con los requisitos de sencillez y naturalidad de la construcción jurídica, que Jhering incluía en la llamada "ley de la belleza jurídica".-

Si a ello le sumamos que:

se hace menester sostener la existencia de dos dolos (uno "natural" y otro "desvalorado");

Que hay trozos de finalidad repartidos en el tipo y en la culpabilidad;

Que nunca sabremos qué conducta típica realiza un inimputable;

Que la tentativa se rige por principios diferentes a los del delito consumado;

Que en la omisión se juzga una "posibilidad" de conducta;

Que hay que inventar un sucedáneo del conocimiento de la Antijuridicidad;

Que la autoría se caracteriza por un "animus", etc.,

El concepto y la sistemática en él fundada no sólo salen mal parados frente a los antiguos postulados de Jhering, sino frente a los del mismo Radbruch, que echara los cimientos del concepto que criticamos.-

LA DIFUSION DEL CAUSALISMO.

Los carriles por los que hasta hace pocos años había circulado invariablemente nuestra dogmática nacional habían sido exclusivamente causalistas.

Prescindiendo de los antecedentes que no tienen más valor que el histórico, la influencia de Beling se observa claramente en Soler, Núñez y Fontán Balestra.

El concepto causal -aunque con acentos neokantianos muy claros- también fue sostenido por Jiménez de Asúa y vuelven a insistir en él Núñez, Argibay Molina, Terán Lomas, Creus y Marquardt.

Analizar los argumentos del causalismo, desde el punto de vista doctrinario y de los autores de obras generales, como también el de los múltiples articulistas y monografistas, no tiene mayor caso, porque son, en definitiva, los mismos de los que nos hemos ocupado al estudiar al causalismo en su cuna.

Respecto de la posición de Soler, que, como sabemos, inicia la dogmática Argentina propiamente dicha, su punto de vista respecto de la estructura dogmática del delito no resultaba del todo coherente con sus últimas opiniones filosóficas, en las que, partiendo

del pensamiento de Hartmann, no podía menos que reconocer que toda la acción es final, como tampoco, pasar por alto su carácter social y hasta llegar a la "naturaleza de las cosas".

Soler afirma que "en ciertos aspectos, lo que el derecho hace con el concepto de acción importa una efectiva desnaturalización ampliatoria de algo natural y neutro";

Lo que explica dándole al legislador un poder casi ilimitado, hijo de un positivismo jurídico a ultranza.

"Y se comprende que sea así -dice- porque, en definitiva, la norma jurídica crea siempre una relación imputativa, creación en la cual dispone de un amplio margen de posibilidades, dependiente de apreciaciones valorativas propias e impuestas bajo la forma de exigencias".

Más clara no puede ser la afirmación de que para Soler el valor crea o altera el objeto desvalorado o valorado.

Ello resulta lógico si se sostiene una posición idealista, pero Soler parece sostener por momentos lo contrario, puesto que reconoce que hay "estructuras naturales", pero paralelamente afirma "la autonomía" constitutiva de las normas jurídicas frente a las estructuras naturales", lo que no puede calificarse de otra manera que como positivismo jurídico.

En la línea de Soler, Gramajo trata de demostrar que hay un concepto jurídico de acción propio de la teoría del delito.

Recientemente se ha publicado una pequeña obra del desaparecido discípulo de Soler, Marquardt, en la que claramente expresa que corresponde renunciar a la pretensión de un concepto "natural" de acción, pero, desde el claro punto del neo-kantismo afirma:

"Que el concepto de "acción", "hecho" o "acto" que las leyes penales vinculan a la amenaza de la sanción, importa ya una valoración, y pertenece al dominio del derecho, y tal vez en ciertos aspectos al dominio del derecho penal en particular".

Un fenómeno análogo al de la Argentina en cuanto a los carriles generales de la dogmática penal respecto del delito, por la generalización de las teorías causalistas hasta hace pocos años, fue el que tuvo lugar en Latinoamérica, España, Italia, los países nórdicos y la Unión Soviética.

