



MANUAL DE TEORIA JURIDICA DEL DELITO



CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Pleno del Consejo

Licda. Silvia Lizette Kuri de Mendoza
Presidenta

Dra. Mirna Ruth Castaneda de Alvarez

Dr. René Mauricio Castillo Panameño

Dra. María Hortensia Cruz de López

Licda. Marta Alicia Aguirre de Pérez

Lic. José Ricardo Reyes Escoto

Dr. Carlos Mauricio Molina Fonseca

Escuela de Capacitación Judicial:

Dr. José Ernesto Criollo, Director

Licda. Berta Rosario Díaz Zelaya

Sub-Directora

Director de la Unidad Técnica
Ejecutiva del Sector de Justicia:

Lic. Mario Alberto Salamanca

Impresos por:

Impresos Múltiples

Diseño y diagramación:

Impresos Múltiples y

Centro de Documentación y

Reproducción Bibliográfica.

Consejo Nacional de la Judicatura

Diseño de portada:

Patricia Martínez





345. 027 284

S487m Serrano Piedecasas Fernández, José Ramón

Manual de teoría jurídica del delito / José Ramón Serrano

slv Piedecasas Fernández, Juan María Terradillos Basoco. -- 1a. ed. --
San Salvador, El Salv. : Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela
de Capacitación Judicial, 2003
230 P. ; 23 cm.

ISBN 99923-809-8-5

1. Derecho procesal penal-El Salvador. 2. Delitos-El Salvador. 3.
Culpa jurídica-El Salvador. I. Terradillos Basoco, Juan María, coaut
II. Título

BINA /jmh



INDICE

PROLOGO

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



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



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



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



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



PRÓLOGO

En la actualidad, la dogmática jurídico penal es un edificio de complejas proposiciones abstractas, rigurosamente sistematizadas, para lograr la solución más coherente de un caso con relación al ordenamiento jurídico y de valores en que opera el intérprete de las normas penales. Este edificio conceptual se ve enriquecido permanentemente por la labor de investigadores que van perfeccionando la más importante herramienta que el aplicador del Derecho Penal indispensablemente necesita conocer y manejar. Se trata de la concreción de casi un siglo de profundos estudios que intentan determinar el contenido de las normas penales, sus presupuestos y sus consecuencias. En definitiva, de aclarar lo que la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo.¹

Son variados los modelos que para el estudio del concepto jurídico penal del delito se han propuesto: causalismo, neokantismo, finalismo, post-finalismo y funcionalismo. Cada uno de ellos posee su propio método de estudio y presenta opciones diferentes para el análisis del delito. La presente obra facilita el estudio de la Teoría Jurídica del Delito desde una perspectiva sencilla, sin dejar de ser profunda, sistemática y práctica, accesible tanto para el operador del sistema de justicia como para el académico estudioso del Derecho Penal.

Esta obra no rehuye la toma de posición respecto de divergencias actuales en la doctrina y aunque su enfoque tiende a la generalidad, satisface con maestría las exigencias de un manual y las que se derivan de una investigación específica sobre las principales figuras concretas del Derecho Penal actual. Temas tan complicados como el dolo eventual, el error de prohibición y la infracción del deber objetivo de cuidado son expuestos con una en forma didáctica, con ejemplos de la cotidianeidad que hacen que la complejidad de aquéllos sea superada por la comprensión del lector. El contenido incluye desde la evolución histórica de la ciencia del Derecho Penal y las categorías del concepto jurídico penal del delito -comportamiento, injusto (Tipicidad y antijuridicidad), culpabilidad- hasta llegar al *iter criminis*, autoría y participación. El texto se enriquece con opiniones de reconocidos tratadistas del Derecho Penal, doctrinas de reciente creación y lo más importante, propuestas concretas sobre los puntos controversiales.

Es indispensable resaltar que una de las bases del incalculable valor de esta obra es su incardinación en el ordenamiento jurídico salvadoreño. Los autores desarrollan sus construcciones tomando como base la Constitución de la República y el Código Penal salvadoreños, por lo que el lector no se enfrentará al riesgo de la traslación acritica de comentarios centrados en legislaciones foráneas. La razón de esta calidad especial se debe a que los autores, tanto el profesor José Ramón Serrano Piedecabras Fernández como el profesor Juan María Terradillos Basoco, además de ser doctrinarios

1 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed, editorial B de F, Buenos Aires 2001, p. 212.



muy reconocidos y respetados, conocen muy de cerca la legislación penal salvadoreña, en virtud de los múltiples cursos y conferencias que han dictado en nuestro país, así como investigaciones escritas comentando la misma.

Por ello, el Consejo Nacional de la Judicatura se honra en presentar esta distinguida producción académica, como una contribución más al avance y mejora en la aplicación del Derecho Penal salvadoreño, ya que el uso de la dogmática "...hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos; una aplicación segura y calculable del derecho penal; hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o absolución"(Gimbernat).

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA.



CAPÍTULO UNO

CONTENIDO Y SIGNIFICADO DE LA TEORÍA DEL DELITO

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

1. INTRODUCCIÓN.

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

1.1. El estudio científico del Derecho Penal.

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

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

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

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

1.2. Historia de la ciencia del Derecho Penal.

1.2.1. BECCARIA y el pensamiento de la Ilustración.

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

1.3. El positivismo en la ciencia del Derecho Penal.

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

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

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

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



1.3.1. El Positivismismo criminológico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.3.2. El Positivismo jurídico normativista

A. El Positivismo jurídico penal

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



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

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

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

B. El Positivismo jurídico normativista.

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

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

C. El Positivismo jurídico sociológico.

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

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

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

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

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

D. Ciencia del Derecho Penal y Positivismo

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



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

E. La "Escuela correccionalista"

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

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

1.4. La crisis del positivismo jurídico.

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

1.4.1. El neokantismo

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

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

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

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



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

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

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

1.4.2. El finalismo

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

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

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

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

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

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



CAPÍTULO DOS

EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO.

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

I. INTRODUCCION

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

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

2.1. Consideraciones generales.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

2.2. La necesidad de un conocimiento sistemático.

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

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

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

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

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

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

2.3.1. Conceptos básicos del sistema penal.

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

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



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

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

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

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

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

2.3.2. Fases de elaboración del sistema del Derecho Penal.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



2.4. El tipo del injusto: evolución del concepto.

2.4.1. El naturalismo (El positivismo legal)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



2.4.3. El finalismo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.5. La culpabilidad: evolución del concepto.

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



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

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

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

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

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



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

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



CAPÍTULO TRES

EL COMPORTAMIENTO HUMANO PENALMENTE RELEVANTE.

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

I. INTRODUCCIÓN.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

3.3. Teorías relativizadoras del concepto "acción".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

3.4. Propuesta.

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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



CAPÍTULO CUATRO EL INJUSTO PENAL.

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

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

I. INTRODUCCIÓN.

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

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

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

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

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

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



4.1. La Antijuridicidad.

4.1.1. Antijuridicidad formal y material.

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

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

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

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

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

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

4.1.2. El bien jurídico.

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

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



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

A. Concepto y naturaleza de los bienes jurídicos.

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

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

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

a. Teoría sociológica del bien jurídico.

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

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

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

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

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

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

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

b. Teorías constitucionales.

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



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

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

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

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

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

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

B. Funciones del bien jurídico.

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

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

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

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

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

4.1.3. Desvalor de acción y Desvalor de resultado.

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

4.1.4. La Relación entre tipicidad y antijuridicidad.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

4.2 Tipicidad y tipos penales.

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

4.2.1. Estructura

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

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

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

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

4.2.2. Elementos

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

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

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



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

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

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

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

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

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

4.2.3. Clases.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

4.3. La imputación objetiva del resultado.

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

A. Causalidad: cuestiones previas.

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

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

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

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

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

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



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

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

B. La causalidad como condición.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Teorías evolucionadas de la causalidad.

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

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

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

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

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



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

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

4.3.3. La imputación objetiva.

A. La imputación objetiva: El principio del riesgo.

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

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

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

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

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

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

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

a. Riesgos adecuados socialmente.

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

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



b. Disminución del riesgo.

Tampoco es imputable el resultado que el autor produce para impedir otro más grave. Por ejemplo: el vigilante que, al tratar de reanimar a una persona en trance de morir por un síncope, le fractura una costilla al practicarle un masaje cardíaco.

La acción del vigilante representa una disminución del riesgo para el bien jurídico protegido vida. La acción que impidió el resultado de muerte, no estaba dispuesta finalmente, no pretendía realizar el tipo objetivo de lesiones.

B. Criterios adicionales al principio del riesgo.

La doctrina ha elaborado una serie de criterios adicionales al principio del riesgo con el objeto de resolver los distintos grupos de casos que presenta la relación natural de causalidad. Los criterios utilizados son: la creación del riesgo no permitido, aumento o falta de aumento del riesgo permitido y la producción del resultado dentro del fin o esfera de protección de la norma infringida.

a. Creación o no creación del riesgo no permitido.

Según este criterio un resultado sólo es imputable si la acción del autor ha creado un riesgo jurídicamente relevante de lesión de un bien jurídico. Se trata de un criterio complementario al principio de riesgo en el que aparece con bastante nitidez la influencia de la teoría de la adecuación. El grupo de casos referentes a cursos causales irregulares -enviar a una persona a pasear al bosque en día de tormenta, recomendar al tío viajar en un vuelo charter, etc.- se resuelven por esta vía. En todos ellos ha de negarse la imputación debido a que, el riesgo creado no está jurídicamente desaprobado. Una vez más, la falta de relevancia penal del riesgo reside en la ausencia de capacidad de la acción de pretender la producción del resultado típico. El carácter aleatorio de estos procesos, la ínfima posibilidad de que a esa acción le siga el resultado, determina en la esfera de los delitos imprudentes la ausencia de la previsibilidad objetiva y en la de los dolosos la imposibilidad de controlar por el sujeto activo la marcha del curso causal.

Es obvio que dejaría de ser un curso si el sobrino sabía que el avión en el que va a viajar su tío está averiado -motivo del posterior accidente-. En este caso, el riesgo implícito en la acción si es penalmente relevante. También se resuelven los cursos causales complejos con causas preexistentes, simultáneas o sobrevenidas, cuando pueda afirmarse que el sujeto no creó el riesgo (no permitido) del resultado.

En todos estos casos -el lesionado en riña muere en accidente de tránsito al ser trasladado al hospital, etc.- el resultado se produjo causalmente, pero no es jurídicamente imputable por la falta de capacidad de la acción de pretender la producción del resultado típico. Caso distinto sería si A lesiona a B a sabiendas de su hemofilia, aquí sí cabe imputar el resultado. Todos estos supuestos se volverán a tratar como formas de desviaciones esenciales del curso causal en Apartado VI.5 referente al dolo.

b. Incremento o no del riesgo permitido.

Se puede afirmar que la vida en sociedad supone la asunción de ciertos riesgos -circular en automóvil por las carreteras, trabajar en centrales atómicas, asumir que opere como causa de exculpación quien actúa típicamente en error de prohibición, etc.- admitidos por la sociedad y por el ordenamiento jurídico. En el supuesto de que el sujeto aumente con su acción el riesgo permitido el resultado le será objetivamente imputado. No obstante, merece la pena comprobar la eficacia del criterio adicional que estamos examinando en relación a los cursos causales hipotéticos, por ejemplo, en el caso del conductor de camión que adelanta incorrectamente al ciclista ebrio.

Como ya sabemos, el método hipotético de la teoría de la condición no ofrecía respuesta al problema, pues la supresión mental de una causa no hacía desaparecer el resultado, debido a la presencia en el curso causal de otra causa sustitutiva. Partidarios de esta doctrina, para dar una respuesta a la cuestión, introducen posteriormente una corrección: caso de que varias acciones constituyan condiciones del resultado, serán todas ellas causales. Es decir, causas eficientes son tanto el adelantamiento antirreglamentario del conductor, como el giro hacia la izquierda del ciclista ebrio. Ambos cumplen, por lo tanto, con las exigencias del tipo (culposo) objetivo. La teoría de la imputación, sin embargo, resuelve con mayor precisión el problema evitando de paso caer en el ámbito de la *versari in re illicita*.

En efecto, la imputación del resultado queda excluida sólo si la conducta del autor no cooperó a incrementar el riesgo permitido. En el caso propuesto, si se llegara a demostrar de forma irrefutable que la distancia lateral observada en el adelantamiento por el conductor fue en concreto irrelevante, ya que el resultado se hubiera producido de igual forma, entonces se debe concluir que no hubo incremento del riesgo permitido, a pesar de la infracción de una norma de cuidado, pues la conducta antirreglamentaria del conductor no empeoró la situación con relación a lo tolerado legalmente.

Como se verá, cuando se trate la imprudencia, sólo la infracción del deber de cuidado relevante para el resultado concreto es una infracción típica. Caso distinto sería, si en lugar de esa demostración irrefutable se habla de que muy probablemente la ebriedad del ciclista hubiera conducido al mismo resultado: entonces, sí hay incremento del riesgo permitido y el resultado es imputable al conductor.

c. La esfera de la protección de la norma.

La imputación objetiva puede faltar si el resultado queda fuera del ámbito de la esfera de la protección de la norma. Por ejemplo, la madre del peatón atropellado imprudentemente sufre un síncope al enterarse de la noticia de su muerte. En este caso, ¿la lesión será imputable a la conducta imprudente previa?, ¿el conductor deberá también responder por las lesiones?. En éste y otros supuestos análogos, lo esencial es



determinar si el fin protector del precepto infringido está destinado a impedir la producción de las consecuencias directas lesivas para el bien jurídico o también a evitar daños secundarios desencadenados por aquéllas. En el caso propuesto, parecería que el fin de protección de la prohibición penal del homicidio o lesiones no incluye preservar a personas distintas del afectado de las repercusiones psíquicas del suceso. Cosa distinta, serán las posibles responsabilidades civiles por los daños indirectos que deriven de la producción del delito o falta.

No obstante, la casuística es muy rica y la doctrina aún no ha desarrollado suficientemente este criterio. Por ejemplo: el voluntario que acude a sofocar un incendio forestal provocado por la negligencia de unos excursionistas sufre graves quemaduras; el auxiliador que se ahoga tratando de salvar a un niño que había caído en la zona profunda de la piscina durante la negligente ausencia del vigilante; la acomodadora que muere al manipular la pistola que encontró en el abrigo de un asistente a la función de cine; etc.

La solución de estos supuestos sigue siendo objeto de viva polémica doctrinal, su mención excede el marco de esta introducción a la parte general. Por último, debe indicarse que este criterio adicional de la imputación objetiva se utiliza preferentemente en el ámbito de los delitos imprudentes, allí donde una serie de circunstancias más o menos imprevisibles cooperan a la producción de daños indirectos de algún modo previsibles por el sujeto. En los delitos dolosos no tiene cabida este criterio, ya que todos los casos son reconducibles a los de creación o aumento del riesgo.

4.4. El Tipo de injusto doloso.

4.4.1. Introducción.

En el conjunto de conductas lesivas de los bienes jurídicos se pueden distinguir dos clases distintas según la actitud del sujeto respecto del bien jurídico y la dirección de su voluntad. En un primer grupo de casos el autor es plenamente consciente de que con su actuar lesiona el bien jurídico y actúa de ese modo porque lo que quiere es lesionarlo. Así lo contempla la figura delictiva y se denomina delito doloso. En otro grupo de casos el autor ni busca ni pretende, lesionar el bien jurídico, pero su forma de actuar arriesgada y descuidada produce su lesión, estas conductas se contemplan en las figuras delictivas que se llaman delitos culposos o imprudentes.

Ambas conductas son estructuralmente diferentes, pues las dolosas son conductas dirigidas por la voluntad contra la propia norma que le prohíbe atentar contra el bien jurídico de que se trate y las conductas imprudentes se limitan a desconocer la norma de cuidado y, por lo tanto, ambas comportan una gravedad diferente, un diferente desvalor de acción, del que el legislador da cuenta al prever una pena para el delito imprudente sensiblemente inferior que para el delito doloso. Esto último se ha

sabido siempre, y siempre la pena del delito imprudente, ha sido inferior. Pero lo que es un fenómeno moderno es la consideración de las conductas dolosas y de las imprudentes como estructuralmente diferentes y, por lo tanto, estructuralmente diferentes también los tipos de los delitos dolosos e imprudentes.

Así permite entenderlo el Código Penal. Se habría arrumbado así el sistema tradicional, en el que todos los tipos de la Parte Especial se consideraban iguales a estos efectos, situando la diferencia entre lo doloso y lo imprudente no en el plano de las normas y de los tipos, sino en el plano de la culpabilidad. Por esta razón todos los delitos de la Parte especial se trataban como delitos con la pena del dolo y en una cláusula general final -Art.35 del Código Penal de 1973- disponía de una pena genérica para todas las formas de imprudencia.

La mayor parte de los delitos de la Parte especial son delitos dolosos, es decir, delitos cuyo tipo objetivo, constituido por la descripción de sujeto, la acción y sus características, sus circunstancias, el resultado lesivo, etc., se complementa con el elemento subjetivo del dolo, o sea, por la conciencia del autor de todos esos elementos y circunstancias y la voluntad de realizar la conducta y producir el resultado. El dolo es así el elemento subjetivo por excelencia del tipo doloso, si bien, por razones de economía legislativa es un elemento implícito en todos ellos, pues al ser menos numerosas las figuras de delito imprudente, el legislador califica las figuras imprudentes de modo expreso.

Así, el artículo 4 CP dispone que los tipos imprudentes han de estar expresamente previstos por la ley, por tanto todos los tipos no expresamente previstos como imprudentes son tipos dolosos. De tal modo, cuando se defina el homicidio tan sólo como "matar a otro", va implícito que es un matar doloso, es decir, a sabiendas y queriendo matarlo.

La distinción entre conductas dolosas e imprudentes y toda la dogmática del concepto de dolo, de dolo eventual y de error de tipo que veremos tiene su razón de ser en que si no hay dolo la conducta será impune o sólo punible como culposa, de ahí la justificación del esfuerzo de toda esta construcción dogmática. Por ejemplo, el homicidio doloso está castigado con una pena de prisión mínima de diez años, mientras que el homicidio imprudente lo está con una pena de prisión máxima de cuatro.

4.4.2. El concepto de dolo.

En la actualidad el dolo se concibe como la conciencia y voluntad del sujeto de realizar el hecho tipificado objetivamente en la figura delictiva. En el caso del homicidio quiere decir, por ejemplo, que el sujeto sabe que utilizando un arma de fuego sobre una parte vital del cuerpo humano causará la muerte de otro, y dispara el arma porque quiere matarlo. Es este un concepto natural de dolo que se proyecta exclusivamente sobre los hechos típicos y que no toma en cuenta si el sujeto conoce la significación jurídica de su actuar.



El concepto tradicional de dolo - que lo calificaba de *dolus malus* - exigía además la conciencia de la antijuridicidad de la conducta. En el caso anterior, por ejemplo, si lo que quiere es dar muerte al ladrón que huye, ha de saber que la legítima defensa no ampara este disparo, o en el caso de interferencia e intervención de comunicaciones telefónicas del artículo 302 CP el funcionario ha de saber que esta prohibida tal actuación sin la pertinente autorización judicial.

Hoy se considera que esta conciencia de la antijuridicidad no es un elemento del dolo, sino de la culpabilidad, y su ausencia no excluye el dolo y, por tanto tampoco el tipo doloso y su pena, aunque tiene como consecuencia una atenuación de la pena, proporcionada a la menor culpabilidad que revela el sujeto que así actúa, y excluye de toda pena en los casos más radicales, en los términos que veremos más adelante al estudiar la culpabilidad y el error de prohibición o error sobre la antijuridicidad. Se debe distinguir en el dolo la doble dimensión de conocimiento y voluntad.

Sólo el que sabe lo que ocurre puede querer que ocurra, es decir, aplicar su voluntad a conseguir el resultado que tenga en la cabeza. El sujeto debe ser consciente de que concurren todos los elementos del tipo objetivo.

Así, en el homicidio, que dispone de un instrumento mortífero, que lo aplica a otra persona y no a un animal y que, por lo tanto, le producirá la muerte; en el delito de violación, artículo 159, que la persona con la que tiene relaciones sexuales es menor de 12 años, en el hurto, que el abrigo que coge del perchero del restaurante no es el propio sino otro, etc.

Si el sujeto no conoció tales circunstancias no hay dolo. El conocimiento que se requiere no es un conocimiento exacto o científico sino el propio de un profano, por ejemplo, no requiere conocer el funcionamiento de un arma de fuego, sino que la presión sobre el gatillo produce el disparo, o que la aplicación de los cables de alto voltaje produce la muerte, sin que tenga que conocer la naturaleza de la energía eléctrica tampoco se requiere en el delito de violación a menor o incapaz el que sepa la edad concreta del menor, sino tan sólo que representa una edad inferior a los 12 años, o que sepa que sufre alguna debilidad mental, sin que tenga que llegar a exigir el conocimiento de lo que es una oligofrenia. Se trata en definitiva de la exigencia de un conocimiento aproximado de la significación natural, social o jurídica del hecho. Como veremos más adelante cuando el sujeto realiza materialmente uno de los elementos del tipo sin conocimiento del mismo nos hallamos ante un error de tipo que excluye el dolo: creyó disparar sobre un jabalí pero resultó ser una persona.