Su análisis detallado corresponde a una obra enciclopédica, por lo que renunciamos al mismo, dado que el causalismo asumió caracteres especiales en cada país.

La única variante original dentro del causalismo argentino en los últimos años es la de Terán Lomas, quien sostiene:

Que "la acción no es exteriorización de la voluntad, sino manifestación de la

personalidad que trasciende al exterior".

Con ello Terán Lomas logra introducir en el concepto de acción las conductas de los inimputables y, al mismo tiempo, afirmar que éstos no son capaces de realizar conductas finales, para lo cual toma argumentos de Antolisei.

En nuestro concepto, hay una contradicción en la posición de Terán Lomas, que no queda salvada con la exposición "in extenso" de su punto de vista, puesto que:

No creemos que pueda afirmarse que el inimputable carece de capacidad de proponerse y realizar fines, sin perjuicio de que como veremos más adelante, haya algunos sujetos que no tengan capacidad psíquica para ello.-

LOS CONCEPTOS "SOCIALES" DE ACCION.

SU ORIGEN.

Esta teoría, que es entendida de muy diversas formas, fue expuesta por vez primera por Eberhard Schmidt en 1932.

La circunstancia de que haya sido el actualizador del Lehrbuch de Von Liszt quien inaugurara esta corriente, ha llevado a vincular la misma con su "sociologismo", lo que no carece de sentido, al menos en la versión de la teoría que él proporciona.

Aunque Eb Schmidt parte de la tan usada y abusada "naturaleza de las cosas", rechaza las diferentes versiones que partiendo de esa idea afirman las estructuras "lógicas-objetivas" y por supuesto, también las variantes jusnaturalistas, afirmando en consonancia con Engisch, que de la Natur der Sache "no puede deducirse una traba para el legislador ni para el juez. Se mantienen así en una posición positivista, a diferencia de otros sostenedores de la teoría que él iniciara.

Pese a esta profesión de fe positivista hay una contradicción en su razonamiento, porque Schmidt deduce de la "**naturaleza de las cosas**" **que sólo las acciones con sentido social interesan jurídico penalmente, "pues entre el mundo socialmente lleno de sentido y el derecho pueden establecerse relaciones de cambio, y no entre el derecho y la naturaleza en el sentido causal empírico de los puros datos del ser"**.

"El rayo electrizante, la marejada destructora, no es objeto de valoración jurídica" y ante dichos fenómenos naturales la persona humana lo único que puede hacer es observarlos y resignarse ante su existencia.

Este párrafo demuestra claramente -por pluma del propio Schmidt- que el legislador no puede hacer recaer la valoración jurídica sobre lo que le dé la gana, lo cual implica aceptar la "traba" que niega páginas antes.-

Esta primera "traba" al legislador nos lleva a otra, que deviene de una crítica a la que es fácilmente vulnerable toda la teoría en cualquiera de sus variantes:

El concepto "social" de acción parte de una valoración, que no es jurídica sino "social"

(Aquí se percibe que, entre bambalinas, se mueve la Antijuridicidad material entendida como dañosidad social por Liszt).

Weber, que trató de manejar un concepto de acción elaborado sobre la base de requerimientos y desprendido de consideraciones filosóficas, critica a esta teoría de la siguiente manera:

"Entendiendo que es tarea del derecho penal proteger el orden social, se acerca a esto el pensamiento de que sólo deben pensarse las conductas perturbadoras.

Cabe pues preguntarse si ¿esta perturbación debe ser entendida como un elemento del concepto de acción?

El lenguaje entiende también por acción aquellas conductas humanas que carecen de significado social.

También Robinsón Crusoe actuó y debió actuar en su isla:

Si alguien destruye una cosa propia o ajena, si comete un suicidio o un homicidio, el concepto de conducta de destruir o de matar no es lo que distingue estas acciones".

La observación de Von Weber nos parece totalmente acertada:

Al requerir el significado social Eb. Schmidt reclama para la acción un elemento que ésta no requiere para ser tal y aquí tenemos una segunda "traba" a la actividad beligerante:

Sólo se puede prohibir lo que tiene significación social, porque sólo eso es acción:

No lo serían los "hechos que no trascienden del individuo en forma inmediata.

Nada puede estar más lejano de la afirmación de que de la "naturaleza de las cosas" no puedan deducirse "trabas" para el legislador o el juez.

El sano pensamiento liberal que anima en esto a Eb. Schmidt es evidente y creemos que lleva razón, aunque no por la vía que sigue.

En el derecho positivo la prohibición de conductas de esta naturaleza es violatoria del derecho Constitucional.

Fuera de ellos creemos que en tales casos no hay bien jurídico tutelado, toda vez que consideramos como bien jurídico la relación entre un sujeto y un ente (y no al ente mismo), lo que imposibilita que la ética individual sea un bien jurídico.

El bien jurídico es el derecho a comportarse individualmente conforme a la ética social y a no ser molestado en este comportamiento u ofendido en la actitud individual asumida conforme a esas normas.

El derecho tiene sólo una "aspiración" ética, consistente en pretender que cada sujeto incorpore a su ética individual el respeto a los bienes jurídicos así entendidos (como relaciones sujeto-objeto), pero nunca puede "aspirar" o "pretender" una ética sin significado social, porque dejaría de ser un regulador de conducta social para pasar a ser un regulador de conducta individual.

Los límites entre pecado y delito, ética y derecho, habrían desaparecido, se podrían prohibir conductas que no afectasen la relación de otro sujeto con un objeto.

De allí que consideramos que la segunda argumentación de Von Weber contra el concepto social de conducta debe rechazarse:

No puede sostenerse como lo hace este autor en su trabajo póstumo, que la teoría social es insostenible porque se acepte la "culpabilidad por la conducción vital".

Los primeros son delitos sin bien jurídico y la segunda es el reproche de conductas anteriores atípicas;

Ambos son conceptos que llevan a confundir la moral y el derecho y en los que no cuesta mucho reconocer el sello autoritario.

Ambos, al pretender convertir el derecho en moral, rompen con la estructura lógico-objetiva que vincula al legislador con el concepto del hombre como persona, como ente capaz de autodeterminación y, por ende, invalida las normas, ya que no son jurídicas, sino éticas.

De cualquier modo, la limitación que afirmamos -como se desprende de este sintético desarrollo- no está fundada en el concepto de acción (que no necesita de la relevancia social para ser tal) sino que es una limitación que, proveniente de la comprensión del hombre como persona y del derecho como un orden social con aspiración ética tuitivo de las relaciones de los individuos con ciertos objetos, se impone a la actividad tipificadora.

La conducta inmoral individual es acción, sólo que no puede ser acción típica.-

Es significativo que EB. Schmidt se pregunte qué debe entenderse "como acción (punible)", puesto que lo colocado entre paréntesis nos conduce ya a un plano valorativo.

Veremos de inmediato que este autor plantea muy claros problemas de tipicidad en el nivel previo de la conducta, lo que hace que la función selectiva que ésta cumple en la dogmática se amplíe hasta límites inadmisibles.-

Para este autor, tanto es acción la de la que injuria, conociendo el significado de sus palabras, como la de la que lo hace entendiendo que la voz injuriosa tiene un sentido afectuoso.

En una concepción final de la acción sucede exactamente lo mismo, puesto que allí no se pone en discusión la existencia de una acción sino su tipicidad.-

Criticando al causalismo ejemplifica con un error en acción de guerra que determina la muerte o lesiones de varios soldados.

El que "yerra" no causa la muerte o las lesiones, porque éstas las "causan" los soldados enemigos.

Igualmente limita la causalidad de la conducta de "concebir" respecto de la de homicidio, en razón de que tienen un "sentido social (objetivo) diferente".

A nuestro entender, la "causalidad" no puede limitarse en la conducta o acción.