Además de conocer las circunstancias del hecho típico se requiere la voluntad de su realización. Si el hecho se realiza, pero el que el mismo se produzca no es fruto de la decisión incondicional de realizarlo, no hay dolo. Así, no hay dolo de matar si el agente disparó su arma al aire para intimidar al ladrón en su huida, aunque un rebote de la bala terminara causando su muerte si bien puede haberse dado lugar a un delito culposo de homicidio.

4.4.3. Las clases de dolo.

El elemento cognoscitivo y volitivo del dolo se pueden dar con distintas intensidades respectivamente. La combinación de variantes nos permiten diferenciar diversas clases de dolo: dolo directo y dolo eventual.

A. Dolo directo.

Nos hallamos ante el dolo directo cuando el resultado típico o la acción típica es el objetivo perseguido por el sujeto: lo que quiere es matar a otro y lo mata. En ocasiones, al realizarse la acción tendente al resultado se producen otros hechos que aparecen a los ojos del autor y de cualquier observador como necesaria e inevitablemente unidos al principal, por ejemplo, quiere matar a su enemigo mediante una bomba y lo hace, causando además inevitablemente la destrucción del vehículo, Por estas razones se habla de un dolo directo de primer grado y de segundo grado, pero ambos son igualmente dolo y de igual gravedad.

En 1875 un consignatario de buques inglés llamado Thomas puso una bomba en su barco para que explotara en plena navegación con el propósito de cobrar el seguro y librarse de la quiebra. Naturalmente respondió, además de por daños y estafa, de los homicidios a título de dolo, pues aunque no eran las muertes lo que pretendía ni le interesaban, era perfectamente consciente de que con la explosión del barco se producirían.

B. Dolo eventual.

En ocasiones, quien realiza la conducta sabe que posible o eventualmente se produzca el resultado típico, y no deja de actuar pese a ello. Esta forma de dolo se denomina dolo eventual pero resulta una categoría de difícil delimitación conceptual con la imprudencia consciente, que implica una pena menor, lo que ha obligado a la doctrina a elaborar varias construcciones del concepto para afirmar o excluir la presencia de dolo y que pueden sintetizarse en dos según pongan el acento en la esfera del conocimiento del sujeto o en la esfera de su voluntad conociéndose la primera por teoría de la probabilidad y la segunda como teoría de la voluntad.

El ejemplo de Guillermo Tell y sus variantes nos permiten describir los problemas que se pretenden resolver; Tell no falla nunca con su flecha en una manzana a veinticinco metros, y dispara sobre ella situada sobre la cabeza de su propio hijo y si llegara a dudar de si mismo no dispararía jamás, pero un día a pesar de encontrarse en plenas facultades falla y lo mata. Otros supuestos resultan bien diferentes, por ejemplo, si el mismo Tell dispara un día en el que sabe que no tiene el pulso firme, o un espectador de Tell, que nunca ha efectuado estos ejercicios de precisión, reproduce el lance con su propio hijo.



- a. La teoría de la voluntad.** Se asienta en el contenido de la misma y exige que el autor se haya representado el resultado lesivo como posible y probable y, además que en su esfera interna se haya decidido actuar aun cuando el resultado se hubiera de producir con seguridad, aceptando o consintiendo el resultado. No habría dolo, sino en su caso imprudencia consciente, si el autor, en el caso de haberse representado el resultado como seguro hubiera renunciado a actuar. Esta teoría, acuñada por FRANK, presenta el problema de descifrar esa dimensión interna de la voluntad, la actitud interna del autor para cuya captación por terceros no suele haber indicios con lo que, como ha dicho GIMBERNAT, al final el juicio sobre lo que hubiera hecho el sujeto de haber tenido como seguro el resultado se reduce a un juicio sobre la pinta del sujeto y sobre la confianza moral que nos merezca.
- b. La teoría de la probabilidad o de la representación.** Un intento de objetivar la configuración del dolo eventual lo constituye la teoría de la probabilidad, o de la representación. Para ella, la afirmación del dolo depende del grado de probabilidad de producción del resultado advertido por el autor con el conocimiento de la situación de que dispone. Así se afirma el dolo cuando el autor advirtió que existía una alta o gran probabilidad de que se produjese el resultado. Si el grado de probabilidad no es elevado nos encontraríamos ante la imprudencia consciente, y no en el dolo, pues en tal caso el autor no tenía necesariamente que contar con el resultado y aceptarlo.

De este modo lo que importa no es la actitud interna del autor, de difícil o imposible captación segura, sino el que a pesar de conocer el grave peligro de realización del resultado como consecuencia de su actuar, ha querido seguir actuando, lo que implica que se conforma con el resultado, que lo acepta, lo que encierra una dimensión volitiva a la que no se debe renunciar para imponer la pena del dolo. Esta teoría resulta preferible porque objetiviza el juicio sobre el dolo y porque responde a la idea de que lo que la norma prohíbe no es tanto la producción de resultados lesivos, sino la realización consciente y querida de conductas altamente peligrosas para los bienes jurídicos.

El caso del terrorista que hace estallar una bomba en un gran edificio de oficinas una hora después de haber concluido la jornada laboral no persigue matar a nadie, sino tan solo causar estragos en el edificio pero es perfectamente consciente de que no puede excluir que quede alguna persona rezagada y que muera en consecuencia y a pesar de ello actúa. No se puede afirmar con seguridad que haya querido el resultado de muerte, más aún si ha tomado alguna precaución añadida, pero sin duda hay que afirmar el dolo puesto que la altísima probabilidad de que se produjera una víctima no le ha llevado a abstenerse, sino que ha actuado a pesar de todo, conformándose con lo que sucediera y aceptando el resultado de muerte.

No sería lo mismo si por las circunstancias del caso ha llegado a excluir la producción de víctimas, por ejemplo, porque se trata de un concesionario de vehículos en el que ha comprobado durante días que trabajan sólo tres personas y ha esperado hasta verlas salir para activar la bomba, pero resultó que a partir de ese día el dueño había contratado una persona más como limpiadora. Aquí no se puede decir que se haya conformado, ni que haya aceptado el resultado, pues ha esperado a actuar cuando creía estar seguro de que no habría más que daños materiales.

4.4.4. El error de tipo y la ausencia de dolo.

Cuando el autor desconoce la concurrencia o realización de alguno o de todos los elementos del tipo de injusto -tanto se trate de elementos descriptivos como normativos- nos encontramos ante lo que se llama error de tipo. Antiguamente se hablaba de error de hecho o sobre los hechos, ya que no se captaba que en los tipos había además de elementos de hecho, elementos normativos y jurídicos. Error de tipo es el que se da cuando el cazador apostado en su lugar dispara para matar un oso y resulta que se trataba de otro cazador que indebidamente se había desplazado de su puesto. El autor del disparo desconoce que éste se ha proyectado sobre otra persona, que es elemento objetivo del tipo de homicidio. Su error impide admitir que haya querido matar a otro y por lo tanto, impide apreciar el dolo, excluyéndose pues la aplicación del tipo de homicidio doloso. Error de tipo sobre un elemento normativo es el que se da en el delito fiscal cuando el sujeto desconoce el deber de tributar por la donación de una casa que recibe de su padre (Art.249 CP).

Del error de tipo hay que distinguir otra clase de error que se refiere a la conciencia de. la antijuridicidad y que se llama error de prohibición, en el que incurre el sujeto que sabiendo perfectamente lo que hace materialmente desconoce que su acción es ilícita. Por ejemplo, en el caso del sujeto que dispara sobre el ladrón que huye creyendo que tal cosa es lícita, le da muerte dolosamente, pues quiere matarlo, pero yerra sobre la licitud de la conducta, lo que afecta no al dolo, sino a lo que se llama conciencia de la antijuridicidad, que es un elemento de la culpabilidad, y por lo tanto se aplicará la pena del delito doloso, aunque con atenuación, como se estudiará más adelante. En el mismo error de prohibición incurre el que dispone de un bien mueble cedido a título de préstamo y desconoce que debería haberlo devuelto al finalizar los términos pactados a su legítimo dueño (Art. 217 CP) y también el africano que realiza la ablación del clítoris de su hija adolescente creyendo que ejerce un derecho de su grupo nacional o cultural. El primer párrafo del artículo 28 CP establece que el error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal; y si el error fuera vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será sancionada en su caso como culposa.



El error se considera invencible cuando no hubiera conseguido evitarlo ni una persona cuidadosa y diligente. Por el contrario se considera vencible cuando se hubiera llegado a evitar aplicando normas elementales de diligencia y cuidado. Parece lógico que se excluya la responsabilidad penal cuando una persona diligente y cuidadosa no habría evitado el error y parece lógico también que erró por falta de cuidado y se le castigue. El Código, que parte de considerar la exclusión del tipo doloso dispone que la infracción será castigada como culposa, lo que parece correcto, pero para eso tiene que haber un tipo imprudente que castigue la lesión imprudente del bien jurídico de que se trate, y por esta razón el precepto establece la salvedad de en su caso.

En el caso del cazador de nuestro ejemplo bien puede considerarse que el error hubiere sido evitable aplicando las reglas de cuidado que rigen la actividad de cacería y, por lo tanto, que se castigue como homicidio imprudente previsto en el artículo 132. En el caso de las relaciones sexuales con la menor en la creencia de que era mayor de 12 años -salvo que por las circunstancias pudiera estimarse dolo eventual- el resultado de la aplicación de la regla del artículo 28 conduce a la impunidad pues no hay tipo de agresión sexual culposa. El error puede recaer, proyectarse, sobre elementos típicos de diferente significación y así se distinguen los errores sobre el objeto de la acción, sobre la relación de causalidad, el error en el golpe y el error sobre el momento de la consumación.

En el error sobre el objeto de la acción -error in objecto vel in persona- resulta en principio irrelevante que el autor haya querido apropiarse del abrigo de uno y lo haya hecho del de otro o que, queriendo matar a uno se haya confundido de víctima y haya matado a otro; en ambos casos hay un único delito doloso consumado de hurto y de homicidio. Al error hay que considerarlo relevante cuando se trata de los mismos objetos pero con diferente protección jurídica, o de objetos heterogéneos. Son los casos, por ejemplo, del que quiere matar al Jefe del Estado y da muerte a un escolta que se le parece, o del que quiere causar daños materiales y además causa la muerte de una persona. En estos casos el error obliga a reconocer la concurrencia de dos delitos, en el primer caso, un delito de homicidio del Jefe del Estado en grado de tentativa y un homicidio doloso consumado del escolta, y en el segundo un concurso de delito doloso de daños consumados con un delito imprudente de homicidio, en los supuestos de error sobre el curso causal de los acontecimientos es preciso distinguir los casos en los que el resultado sigue siendo objetivamente imputable al autor y los que no.

En los primeros el error es irrelevante: quiere disparar sobre otro, pero sólo le hiere gravemente, de lo que muere en el hospital tiempo después, hay aquí un único delito consumado de homicidio doloso. Para el otro supuesto nos vale el ejemplo anterior, pero con heridas no graves. Aunque al ser trasladado en la ambulancia muere al colisionar ésta con otro vehículo, aquí hay solamente un delito de homicidio doloso en grado de tentativa. En los delitos contra la vida y la salud puede darse lo que se llama error en el golpe -*aberratio ictus*- la mala puntería le lleva al autor a alcanzar a B cuando quería matar a C. En estos casos nos encontramos según la doctrina tradicio-

nal ante un único delito doloso de homicidio, aunque quizás procedería considerar relevante el error y consumado.

Se conoce como *dolus generalis* el supuesto que se produce cuando el autor cree erróneamente haber dado muerte a su víctima, pero cuando la mata efectivamente es en un momento posterior, al manipularla para simular un suicidio por ahorcamiento.

Se tratan estos casos considerándoles como un único delito de homicidio doloso. Un supuesto de error cuyo tratamiento resulta muy discutido es el del error sobre los presupuestos de una causa de justificación. Frente al caso anteriormente descrito en el que el autor disparaba sobre el ladrón que huía creyendo que tal proceder era lícito por cubrirlo la legítima defensa, y que hemos calificado como un error no sobre un elemento del tipo sino sobre la licitud del acto, que sólo afecta a la culpabilidad, se presentan supuestos en los que el sujeto en lo que yerra es en la captación de la realidad, creyendo erróneamente que un tercero viene a atacarle.

La situación de agresión ilegítima debe considerarse un elemento del tipo -del tipo negativo que constituyen las causas de justificación- por lo que este error debe excluir el dolo y castigarse tan solo y si procede como homicidio culposo. Otro sector doctrinal lo considera como un error sobre la antijuridicidad y, por lo tanto, no excluye el dolo y sólo atenúa la culpabilidad. (vid. ∇ Culpabilidad).

4.4.5. Los elementos subjetivos del injusto.

En ocasiones el legislador ha querido por alguna razón restringir el ámbito de punición propia del tipo doloso, y ha incorporado expresamente a la descripción típica algún elemento subjetivo especial cuya concurrencia se exigirá además del dolo. Son estos los llamados elementos subjetivos del injusto, como por ejemplo el ánimo de lucro en el hurto -Art. 207 CP- o el propósito de causar perjuicio en el delito de daños -Art.221 CP-. En algunos supuestos el elemento subjetivo específico acumulado al dolo está más o menos implícito, como por ejemplo en el acoso sexual -art 165 CP-, que requiere, al igual que en otras modalidades típicas de esta índole, que la acción esté teñida por el ánimo lúbrico, que no existe, y por ello no llega a realizarse el tipo, en los casos del boca a boca de la socorrista que auxilia a un bañista privado de sentido por la ingestión de agua. También se considera implícito un ánimo de injuriar en los delitos de calumnias e injurias, sin cuya concurrencia la lesión del honor ajeno no es punible -arts, 177 CP y ss-.

La ausencia del elemento subjetivo del injusto determina la exclusión de la tipicidad de la conducta, aunque persista el dolo, salvo que realice un delito distinto, como son los casos del que se apodera de un vehículo de motor para usarlo durante unas horas no realiza el tipo del hurto del artículo 207 CP, pues no tiene ánimo de apropiarse de él sino tan solo de usarlo, pero realiza el tipo de hurto de uso de vehícu-



los tipificado en el artículo 210 CP; o aquel que se apodere de documentos, soportes informáticos u otros objetos, pero no con el propósito de revelar un secreto evaluable económicamente, sino por venganza hacia la empresa, no realizará el delito de infidelidad comercial del artículo 230 CP, sino sólo el de hurto o daños en su caso.

Los tipos con elementos subjetivos pueden clasificarse en tres grupos: En primer lugar los llamados mutilados en dos actos, en los que el primer acto sirve para realizar un segundo por el mismo sujeto, cuya realización no exige el tipo, al cual le basta el primero cuando ha sido llevado a cabo con la intención de efectuar el segundo por ejemplo, el delito de falsedad en documento privado para perjudicar luego a otro del artículo 283.

En segundo lugar se cuentan los delitos de resultado cortado, que son aquellos en los que se tipifica una acción con la que el sujeto pretende alcanzar un resultado ulterior, que el tipo no requiere que se llegue a realizar como es el caso de los delitos de rebelión y sedición, de los artículos 340 y 341. Por último, los delitos de tendencia interna trascendente, en los que hay una finalidad o motivo que trasciende la mera realización doloso de la acción, como es el ánimo de lucro con el que ha de apoderarse de la cosa para que se realice el hurto -art. 207 CP-, o el animus iniuriandi en las injurias o el ánimo lúbrico en los delitos sexuales.

4.5. Tipo de injusto culposo.

4.5.1. Introducción.

La relevancia del estudio de los delitos imprudentes no necesita ser subrayada. Su complejidad dogmática (teoría de la participación, caracterización dogmática del error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación, imputación objetiva, etc.) los hace acreedores de un detenido análisis. Más exigido aún por su relevancia criminológica, que queda evidenciada por la mera consideración del incremento de la siniestralidad automovilística o laboral.

El art. 4 del CP establece que la pena o la medida de seguridad sólo se impondrán si la acción u omisión ha sido realizada con dolo o culpa. Como es bien sabido, en el lenguaje técnico, culpa e imprudencia son términos sinónimos, y, por ello, nada se puede reprochar al legislador por acudir a uno de ellos y no al otro. Pero quizá el término culpa es menos descriptivo y además, equívoco, puesto que también se utiliza como equivalente a hecho ilícito (incurrir en culpa, estar en culpa), culpabilidad (sentimiento de culpabilidad) o responsabilidad moral (tener la culpa de algo) (LUZÓN), lo que hubiera hecho aconsejable emplear el sustantivo "imprudencia" que, por otra parte es el más utilizado en los trabajos doctrinales.

Desde el punto de vista dogmático hay que atribuir a la teoría final de la acción la definitiva aceptación de que el contenido de la voluntad haya de tenerse en cuenta ya a nivel de tipicidad, puesto que el comportamiento humano no es un comportamiento ciego, sino un proceso dirigido por la voluntad humana hacia determinados fines.

Así pues, a pesar de que algún autor siga considerando al dolo y la culpa como formas de la culpabilidad (MORENO-RUEDA), se viene entendiendo mayoritariamente que el tipo no sólo tiene una vertiente objetiva, sino también otra subjetiva: el contenido de la voluntad que rige la acción. Como además son muy distintas las formas en que el sujeto se representa y quiere el resultado prohibido en el tipo -que van desde la identificación móvil-resultado hasta la irrelevancia jurídico-penal del fin último pretendido-, el elemento subjetivo es susceptible de graduación. De ahí que ya en el plano de la tipicidad ha de distinguirse entre tipo de injusto realizado dolosamente y tipo de injusto realizado culposamente (MUÑOZ CONDE).

4.5.2. El sistema de *numerus clausus*.

Como regla general, los delitos vienen castigados en su forma dolosa. La punición de las conductas imprudentes sólo cabe “cuando la ley penal lo establezca de manera expresa” (art. 18 del CP). El CP ha abandonado así el tradicional sistema de *numerus apertus* y ha preferido seguir una opción que viene abrumadoramente avalada por el Derecho comparado. En efecto, los sistemas jurídicos más próximos al nuestro, como el español, el alemán, el italiano o el portugués, se habían venido decantando por la misma fórmula. Se trata, por otra parte, de una decisión impuesta por imperativo del principio de intervención mínima, por cuanto el delito culposo representa, atendiendo al desvalor de acción, un minus con respecto al doloso.

En contra, observa SILVA SANCHEZ que un sistema de *numerus clausus* con profusión de tipos imprudentes puede ser más intervencionista que otro de *numerus apertus* “con una importante restricción de la sanción penal de los delitos imprudentes”, afirmación que, si bien no puede suscribirse sin matices, pone de relieve que lo decisivo para valorar el respeto de un sistema por el principio de intervención mínima no puede ser sólo la opción globalmente seguida, sino la concreta conformación de la Parte Especial (SILVA, 1994).

Imponer las graves sanciones propias del sistema penal a toda comisión culposa de una figura delictiva es, en opinión de CEREZO, no sólo valorativamente injusto, sino político-criminalmente censurable, por cuanto provoca una inflación punitiva reñida con la eficacia que se espera de la sanción (CEREZO, 1983). Las situaciones concursales tampoco admiten solución satisfactoria en los sistemas de *crimen culpae*, en los que la pluralidad de resultados invita, teóricamente, a castigar por un delito único prescindiendo de la pluralidad de resultados.

La fórmula del *numerus clausus* es, por otra parte, más compatible con los principios de legalidad y de seguridad jurídica (QUINTERO-MORALES-PRATS), ya que si la descripción legal de los tipos imprudentes recurre siempre a fórmulas abiertas (MUÑOZ CONDE), la amplitud desmesurada y la vaguedad son absolutas cuando la regulación de una pluralidad de conductas de número prácticamente inimaginable queda condensada en una única descripción, tal como ocurre con los sistemas de cláusula general.



El principio de intervención mínima se manifiesta también en la destipificación de la participación imprudente. En el momento de estudiar autoría y participación se insistirá sobre este punto. El efecto despenalizador del *numerus clausus* se amplía a los supuestos de error evitable de tipo, que, a tenor del art. 28, han de ser castigados como infracción culposa “en su caso”, es decir, sólo cuando esté expresamente penalizada la comisión culposa. Las implicaciones dogmáticas de esta opción han sido subrayadas por SILVA, que pone de relieve que el error de tipo, en contra de lo que a veces se ha sostenido, no es un caso en el que el legislador remite al trato penológico dispensado a la imprudencia. Por el contrario, “...es un caso de imprudencia...El error de tipo excluye el dolo. Dado que las únicas formas de atribución subjetiva del hecho son el dolo o la imprudencia, su punición sólo será posible en los casos en que tal error pueda verse como una imprudencia.

Ello es así en los casos de error vencible... La vencibilidad, la imprudencia, resultan del hecho de que el sujeto disponía de los elementos para haber salido de su situación de error si hubiera aplicado la diligencia debida” (SILVA, 1994). Claro que no todos los efectos de la opción legal van a ser despenalizadores. Así se ha denunciado que la inercia de los Tribunales, puede determinar, ante el trascendente cambio producido, una extensión indebida del ámbito del dolo eventual, para evitar verse compelidos a absolver en supuestos que tradicionalmente eran objeto de condena. Esta inercia valorativa podría venir potenciada por las constatadas dificultades de los Tribunales a la hora de distinguir entre dolo eventual y culpa consciente recurriendo a las teorías del consentimiento, de la probabilidad o a las teorías mixtas. Pero estas preocupaciones, con ser compartibles, no deben ocultar el dato de que a los Tribunales compete aplicar la Ley con el máximo posible de rigor dogmático, sin que puedan arrogarse la competencia de decidir que son punibles (considerándolas doloso-eventuales) conductas que, por imprudentes, el legislador ha querido impunes.

En cambio sí se produce un incremento de la contundencia de la intervención punitiva en materia concursal, ya que con la fórmula del crimen culpae, un solo comportamiento imprudente productor de varios resultados venía siendo considerado como un sólo delito de imprudencia con resultado muerte, lesiones, etc. Con la opción legal por los crímenes culposa, la cuestión cambia ya que existirán tantos delitos como resultados, aunque deriven de un comportamiento único, lo que obligará a imponer las penas propias del concurso ideal de delitos (Art. 40: “Hay concurso ideal de delitos cuando con una sola acción u omisión se cometen dos o más delitos...”; Art. 70. “En caso de concurso ideal de delitos, se aplicará al responsable la pena que correspondería por el delito más grave, aumentada hasta en una tercera parte”).

Por otra parte, hay que observar que la fórmula legal no permite desconocer los elementos específicos del tipo doloso de referencia, que, en ocasiones vetarán la posibilidad de comisión imprudente. En efecto, la concreta previsión de la imprudencia como conducta típica en determinado grupo de conductas no autoriza, sin más, el castigo en su versión culposa de todas las figuras ubicadas sistemáticamente en ese

grupo. Y, por tanto no exonera al aplicador del Derecho de su deber de comprobar si la cláusula incriminadora de la conducta imprudente puede aplicarse a todos los delitos genéricamente aludidos.

Así ocurre en el caso del homicidio culposo. Aunque el Art. 132 parece referirse a todas las clases de homicidio, es obvio que la generalidad de homicidios agravados del Art. 129 o el homicidio piadoso del Art. 130 no pueden cometerse en forma culposa (QUINTERO-MORALES-PRATS). Algo semejante ocurre con el delito de contaminación ambiental culposa: no es posible la comisión imprudente -que castiga el Art. 257- de algunas de las conductas del Art. 256, por mucho que aquél se remita a “los casos a que se refieren los artículos anteriores”.

4.5.3. Concepto.

No contamos con un concepto legal de imprudencia. El Art. 4 simplemente contempla la forma imprudente como una de las posibles modalidades de delito. En general, la doctrina maneja hoy una acepción normativa superadora de anteriores concepciones psicológicas, para las que la imprudencia se identificaba con voluntad de realizar la acción pero no el resultado, o con voluntad de peligro pero no de lesión. Ambas son inidóneas para explicar los supuestos de culpa inconsciente. Tampoco llevan a resultados satisfactorios cuando se actúa con conciencia de la peligrosidad del propio comportamiento, que se realiza voluntariamente pero con exquisita diligencia: la mera realización voluntaria de la acción peligrosa no es todavía imprudente (LUZÓN, QUINTERO-MORALES-PRATS). De ahí que se prefieran hoy acepciones normativas que ponen el acento en la infracción de la diligencia debida.

La primera consecuencia es la de que si la imprudencia consiste, en principio, en la infracción de un deber, quien lo cumple no puede actuar antijurídicamente, aunque produzca un resultado no querido por el Derecho, con lo que, desde ENGISCH, se viene aceptando mayoritariamente que la actuación imprudente ha de pertenecer al tipo de injusto, y no a la culpabilidad.

4.5.4. Estructura.

El tipo objetivo de los tipos imprudentes viene integrado por dos elementos: la infracción del deber de cuidado y la causación del resultado.

A. Infracción del deber de cuidado.

La infracción del deber de cuidado, es la esencia normativa del delito imprudente. El deber de cuidado es ante todo objetivo, ya que para fijarlo no se acude al cuidado que en el caso concreto debería aplicar el autor, sino al cuidado requerido en la vida de relación social. Lo que supone un juicio normativo que fija la conducta que hubiera seguido, en el caso, una persona razonable (MUÑOZ CONDE).



Ese juicio normativo viene, a su vez, integrado, como propone MUÑOZ CONDE, por dos elementos: uno intelectual que versa sobre la previsibilidad objetiva de las consecuencias de la acción y otro valorativo que decide que comportamiento queda por debajo del cuidado exigido. En virtud del primero no podrán estimarse imprudentemente producidos los resultados no objetivamente previsibles; en virtud del segundo será necesario añadir a esa previsibilidad la actuación no diligente o cuidadosa, ya que actuar con constancia de la probabilidad del riesgo no es todavía actuar imprudentemente, puesto que se pueden tomar medidas adecuadas y prudentes. La valoración de la conducta exige inicialmente identificar la norma de cuidado que se infringe.

La ley penal no puede determinar el catálogo de fuentes en que se inserten dichas normas de cuidado, por lo que habrá que acudir a la experiencia social, a la experiencia técnica, a códigos de conducta, a normas legales o reglamentarias, etc.

Un claro ejemplo de estas referencias puede venir dado por normas legales o reglamentarias. La afirmación de culpa en el Art. 257 requiere cotejar el comportamiento del sujeto con el que le exige el ordenamiento. Y para ello habrá que partir de las pautas fijadas en las leyes y reglamentos a que alude el Art. 255 del CP (contaminación ambiental "en contravención a las leyes y reglamentos respectivos"). Otro ejemplo de estas fuentes que permiten determinar el contenido del deber de cuidado pueden ser los códigos de conducta.

En este sentido, los denominados Códigos de Deontología Médica recogen normas de cuyo incumplimiento no cabe deducir, *sic et simpliciter*, responsabilidad penal, pero estas normas pueden ser una pauta muy útil para determinar cuando se actuó negligente o diligentemente.

Para un importante sector doctrinal (STRATENWERTH, JAKOBS, OTTO, SAMSON, QUINTERO, ZUGALDÍA, BACIGALUPO) existe en la imprudencia, junto a la infracción del deber objetivo de cuidado "un tipo subjetivo que atiende a la capacidad individual". En otros términos, exigen la concurrencia de previsibilidad subjetiva e incumplimiento de un deber de cuidado individualizado, acorde con la capacidad, mayor o menor, del sujeto concreto (LUZON). Con ello lo que se pretende es no dejar impune el caso de no empleo por el sujeto de su especial conocimiento o capacidad.

De acuerdo con ello "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. La inobservancia de estas reglas es ya un indicio, pero nunca una prueba irrefutable de que se actuó imprudentemente. Hay casos en los que la inobservancia puede ser imprudente y en otros prudente...sólo la lesión del deber de cuidado convierte la acción en imprudente, sin embargo junto a la lesión del cuidado objetivamente requerido hay que tener en cuenta la capacidad, rol específico y conocimientos especiales del sujeto que actúa, tanto para fundamentar la imprudencia como para graduar su gravedad" (MUÑOZ CONDE).

Otro sector se muestra más reacio a admitir como elemento integrante de la imprudencia la infracción de un deber subjetivo de cuidado. Si con la concepción tradicional, que entendía que la imprudencia era una forma de la culpabilidad, lo coherente era entender que lo imprudente es lo que infringe un deber subjetivo de cuidado -esto es un deber cuyo contenido viene determinado por la capacidad del sujeto actuante-, al considerar la imprudencia hoy como perteneciente al injusto típico hay que deducir que ésta infringe un deber objetivo general (LUZON).

La imprudencia supondría, así, vulnerar el deber de diligencia que se impone a todos los ciudadanos en la situación examinada. Y si se trata de una actuación profesional, el cuidado exigible al buen profesional. Sólo así puede afirmarse que existe una conducta objetivamente imprudente, y por tanto antijurídica con carácter objetivo general (LUZON).

La actuación será, así, imprudente si el autor no aplicó a su comportamiento el poder de actuación adecuado al nivel medio. En consecuencia con la previa aceptación de la "distinción de la infracción del deber objetivamente exigible en el tráfico y el poder individual del autor de cumplir aquel deber, incluyendo lo primero en la antijuridicidad y lo segundo en la culpabilidad" (MIR PUIG). Sin embargo, no por ello la concurrencia de una especial y superior capacidad personal del sujeto activo será irrelevante, ya que el hombre medio sólo actúa diligentemente cuando en la misma situación hubiera contado con todos los datos que le consta son concurrentes, entre los que hay que incluir los conocidos gracias a esa alta preparación personal presente en el caso concreto (BACIGALUPO).

Y cuando la capacidad personal no supone un plus sino un minus con respecto al hombre medio, cuando las deficiencias psíquicas del sujeto, o las presiones de una situación concreta, le priven de la capacidad de comprender (falta de previsibilidad subjetiva) o de actuar de acuerdo con el deber objetivo de cuidado, parte de la doctrina entiende que no se infringe el deber subjetivo de cuidado, pero puede también entenderse, sin necesidad de adoptar esta perspectiva subjetiva, que concurre una incapacidad subjetiva de cumplir el auténtico deber de cuidado, que es objetivo-general. El comportamiento será imprudente, y por tanto antijurídico, aunque se excluya o se atenúe la culpabilidad individual por ese hecho "A diferencia del delito doloso (y también de la imprudencia consciente) en que ha habido efectiva previsión del hecho típico, aunque el sujeto sea semiimputable o semiculpaible -o incluso totalmente inculpaible-, en la imprudencia inconsciente sucede que, como no ha habido previsión o representación del hecho, si no existe al menos previsibilidad subjetiva del hecho no puede haber culpabilidad; y la peculiaridad consiste en que aquí la capacidad individual de previsión del hecho no sólo puede excluirse por la total inimputabilidad o una situación de total exculpación como el miedo insuperable, sino también por situaciones de semiimputabilidad como las deficiencias o retrasos mentales". (LUZON).



B. Resultado.

La provocación de un resultado forma parte de la estructura de los delitos imprudentes, ya que, en estos casos, el desvalor de acción es insuficiente para hacer surgir la responsabilidad criminal. En consecuencia se plantean aquí, y con más importancia que en los delitos dolosos, los problemas de imputación objetiva, que deben resolverse aplicando los mismos criterios que en aquellos. Pero ese resultado no tiene por qué ser lesivo. Puede consistir en la mera creación de peligro. Hay que recordar al respecto que, en contra de fórmulas estereotipadas en resoluciones judiciales, los delitos de resultado no se contraponen a los de peligro, antes bien, los delitos de peligro siempre son de resultado (TERRADILLOS, 1999). Así ocurre en los Arts. 257 o 269, que castigan la contaminación ambiental culposa o los delitos culposos de peligro común. La criminalización llega así a delitos imprudentes de peligro abstracto, lo que suscita complejas cuestiones dogmáticas y político-criminales.

En lo dogmático, la polémica doctrinal sobre la posibilidad de realización imprudente de tipos de peligro, debe hoy entenderse resuelta en sentido afirmativo (LUZON). Desde una perspectiva político-criminal la cuestión es más polémica, pues en la medida en que se prevean cláusulas imprudentes proyectables a estructuras típicas de peligro puede quedar comprometido el principio de intervención mínima (QUINTERO-MORALES-PRATS), y más si se trata de peligro abstracto.

En efecto, si el resultado en los delitos imprudentes es, con un sector doctrinal, sólo una condición objetiva de punibilidad, es difícil atribuir tal condición a un mero riesgo. Si, como propone otro sector, la exigencia de resultado tiene la función de garantía, de seguridad jurídica y de límite de la intervención penal en delitos realizados en forma imprudente, la no producción del resultado lesión parece evidenciar que no había peligro en el comportamiento.

Desde ambos puntos de vista es difícil justificar la opción en favor de criminalizar delitos imprudentes de peligro. Sin embargo, una vez admitida la posibilidad dogmática de delitos imprudentes de peligro, no puede desconocerse desde una perspectiva político-criminal el dato criminológico. Y ese dato, por seguir con los ejemplos propuestos, es la creciente contaminación ambiental no dolosa o la alta siniestralidad imputable a comportamientos imprudentes en el manejo de energía, explosivos, fuego, etc.

De no haberse recurrido a la opción que hoy sigue el Código, la protección del medio ambiente o de la seguridad común serían letra muerta. Si desde el punto de vista político-criminal la opción parece plausible, también es coherente desde una perspectiva dogmática. Cuando, como es el caso, la experiencia permite concretar normativamente los límites de la norma de cuidado, la necesidad de un resultado lesivo queda relativizada (MIR) y, con ello, se atenúan las objeciones frente al recurso a tipos imprudentes de peligro.

4.5.5. Clases.

El CP no distingue, con carácter general, entre las diversas modalidades en que se puede presentar el comportamiento culposo. Al contrario de lo que hace el CPE, en el que se impone distinguir entre imprudencia grave y leve, ya que determinan distintos efectos, y entre ellos el de que sólo la imprudencia grave, con la excepción prevista en el art. 621.1, da lugar a un delito, mientras que los supuestos de imprudencia leve serán constitutivos de falta. Además, maneja el CPE la categoría de imprudencia profesional, que permite, en determinados delitos (homicidio, lesiones), el recurso a una penalidad distinta y más gravosa que cuando falta esa nota de profesionalidad (TERRADILLOS, 1998).

Sin embargo, en el caso de El Salvador, las reglas generales de determinación de la pena del Art. 63 del CP son aplicables tanto a los delitos dolosos como a los culposos, y, en su aplicación, la adjetivación de la imprudencia desde una perspectiva cuantitativa (grave o leve) es paso obligado para fijar la medida de la pena motivadamente, tal como impone, a su vez, el art. 62.

Se ha venido entendiendo, doctrinal y jurisprudencialmente que la diferencia entre imprudencia grave y leve es puramente cuantitativa, en la medida en que quien actúa con imprudencia leve infringe la misma norma que quien realizó el tipo penal mediando imprudencia grave (FEIJÓO). En cualquier caso la gravedad no es mero fruto de un cálculo de probabilidad sino que presupone un juicio valorativo.

Pero es un juicio que versa primordialmente sobre uno de los elementos de la imprudencia, la infracción del deber de cuidado, puesto que la importancia del resultado ya ha sido tenida en cuenta por el legislador al restringir la punibilidad a los casos específicamente criminalizados. Esa infracción del deber de cuidado puede versar sobre el propio reconocimiento de la peligrosidad de la actuación, pero ello no introduce elementos diferenciales relevantes con respecto a los supuestos en que, reconocida esa peligrosidad se actuó negligentemente. De ahí que la culpa inconsciente y la consciente puedan revestir la misma gravedad. No se trata de supuestos valorativamente distintos, sino de comportamientos que responden a diferentes actitudes psicológicas.

La imprudencia puede seguir siendo grave en los supuestos de culpa concurrente de la víctima, ya que, como tiene reiterado la doctrina del Tribunal Supremo español, en materia penal no cabe la compensación de culpas. También parece que el carácter profesional del comportamiento inculcado debería ser el fundamento legitimante de la imposición de penas de inhabilitación o de privación del derecho de conducir vehículos de motor, como accesorias o como principales (Art. 46 del CP).

Al respecto, el Art. 132 del CP dispone “El homicidio culposo será sancionado con prisión de dos a cuatro años. Cuando el homicidio culposo se cometiere mediante la conducción de un vehículo, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho



a conducir o a obtener la licencia respectiva por un término de dos a cuatro años cuando ello sea requerido.

Si la muerte culposa se produjere como consecuencia del ejercicio de una profesión o actividad médica o paramédica, se impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad por un término de dos a cuatro años". Parece obvio que una interpretación correcta de tal precepto ha de tener presente el carácter preventivo especial de las penas específicamente previstas para conductores de vehículos y para profesionales (de facto) sanitarios.

Por eso, no basta con que la muerte se produjera en el contexto de la conducción de un vehículo: ha de ser el resultado, objetivamente imputable, provocado "mediante" la conducción imprudente. Y no basta tampoco con que la muerte se produzca en el ejercicio de una actividad sanitaria. Ha de ser "consecuencia del ejercicio" de dicha actividad o profesión de manera imprudente.

La muerte del paciente ocasionada por el derribo, imprudentemente provocado, de la sala donde espera asistencia médica es una muerte culposa, pero no es consecuencia del ejercicio de la actividad profesional.

No procede, sin embargo, aplicar la distinción entre culpa profesional y culpa del profesional, tan asentada en la jurisprudencia y en la doctrina españolas, sin que el CPE de 1995 ofrezca una base inequívoca para seguir manteniéndola. Antes bien, parece hoy más correcto entender que toda actuación imprudente en el ejercicio de la profesión -cualesquiera que sean sus manifestaciones: actuación torpe por ignorancia o por negligencia, falta de análisis de riesgos concurrentes, negligente subvaloración de los riesgos concurrentes, exquisita negligencia identificable con el atolondramiento, etc.- debe ser considerada como imprudencia profesional (TERRADILLOS,1998).

4.6. La Omisión.

4.6.1. El concepto de omisión y sus clases.

En la actualidad, sigue sin decaer el interés que suscita la problemática de los delitos de omisión en el ámbito del derecho penal. La razón de ello obedece, por una parte, a la aparición de una delincuencia económica que utiliza con preferencia esta forma de comportamiento típico y de la cual la sociedad debe protegerse; por otra, la función de promoción que asume el Derecho Penal al constituirse en un medio de contribuir a la evolución del modelo social.

La combinación de estos y otros factores ha llevado al legislador a introducir en el Código Penal un principio de solidaridad social en virtud del cual se responsabiliza al sujeto que omite realizar determinada prestación conducente a la salvaguarda de un bien jurídico, o que no impida la producción de un resultado típico estando obligado a ello. La conducta humana que sirve de base al tipo penal puede consistir en un hacer

y en un no hacer. La madre comete homicidio, tanto si ahoga con sus propios manos al hijo recién nacido, como si se abstiene de darle alimento dejándole morir de hambre. En el lenguaje coloquial el uso del término “omisión” es múltiple -omitió saludar, pagar la factura o procurar auxilio al accidentado-. Sin embargo, el concepto de omisión aquí utilizado es mucho más restringido, sólo se refiere a aquellos comportamientos pasivos que producen consecuencias jurídicas.

Por eso, no todo comportamiento pasivo consistente en un no hacer equivale a una omisión en sentido penal. Para ello se requiere, como veremos a continuación, de algo más: de un juicio normativo negativo. La cuestión no es fácil. De hecho, la doctrina se ha visto enzarzada en una histórica polémica que tiene, a su vez, mucho que ver con el concepto de la acción.

No nos olvidemos que el hacer y el no hacer son las caras de una misma moneda llamada comportamiento humano. Al igual que sucedía cuando se habló de la acción o de la causalidad, el debate doctrinal en torno al concepto de omisión se ha encarado desde dos perspectivas o metodologías diferentes: la natural (ontológica) y la normativa (axiológica).

A. Concepto natural de la omisión.

Dentro de la primera tendencia se agrupan todas aquellas teorías que consideran a determinadas propiedades naturales como suficientes para dar sentido a la omisión. El contenido de esas propiedades puede provenir de fuentes muy diversas. Por ejemplo, los primeros causalistas identificaban la omisión con un abstenerse de hacer algo, sin hacer ningún gasto de energía decían, y los finalistas de realizar la acción final. En ambos casos, el concepto de omisión se hace depender de propiedades del comportamiento del ser humano: la pasividad, el no hacer la acción finalmente posible.

Los conceptos propuestos adolecen de un alto grado de indeterminación y valor sistemático. En efecto, si estas son las referencias que debe tener el Juez para escoger de entre todas las omisiones posibles aquellas que son penalmente relevantes, poco o nada hemos adelantado. Veámoslo con un sencillo ejemplo tomado de GIMBERNAT: cada vez que un alumno en una biblioteca de 100.000 volúmenes toma un libro -actúa finalmente- está realizando 999.000 omisiones -potencialmente finales-.

Estas posturas fueron objeto de fuertes críticas. Hacer depender la noción de la omisión de la pasividad del sujeto resulta irrelevante. Por ejemplo, la enfermera que permanece absolutamente inmóvil dejando morir al enfermo que sufre una parada respiratoria omite, en sentido penal, de igual forma que si lo abandona para irse al cine. De la misma manera, la propuesta finalista, mucho más elaborada que la causalista, tampoco llega a convencer. En efecto, según ellos, para que una acción u omisión sean finales, el sujeto debe conocer la situación en la que una u otra deben producir sus efectos. De acuerdo con esta teoría, difícilmente podría ser penalmente relevante, como resulta serlo, la conducta de la enfermera que perjudica la salud del paciente al olvidar



la dieta prescrita unos días antes por el médico. Es decir, el concepto final de acción no explica o su definición no comprende a las omisiones por culpa inconsciente.