Toda acción humana se da en un mundo físico y por ende tiene un efecto físico, pero la limitación de su relevancia jurídica corresponde al legislador y por ende es una cuestión que debe resolverse al averiguar la tipicidad de la acción:

La acción de concebir a un homicida es una acción, sólo que no es acción típica de homicidio.-

Schmidt reconoce que muchas veces no es posible determinar con seguridad el "sentido social" de una acción sin conocer lo querido, ejemplificando con un disparo cuya bala hiende al aire.

Creemos que lo que aquí sucede es muy claro:

Cualquiera sea la voluntad de quien haya disparado, es innegable que la acción de disparar es una acción;

el problema es averiguar su tipicidad, o sea, su "sentido jurídico";

si está o no prohibida,

y, en caso de estarlo, qué tipo la individualiza (homicidio en grado de tentativa, disparo de arma, etc.)

Aquí se pone de manifiesto expresamente el reconocimiento de la función que la finalidad desempeña en la individualización de la conducta prohibida (tipicidad) pero se halla en contradicción con la solución que da al problema de la lesión quirúrgica, cuya tipicidad la quiere fundar en lo objetivo.-

Respecto de la culpa, se hace aún más evidente que lo que Eb. Schmidt plantea son problemas de tipicidad.

Con toda razón se afirma que cuando un pasajero se arroja de un autobús en movimiento en forma tal que no pueda hacer nada por evitar atropellarlo el conductor del vehículo que avanza detrás observando la acción del bus que le antecede, no hay acción de homicidio.

Se funda correctamente para ello en la imposibilidad de evitar las lesiones o la muerte por parte del conductor.

Estas afirmaciones son irrefutables, sólo que para nada se pone en cuestión la existencia de una acción sino de la atipicidad culposa de la acción de conducir.-

En la exposición de Schmidt tampoco queda del todo clara la significación que la teoría tiene para la omisión.

Manifiesta que el concepto social proporciona "a la sistemática del delito un concepto unitario como concepto superior", pero reconoce que la diferencia entre acción y omisión cobra significado sólo en el ámbito de la valoración jurídico penal -o sea en la tipicidad-, donde la problemática radica en la complicada determinación de los límites de la posición de garante.-

DIVERSIDAD DE EXPOSICIONES DE LA TEORIA "SOCIAL".

Se ha expuesto brevemente el concepto social de la acción que proporciona Ebrhard Schmidt, pero dista mucho de ser el único.-

La circunstancia de que este concepto de acción sirva para dar base a sistemáticas del delito que se estructuran con un tipo objetivo (o predominantemente objetivo) y a otras que lo hacen con un tipo complejo, es suficientemente demostrativa de la falta de unidad de la misma.

Parece ser que su característica unitaria es la "relevancia social" del hacer u omitir humano, pero esta nota no resulta suficiente para proporcionar una unidad conceptual en la medida requerida por la teoría del delito.

A título demostrativo veremos cómo entiende este concepto Jescheck, quien a partir de él elabora un tipo doloso complejo, en tanto previere la senda del causalismo respecto de la culpa.-

Partiendo de la afirmación de que este concepto supera la antítesis causalismo-finalismo, Jescheck toma la voluntad final y la consecuencia fáctica como Ónticamente dados, pero considerándolos en su objetiva importancia social.

Destaca la trascendencia del concepto de acción en la teoría del delito, sometiendo a crítica el "concepto naturalístico" de Franz Liszt, recordando que Radbruch mismo, que a principios de siglo decapitara la acción, consideró luego imposible un puro concepto naturalístico.

Critica igualmente el concepto de acción de Mezger, porque la pretensión de construir un concepto de acción a la vez normativo y avalorado, choca frontalmente con la afirmación de que la omisión es una construcción jurídica, distinguiéndose del simple "no hacer" por una necesaria referencia valorativa.

Esta contradicción no puede salvarse con la afirmación de que el concepto de delito, aunque estratificado, sigue siendo una unidad.