B. Concepto normativo.

Hoy por hoy la mayor parte de la doctrina se inclina por entender que la omisión es un concepto jurídico-penal y no meramente naturalístico. Lo importante es, al igual que sucedía con los cursos causales, fijar el criterio que nos permita seleccionar de entre todos los comportamientos pasivos o potencialmente finales aquellos que interesen al Derecho penal. La omisión no consiste en un comportamiento pasivo, sino en abstenerse de hacer algo que debería haberse hecho. Es decir la omisión sólo puede ser fundamentada externamente según determinadas pautas sociales, religiosas, jurídicas, etc. La enfermera no omite por haberse quedado sentada o haberse ido al cine, sino por no realizar la acción debida de acuerdo con las obligaciones asumidas al ser contratada por el hospital. Al Derecho Penal sólo le interesa aquella omisión cuyo marco externo de referencia sea la norma. La acción debida será por tanto la que concretamente exija el precepto correspondiente.

En otros términos, la expectativa de la acción no realizada debe encontrar su punto de referencia en la tipicidad. Si en el código se dice que el funcionario público está obligado a auxiliar a la Administración o servicio público y no lo hace omite. Así pues el concepto de omisión típica se podría formular de la siguiente manera: comportamiento consistente en un no hacer, normativamente desvalorado. Como se dijo más arriba, sólo serán omisiones aquellas conductas consistentes en no realizar determinada prestación o en no evitar la producción del resultado cuando así lo establezca el legislador. Por eso, el fundamento del injusto de los delitos comisivos (de acción) dan lugar a la infracción de una norma prohibitiva, mientras que el injusto de un delito omisivo origina la infracción de una norma de mandato o preceptiva.

El injusto de un delito comisivo consiste en hacer algo nocivo que una norma prohíbe; el injusto de un delito de omisión consiste en no realizar la prestación obligada por una norma de mandato. Estas dos modalidades de conducta quedan reflejadas en el artículo 19 al establecer que: “los hechos punibles pueden ser realizados por acción u omisión”. En el Código Penal aparecen dos clases de delitos de omisión: la pura o propia y la impropia o de comisión por omisión en los delitos de omisión propia la norma preceptiva obliga al sujeto a la realización de un determinado comportamiento, mientras que en los delitos de comisión por omisión obliga al garante a evitar la producción de un resultado típico. La situación que permite deducir en cada caso el contenido del deber de actuar recibe el nombre de situación típica. A continuación, veremos con detalle ambas clases de omisión.

4.6.2. Delitos de omisión propios.

En los delitos propios de omisión se castiga la simple infracción de un deber de actuar y equivalen a delitos de mera actividad. El Código Penal recoge un amplio número de ellos. Por ejemplo, en la omisión del deber de socorro, la acción mandada consiste en prestar auxilio a la víctima “que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave” (Art.175 CP); respecto al cumplimiento de los deberes de asistencia económica, el mandato consiste en “prestar los medios indispensables de subsistencia a quien estuviere obligado” (Art. 201 CP); en la omisión por no cooperar con la Administración de la Justicia el mandato se dirige al Fiscal General de la República o funcionario público obligándole a “promover la investigación de un hecho delictivo del que tenga noticia..” (Art.311 CP), etc. Todos estos delitos tienen en común una serie de elementos objetivos y subjetivos, las particularidades específicas de cada uno corresponde estudiarlas en la parte especial.

A. Tipicidad objetiva.

Los elementos que conforman el tipo objetivo son tres:

- a) Situación típica. En ella se establece el presupuesto de hecho que da origen al deber de actuar y que varía según el tipo específico. El presupuesto de hecho del art.175, por ejemplo, está integrado por las siguientes circunstancias objetivas: i/ encontrar a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave; y, ii/ la ausencia de riesgo propio o de tercero.
- b) Ausencia de realizar la acción mandada. Es decir, según cada caso: abstenerse de auxiliar, cooperar con la Justicia, denunciar el delito, etc.
- c) Capacidad personal de realizar la acción. Para ello, se requiere que concurren determinadas condiciones externas -cercanía espacial y temporal entre el sujeto y la situación típica, medios de salvamento, etc.- y personales, que el sujeto cuente con los suficientes conocimientos y facultades intelectuales para realizar la acción -un lego no sabe como contener una hemorragia-.

B. Tipicidad subjetiva.

La omisión propia admite la versión dolosa y la imprudente caso de estar esta última legalmente prevista. La dimensión cognoscitiva del dolo exige que el sujeto sea consciente de que concurren todos los elementos del tipo objetivo. La dimensión volitiva del dolo consiste en la expresión de la voluntad de no realizar la acción exigida, es decir como volición del tipo objetivo.



4.6.3. Los delitos de omisión impropios o de comisión por omisión.

Determinados sujetos tienen un deber específico de actuar para evitar que se produzca el resultado típico. A éstos se les denomina “garantes” y se dice que han cometido un delito de omisión impropio si se abstienen de cumplir con el deber específico mencionado.

La comisión por omisión u omisión impropia equivale a un delito de resultado. La estructura de la tipicidad objetiva de la comisión por omisión se corresponde con las omisiones propias salvo en el detalle de agregar a cada elemento del tipo objetivo un nuevo componente. Así:

El tipo subjetivo, doloso e imprudente, no ofrece diferencias respecto del tipo subjetivo de la omisión propia, salvo que se refiere a un tipo objetivo con ciertos componentes nuevos tal como hemos visto. Un paseante camina por la solitaria rivera de un lago y observa a un bañista que está a punto de morir ahogado, lejos de auxiliarle o demandar auxilio el paseante se apresura a abandonar el lugar, pereciendo momentos más tarde la víctima.

La conducta descrita constituye un delito de omisión propio al cumplirse todos los requisitos exigidos en el tipo del Art.175. Veámoslo: Existe una “situación típica” (desamparo y peligro manifiesto de la víctima, se comprueba que pudo auxiliarle sin poner en riesgo su vida); “ausencia de una acción determinada” (no le auxilia, ni demanda ayuda); “capacidad de realizar esa acción” (sabía nadar y además había un bote de remos amarrado a la orilla). Es decir, cumple con todas las circunstancias objetivas, además de la subjetiva ya que era consciente de la alta probabilidad de que se produjera el resultado de muerte.

Imaginemos, ahora la misma situación con la variante siguiente: el paseante no era tal, sino un vigilante contratado por el Municipio, quien entre otras obligaciones tenía el deber de prestar su auxilio en accidentes como el descrito. En este caso, el vigilante es autor de un delito de omisión impropio y en virtud del artículo 20 en relación con el Art.128 comete un homicidio doloso: a la situación típica se añade la posición de garante del vigilante; a la ausencia de una acción determinada sigue el resultado de muerte; la capacidad de acción comprendía la capacidad de evitar ese resultado. Por lo tanto, se cumplen todos los requisitos exigidos en el tipo objetivo. En conclusión, de mediar dolo, el vigilante responde como autor de un delito de homicidio (Art.128 CP) en comisión por omisión.

A. Regulación legal de los delitos de comisión por omisión.

La omisión impropia o comisión por omisión equivale a la realización activa de un delito de resultado. Siendo esto así, se plantea el problema de encontrar el criterio que permita equiparar la omisión a la causación del resultado.

El Código Penal propone una fórmula incorporada en el Art.20, párrafo primero, en donde se establecen las condiciones que deben reunir los comportamientos omisivos para ser equiparados a los delitos comisivos de resultado. Ello se realiza a través de una cláusula de transformación entre la omisión y la correspondiente realización típica, y dice así: "El que omitiere impedir un resultado, responderá como si lo hubiere producido, si tiene el deber jurídico de obrar y su omisión se considerará equivalente a la producción de dicho resultado". En el Código Penal existen, aunque pocos, algunos delitos tipificados expresamente en su forma de comisión por omisión.

Es decir, se señala la cualidad concreta que convierte en garante al sujeto activo, se describe la situación típica y se menciona el deber que le corresponde de evitar el resultado. Así sucede en el Art.278 en el que se castiga al que estando obligado no adoptara los medios necesarios "para que los trabajadores desempeñaren su actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles,....poniendo (así) en grave peligro su salud e integridad física." Por ejemplo, el armador que no suministre chalecos o lanchas de salvamento a la tripulación de sus embarcaciones (se trata de un delito de peligro concreto). Sin embargo, lo corriente es que no se recojan expresamente los tipos de las omisiones impropias en la parte especial de los códigos penales.

Así, en el Art.146 - "El que por culpa ocasionare a otro lesiones.." - se describe una conducta activa (el que ocasionare) sin hacer para nada mención de que dicho resultado sea posible alcanzarlo por la vía omisiva - caso de la enfermera que olvida suministrar la dieta prescrita y el enfermo entra en coma-. No obstante, la enfermera realiza como autora en comisión por omisión el tipo de lesiones imprudentes. Lo mismo sucede en el supuesto de la madre que deja morir de hambre a su hijo, responderá como autora de un homicidio doloso, sino asesinato(^o), y tampoco en ninguno de los preceptos aludidos se describen las condiciones legales que se precisan para realizar tal imputación. Sin embargo, a pesar de ello cualquier Juez aplicaría sin titubeos los preceptos mencionados, al considerar que esas omisiones equivalen a la realización activa de los tipos de causación. El anterior Código Penal carecía de una cláusula general que permitiera expresamente efectuar dicha equiparación.

En consecuencia, la doctrina y la jurisprudencia elaboraron una fórmula dogmática supralegal, a efectos de colmar este vacío normativo. Esta solución o, mejor dicho, la ausencia de una solución legal, suscitaba serias dudas acerca de la compatibilidad de los delitos de omisión impropia no regulados en la Ley con el principio de legalidad. Téngase en cuenta, que la aplicación de estos tipos penales exigía de una complementación judicial del tipo necesariamente efectuada por vía de la analogía.

La solución de estos problemas se ha alcanzado de manera no muy satisfactoria en el nuevo Código penal con la cláusula de transformación recogida en el Art.20. En ella, el legislador prescribe que: "El que omita impedir un resultado, responderá como si lo hubiera producido, si tiene el deber jurídico de obrar y su omisión se considerará equivalente a la producción de dicho resultado".



Obsérvese que el legislador sólo ha impuesto una condición, la existencia de “un deber jurídico de obrar” a diferencia de otros códigos penales que exigen además la equiparación valorativa entre hacer y no hacer. El Código Penal español, por ejemplo, exige expresamente esa equiparación al decir: “cuando la no evitación del mismo [el resultado] equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación”. Por lo antedicho, se decía que el Código Penal salvadoreño soluciona el problema de forma poco satisfactoria al hacer depender la aplicación de la mencionada cláusula de transformación de la simple existencia de un deber jurídico del omitente. Esta solución es demasiado formalista e imprecisa desde la perspectiva del principio de taxatividad. Por ello, parece oportuno exigir al intérprete una lectura restrictiva del precepto, de modo que sólo se entiendan típicos los comportamientos en que a la existencia del deber jurídico se una la posibilidad de equiparar valorativamente, según el texto de la norma, el no hacer al hacer.

En suma, la equiparación entre acción y omisión se resolvería exigiendo dos condiciones: una tácita o implícita –que el delito de resultado admita su realización omisiva- y otra expresa – la existencia de “un deber jurídico de obrar” por parte del omitente-.

B. Primera condición: posibilidad de realizar el delito por vía omisiva.

El contenido de la primera condición incluye, a su vez, la satisfacción de dos exigencias: que el delito de resultado admita su realización por la vía omisiva y, además, que el resultado pueda ser imputado a la conducta omisiva.

- a) Sólo algunos delitos de resultado admiten la posibilidad de alcanzar su consumación por omisión. En general, esto es factible con aquellos tipos de resultado en los que no se limitan sus modalidades de realización, es decir los denominados delitos resultativos (vid. 4.2.3). Sin embargo, resulta impensable, por ejemplo, que el tipo objetivo de los delitos de robo con fuerza en las cosas realizado con escalamiento, o de fabricación de moneda falsa puedan cumplirse por omisión.
- b) Es necesario, además, que se dé la posibilidad de atribuir a la conducta omisiva la aparición del resultado. En este punto, un amplio sector de la doctrina y de la jurisprudencia sigue utilizando el criterio de la causalidad hipotética. Es obvio, que en el sentido de las ciencias de la naturaleza no puede surgir de un “no hacer” resultado alguno (*ex nihilo nihil fit*). No obstante, es posible imaginar que, en la hipótesis de haber realizado el autor la acción debida, el resultado no se hubiera producido. Si el Juez considera que la realización de la conducta hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, entonces es posible atribuir el resultado a la omisión. Como se habrá podido percibir el método utilizado no es otro que el de la “*conditio sine qua non*” adaptado a la omisión. Por eso, los partidarios de la teoría de la imputación en su versión restringida consideran que este juicio de causalidad hipotética debe ser complementado con los criterios propios de aquella teoría (vid. 4.3.2.).

C. Segunda condición: existencia de "un deber jurídico de obrar".

La segunda condición impuesta en el Art. 20 exige que la no evitación del resultado suponga la infracción de un especial deber jurídico del autor. En otros términos, que el autor, portador de un deber jurídico, está obligado a interponer la acción adecuada que evite la producción del resultado. Esta situación especial en la que se encuentra el autor se conoce con el nombre de "posición de garante".

En consecuencia, estos delitos son especiales, puesto que restringen el círculo de posibles autores a aquellos que reúnen esta cualificación personal (vid. 4.2.3.).

La determinación de las fuentes de garantía supone uno de los temas más polémicos y debatidos de la teoría del delito. La razón de ello reside en las opciones político-criminales que se esconden detrás de las diferentes corrientes de opinión. En efecto, aquellos que postulan ampliar los supuestos de garante a efectos de promover la solidaridad social corren el riesgo de introducir en la sociedad altos componentes de inseguridad jurídica. En estos casos, un médico, por ejemplo, deberá tener un justificado temor de salir a la calle, ya que su profesión le coloca inevitablemente en garante de la vida y salud ajena, de tal forma, que una conducta suya poco respetuosa con los compromisos profesionales, le puede convertir en autor de un homicidio o lesiones imprudentes que, de no mediar tal orientación político-criminal, si acaso, mereciera la consideración de una simple omisión del deber de socorro.

Por el contrario, una política-criminal en exceso liberal, la cual se traduzca en una excesiva restricción del círculo del ámbito de la garantía, conduciría a fomentar el egoísmo y la insolidaridad social. Así pues, resulta en extremo importante encontrar el punto de equilibrio legal equidistante de ambos extremos. Por eso, es atendible la opinión de algunos autores que estiman que la discusión en torno al origen de la garantía trasciende a la teoría del delito, de suerte que el contenido material asignable a la misma fluctúa en consonancia con los requerimientos históricos de una sociedad determinada.

Al menos, el Código Penal vigente en el segundo párrafo del Art.20 colma esta laguna legal. Decimos al menos y no por fortuna, puesto que lo hace con timidez, atado a concepciones doctrinales poco sensibles con los requerimientos sociales que gravitan detrás de la posición de garantía. En efecto, se decanta el legislador por delimitar las fuentes sobre la base de consideraciones formales, cuando se "tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia..", y no materiales. Sin duda, es necesario dar relevancia penal a las posiciones de garantía que dimanen del ordenamiento jurídico, por ejemplo, la de un cónyuge respecto del otro, la del padre respecto del hijo menor, pero también el Derecho Penal debe considerar la posición de garantía que surge de la convivencia de hecho entre dos personas, aún cuando la misma no goce de la protección debida en el Código de Familia. Así pues, deben primar a la hora de interpretar el Art. 20 las consideraciones materiales sobre las formales.

* (Entiéndan Código de Familia)



Esta recomendada flexibilización de ese “deber jurídico de obrar” permitiría además descartar algunas posiciones de garantía legalmente refrendadas, aunque carentes de contenido material. Consideremos el siguiente ejemplo: un padre y su amigo observan como el hijo del primero sufre un síncope mientras nadaba en una piscina, ninguno de los dos acude en su auxilio de tal suerte que el muchacho muere. El padre en posición legal de garante responderá de un homicidio doloso por omisión impropia y el amigo de una omisión propia de deber de socorro. Sin embargo, resultan hechos probados que la víctima convivía con el amigo desde su primera infancia y el padre residía en otro país o el padre descubre instantes antes del suceso su paternidad. En cualquier caso, el Juez que calificara las omisiones de esa manera, lo haría conforme a las formales exigencias del Art. 20, aunque materialmente estaría cometiendo una grave injusticia.

Pero hay algo más. El examen del contenido material de la posición de garante no se limita sólo a analizar el contenido de esas especiales relaciones entre el omitente y el bien jurídico (convivencia, compromiso asumido, etc.), sino también pondera el grado de dependencia del bien jurídico respecto del omitente. Examinemos el supuesto siguiente: Al presentarse durante la madrugada los primeros síntomas de un parto muy complicado el marido llama por teléfono al único médico del pueblo solicitando su asistencia.

El médico que esperaba esa llamada nocturna por haber visitado a la enferma el día anterior (primera alternativa) se abstiene de contestarla; o, la atiende (segunda alternativa) asegurando acudir allí en una hora, aunque sin la menor intención de cumplir con lo prometido. El recién nacido muere. Se demuestra que en el caso de haber sido asistido por el facultativo las probabilidades del niño de sobrevivir hubieran sido muy altas. Formalmente la omisión del médico en las dos alternativas propuestas genera posición de garante y responderá por el resultado acaecido. Sin embargo, desde una perspectiva material el abstenerse de contestar al teléfono seguido de la ausencia de la acción demandada no convierte en garante al facultativo, que cometería, en todo caso, un delito de omisión propia de deber de socorro; sí, en cambio responde como garante en el supuesto de la segunda alternativa mencionada. La razón de esta distinción hay que buscarla, como se dijo, en el grado de dependencia del bien jurídico respecto del omitente.

En efecto, hacer oídos sordos a la llamada de auxilio esperada, no impide al marido de la parturienta recurrir al médico de la población vecina o llevarla el mismo en un coche al hospital más cercano. Caso distinto es prometer y no cumplir. La víctima confiada hace dejación de cualquier otro medio de salvamento, de modo que esa hora de infructuosa espera consume cualquier otra posibilidad de auxilio.

4.6.4. Fuentes y funciones de la posición de garante.

i. Fuentes legales de la posición de garante.

En el Art.20 se incluye, junto a la cláusula de equivalencia, otra que enumera las fuentes que hacen surgir la posición de garante. El legislador no se contenta con estable-

cer de forma genérica la fuente que habilita la garantía del omitente, sino que ese “deber jurídico de obrar”, al que se hacía mención en el párrafo primero del precepto, lo desarrolla de la manera siguiente: “El deber jurídico de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia, al que con su comportamiento precedente creó el riesgo y al que, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriría, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado”. Parecería, por tanto, que el legislador hace dimanar la posición de garantía de tres fuentes la ley, el contrato y la injerencia.

Por ejemplo, los padres ostentan posición de garante respecto de sus hijos como consecuencia de los deberes derivados de la patria potestad que impone el Código civil; asimismo, por la vía contractual, el vigilante nocturno deviene garante al comprometerse a vigilar las mercancías y maquinaria de la empresa para quien trabaja; por último, el conductor de un camión que transporta piedras debe controlar su carga y es garante de los accidentes que puedan ocurrir por la caída de ellas a la vía pública. Esta fórmula utilizada en numerosos códigos penales no está exenta de críticas por adolecer de un excesivo formalismo.

Téngase en cuenta que la existencia de un deber jurídico no es por sí misma una condición suficiente, aunque sí necesaria, para deducir sólo de ahí que el omitente se encuentra en posición de garante. Se requiere además, como se dijo más arriba, que pueda imputarse objetivamente el resultado al comportamiento omisivo del autor, siempre, claro está, que el tipo penal en cuestión admita su consumación por esta vía. En otros términos, la posición de garantía no es un concepto formal, sino esencialmente material e íntimamente conectado al principio de lesividad.

El garante lo es porque estaba obligado a evitar el resultado y porque tenía el dominio sobre la evitación del resultado. Por esta razón el Código penal alemán no fija las fuentes de garantías - como hacen el español, el brasileño o el nuestro - evitando así que el intérprete se vea abocado a una indeseada ampliación de los supuestos de posición de garante desde la perspectiva de una simple lectura formal del precepto.

ii. Las funciones que dimanán de la posición de garante.

El garante cumple determinadas funciones necesarias para salvaguardar la integridad de un bien jurídico incluido en su esfera de competencia. El contenido de estas funciones se manifiesta doblemente: como función de protección de un determinado bien jurídico y como deber de vigilancia de una fuente de peligro.

1. Funciones protectoras de un bien jurídico. Determinadas personas están obligadas a velar por la integridad de un bien jurídico debido a que el mismo se encuentra dentro de su ámbito de dominio. Ellos han adquirido el compromiso de evitar que pueda ser puesto en peligro o incluso lesionado. Si debido a su conducta, contraria a derecho, tal resultado se produce responderán como garantes de un delito



en comisión por omisión. El origen de este compromiso puede obedecer a múltiples circunstancias, la doctrina suele agruparlas en estas tres: deberes deducidos de una estrecha relación vital; deberes que surgen por el ejercicio de determinadas profesiones; y deberes de protección asumidos voluntariamente.

i. Deberes de garante deducidos de una estrecha relación vital.

Se trata de aquellos compromisos deducidos de la convivencia familiar o simplemente de la convivencia de hecho. Los padres son garantes de la vida, de la salud, de la libertad de sus hijos; los cónyuges o los miembros de la pareja de facto son asimismo y en los mismos términos garantes uno del otro; etc. Sin embargo, es oportuno señalar que no toda comunidad de vida genera automáticamente posición de garante.

El Juez, para decidir sobre la posición de garantía del omitente, debe comprobar dos extremos: la relación de dependencia y el contenido real de esa comunidad de vida existentes entre el omitente y el allegado en el momento de la omisión. La ponderación del grado de dependencia entre el portador del bien jurídico y el omitente no debe ser entendida en abstracto, sino referida al concreto momento en que se produce la omisión. Una cosa es que el marido no atienda a su mujer aquejada de un ataque cardíaco en pleno centro de la ciudad -donde puede ser auxiliada por otros transeúntes- y cosa distinta, que no lo haga sabiendo que se encuentran los dos en una solitaria casa de campo; es decir, en un lugar donde la víctima depende concreta y absolutamente del omitente. En principio, sólo en el segundo caso surge posición de garante. Además, se requiere comprobar la existencia real de una comunidad de vida.

De lo contrario, se llegaría a soluciones tan peregrinas como la siguiente: el marido, separado de hecho, y el amante se abstienen de prestar auxilio a la mujer malherida en accidente de circulación. En el supuesto de que la víctima fallezca, al todavía cónyuge se le condena por un delito de homicidio en comisión por omisión a diez años, como mínimo, de privación de libertad y al amante por un delito de omisión del deber de socorro castigado con multa de cincuenta a cien días multa.

ii. Deberes que dimanen de la regulación legal de determinadas profesiones.

Así sucede en aquellas profesiones que incorporan a su actividad el deber formal de protección de determinados bienes jurídicos. Son, por ejemplo, garantes: el médico respecto a la vida y salud de sus pacientes, lo mismo el funcionario de prisiones en relación con los reclusos a él confiados, el empresario por las instalaciones destinadas a proporcionar seguridad e higiene a sus trabajadores según lo preceptuado en la Legislación correspondiente. El fundamento de la posición de garante del profesional hay que buscarla en la infracción de un deber extrapenal derivado del papel social que desempeña el omitente. Por ejemplo, el miembro del consejo de administración de una empresa es garante del patrimonio de la misma, posición deducible de la legislación de comercio.

Las cautelas mencionadas mas arriba en orden a interpretar materialmente los criterios formales son aquí especialmente aplicables. La traslación de deberes jurídicos de otras ramas del ordenamiento, como fundamento de la posición de garante, debe hacerse con carácter limitado y sólo referido para aquellos ataques a bienes jurídicos importantes. De lo contrario, dotar de efectos penales a cualquier deber jurídico cuestionaría el carácter subsidiario del Derecho penal haciéndole perder su accesoriedad.

iii. Deberes de garante deducidos de la asunción voluntaria de específicas funciones protectoras.

Dentro de este grupo de supuestos se incluyen, no sólo los compromisos asumidos por vía contractual, sino también los aceptados expresa o tácitamente de forma voluntaria. Lo importante sigue siendo también que la aceptación voluntaria de protección coloque al bien jurídico en una clara situación de dependencia respecto al omitente. Si un grupo de personas acude a auxiliar al accidentado y una de ellas manifiesta su intención de transportarla al hospital en su automóvil, pero una vez sólo lo abandona, de suerte que el accidentado muere a causa de la desatención, el omitente responderá de un homicidio doloso en comisión por omisión (en concurso con una omisión agravada de socorro).

Tampoco la asunción contractual del compromiso convierte de manera irremediable en garante al omitente. Por ejemplo, aunque el contrato de trabajo suscrito entre la empleada doméstica y los padres sea nulo, aquella responderá como garante de la vida del niño que de hecho se le ha confiado. En la actualidad, la doctrina mas avanzada estima con acierto, que es preferible prescindir del contrato como origen de posición de garantía y sí, en cambio, fijar la atención en el hecho de si el sujeto ha creado con la asunción voluntaria del compromiso una situación de confianza de tal índole, que el sujeto ha dejado en manos del garante la protección del bien jurídico.

2. Deber de vigilancia de una fuente de peligro. La posición de garante también puede aparecer cuando la indemnidad del bien jurídico depende del control personal de determinadas fuentes de peligro ya existentes -el propietario del animal, vehículo o arma de fuego respecto a su vigilancia, conducción o uso- o generadas por alguna acción u omisión precedente contraria a derecho -los que acampan en el bosque respecto a las consecuencias que pueden derivarse de la no extinción del fuego que imprudentemente se hizo-. En todos estos casos, el sujeto queda en posición de garante y, en consecuencia, obligado a evitar la producción de un resultado típico.

Por ejemplo, el propietario que deja a su perro guardián sin atar y muerde a una persona responde por un delito de lesiones imprudentes en comisión por omisión; de la misma forma, el conductor de un camión, que no aparta de la carretera las piedras que utilizó para calzar el camión mientras cambiaba una rueda, responde



como garante de las posibles lesiones o muertes que se pudieran producir; etc. La doctrina distingue dos grupos de supuestos: el deber de control de fuentes de peligro situadas en el interior de la esfera de dominio del sujeto; y el actuar precedente o la injerencia.

En correlación con el deber de seguridad en el tráfico del Derecho civil existe en el ámbito penal un deber de garantía para el control de las fuentes de peligro que operan en la propia esfera de dominio del omitente. En este caso, el fundamento de la posición de garante hay que buscarlo en el principio de confianza. La sociedad confía, que aquél que ejerce el poder sobre un espacio delimitado dominará los peligros para terceros que en dicho ámbito pueda proceder de objetos, animales, instalaciones o maquinaria, etc.

condiciones de seguridad para el tráfico; o que permite conducirlo por quien no está capacitado para ello. Sin embargo, no surge posición de garante, si el propietario del hotel no impide el homicidio de un cliente, puesto que el hotel no constituye en sí mismo una fuente de peligro. El Art.20 y una gran parte de la doctrina admite la posición de garante por injerencia o por una acción u omisión precedente generadora de un riesgo para el bien jurídico. Se trata de un tema controvertido debido a que una admisión de esta fuente de garantía sin restricciones introduce de forma solapada componentes propios de la *versari in re illicita*. En efecto, la doctrina entiende que la sola conducta precedente de creación del riesgo no es suficiente para fundamentar la posición de garante.

Así sucede, con los riesgos ocasionados fortuitamente y los que provienen por el actuar precedente, contrario a derecho, de la propia víctima. El conductor prudente no responde como garante de las lesiones que produce al peatón atropellado, aún cuando después huya sin prestarle auxilio. Su conducta sería susceptible de ser tipificada como una omisión propia en accidente del Art.175. De la misma forma deben excluirse los casos en los cuales la víctima ha generado con su actuar precedente una situación de justificación que autorice a enfrentarse a él de forma típica.

El atacado que repele la agresión lesionando al atacante sin prestarle posteriormente auxilio no tiene posición de garante. Más compleja es la situación de aquellos peligros creados o aumentados por un actuar imprudente o doloso seguidos de una omisión. En estos casos, se requiere valorar otras circunstancias además de la conducta antijurídica precedente. Por ejemplo, si la víctima o, en general el bien jurídico puesto en peligro se encuentran en absoluta dependencia del que creó el peligro; o si el sujeto con posterioridad al riesgo ocasionado asumió el servicio de vigilancia del mismo.

CAPÍTULO CINCO

LA CULPABILIDAD

SUMARIO: I.- Introducción. 5.1. Concepto y estructura. 5.1.1. Evolución. 5.1.2. Culpabilidad y prevención. 5.1.3. Propuesta de concepto. 5.1.4. Estructura. 5.2. Imputabilidad e inimputabilidad. 5.2.1. Imputabilidad. 5.2.2. Inimputabilidad. A. Enajenación mental. B. Grave perturbación de la conciencia. C. Desarrollo psíquico retardado. 5.3. Acciones liberae in causa. 5.4. Medidas de seguridad. 5.5. Causas de exclusión de la culpabilidad (Artículos 27 y 28 CP). 5.5.1. No Exigibilidad de otra conducta. 5.5.2. El denominado estado de necesidad disculpante.

I.- INTRODUCCIÓN.

La culpabilidad como categoría de la noción jurídica del delito, ha sido quizás la que mayor influencia ha recibido en el desarrollo de las diversas corrientes doctrinales. Y no es para menos: por regla general es el último eslabón de comprobación para la imposición de la pena luego del injusto penal y a la vez constituye su límite: *nulla poena sine culpa* (no hay pena sin culpabilidad) tal como lo establece el artículo 4 CP. Su fundamentación, ha presentado la contraposición entre el libre albedrío y determinismo; y, en la actualidad las relaciones entre culpabilidad y prevención. Esto último a raíz del creciente ascenso del funcionalismo. En estas coordenadas se mueve el marco introductorio esta con que el autor aborda el tema después de pasar revisión a las teorías psicológicas, normativas y funcionales que tratan de concretar el contenido de esta categoría. Él toma postura hacia los fines preventivos que orientan al Derecho Penal moderno. Entiende que existe una relativa libertad de determinación propia del individuo o ciudadano “normal”, pues sólo conforme a ella puede conseguirse que éste sea motivado por las normas penales. ello es corroborado por las causas que excluyen la culpabilidad, cuyas esencias radican en estados o situaciones de anular o relativizan las facultades psíquicas y volitivas que permiten orientarse conforme a los estándares normales de actuación social. Su abordaje se mueve dentro del marco de la denominada “teoría de la motivabilidad”. Esta sostiene que sólo puede considerarse culpable a aquella persona que cuente con las capacidades psíquicas y volitivas para atender adecuadamente el mensaje motivacional del Derecho y adecuar su comportamiento conforme a ello en situaciones de exigibilidad también normales. Según esta misma teoría los tópicos que componen la culpabilidad son: (1) Imputabilidad o capacidad de culpabilidad, que corresponde al ámbito de las capacidades de conocimiento y volición para ajustar el comportamiento conforme a los parámetros ofrecidos por la norma. Esta resulta excluida por enajenación mental, desarrollo psíquico retardado y grave perturbación de la conciencia (Art. 24 numero 4).

(2) La exigibilidad de otra conducta, que no existe en los casos de miedo insuperable, como el estado de necesidad “disculpante” o “exculpante” y en casos límite donde sea imposible la obediencia a las normas por una situación de presión



motivacional excepcional. (3) La conciencia de antijuridicidad o el conocimiento del carácter antijurídico del hecho. Este conocimiento es aminorado en los casos que existe concurrencia de un error de prohibición.

Todas ello es explicado de forma concisa y clara por el autor. Además desarrolla la responsabilidad penal por los actos pre-ordenados al momento del ilícito, sobre la base de la figura de la *actio liberae in causa* (Art. 28-A CP). También trata la aplicación de medidas de seguridad para el caso de los inimputables y sus presupuestos: la realización de un ilícito penal y su peligrosidad criminal.

5.1. Concepto y estructura.

5.1.1. Evolución.

La culpabilidad es una categoría de la teoría del delito que tiene como función la de recoger los elementos referidos al autor del delito que, sin pertenecer al tipo ni a la antijuridicidad, son necesarios para la imposición de una pena (MUÑOZ CONDE). En el concepto de culpabilidad ha estado siempre subyacente la idea de poder haber actuado de un modo distinto. Si por razones permanentes o transitorias, endógenas o exógenas, se entiende que al sujeto no le era exigible que su comportamiento se adecuara al ordenamiento jurídico, aquél no podrá responder penalmente. Por lo mismo, en ausencia de esas razones, se le imputa una opción -más o menos libre- que es valorada negativamente por contraria a Derecho.

De las diversas formas en que se ha entendido ese poder actuar da fe la evolución dogmática del concepto de culpabilidad. En una primera fase se concibe como mera relación psicológica entre el hecho y autor (LOPEZ ORTEGA). Es la concepción psicológica de la culpabilidad, que dentro de marcos causalistas viene a identificar culpabilidad con la idea de atribuibilidad. Para V. LISZT, la acción es un proceso causal originado en un impulso voluntario, pero la representación del contenido de la acción integra la culpabilidad. La teoría psicológica de la culpabilidad se corresponde con el marco positivista de fines del siglo XIX y comienzos del XX.

Pero al margen de la polémica suscitada por la irrupción del determinismo, fruto del positivismo y del evolucionismo darwiniano, se trata de una concepción que permite hacer abstracción del problema del libre albedrío: se entiende que el sujeto ha actuado del modo que lo hizo, no de otros, y, en consecuencia se le atribuye, a título de dolo o de imprudencia, lo hecho (CEREZO, 1994).

Entre otros inconvenientes, la concepción psicológica, que en el marco del causalismo naturalista construyó la culpabilidad sobre el dolo, se vio imponente para explicar los supuestos de culpa inconsciente, en los que no es posible afirmar la existencia de un nexo psicológico entre el autor y el resultado delictivo (CEREZO, 1994).

Pero su deficiencia más grave radicaba en la incapacidad para fundamentar una graduación de la culpabilidad (p. ej., en caso de emociones violentas), pues la

relación psicológica se da o no se da (BUSTOS-HORMAZABAL). De ahí que en la siguiente fase de construcción del concepto -concepción normativa- se añadiera a la originaria atribuibilidad una valoración negativa que fundamenta el reproche. FRANK inicia la construcción de la teoría normativa al añadir a la imputabilidad y al dolo y la culpa, la normalidad de las circunstancias en las que el sujeto actuó. Ello le permite abordar una graduación vetada a las concepciones psicológicas. Más tarde sustituiría la referencia a las circunstancias concurrente en el hecho por la motivación normal, y, después, por la libertad o el dominio sobre el hecho.

El paso siguiente, en el marco de la influencia de la filosofía neokantiana, de la escuela sudoccidental alemana, o filosofía de los valores, en la ciencia jurídico-penal alemana, lo da GOLDSCHMIDT, que aportó, al efecto, la distinción entre norma jurídica (Rechtsnorm) y norma de deber (Pflichtnorm). En GOLDSCHMIDT se acentúa el carácter normativo de la culpabilidad, concebida como infracción de una norma de deber dirigida a la conducta interna, mientras que la norma jurídica regiría la conducta externa, y en cuya infracción consistiría la antijuricidad. El elemento normativo de la culpabilidad es, justamente, la contravención al deber. Y a partir de ahí FREUDENTHAL reivindicó el reconocimiento de la inexigibilidad de otra conducta, adecuada a la norma, como causa general de exclusión de la culpabilidad (CEREZO, 1994). Finalmente MEZGER culmina la construcción al partir de la vinculación psicológica de una situación de hecho al autor, pero exige expresamente que esa situación fáctica sea objeto de un reproche personal al autor. La culpabilidad pasa a ser reprochabilidad.

El reproche no es, en MEZGER, valoración negativa por opuesta a Derecho. Este extremo ha sido objeto de examen en el previo juicio de desvalor de antijuricidad. El desvalor específico del juicio de culpabilidad tiene como objeto la decisión del sujeto por ese actuar antijurídico, pudiendo haber optado por ajustar su comportamiento a Derecho. La idea de exigibilidad es, por tanto, inherente a estas concepciones: sólo se reprocha lo hecho cuando se pudo haber hecho algo distinto, es decir, cuando puede exigirse al sujeto haber optado por esta segunda posibilidad: "Culpabilidad es, ante todo, exigibilidad del comportamiento adecuado a la norma" (COBO-VIVES). El finalismo acentuó el carácter normativo de la culpabilidad.

Se reprocha al autor concreto que en una situación dada hubiera podido motivarse de acuerdo con la norma y no lo hizo (WELZEL). El libre albedrío queda en WELZEL acentuado como fundamento de la culpabilidad, al incluir el dolo y la inobservancia del deber objetivo de cuidado en el tipo de injusto de los delitos dolosos y culposos respectivamente, el juicio de reproche de la culpabilidad abarca la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, la conciencia de la antijuricidad y las circunstancias que, en el caso concreto, permiten apreciar la inexigibilidad de obediencia al Derecho (CEREZO, 1994). Para el funcionalismo normativista de JAKOBS -"sin remilgo alguno" como denuncia QUINTERO- las razones últimas del comportamiento de un individuo carecen de relevancia y el sistema penal no tiene que entrar en valorarlas al pronunciarse sobre la culpabilidad.



Por el contrario, la determinación de quien es culpable se subordina, necesariamente al fin primordial del sistema penal, que, en esencia, no es otro que la garantía de un mínimo de orden (QUINTERO). Para JAKOBS el concepto funcional de culpabilidad es necesariamente descriptivo, en la medida en que la sociedad se encuentre determinada. Y esa metodología pretendidamente descriptiva implica una despreocupación por los valores subyacentes (NIETO).

Si el objetivo es la prevención general como imposición de una determinada visión de la realidad, para lograr la fidelidad al ordenamiento jurídico, lo coherente es la orientación del sistema penal a la obtención de esa fidelidad, que queda debilitada cuando el sujeto puede actuar conforme a la expectativa que su rol inspira en los demás y, sin embargo, se comporta de manera contraria. De modo que el ordenamiento jurídico necesita reafirmarse contra la violación para mantener su vigencia. Pero cuando el comportamiento contrario a norma no defrauda expectativas, porque nadie espera que el loco o el niño adecuen su comportamiento a Derecho, no es necesario castigar, pues al absentismo penal en estos casos no redundaría en menoscabo de la función consolidadora de expectativas que corresponde al Derecho. La culpabilidad, así, ni depende de las características o circunstancias del sujeto, ni se constituye en principio limitador del ius puniendi estatal; es una exigencia de la prevención general positiva, un instrumento de estabilización de la norma (BORJA).

5.1.2. Culpabilidad y prevención.

Al margen de las aportaciones del funcionalismo normativista -que, en este punto, se despreocupa de las razones profundas del comportamiento- las anteriores construcciones chocan con el inconveniente de contar con bases científicamente indemostrables, puesto que se puede creer en que se pudo actuar de modo distinto a como se actuó, pero no se puede probar. La idea de reproche, ligada siempre al indemostrable libre albedrío, plantea cuestiones irresolubles, que han determinado, sobre todo en el marco de actuales propuestas de orientación a las consecuencias, la búsqueda de referencias en la función preventiva del Derecho penal.

De ahí que GIMBERNAT propusiera la renuncia al concepto de culpabilidad como fundamento y límite de la pena. Fundamento y límites vendrían dados por la función preventivo-general y preventivo-especial de la pena. De ahí deduce que deben quedar al abrigo de la intervención punitiva los supuestos de responsabilidad objetiva, el reconocimiento de la relevancia del error invencible de prohibición, la sustracción de los inimputables a la acción de la pena, confiándolos sólo a medidas de seguridad, y la fundamentación de la mayor pena de los delitos dolosos frente a los culposos. Que, en definitiva, son las consecuencias garantistas de la aceptación por la doctrina mayoritaria del principio de culpabilidad (GIMBERNAT, 1990).

Con todo, la tesis de GIMBERNAT puede correr el riesgo de ser utilizada, no en el sentido que él propone, sino enfatizando los elementos preventivos de modo que, en

aras de la prevención general se penalizara a los inimputables, con el argumento de que alguna capacidad de captar el contenido aflictivo de la pena sí tienen, o se castigaran más severamente los delitos imprudentes que los dolosos, atendiendo no a su gravedad sino a su mayor frecuencia, que determina una mayor intensidad de intervención preventiva.

ROXIN, por su parte, concilia la preocupación garantista con las necesidades preventivas y maneja un concepto de responsabilidad, como tercera categoría del delito, en la que culpabilidad aparece como condición indispensable de la imposición de penas, justificadas por necesidades preventivas. Es presupuesto de la responsabilidad y se afirma solo cuando el autor estaba en disposición -cultural y anímica- de recibir la llamada de la norma. La culpabilidad no depende de necesidades preventivas, sino de la capacidad de conducción del autor, con lo que se aporta un criterio susceptible de comprobación empírica idóneo para poner límites al *ius puniendi*. Y, sólo una vez constatada la culpabilidad, los fines preventivos decidirán si se debe hacer al sujeto responsable por lo que ha hecho. La finalidad preventiva no se integra en el concepto de culpabilidad, sino que necesidad de pena y culpabilidad juntas se complementan y limitan mutuamente y conforman la "responsabilidad" del autor.

También se orienta por criterios preventivos MUÑOZ CONDE, para el que la exención de responsabilidad del inimputable se fundamenta en que frente a él la pena no puede cumplir ninguna función de prevención especial. Y en cuanto a la prevención general, queda fortalecida si se excluye de responsabilidad penal a quienes, excepcionalmente, no van a adecuar su conducta, como la experiencia enseña, a las expectativas reflejadas en la norma penal, confirmándose así la necesidad de adecuación a norma por parte de la generalidad de personas que no se encuentran en esa situación. Los posibles excesos punitivos a que pudiera llevar la exacerbación de la prevención general han de evitarse no tanto acudiendo a la culpabilidad como límite, sino a las garantías conformadoras del Estado de Derecho (MUÑOZ CONDE).