Es justa la crítica de Jescheck al concepto normativo - valorado - de Mezger, cuando concluye en que sus partidarios deben reconocer que no se trata de un concepto "acromático", "avalorado", "libre de valor", sino "valorativo".

Como corolario de su desarrollo crítico concluye Jescheck que las categorías del ser (causalidad y finalidad) no alcanzan para explicar la conducta en el derecho penal.

Luego, busca un punto de vista que le permita poner orden entre la causalidad, la finalidad y la acción jurídicamente esperada (para la omisión), síntesis que cree encontrar en el concepto social de la acción.

Conforme a este autor, su concepto social de acción tendría un aspecto objetivo que asegurar: la relevancia social.

Para Jescheck, "acción es toda conducta humana socialmente relevante",

determinándose la relevancia social por:

- a) La dirección de la voluntad (finalidad);
- b) el resultado (causalidad) y,
- c) por la conducta que el derecho espera.

La inclusión de la finalidad a los efectos de la relevancia social es lo que le permite luego la construcción de un tipo complejo en el delito doloso.

Wurtembergués parece estar próximo al pensamiento de Jescheck.

Frente a esta posición (que sería la variante "subjetiva") se alza la variante "objetiva", aunque no quedan muy claras las diferencias que hay en el concepto de conducta o acción:

la "subjetividad" y "objetividad" corresponden al injusto más que a la acción.

Hay una estructura teórica del delito que es coherente con un concepto final de acción,

así como hay otra que es acorde con un concepto causal, pero no hay ninguna que corresponda a un concepto "social" y que, por ende, sea diferente a las anteriores.

Ya vimos que Jescheck, a partir de este concepto se maneja con una estructura finalista del delito.

La corriente "objetivista", de la que pretende separarse Arthur Kaufmann con una "estructura personal de la acción", elabora, a partir del mismo, una estructura teórica causalista.-

Maihofer -quizá el más claro expositor de la corriente "objetivista" del concepto social de acción- coloca al concepto:

Como piedra angular del hecho punible y lo elabora conforme a cuatro elementos:

el intelectual	(previsión del resultado de la acción);	
el volitivo	(señorío del suceso de acción);	
el objetivo	(la escala de posibilidades humanas); y	
el social	(respecto del mundo exterior, del resultado	para otro)

Sintetiza su concepto de acción como:

"todo dominio objetivo de la acción de un hombre con dirección a un resultado social previsible".

Engrisch, en posición parecida, define a la acción como:

"La producción voluntaria de consecuencias previsibles socialmente relevantes".

En general, el "objetivismo" de la teoría no se distingue del causalismo y nos ofrece los mismos reparos que los que se presentan a la construcción elaborada a partir del concepto de "naturalismo" o del concepto "normativo" (que coinciden en cuanto a sus consecuencias estructurales)

No obstante, ha sido la que ha tenido la suerte de tener acogida en la literatura castellana, por parte de Del Rosal.

El desaparecido profesor de Madrid manifestaba su inclinación por la concepción social porque ésta sigue una línea metódica más jurídica y menos sectaria que la finalista".

No obstante su adhesión no esta exenta de cierto desgano, toda vez que afirmaba que:

"La acción social "en el fondo nos produce una natural insatisfacción por cuanto añade bien poco a lo que `en sí' es la acción para la estimativa penal, que siempre será, como el propio derecho que la acuña, un fenómeno cargado de significación social".

La expresión "el derecho que la acuña", nos muestra claramente que este autor compartía un criterio normativo de acción, o sea que para él la acción era una construcción jurídica o un producto de la ley.-

Creemos que lo que Del Rosal presentaba en castellano es una teoría normativa de la acción bautizada con el apelativo de "social", porque de sus afirmaciones se deduce que no es una teoría idéntica a las de Maihofer o Engisch.

Aparte de que "es fiel expresión de una visión objetiva" y de que "se adapta a la dimensión social de las corrientes jurídicas contemporáneas", el citado autor enumeraba como ventaja de la teoría, que:

"Encaja de mejor modo en la axiología jurídico - penal, pues, no cabe olvidar que una conceptualización del acto no puede dictarse desde la pura realidad ontológica".