Esta finalidad preventiva no es asequible si se olvida el principio de proporcionalidad, que se yergue en criterio básico limitador. No basta con que se hayan determinado las condiciones de atribución personal del hecho. Es necesario también evitar penas que, por desproporcionadas, puedan menoscabar otros intereses que, en el caso concreto, puedan ser tan relevantes como la tutela del bien jurídico (NIETO).

Estas ideas parecen las más acordes con un concepto de culpabilidad con anclaje en el Derecho positivo, que nos remite al examen de las causas de inimputabilidad y de inculpabilidad en el CP (artículos 27, 4) y 5) y 28, párrafo segundo). Construidas desde una perspectiva preventiva: excluyen de responsabilidad a quien, habiendo realizado el comportamiento antijurídico, no es susceptible de atender al mandato jurídico en la medida en que no comprendió la significación de su comportamiento o no pudo actuar de acuerdo con esa comprensión. Pero la perspectiva preventiva se complementa con la garantista, explicitada en los principios de necesidad y proporcionalidad que consagra el Art. 5 del CP.



5.1.3. Propuesta de concepto.

Al margen de un innegable predominio de las aportaciones teóricas orientadas a conciliar las ideas de culpabilidad y prevención, no puede soslayarse –como se ha visto– un pronunciamiento sobre el fundamento de aquélla. Y hoy, mayoritariamente, la doctrina viene admitiendo, si no un libre albedrío que nos remitiera a un mundo de efectos sin causa, cierta capacidad personal de actuar de otro modo, como dato fenomenológico, puramente vivencial, fruto de nuestra propia experiencia, que nos suministra la conciencia o sentimiento de que en una situación dada somos libres de elegir entre las distintas opciones posibles (MUÑOZ CONDE). Dejando al margen la discusión sobre si el hombre es “esencialmente libre”, se acepta que, en la vida en sociedad, unas decisiones se tienen por libres y otras no.

Este punto de partida puede ser objeto de múltiples objeciones científicas, “pero tiene evidentes caracteres realistas o sirve a muchos para zanjar una cuestión dudosa. El hombre medio ‘no enfermo’, del mismo modo que se considera ‘libre’, tiene por ‘libres’ los actos buenos o malos de los demás.

Evidentemente, esa libertad no resiste un proceso de comprobación psicológica o filosófica, pero es un ‘valor social aceptado’ (QUINTERO). La propuesta es compatible con las construcciones preventivas, que presuponen cierta capacidad de decisión por parte del sujeto. Sin ella, cualquier estrategia preventiva sería absurda, ya que la prevención parte de la interposición de factores del comportamiento a los que, aunque no sean decisivos, se les supone cierta eficacia incompatible con el determinismo.

De este modo, la culpabilidad se integra en la orientación teleológica preventiva propia de todo el sistema penal democrático, y debe elaborarse desde las necesidades de prevención. Desde esa perspectiva, propone MUÑOZ CONDE un concepto “material” de la culpabilidad, que la identifica con la función motivadora de la norma penal, que junto con la función protectora constituye una función específica de la norma penal. En efecto, la norma penal se dirige a individuos capaces de motivar su comportamiento de acuerdo con los mandatos normativos. Así, la motivabilidad, como “capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas..., [sería] la facultad humana fundamental que, unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.,) permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida”.

En consecuencia, “cualquier alteración importante de esa facultad –cualquiera que sea el origen de la misma– deberá determinar la exclusión o, si no es tan importante, la atenuación de la culpabilidad” (MUÑOZ CONDE). De acuerdo con lo anterior, ha de concluirse que la culpabilidad no supone un juicio de reproche ético ligado a la idea de retribución. Tampoco requiere la constatación de que quien pudo adecuar su comportamiento a lo querido por la norma, no lo hizo. Pues es imposible avanzar más en ese sentido sin entrar en la metafísica. Lo importante, de la mano del Código Penal

es analizar los supuestos de no culpabilidad. Caracterizados por la imposibilidad de comprender la ilicitud del propio comportamiento o de actuar conforme a esa comprensión.

O por la imposibilidad de que la motivación que tiene origen en el Derecho se manifieste (error invencible de prohibición) o prevalezca sobre otras de origen distinto (miedo insuperable, supuestos de inexigibilidad). La eficacia exculpante de todos estos supuestos no requiere de consenso sobre el presunto libre albedrío o sobre un fundamento material meta-jurídico del juicio de culpabilidad. Antes bien, desde las necesidades preventivas, es constatable que en ninguno de ellos puede ser eficaz.

5.1.4. Estructura.

La culpabilidad exige como presupuesto que el sujeto sea capaz de culpabilidad, que sea imputable. Si no tiene capacidad para ser motivado racionalmente por la norma, no se le puede reprochar ni exigir nada. La motivación, por su parte, es imposible sin el conocimiento, por parte del sujeto, del carácter prohibido de su conducta. “Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización” (MUÑOZ CONDE). El conocimiento de la significación antijurídica del hecho es, así, otro de los elementos de la culpabilidad.

Como ya se vio, el dolo, tras la aceptación de propuestas sistemáticas finalistas, había pasado a entenderse incluido en el injusto como “dolo natural”, con lo que únicamente queda en la culpabilidad el conocimiento de la prohibición del hecho, como condición para poder adecuar la conducta propia a la norma (LOPEZ ORTEGA). Parece también obvio que no se puede motivar a los sujetos a comportarse de un modo que, en el caso concreto, no les es exigible. Se trata de supuestos en los que a un autor determinado, con las circunstancias concurrentes en el caso, no puede motivársele. Y si no hay posibilidad de motivación eficaz en concreto, no es exigible que se actúe de acuerdo con ella. La exigibilidad de un comportamiento distinto sería el tercer elemento de la culpabilidad. El juicio de culpabilidad debe versar sobre estos elementos.

Aunque para los partidarios de la doble posición del dolo habría que añadir la consideración de la disposición de ánimo hostil o indiferente al Derecho. En la teoría de la culpabilidad por la disposición de ánimo, que ha conseguido escaso eco, la culpabilidad implica identificar en la culpabilidad un reproche por la disposición, desaprobada por el ordenamiento, de ánimo; entendida ésta, no con carácter permanente, sino como elemento inspirador del comportamiento concreto (CEREZO, 1994). La ausencia de alguno de los anteriores elementos determina, en la doctrina mayoritaria, la desaparición de la culpabilidad, con los conocidos efectos distintos a los propios de las causas de justificación: no habrá responsabilidad penal, pero sí civil, y procederá, en los casos de inimputabilidad, si se constata peligrosidad del sujeto, la adopción de medidas de seguridad (artículo 27.4) in fine del CP).



5.2. Imputabilidad e inimputabilidad.

5.2.1. Imputabilidad.

La culpabilidad, como elemento del delito, supone, en los términos ya vistos, un juicio de desvalor del comportamiento personal que solamente puede referirse a los individuos dotados de capacidad para orientar libremente sus actos de acuerdo con el conocimiento de su significación, es decir, a los capaces de culpabilidad, a los imputables (QUINTERO). O como, a contrario sensu, dice el art. 27.4) del CP, no es responsable penalmente “quien en el momento de ejecutar el hecho, no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión”. Esta capacidad de culpabilidad no se identifica con un concepto metafísico de libertad, ligado al libre albedrío, en cuya virtud debe pagar aquél que pudiendo libérrimamente optar por el bien optó por el mal. El movimiento de política criminal, en cuanto racionalizador, partió de negar esa idea y la consiguiente retribución. La dogmática retribucionista se anclaba en el libre albedrío.

La criminología y la política criminal o niegan el indeterminismo -por metafísico o por no constatable en el caso concreto- o aceptan la posibilidad de introducir factores determinantes del comportamiento. Todo ello llevó a la superación de la tradicional concepción de la imputabilidad como capacidad de conocer y querer, ya que nos consta que nuestras decisiones vienen condicionadas por factores psíquicos y socioculturales.

Por otra parte, la orientación preventiva del sistema impone la abstención penal frente a los sujetos que no pueden ser motivados en el sentido querido por la norma. Amenazarlos con pena sería para ellos (prevención especial) inútil; para la colectividad (prevención general), como consecuencia de la inidoneidad en estos casos de la pena, sería acentuar la negación de vigencia (fáctica) de la norma, que sólo puede aparecer como eficaz si va dirigida a quienes pueden adecuar a ella sus comportamientos.

Así pues, la imputabilidad se presenta, en cuanto presupuesto de la atribuidibilidad, como un elemento a-valorativo. Pero, como consecuencia del concepto eminentemente valorativo de la culpabilidad, la capacidad de la misma no puede construirse sólo con criterios naturalísticos: no hay equiparación mecanicista entre deficiencia o alteración psíquica e inimputabilidad, sino requerimiento al psiquiatra para que emita su dictamen, desde las necesidades del proceso penal, que no son las de constatar la existencia de “enfermedad”, sino la de comprobar si existe el mínimo requerido para afirmar esa normalidad de reacciones en lo social; objetivo que no podrá cubrirse sólo con la intervención pericial, ya que la imputabilidad es un concepto jurídico, no médico o psiquiátrico (DEL ROSAL), sino psicológico-jurídico.

Y al Derecho penal interesa no tanto definir la imputabilidad, sino concretar los supuestos en que no va a exigir responsabilidad penal. Por eso el Derecho acude a la

formulación negativa. La imputabilidad es la regla que se presume; las causas de su exclusión, que habrán de ser probadas, la excepción tasada, que habrá que probar.

5.2.2. Inimputabilidad.

Las causas de inimputabilidad se recogen en las tres letras del artículo 27.4.

A. Enajenación mental.

Según la letra a) está exento de responsabilidad quien, con los efectos comunes a todos los supuestos de inimputabilidad, actúa por “enajenación mental”. La fórmula parece tributaria de la tradicional equiparación locura-inimputabilidad-peligrosidad, a que respondía la vía seguida en su momento por el CPE, a inspiración de JIMÉNEZ DE ASUA y SÁNCHEZ BANÚS, y trasladada al Código salvadoreño. Por lo que habrá que ser especialmente cuidadoso en la comprobación de que la “enajenación” tiene el efecto psicológico legalmente descrito.

Las dificultades derivadas del carácter acientífico del término “enajenación” (SEOANE) han de superarse entendiendo por tal toda alteración o deficiencia psíquica grave. De otro modo, y tal como ocurría en España antes de la entrada en vigor del CPE de 1995, para apreciar la enajenación el juez se encontraría encorsetado por las listas de afecciones que se entendían determinantes de la inimputabilidad. Se venía aceptando, en efecto, que psicosis y oligofrenias profundas, y con alguna matización, esquizofrenias y otras neurosis, por ejemplo la epilepsia, deberían integrar esa lista.

El problema se complicaba con las psicopatías, que no son enfermedades endógenas, sino alteraciones de la personalidad o de la afectividad, con lo que quedaban excluidas del ámbito de la enajenación, olvidándose que el hecho de que no se les haya encontrado un origen endógeno no autoriza, sin más, a negar su valor eximente. Como tampoco parecía que la psicopatía pudiera ser considerada irrelevante, se venía apreciando, generalmente, la exención incompleta. El nuevo CPE ha sustituido la vieja fórmula por otra más adecuada: la anomalía o la alteración psíquica ocupan el lugar de la enajenación.

Pero obsérvese que el término enajenación, que emplea el Art. 27.4)a) del CP, no responde a una categoría de enfermedad psíquica, sino que tiene vocación de abarcar todas las patologías psíquicas que provocan la inimputabilidad del sujeto. Además ha de recordarse que el propio concepto de enfermedad psíquica encierra en sí una buena dosis de artificialidad. En efecto, se ha abandonado hoy el modelo biológico de la psiquiatría clínica tradicional, para operar con categorías psíquico-sociales según las cuales las necesidades y contradicciones colectivas tienen una importancia mayor, incluso en el ámbito estrictamente psíquico, que los conflictos intra-subjetivos.

El comportamiento psico-patológico sería así, en esencia, un comportamiento desviado respecto del código socialmente dominante. Con lo que el término legal “ena-



jenación” no puede entenderse sino como equivalente a alteración o deficiencia psíquica, tal como se propuso anteriormente. No importa tanto, pues, la causa de la anormalidad como su efecto sobre la capacidad de culpabilidad. Lo importante ahora es que esa capacidad no concurra en el momento de ejecutar el hecho, con independencia de que su origen sea una enfermedad, una deficiencia o una alteración psíquica. El efecto psicológico radica en la imposibilidad para el sujeto “de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión”.

B. Grave perturbación de la conciencia.

La grave perturbación de la conciencia, que como segunda causa de inimputabilidad reconoce el artículo 27.4), parece, por contraposición a la enajenación, una alteración psíquica, que puede tener cualquier origen, pero de carácter transitorio. No obstante, lo relevante es entender que para ser eficaz como eximente, debe ser grave, y que la gravedad ha de medirse y constatarse en relación con su idoneidad para producir el efecto psicológico en el momento de ejecutar el hecho. En esta segunda causa de inimputabilidad han de entenderse comprendidos los supuestos de intoxicación consiguientes al consumo o uso de sustancias como el alcohol, drogas psicotrópicas o estupefacientes, o sustancias de efectos semejantes. Aunque, apartándose de lo que es tónica general en nuestros Códigos, el CP salvadoreño no alude expresamente a estas intoxicaciones, debe tenerse en cuenta que el Art. 29.1) considera como circunstancia atenuante, la de “estar el culpable en estado de intoxicación alcohólica o de otra índole, que... no llegue a plenitud de efectos sobre el sujeto”. Luego, cuando esa intoxicación, no preordenada al delito, logre la “plenitud de efectos” en el sujeto, ha de tener efectos eximentes, como una modalidad más de “perturbación”. También el síndrome de abstinencia, como consecuencia de la adicción a tales sustancias, debe entenderse comprendido en esta eximente.

C. Desarrollo psíquico retardado.

Finalmente, está exento de responsabilidad el que actúa motivado por su desarrollo psíquico retardado o incompleto (Art. 27.4.c). Si la imputabilidad es capacidad de decidir el propio comportamiento de acuerdo con previas valoraciones, el fundamento de la eximente, parece obvio: sólo se puede recibir el mensaje prescriptivo si previamente se captó su mensaje valorativo. Cuando el grado de desarrollo personal, (en el que ha de apreciarse también el grado de socialización) es tan deficiente que no existe esa capacidad de captar lo valioso y lo que no lo es, ni la capacidad de adecuar el propio comportamiento al mensaje prescriptivo implícito en aquella valoración, el sujeto no puede ser culpable.

La base biológica que se requiere puede consistir en deficiencias físicas (sordomudez, ceguera) o de socialización (autismo), sufridas “en los momentos clave del aprendizaje social” (MUÑOZ CONDE). En efecto, los déficits en el desarrollo psíquico pueden tener un origen biológico o psicopatológico pero también social, incidiendo negativamente en los procesos de socialización.

El art. 27.4)b) describe supuestos de hecho no reconducibles a alteraciones o deficiencias psíquicas, que encontrarían acomodo en la letra a), pero da acogida expresa a elementos normativo-culturales en cuya virtud el dato biológico o psicopatológico -si es que se constata- queda, en cuanto tal, relegado a un lugar secundario, dado que el plano naturalístico de lo cognoscitivo y lo volitivo sólo adquiere relevancia, a efectos de exoneración de la responsabilidad criminal, en cuanto puede determinar una incomunicación normativo-cultural (MORALES). Los supuestos de alteración valorativa conocidos como “conciencia laxa” o “conciencia perpleja”, que algunos autores lleven al apartado b) (MORENO-RUEDA), quizá pueden incluirse con ventaja aquí en el c), admitiendo que el término “conciencia” de la letra b) puede identificarse con “consciencia”, y dado que los déficits de socialización se reflejan también en los criterios axiológicos del sujeto.

5.3. Acciones liberae in causa.

La imputabilidad, como todos los elementos del delito, va referida al momento de ejecución del hecho típico (“Quien en el momento de ejecutar el hecho...”, Art. 27.4) del CP). Sin embargo, en ciertas ocasiones el sujeto no es imputable en el momento de la ejecución material del hecho, pero sí cuando lo planificó y cuando originó conscientemente su situación de inimputabilidad para ejecutarlo.

La teoría de las acciones liberae in causa responde a estos supuestos de inimputabilidad en el momento de ejecución pero de imputabilidad en el de planificación y decisión, retrotrayendo el juicio de responsabilidad a la primera fase. Así se pronuncia el CP. En su Art. 29.1), la disminución de la imputabilidad derivada de la intoxicación etílica tiene efectos atenuantes sólo si dicha intoxicación no se provocó de manera preordenada al hecho.

En caso contrario, no hay atenuación, porque cuando el sujeto puso en marcha todo el proceso que culmina con la realización de la conducta típica era perfectamente imputable. Lo que en realidad ocurre es que el sujeto se utiliza a sí mismo como instrumento, y, por tanto, debe responder a título de dolo, o de imprudencia si el delito cometido es distinto o más grave del previsto. Ahora bien, si el sujeto se utiliza a sí mismo como instrumento, se podría haber buscado la respuesta coherente en la autoría mediata. Sin embargo hay que reconocer que esa vía topa con la fórmula literal del Art. 34, que considera autores mediatos a “los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento”. Y, efectivamente, en las acciones liberae in causa, el autor no utiliza a “otro”, sino a sí mismo.

El D.L. N° 642, de 17 de junio de 1999 abordó rellenar la laguna así provocada introduciendo el Art. 28-A: “No podrá ser excluido de responsabilidad penal aquel que haya buscado colocarse en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas u otras sustancias que produzcan efectos análogos, con el propósito de cometer un delito o cuando se hubiese previsto la comisión del mismo”.



5.4. Medidas de seguridad.

El Art. 27.4), párrafo segundo, autoriza la imposición de medidas de seguridad a los sujetos exentos de responsabilidad penal por ser inimputables. Frente al sistema monista, propio del siglo XIX y que contaba con la pena como único medio de lucha contra el delito, a partir del Anteproyecto del CP suizo de STOOSS y de la promulgación en 1902 del CP noruego, se generalizó la pretensión dualista de disponer, junto a la pena -y salvando su concepción retribucionista- de la medida de seguridad, como instrumento para afrontar la peligrosidad criminal del delincuente.

El CP, que opta también por el sistema dualista es, sin embargo, llamativamente parco en la regulación de las medidas de seguridad. El Art. 93 considera como tales, la internación, el tratamiento médico ambulatorio y la vigilancia. Se trata de medidas que pueden imponerse a los sujetos declarados inimputables por estar incluidos en el número 4) del Art. 27 (Art. 94). Podrán aplicarse, igualmente, a los semiimputables, entendiéndose por tales los sujetos mencionados en el número 4) cuando no concurren todos los requisitos para poder afirmar su inimputabilidad plena.

En estos casos, el Art. 95 -que erróneamente alude al número 5) y no al 4) del Art. 27- prevé la imposición conjunta de pena -atenuada en aplicación de los Arts. 63 y 64- y medida de seguridad, de acuerdo con el imperante sistema vicarial (TERRADILLOS), en cuya virtud la medida "se cumplirá antes que la pena y el término de su duración se computará como cumplimiento de ésta". A pesar de que el CPP dedica un Título específico al "Juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad" (Arts. 397 a 399), el CP deja numerosas lagunas, relativas sobre todo al fundamento de las medidas de seguridad, que ha de rellenar el intérprete. Es bien sabido que las medidas de seguridad, históricamente, han ido ligadas a la idea de peligrosidad criminal. De modo que hoy es comúnmente aceptado que sólo procede la imposición de aquéllas a sujetos inimputables peligrosos (TERRADILLOS). El Art. 6 del CPE, por ejemplo, pone el fundamento de éstas en "la peligrosidad criminal del sujeto...exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito".

A su vez, el Art. 95 del mismo texto dispone que las medidas de seguridad se aplicarán sólo si concurren, entre otras circunstancias, las de que "...el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito (y) que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos". Ese ha de ser también el punto de partida en el estudio del CP, aunque éste no se haya pronunciado al respecto de modo explícito, como hubiera sido deseable. La mera constatación de inimputabilidad no implica imposición de medidas de seguridad.

A tenor del Art. 27.4) segundo párrafo, el juez o tribunal "podrá imponer al autor alguna de las medidas de seguridad". Pero no está obligado a hacerlo. En el mismo sentido se pronuncian los arts. 94 y 95. Se supera así, al menos en la letra de la ley, la

vieja mistificación en cuya virtud se veía en la peligrosidad una consecuencia directa de la deficiencia mental, sin que para ello exista base psiquiátrica ni criminológica.

En efecto, desde el punto de vista psiquiátrico no se puede reducir la locura a una valoración desde la normalidad limitada al individuo-objeto examinado, prescindiendo de las demás variables determinantes del comportamiento. La afirmación de la peligrosidad por parte de una psiquiatría así concebida sería tanto como reducirla a mero mecanismo de represión.

La equiparación peligrosidad-locura carece, además, de base empírica: se ha podido constatar que la incidencia de la enfermedad mental en la delincuencia no es estadísticamente relevante, ni le es atribuible un porcentaje superior al del resto de la población. Por lo tanto, para imponer medidas de seguridad, además de la inimputabilidad se requiere algo distinto.

No pueden responder a la arbitrariedad o al capricho, sino, como exige el Art. 5 del CP “sólo se impondrán cuando sean necesarias”. Y para decidir cuando son necesarias hay que tener en cuenta la finalidad de las medidas de seguridad, inequívocamente preventivo-especiales. Consecuencias jurídicas de contenido preventivo especial, sólo son necesarias para neutralizar la proclividad delictiva de un sujeto.

Para neutralizar su peligrosidad criminal, que se constituye así en el fundamento ineludible de las medidas de seguridad (MAPELLI-TERRADILLOS). Aunque no haya un pronunciamiento legal explícito en este sentido, implícitamente lo entiende así el CP. Por eso, cuando la peligrosidad haya desaparecido, la medida ya no es necesaria y ha de ser suspendida.

Así lo impone el Art. 95 para el caso de los semiimputables. Y esa misma regla ha de aplicarse en los demás casos por imperativo del Art. 5. Sin embargo el CP sí que se pronuncia nitidamente sobre la duración de las medidas: nunca podrá ser superior a la de la pena que le hubiere correspondido al sujeto por el delito cometido (Art. 5, párrafo segundo, y Art. 95). A pesar de que, siendo el fundamento de la medida la peligrosidad del sujeto, pudiera aceptarse que aquélla durase tanto como ésta, los Códigos prefieren poner límites cronológicos, ya que la Historia ha suministrado demasiados ejemplos de excesos punitivos. Y las medidas de seguridad, que por naturaleza y fundamento son distintas de la pena, comparten con ésta su carácter afflictivo, y en consecuencia, su imposición ha de estar adornada del mismo sistema de garantías.

5.5 Causas de exclusión de la culpabilidad (artículo 27 y 28 CP).

En doctrina mayoritaria, el error de prohibición es una de las causas de exculpación. Necesidades expositivas han aconsejado a los autores optar por la exposición conjunta de la disciplina jurídica del error, tanto de tipo como de prohibición.



5.5.1. No exigibilidad de otra conducta.

Tampoco puede estimarse culpable a quien actúa en condiciones tales “que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó”, tal como recoge expresamente el art. 27.5) del CP. Se entiende que quien actúa en una situación de presión motivacional excepcional ha obrado en situación de “no exigibilidad”, porque se entiende igualmente que el Derecho no puede exigir a nadie sobreponerse a una situación que el hombre medio no podría soportar.

La no exigibilidad deja incólume la antijuridicidad del comportamiento, puesto que va referida a comportamientos no deseados por el ordenamiento. Aunque la motivación normativa se sigue dirigiendo al sujeto en situación extrema, no se considera adecuado castigar si, en virtud de esa situación, el comportamiento no se adecua a la norma (MIR).

Determinados casos de delincuencia por convicción (por ejemplo, eutanasia) o de miedo insuperable, serán los supuestos más frecuentes de aplicación de esta causa de exculpación. En efecto, los supuestos de delincuencia por convicción han de resolverse, de acuerdo con los parámetros anteriores, acudiendo a la idea de no exigibilidad y no a la de justificación, aunque caben casos en los que se podrá detectar una justificación putativa, por error normalmente vencible.

La justificación será, en cambio, plena cuando se trate de objeción de conciencia con base legal. En cuanto al miedo insuperable, supuesto paradigmático de no exigibilidad, se debe tener presente que no es necesaria la concurrencia de un terror que prive de lucidez o fuerza de voluntad al sujeto (MIR).

Basta con el temor, que, para ser relevante ha de ser insuperable, es decir, el que no hubiera podido resistir el hombre medio, el común de los hombres. Ahora bien, ese “hombre medio” debe ser situado en la posición del autor, con sus conocimientos y facultades.

Así, se tendrán en cuenta la edad, la fuerza, la cultura, etc., del sujeto en concreto, pero no sus características patológicas, p., ej., neurosis, que dan lugar a un miedo patológico que el hombre normal superaría (MIR). En estos casos procede acudir al Art. 27.4)a).

5.5.2. El denominado estado de necesidad disculpante.

El art. 27.3) recoge como causa de exclusión de la responsabilidad penal el estado de necesidad por conflicto de bienes. En ese caso no es responsable criminalmente el que lesiona “otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado”. Para toda la doctrina, el primer supuesto constituye una causa de justificación. Se actúa de acuerdo con el Derecho al salvar el bien jurídicamente más relevante en detrimento del bien menos valioso. Pero existe discrepancia teórica cuando los bienes que entran en colisión son de igual valor (p. ej., tabla de Carneades).



Aquí la ponderación de bienes no permite hablar de conducta justificada, ya que el Derecho no elige entre los bienes en conflicto, puesto que son iguales. Lo que, en opinión doctrinal extendida, ocurre es que el ordenamiento no exige al sujeto que dirija su comportamiento en un sentido u otro; se muestra indiferente con lo que lleva la respuesta al campo subjetivo. La norma desea proteger ambos bienes y a esa protección se dirige el mandato normativo, pero, en la situación límite, se respeta la decisión individual. Sin embargo, como propone MUÑOZ CONDE, puede entenderse también que se trata de un supuesto justificante, pues no se trata de comparar sólo el valor de los bienes en conflicto, sino de enjuiciar si el sacrificio de uno para salvar el otro era la única vía adecuada, dentro de los límites de exigibilidad.

La idea de no exigibilidad aconseja dejar sin sanción estas conductas, pero no ya porque el autor no sea culpable, sino porque tampoco el acto realizado es desaprobado por el ordenamiento. Lo que, en efecto, queda patente es que si la orientación de la norma no es la de impulsar al sujeto en un sentido u otro, si no existe un interés del Derecho en conminar con pena la elección, parece coherente entender que la situación de conflicto provoca un estado de necesidad justificante.

Desde esta perspectiva se entiende mejor la exención de responsabilidad del auxiliador necesario, que sería responsable si entendiéramos que quien actúa en estado de necesidad está amparado por una causa de exculpación, no extensible a los partícipes.



CAPÍTULO SEIS

EL ITER CRIMINIS.

SUMARIO: I.- Introducción. 6.1. El delito imperfecto o tentado. 6.2. La consumación como forma “perfecta” de ejecución”. 6.3. El iter criminis y sus fases. 6.3.1. La fase interna. 6.3.2. La fase externa. 6.4. Formas imperfectas de ejecución punibles: Los actos preparatorios. 6.4.1. La proposición. 6.4.2. La conspiración. 6.5. Formas imperfectas de ejecución punibles: La tentativa. Distinción entre actos preparatorios y tentativa. 6.5.1. Teoría objetivo-subjetiva. 6.5.2. Teoría objetiva. 6.6. La valoración del peligro. Tentativa idónea e inidónea. 6.7. El desistimiento.

I. INTRODUCCIÓN

Por regla general, la consumación como realización completa de los elementos del tipo por parte del autor del delito es la que justifica la pena contemplada en cada uno de los preceptos de la parte especial del Código Penal. Pero acontece que en muchas ocasiones el agente no consigue consumir el delito, lo cual puede originarse por diversas razones (su descubrimiento previo, la inexistencia de los objetos a sustraer, su propia voluntad o falta de aptitud del instrumento utilizado para la producción del resultado querido, etc.).

Son estas esferas del actuar humano precedentes en mayor o menor medida a la consumación, las que constituyen el estudio de las formas imperfectas de ejecución punible. En letra de los artículos 23 y 24 de la parte general son los actos preparatorios de proposición y conspiración, así como la tentativa. El autor aborda los cinco aspectos esenciales del *iter criminis* o proceso de realización del delito: la delimitación de la fase interna y externa, la proposición y conspiración punibles, los actos ejecutivos punibles constitutivos de tentativa, la tentativa inidónea y el desistimiento.

Al respecto, vale la pena hacer notar el punto de partida que se toma para fundamentar la punición de la tentativa: se pena por el efectivo menoscabo causado a un bien jurídico, debido a que la función básica del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos o -segunda alternativa- se pena por la irrelevancia de la norma jurídica como pauta de conducta social para el transgresor que se rebela ante ella.

El autor se decanta por la primera opción, basándose en lo establecido en el artículo 3 CP (no hay pena o medida de seguridad sino existe lesión o puesta en peligro de un bien jurídico). Esto corresponde a una fundamentación objetiva de la tentativa que prácticamente obliga a los tribunales a la determinación del grado de peligro en los casos de absoluta y relativa inidoneidad, con su consecuente entendimiento en la interpretación de los artículos 63 numeral 1º y 68 respecto a la determinación de la pena a imponer.

6.1. El delito imperfecto o tentado.

Al estudiar la configuración de la antijuridicidad ya se explicó que un Derecho penal como el nuestro, vinculado a la protección de bienes jurídicos, no puede contentarse con intervenir cuando el daño ya está hecho: puede y debe hacerlo antes, si el riesgo es serio e inminente. Por otro lado, se dijo allí también que el injusto penal exige la confluencia de un doble desvalor: de acción y de resultado, los cuales deben aparecer, además, estrechamente unidos. Conviene no olvidarlo ahora que analizamos las formas imperfectas de ejecución y nos toca determinar los criterios para señalar la frontera entre los actos antijurídicos y aquellos otros que todavía no contienen la lesividad requerida. Dependerá en todo caso de los principios político-criminales que cada uno asuma, cuáles sean esos criterios y dónde situemos la citada frontera.

Con el fin de que se aprecie en su justa medida la relevancia punitiva de las figuras que vamos a estudiar a continuación, téngase en cuenta que la pena con la que aparece castigado cada delito es aplicable sólo cuando se ha consumado. No obstante, en el artículo 62 CP se dice que también son punibles los delitos, nunca las faltas realizados en grado de tentativa.

6.2. La consumación como forma "perfecta" de ejecución.

Cuando hablamos de formas "imperfectas" de ejecución, nos referimos a casos en los que el autor no llega a realizar "perfectamente" la conducta descrita en el supuesto de hecho típico, pese a intentarlo. Por el contrario, cuando la ejecución sí es "perfecta" y la conducta coincide, por tanto, con ese supuesto de hecho, estaremos ante la consumación del delito. En este sentido, aunque a primera vista pudiera creerse que el autor consuma la infracción cuando logra su propósito, ello no es exactamente así. Puede ocurrir que su fin último no coincida con la definición expresada por el legislador, sino que vaya más allá, y en ese caso el delito seguirá considerándose consumado cuando la actividad practicada se corresponda con el supuesto de hecho contenido en el tipo, sin que tenga demasiada relevancia el logro por el autor de ese "plus" posterior, que recibe el nombre de agotamiento del delito.

Esta observación tiene particular interés en relación con los delitos de peligro, cuya consumación no exige siquiera la lesión del bien jurídico, por mucho que quizá sea este el interés último del autor. Así pues, la consumación no depende tanto del proyecto criminal del sujeto como de los términos en los que el legislador ha plasmado la conducta en el tipo. Conviene advertir, no obstante, que la determinación del momento consumativo no constituye siempre una cuestión pacífica, pudiendo incluso modificarse con el paso del tiempo en consonancia con la evolución de las concepciones jurídico-sociales. Un buen ejemplo de esta contingencia es lo ocurrido recientemente en el delito de violación con acceso carnal por vía vaginal, que hasta 1992 el Tribunal Supremo español se consideraba consumado cuando había habido penetración aunque fuera parcial, de manera que el mero contacto de los órganos genitales se consideraba una forma imperfecta de ejecución.



En esa resolución se analiza un caso en que no llegó a darse la penetración y, sin embargo, se califica tal hecho como delito consumado, considerando que para la lesión del bien jurídico “libertad sexual” basta con la mera penetración vestibular. La razón de este giro interpretativo estriba, seguramente, en la importancia alcanzada desde hace tiempo por ese bien jurídico, que encuentra su último fundamento en la dignidad personal.

Por otra parte, el castigo de las formas imperfectas de ejecución plantea especiales inconvenientes en los delitos de peligro debido a que en ellos el legislador decide voluntariamente “anticiparse” a la consumación, invadiendo el terreno antijurídico que tradicionalmente se reserva a las formas imperfectas. Si quisiéramos castigar a quien intenta únicamente consumir un delito de peligro deberíamos invadir, a su vez, un terreno tan alejado de la zona de legítima intervención penal que la sanción carecería de justificación a la luz del principio de lesividad. En otras palabras: habríamos sancionado el “peligro del peligro”.

6.3. El *Iter criminis* y sus fases.

El recorrido que sigue el autor de un hecho delictivo desde el momento en que concibe la idea de cometerlo hasta el de la consumación se denomina – en expresión latina – *iter criminis*. Es claro que la imagen de un delincuente que actúa “paso a paso” es ideal, pues en muchos casos media solamente un instante entre la concepción de la idea y su ejecución; a efectos didácticos, sin embargo, conviene mantener esa imagen de un “iter” prolongado en el tiempo para así jalonar con mayor facilidad sus momentos esenciales. Anticipemos cuáles son: en primer lugar, cabe distinguir una fase interna y otra fase externa; dentro de esta última, distinguiremos los actos preparatorios (impunes) la tentativa (punible).

6.3.1. La fase interna.

Al principio, el delincuente delibera en el arcano de su conciencia si va a cometer el delito y, una vez decidido, diseñará una estrategia para tal fin. Todavía puede estar tranquilo el sujeto, porque nadie salvo él mismo conoce su propósito; la observación exterior no le afecta, porque es incapaz de detectar lo que pasa por su cabeza. Por otra parte, tampoco parece conveniente que el Estado se inmiscuya en los pensamientos de las personas (por malos que estos sean) y por esta razón desde la época liberal se ha acuñado una máxima que encaja aquí a la perfección: “el pensamiento no delinque”. Por muy obvia que pueda parecer esta sentencia, basta profundizar un poco en su espíritu para darnos cuenta de que podemos extraer de ella un mensaje sumamente provechoso, a saber: que el aparato punitivo del Estado no puede castigar a nadie por lo que piensa, sino sólo por lo que hace; se fijará sobre todo en sus actos, y no tanto en sus (malas) intenciones.

Algo que conviene tener presente a lo largo de este apartado, porque las formas imperfectas de ejecución se caracterizan, en su aspecto subjetivo, por requerir siempre

la intención de alcanzar la consumación, esto es, el dolo; elemento subjetivo que se puede apreciar ya en esta fase interna, pues en ella nace, y que acompaña al autor hasta el final. Si es cierto que “el pensamiento no delinque” habrá que buscar entonces un criterio distinto del dolo para fundamentar el castigo de las formas imperfectas. Y habrá que buscarlo en la actividad exterior del agente, que asume por tanto un papel protagonista.

6.3.2. La fase externa.

Cuando el iter criminis sale a la luz, realizando el sujeto actos que forman parte de su proyecto delictivo y que son observables desde el exterior, se entra en la fase externa del mismo, que culminaría, en su caso, con la consumación.

EJEMPLO: A toma un buen día el firme propósito de matar a su “amigo” B, a quien odia secretamente desde hace tiempo aunque éste no albergue la más mínima sospecha. Para ello, A invita a B a pasar el fin de semana en su casa de campo, con la idea de envenenar la bebida de B en la cena y enterrarlo después en medio del campo. La fase externa comenzaría aquí cuando A llama por teléfono a B para invitarle. En ese instante, el plan de A deja el mundo oculto de su conciencia y sale al exterior, realizando actos tan intrascendentes en apariencia como una llamada telefónica, aunque él lo haga con ánimo homicida. Es seguro que hasta mucho después nadie se percataría de que A tiene dolo de matar a B, pero ya está ahí. La fase externa abarcará desde ese momento hasta que A ejecuta todos los actos que deberían producir la muerte de B, sin que ésta se produzca finalmente.

Al contrario que en la fase interna, cuyo carácter incógnito evita la intervención penal, en la fase externa nos enfrentamos ya al problema de dilucidar cuáles de los actos practicados deben considerarse punibles, teniendo en cuenta, a este respecto, los principios político-criminales que rijan el sistema punitivo. Así, bajo los auspicios de un Derecho penal autoritario seguramente se considerará legítimo castigar cualquier atisbo de actividad exterior, ampliando al máximo el área de punibilidad, hasta dejar fuera de ella tan sólo la fase interna. Por el contrario, en el marco de un Derecho penal democrático tiene que señalarse un punto de inflexión dentro de la propia fase externa que nos sirva para separar con claridad, a su vez, la fase de mera preparación y la fase ejecutiva, circunscribiéndose a esta última la legítima intervención penal.

6.4. Formas imperfectas de ejecución punibles: Los actos preparatorios.

Una importante novedad que se advierte en el Código penal es el distinto tratamiento que se brinda a la conspiración y a la proposición. Regulados en anteriores códigos como actos preparatorios, han sido duramente criticados por la doctrina (TREJO), fundamentalmente por su aplicación general a toda clase de delitos. Esta aplicación general provocaba una exagerada intervención del derecho penal y por ello fue entendida como síntoma del carácter autoritario del Código penal (JIMENEZ DE ASUA). La nueva regulación cambia esto por completo.



En virtud de la regulación prevista en el artículo 23, la conspiración y la proposición dejan de ser actos preparatorios y se convierten en tres especiales supuestos de coautoría o participación intentadas. En efecto el Código penal establece que tales actos “..sólo son sancionados en los casos expresamente establecidos en el Código” (art.23 CP), por lo que se aplicará a un número muy limitado de delitos de la Parte Especial.

Desde un punto de vista expositivo hemos creído oportuno incluirlo junto a la tentativa como una de las formas imperfectas de ejecución del delito, no obstante, adviértase que, desde un punto de vista sistemático, su lugar corresponde al apartado dedicado a la autoría y participación.

6.4.1. La Proposición.

Dispone, asimismo el artículo 23 que existe proposición: “cuando el que ha resuelto cometer un delito solicita de otra u otras personas que lo ejecuten o le presten su ayuda para ejecutarlo”.

Se trata de un supuesto de coautoría intentada, en tanto y en cuanto el que invita proyecta compartir el dominio del hecho con los invitados, o de autoría y participación intentadas si él pretende reservarse el dominio del hecho, otorgando el papel de partícipes a los demás.

A diferencia de otros códigos penales en el nuestro no se castiga la provocación, la cual supone una invitación pública y general, a diferencia de la proposición que es individual y personalizada.

6.4.2. La Conspiración.

Dispone el artículo 23 CP que existe la misma cuando “dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”. Se trata también de un supuesto de coautoría intentada, y no de participación.

Los conspiradores deben de concretar el reparto del dominio del hecho que proyectan ejecutar.

6.5. Formas imperfectas de ejecución punibles: La tentativa. Distinción entre actos preparatorios y tentativa.

Como se dijo, de acuerdo con el tenor del artículo 62 del Código Penal, sólo son punibles en nuestro país el delito o falta consumado y la tentativa de delito. Y al contrario de lo que sucede con otros conceptos, esta última sí aparece definida en el Código Penal. En efecto, el artículo 24 afirma que “hay delito imperfecto o tentado, cuando el agente, con el fin de perpetrar un delito, da comienzo o practica todos los

actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y ésta no se produce por causas extrañas al agente”. La primera parte de la definición legal nos sitúa ya en el campo de la fase externa (“hechos exteriores”) y, más concretamente, en la fase ejecutiva (el agente da comienzo o practica todos los actos tendientes a su ejecución”).

Así pues, los actos previos, meramente preparatorios, no encajan en la definición y, por ello, según el último párrafo del artículo 23 del Código Penal, quedan fuera también del área punible. Sin embargo, nuestro legislador ha decidido castigar determinados actos preparatorios, como la conspiración y la proposición, aunque limitando su alcance a aquellos delitos que expresamente lo dispongan, que suelen ser delitos graves. Al margen de esta peculiaridad, sí podemos proclamar que, con carácter general, nuestro sistema punitivo rechaza el castigo de la fase preparatoria y que circunscribe la punibilidad a la fase de ejecución, identificada con la tentativa.

La tentativa puede ser de dos clases, dependiendo de si el sujeto realizó sólo algunos actos de ejecución o por el contrario ya ha practicado todos, sin conseguir pese a ello su propósito. La doctrina suele denominarlas inacabada y acabada, respectivamente. La primera acontece en los casos en que el autor había comenzado la ejecución. La segunda cuando hizo todo lo que estaba en su mano para consumir el delito (por ello se hablaba de delito frustrado). Esta diferente denominación tiene repercusiones a la hora de determinar la pena conforme al Código penal de 1997, que establece en el artículo 68 que la pena en grado de tentativa “se fijará entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo de la pena señalada al delito consumado”. En otras palabras, el Código ofrece al juez mayor flexibilidad para determinar la pena en este campo.