No entendemos bien qué quería significarse aquí y aunque creemos que se refería a lo "óntico" (no a lo "ontológico")

Estimamos que la "estimativa social" cuya mayor puesta en relieve consideraba el autor una ventaja de la teoría, no puede dejar de considerarse un dato óntico.

Agregaba el autor citado que "responde a una actitud sistemática más adecuada, porque no la fracciona (a la acción) de una manera tan descarada como hace el finalismo".

Tal afirmación es insostenible desde cualquier punto de vista, porque precisamente la sistemática causalista (tipo objetivo, dolo en la culpabilidad), que Del Rosal seguía, es la que fracciona la acción, salvo que con ello este autor quisiese expresar que el finalismo se queda en un subjetivismo psicologista -argumento gastado y esgrimido por Bockelmann -lo que no es cierto, puesto que el mismo Schmidt reconoce que Welzel entiende por "acciones" "unidades con sentido social".

Por último, Del Rosal, citando a Jescheck junto a Maihofer y Engisch, destacaba que no sólo toma en cuenta el resultado sino también la voluntad, lo que tornaba del todo confuso el concepto sostenido.-

FINALISMO Y CONCEPTO SOCIAL.

A partir del concepto óntico-ontológico de la acción humana, cabe preguntarse qué función cumple aquí lo "social" o mejor, si el finalismo niega que la conducta penalmente relevante sea "social" en aras de la tan mentada subjetivización o psicologización que se le achaca.-

En principio, que la conducta penalmente relevante requiere una significación respecto "de otro" (social), es algo que se nos ocurre incuestionable, pero que no hace al concepto de acción sino a los límites de la tipificación:

Si así no fuere, la conducta nunca fuese típica porque no habría bien jurídico afectado (lesionado o peligrado)

El hábito de fumar en la cama en la intimidad del hogar no puede ser tipificado porque no afecta la relación de ningún sujeto (tercero) con un objeto (el peligro creado sólo lo es para quien realiza la conducta y para sus bienes)

Esta limitación debe quedar claro que lo es sólo respecto de la relevancia penal (tipicidad) de la conducta, pero no porque implique una reducción o restricción del concepto "en sí".

En este sentido, el finalismo no se opone en nada a reconocer que las conductas penalmente relevantes necesitan ser acciones con "sentido social".

En otro sentido, debe necesariamente admitirse que el hombre no se maneja sólo en un universo físico, sino también (y eso le da la característica distintiva) en un universo simbólico, en un contexto cultural, y el fenómeno cultura sólo se puede dar en sociedad:

El hacer de un niño-lobo no es conducta "humana".

El derecho no puede desconocer esta realidad ni lo ha pretendido.

Los tipos no describen conductas que se dan en el vacío cultural, como tampoco describen conductas que no correspondan a procesos psicológicos ni que se operen con prescindencia de las leyes físicas:

Necesariamente deben reconocer lo social, lo psicológico y lo físico de la conducta humana.

En lo que a lo social hace, muchas veces condiciona socialmente las conductas, y otras, aunque no lo haga, lo da por supuesto, porque las conductas típicas, por sí mismas, implican una relación social.

La conducta de "matar a otro" es una relación social que responde a una actitud disociativa de odio.

Todo ello resulta incuestionable, pero hasta aquí nada opone este concepto al finalismo, sino que, por el contrario, se hace evidente que necesariamente debe ser un concepto final:

Hay una relación de seres cuando hay una relación interpersonal entre éstos y sólo sabremos si hay relación interpersonal atendiendo a una finalidad.

Aquí es donde el pretendido concepto social se quiebra y derrumba, porque "también es un concepto final, solo que en él la finalidad y la meta de la voluntad se van a pique,

porque para este criterio es la conducta, por su condición objetiva, objeto de valoración, no pudiendo serlo por su tendencia subjetiva.

Con ello, el concepto "social" así entendido, es un concepto causal (permanece causal) y en ello tiene amplia razón Welzel cuando afirma que el causalismo no puede conseguir un concepto social de acción.

No obstante, debemos tener en cuenta que una cosa es que nosotros afirmemos que no hay concepto de acción "social" que no sea "final", y otra bien distinta es que se pretenda que lo "social" es lo que da a la acción su carácter de tal.

Como bien se ha observado, para los partidarios de esta teoría, la valoración que hace que una conducta sea "acción" depende de la comunidad social, con lo que se acerca a esta teoría, los conceptos idealistas de la conducta.

¿ES POSIBLE EXTRAER ALGUNA OTRA CONSECUENCIA DEL LLAMADO "CONCEPTO SOCIAL?"

Por otra parte, si alguna otra consecuencia pretendiera extraerse del concepto social así expuesto, no lo creemos factible.

Se puede afirmar que una conducta es socialmente relevante siempre que sea conducta, o sea siempre que implique una relación ínter psíquica, y no hay relaciones ínter psíquica que no implique una actitud, lo que requiere una finalidad.

Ahora bien, si en lugar de ello se pretendiere que "socialmente relevante" implica "socialmente lesiva", lo rechazamos de plano.

Este último concepto quizá pudiera aproximarse -salvando, por supuesto, muchas distancias- al sociológico de "desviación social", del que en el mencionado sentido puede tomarse cualquiera de los conceptos genéricos que se ha dado, por ejemplo:

"Tendencia motivada de un actor a conducirse en contravención a uno o más patrones normativos institucionalizados".

Pero tengamos en cuenta que la definición sociológica es "hueca", porque no nos puede decir cuáles son los patrones (pateens) normativos.

Que el derecho considere algunos y los haga suyos no significa que la mayoría los considere tales y mucho menos que los internalice y los haga parte de "equipo" psicológico.

Sociológicamente sólo se podrá saber si lo son, mediante una investigación de campo y no con el Código Penal.

Cabe recordar a este respecto la afirmación difícilmente refutable de los seguidores de

Mills y que no se halla lejos del pensamiento de Goethe y Durkheim:

La "social deviance" o violación social de la ley " es un ingrediente esencial en cualquier firme teoría del cambio, cuyo grado puede bien indicar la rapidez y extensión del cambio y la movilidad social".

Así, si con el "concepto social" de conducta en el derecho penal se pretende, por ejemplo, llenar el incuestionable vacío que deja la teoría de la "acción esperada" cuando se habla de omisión, nos hallaremos fatalmente con la posibilidad de que una acción puede no ser socialmente esperada, con lo cual no habrá a nivel pretípico conducta en ese supuesto de omisión, aunque la acción sea jurídicamente exigida.

Por ejemplo, si la mayor parte de la comunidad se resiste a pagar un impuesto (suponiendo que pudiera pensarse semejante omisión), la "sociedad" no esperará que alguien lo haga, con lo que la omisión de pago no se opondrá a ninguna acción "esperada" y no sería conducta reprochable en sentido penal.

De ninguna manera podemos suscribir semejante criterio, que implica la introducción de una cuestionable "ética social" (de nulo valor científico en lo sociológico) en el campo penal, lo que rechazamos a cualquier nivel de la teoría del delito, por no ser sólo peligroso, sino francamente atentatorio al principio de legalidad.

Si bien la introducción de semejante criterio sería al nivel pretípico, no por ello podría esquivar las ineludibles consecuencias que cualquier manejo que se haga con la conducta tiene para los estratos valorativos del concepto de delito (tipicidad, Antijuridicidad y culpabilidad)

El ejemplo dado sería restrictivo de punibilidad, pero supongamos que la ética social "espere" algo sobre lo que el derecho no se expide y pensemos cuáles pueden ser las nefastas consecuencias en el caso de las omisiones impropias para los límites de la posición de garante, particularmente cuando reconoce como fuente la conducta precedente del sujeto, cuyos nebulosos límites han creado los serios problemas que en su momento veremos.-