De suerte que la atenuación dependerá, sobre todo, de la mayor o menor proximidad a la consumación “directamente” (objetivamente) encaminada a la lesión del bien jurídico (art.63, inciso 1º CP), sin perjuicio de la concurrencia del resto de los criterios establecidos en el artículo citado. EJEMPLO: habría tentativa inacabada si el autor dispara sobre la víctima y no la alcanza. Por el contrario, la tentativa sería acabada si, alcanzándole, no llega a matarle gracias a la rápida intervención de un tercero. Decíamos antes que la tentativa aparece cuando se observa el comienzo de ejecución. Falta por saber, sin embargo, qué criterio seguimos para detectar ese “comienzo”, porque caben varias interpretaciones al respecto.

Basta referirse al ejemplo del sujeto que quiere envenenar al amigo para percatarse de ello, pues depende de cuál sea el punto de vista elegido para que se afirme que la fase preparatoria concluye, y surge la tentativa, cuando el autor ha adquirido el veneno y concierta la cita; o bien que se considere iniciada la ejecución tan sólo cuando la víctima está a punto de ingerirlo. Tan diferentes soluciones dependen de la teoría que se siga para explicar la tentativa. Y dejando a un lado la doctrina subjetiva, el debate actual se centra sobre todo en dos teorías: la objetivo-subjetiva y la puramente objetiva.



Según la teoría subjetiva, se castiga en la tentativa “la actuación de la voluntad contraria a derecho”, “el acto final contrario al deber o norma” (KAUFMANN), o “la manifiesta rebelión del autor contra la Ley (von BURI). Lo decisivo no es la puesta en peligro del bien jurídico, sino sólo lo injusto de la acción exteriorizada en la conducta del autor (recuérdese lo dicho a propósito del concepto material del injusto en el capítulo sexto: la antijuridicidad). El finalismo ortodoxo, por ejemplo, entiende al fijarse exclusivamente en el dolo, que “el plan del autor” es la única perspectiva desde la cual debe realizarse la calificación jurídica de la acción: si la intención homicida del autor se manifiesta por medio de la superstición - dice KAUFMANN- el Derecho penal debe seguirle. Por eso, para ellos, la tentativa es una forma absolutamente perfecta de realización del delito lo que conlleva: a) que la consumación es un mero concepto formal, y b) la imposibilidad de establecer cualquier diferencia entre actos preparatorios y ejecutivos.

6.5.1. Teoría objetivo-subjetiva.

Su rasgo distintivo reside en el hecho de que para decidir cuándo comienza la ejecución toma como guía el propio plan del autor, es decir, la forma en que éste piensa cometer el delito. Por eso es -en parte- subjetiva; ahora bien, al contrario de su versión más radical, la teoría objetivo-subjetiva sí procura distinguir, dentro de la fase externa, una zona preparatoria y otra ejecutiva. Por ello -también en parte- es objetiva: los actos realizados por el autor deben tener una entidad determinada para considerarse actos ejecutivos.

No es fruto de la casualidad que sea precisamente esta la doctrina que mejor acogida tiene actualmente; a ello contribuye poderosamente que se adapte mejor que ninguna otra al tenor del § 22 del Código Penal alemán, el cual señala expresamente la necesidad de observar el plan del autor. Pero que sea la más extendida no impide criticarla, porque bajo su influencia tiende a diluirse la cuestión que aquí nos parece esencial: la significación objetiva del hecho realizado. Esa objetividad reclama una imparcialidad de juicio que tiende a distorsionarse cuando lo observamos todo conociendo de antemano cuál era el plan del autor y, por consiguiente, los pasos que le restan para concluir su proyecto delictivo. Veámoslo con el ejemplo del “amigo”. Adoptando esta teoría objetivo-subjetiva habría que proceder del siguiente modo:

1. Plan del autor: A piensa matar a B cuando ambos se encuentren en su finca, colocando veneno en su bebida.

2. Comienzo de ejecución: Una vez desplegado completamente el plan del autor, habría que señalar como tentativa un momento en el que la proximidad a la consumación permitiera decir ya que la vida de B corre serio peligro. Y ese momento podría ser aquel en que A se dirige sigilosamente hacia el lugar donde guarda el veneno, dispuesto a perpetrar el crimen enseguida. Sin embargo, a los ojos de un observador externo que no conozca el propósito que anida en el interior de A, ese hecho

carecería de significación como comienzo de ejecución de un asesinato. No es el hecho en sí lo que resulta peligroso, sino el conocimiento que se tiene de la proximidad a la consumación (precisamente porque todo se analiza de acuerdo en el plan del autor). Nos parece, por todo ello, que en esta teoría tiene un peso decisivo el aspecto subjetivo, es decir, el dolo, aunque sea de manera difusa y poco manifiesta. Si al vil "amigo" de nuestro ejemplo se le condena por intento de asesinato cuando todavía no ha vertido el veneno en la bebida de B, el castigo se le impondría más por la intención descubierta que por la significación objetiva del hecho realizado (esto es, dirigirse a la cómoda donde guarda el veneno), el cual es en sí mismo indiferente, como se ha dicho antes.

6.5.2. Teoría objetiva.

Esta teoría se caracteriza por analizar los hechos desde la "asepsia" de quien desconoce absolutamente los planes del autor y espera a que sus acciones le delaten, es decir, a que los actos por él ejecutados reflejen a un tiempo el peligro para el bien jurídico y, consecuentemente, el dolo con que se ejecuta la acción. La perspectiva del plan del autor queda aquí al margen. Es el hecho mismo lo que se valora. A esta teoría se ajusta la definición de tentativa del artículo 56 del Código Penal italiano cuando exige la realización de "actos idóneos, inequívocamente dirigidos a la consumación", lo que desde hace tiempo viene siendo interpretado por la doctrina de aquel país como manifestación de una concepción objetiva del delito intentado que reclama una valoración de la significación del hecho mismo. En ocasiones, también nuestros Tribunales se hacen eco de aquella definición, aunque no siempre reflejen adecuadamente su espíritu. Si tomamos nuevamente como referencia el caso que venimos analizando, la doctrina objetiva analizaría la cuestión del siguiente modo: el comienzo de ejecución del asesinato se detecta en el instante en que A vierte el veneno en la bebida que un instante después tomará B. Dicho acto de A expresa de manera inequívoca su propósito de matar a B y representa al mismo tiempo un serio peligro para la vida de éste. Es decir, se trata de una acción que objetivamente significa: "A quiere matar a B ya mismo".

Pongamos otro ejemplo: un individuo que tiene asegurado su coche a todo riesgo lo incendia con el propósito de cobrar la indemnización. Según esta teoría la destrucción de cosa propia asegurada será impune salvo que el asegurado exija la indemnización debida, momento en que ya se puede apreciar tentativa de estafa (SERRANO-PIEDECASAS). Quizá pueda parecer al seguir esta teoría se deba esperar demasiado para intervenir penalmente, no obstante debe recordarse que el principio de intervención mínima es un parámetro político-criminal que debe regir en todos los ámbitos del sistema penal y que no sirve sólo para dilucidar si una conducta debe considerarse delito o infracción administrativa.

Es muy probable que el legislador haya tenido en cuenta estas observaciones antes de tomar la importante decisión de inclinar expresamente la definición legal de tentativa hacia el lado objetivo, cerrando así el paso a cualquier veleidad subjetivo-



autoritaria en este terreno. En efecto, el artículo 24 del Código Penal exige que el autor practique todos o parte de los actos tendientes a su ejecución “por actos directos o apropiados para lograr su consumación”. Exigencia, por otra parte, que debe ser interpretada a la luz del principio de lesividad del bien jurídico (Art. 3 CP) en el que se pide, al menos, la puesta en peligro de este tipo de bienes. De esta forma, según creemos, se obliga al juez a dejar a un lado el criterio del plan del autor y a desentrañar la significación objetiva que el hecho tenga, para detectar en él tanto el dolo como el peligro para el interés protegido.

6.6. La valoración del peligro. Tentativa idónea e inidónea.

Cuando un individuo planea cometer un crimen lo normal es que seleccione los medios para llevarlo a cabo y quizá incluso confeccione una estrategia a tal efecto. Pero no siempre se seleccionan los medios más adecuados, bien porque el propio sujeto es un inepto y pretende consumir el delito con instrumentos que a cualquiera le parecerían ridículos (por ejemplo, matar a alguien echando las cartas, haciendo pintadas o concentrándose mentalmente), bien porque lo son los instrumentos elegidos, aunque ni él ni otra persona cualquiera lo sabría (así ocurre si el arma con la que piensa matar resulta que está descargada) o, en fin, porque el objeto sobre el que pretende cometer el crimen es inexistente (así, intentar un aborto cuando la mujer no está siquiera embarazada –aunque ella piensa que sí–; o disparar sobre el enemigo sin saber que lleva muerto ya bastantes minutos). En todos estos casos hay algo que se repite: el sujeto tiene mucha intención de cometer el delito pero no va a lograr consumarlo porque los medios o el objeto son inadecuados o inidóneos. El Código penal prescribe en el artículo 25 que: “no es punible el delito imperfecto o tentado cuando fuere absolutamente imposible la consumación del mismo, por falta de idoneidad del medio empleado, del sujeto que realiza la acción o por inexistencia del objeto”. Ello quiere decir que salvo los supuestos relatados en primer lugar, cuya patente inocuidad impide plantearse siquiera su punición, el resto de los ejemplos reseñados podrían ser castigados dada su relativa inidoneidad. En otros términos el legislador no se ha decidido a prohibir de manera expresa la punición del delito imposible (como sí lo hace, por ejemplo, el artículo 49.2 del Código Penal italiano), lo que va a originar una seria discusión científica sobre el alcance del significado de la inidoneidad relativa y, en definitiva, sobre si deben castigarse o no todos o algunos de los grupos de casos anteriormente expuestos.

El segundo párrafo del artículo 25 establece que “no hay delito imposible en los casos de operaciones policiales autorizadas por escrito por el señor Fiscal General de la República, en que se alteren algunas de las circunstancias reales, los objetos, existencia o calidades de los sujetos necesarios para la consumación”. Se trata de una polémica medida político criminal dirigida a evitar la punición de los agentes que actúan en operaciones policiales encubiertas. Dado el alto índice de delincuencia, dichas operaciones se consideran de extrema importancia en la lucha contra el crimen organizado y la protección de bienes jurídicos.

El legislador entiende, asimismo, que constituye garantía suficiente la simple autorización “por escrito” del Fiscal General sin la intervención del juez. Con esta disposición y la contenida en el párrafo cuarto del art. 15 del Código Procesal Penal se ha pretendido soslayar el hecho de que hoy por hoy no se cuente con una solución jurídica general y satisfactoria referida a la problemática que plantea la provocación policial.

Para un sector relevante de autores, el juicio sobre la idoneidad de la tentativa debe efectuarse situando al espectador objetivo en la posición del autor y en el momento mismo de realizar la acción. Se trata, por consiguiente, de un análisis *ex ante* y objetivo, sin tener en cuenta tan sólo los conocimientos del autor o su forma de evaluar las posibilidades de éxito de su proyecto con los medios utilizados. En efecto, el autor puede pensar que mediante conjuros se puede matar a una persona. El espectador objetivo, que está dotado de la experiencia del hombre medio, tomará a broma esa valoración del autor. Por ello se desestima totalmente la punición de la denominada tentativa irreal, de la que son buena muestra tanto el caso de los conjuros, como los anteriormente relatados de la concentración mental o de las pintadas. Nadie propugna su punición, como antes se decía. Ahora podemos añadir que si analizamos la idoneidad aceptando el buen juicio del hombre medio, este concluirá que dichos intentos carecen absolutamente de idoneidad y por eso no deben castigarse.

Pero el problema se complica cuando el autor emplea en la ejecución un instrumento cuya idoneidad aparente contrasta con su real ineptitud para alcanzar la lesión pretendida. Aquí podemos recurrir al caso de la pistola descargada: se trata de un arma cuya apariencia externa no delata en absoluto que carece de munición. Pues bien, el sector doctrinal al que se ha hecho referencia tiene que aceptar en casos como este (y lo acepta de hecho) que *a priori* y conforme a la valoración efectuada por el espectador objetivo, el medio resultaba idóneo y dado que la falta de idoneidad sólo puede ser descubierta *a posteriori*, este descubrimiento no tendrá validez para eludir la punibilidad del hecho, permitiendo en todo caso hablar de una “inidoneidad relativa” (porque existe, pero era imperceptible *ex ante*), que no evita la punibilidad del hecho. Dicho con otras palabras: según el sector doctrinal al que hacemos referencia, cuando el juez proceda a determinar la idoneidad del medio sólo podrá tener en cuenta los datos que pudieran ser conocidos en el momento de la acción por un hombre normal, descartando por completo cualquier descubrimiento posterior, por muy cierto que sea.

Pero este modo de resolver la cuestión no satisface, al menos si se admite que todo injusto penal está compuesto de un doble desvalor: de acción y de resultado. Para detectar el desvalor de acción sí se considera oportuna la valoración efectuada por el espectador objetivo colocado en la posición del autor y situado, como éste, en una perspectiva *ex ante*; ya tuvimos oportunidad de explicarlo al analizar la imputación objetiva. Pero resulta que la mayoría de la doctrina entiende que para la configuración del injusto no basta con detectar el desvalor de acción, sino que hace falta hallar también un desvalor de resultado. Y esta afirmación debe ser válida para todo injusto penal, incluido el delito intentado. Luego, si nos conformamos con averiguar qué pensaría el



espectador objetivo desde la perspectiva *ex ante* estaremos olvidando que esa comprobación debe ser completada con otra que nos confirme la presencia del desvalor de resultado.

Para explicar cuál es el desvalor de resultado en la tentativa conviene tomar como modelo el injusto de los delitos de peligro concreto, a cuya estructura se debe asimilar la del delito intentado. En ambos, la acción del sujeto debe provocar una situación de peligro que se identifica con la probabilidad de lesión del bien jurídico protegido. Dicha probabilidad se comprueba a partir de todos los datos presentes en ese momento, incluyendo aquellos que no estén al alcance del espectador objetivo (que no es infalible); es decir, se amplía la base del juicio hasta introducir en él todos los elementos que configuran la situación y realizando un pronóstico acerca de las probabilidades de lesión del bien jurídico. Únicamente hay que despreciar un dato que es posterior a la situación de peligro: que la lesión se produzca o no, porque ello puede ser debido, tanto en un caso como en otro, a un mero accidente. Quizá pueda resultar a veces difícil separar la acción, por una parte, y esa situación de peligro, por otra, ya que en la realidad se presentan frecuentemente como una sucesión instantánea de fenómenos, pero a efectos analíticos resulta imprescindible si se quiere comprobar la existencia del desvalor de resultado.

Teniendo en cuenta esta disquisición teórica, podemos anticipar que ninguno de los grupos de casos relatados al principio, en todos los cuales el medio resultaba ser inidóneo, puede considerarse en verdad de tentativa punible. En efecto, dejando a un lado los casos de tentativa irreal, que no plantean problemas, en todos los demás podría quizá detectarse un desvalor de acción (incluso esto sería discutible si se requiere una cierta peligrosidad en la acción y no nos contentamos con el dolo), pero desde luego no se ve por ninguna parte la presencia de una situación de peligro porque la probabilidad de que el bien jurídico resulte finalmente lesionado es igual a cero. Ni el intento de homicidio con el arma descargada, ni el intento de hacer abortar a una mujer que no está embarazada, ni el disparo sobre un cuerpo muerto conllevan peligrosidad alguna porque es imposible la lesión del bien jurídico, ya sea por la inidoneidad del medio, ya sea por la inexistencia de objeto relevante.

Con una argumentación semejante se inclina por la absolución del acusado una Audiencia provincial española (S.A.P 7.03.98) al no haberse probado que el cajetín que aquel intentó forzar para apropiarse de las monedas que supuestamente había en su interior contuviera efectivamente dinero: “es preciso señalar - dice el Tribunal - que el delito de robo exige la existencia de cosas determinadas que serían su objeto y, en el caso enjuiciado, al no constar que dentro del cajetín había monedas o dinero cuya apropiación hubiera permitido la consumación del delito ha de considerarse que podemos estar ante una tentativa inidónea por falta de objeto o delito imposible (...).

Ello resulta evidente y más gráfico en los delitos contra la vida donde no podrá apreciarse tentativa, por ejemplo, de delito de homicidio si no se prueba que la acción

se dirigió contra una persona viva. Sin embargo, existe un segundo grupo de casos en los cuales esa probabilidad de lesión no es del 100 por cien, pero sí se detecta que existen ciertas probabilidades y, por tanto, la presencia de esa situación de peligro que reclama la tentativa. A este segundo grupo de casos pertenecería, por ejemplo, el intento de matar a alguien mediante un arma cuya obsolescencia permite aventurar que muy difícilmente disparará cuando el sujeto apriete el gatillo; pero no siendo imposible que ello ocurra (supongamos que evaluamos el porcentaje de probabilidades en un 15 por cien) habrá que reconocer que algún peligro sí existía, es decir, que la vida de la víctima sí corrió un cierto riesgo, aunque no fuera muy alto. Pues bien, en casos como éste convendría hablar de idoneidad relativa ya que la probabilidad de lesión abarca un espectro indeterminado que no es igual a cero, pero tampoco raya en el 100 por cien. Por último, el tercer grupo de casos incluiría todos aquellos en los que el juicio de probabilidad arroja un resultado del cien por cien, pese a que luego la lesión no se produzca por cualquier motivo. Aquí podríamos incluir el caso del arma que se halla cargada y en perfectas condiciones de disparo, pero que casualmente se encasquilla en el momento en que el autor aprieta el gatillo.

En ese instante las probabilidades de que el disparo tenga lugar son absolutas y se provoca con ello una situación de peligro por mucho que un instante después aparezca un factor imprevisible y eche por tierra el intento homicida. Por supuesto, también deberían incluirse aquí todos los casos en que el autor consigue utilizar efectivamente el medio elegido pero efectúa una ejecución defectuosa que da al traste con el logro de su propósito: por ejemplo, si tiene mala puntería. Este tercer grupo de casos llevaría la rúbrica de idoneidad absoluta.

Una vez realizada la clasificación de los casos de tentativa en torno a tres grupos: inidoneidad absoluta, idoneidad relativa e idoneidad absoluta, podemos ya servirnos de ella para resolver el problema que nos ha traído hasta aquí, es decir, qué casos deben ser castigados y cuáles no a la luz de las disposiciones del Código Penal. Recordemos que el artículo 25 nada dice acerca de la punición de la inidoneidad relativa, sin embargo al prohibir expresamente la absoluta cabe, a sensu contrario interpretar el tácito castigo de la relativa. Pues bien, como ha quedado dicho, el primer grupo de casos debe quedar al margen de la punición por su manifiesta incapacidad para lesionar el bien jurídico protegido; se trata de supuestos carentes de desvalor de resultarlo y cuyo castigo ha sido justificado hasta ahora por la “impresión” que provoca en la comunidad el hecho de que alguien demuestre una voluntad antinormativa muy intensa (es decir, un elevado desvalor subjetivo de acción).

Pero como decíamos al principio, “el pensamiento no delinque”, a lo que debemos añadir ahora: ni tampoco el pensamiento acompañado de actos absolutamente inidóneos. Por el contrario, sí deben castigarse como tentativa los casos que hemos denominado de idoneidad relativa y absoluta; en ambos se aprecia una situación de peligro identificable como el desvalor de resultado exigido por el injusto de la tentativa.



Pero también hay que reconocer que la probabilidad de lesión es menor en el primer grupo que en el segundo, lo cual debería influir en la determinación de la pena en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 del Código Penal, en virtud del cual se exige que la pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor en atención, entre otros criterios, al peligro efectivamente provocado.

En aplicación de esos criterios y teniendo en cuenta la clasificación anterior relativa a la idoneidad, se puede esbozar ahora una propuesta que quizá sirva a los Tribunales para la aplicación del artículo 68 del Código Penal. La pena más cercana a la establecida para el delito consumado (mitad del máximo de la pena señalada) debería reservarse para los casos de tentativa acabada (que es idónea, por definición). En el extremo opuesto (es decir, la mitad del mínimo de la pena señalada al delito consumado) se situaría la tentativa inacabada relativamente idónea. En el término medio quedaría la sanción de la tentativa inacabada absolutamente idónea.

EJEMPLO:

Pena del homicidio consumado: 10 a 20 años.

Pena de la tentativa: 5 a 10 años.

-Tentativa acabada: de 7,5 a 10 años.

-Tentativa inacabada absolutamente idónea: de 5 a 7,5 años.

-Tentativa inacabada relativamente idónea: 7,5 años.

6.7. El desistimiento.

Por tratarse de una forma imperfecta de ejecución, la tentativa se caracteriza (en negativo) por la ausencia de producción del resultado. Así lo atestigua el artículo 24 del Código Penal al exigir que éste no se produzca -por causas extrañas al agente-; el legislador exige que el sujeto intentase seriamente la lesión del bien jurídico pero advierte también que la causa de la frustración del intento debe ser distinta a la propia voluntad del autor, o lo que es lo mismo: cuando el agente neutraliza el riesgo que ya ha creado, abandonando el intento o actuando de manera que la víctima no sufra el daño previsto, el legislador opta por conceder la generosa recompensa de la impunidad, siguiendo el viejo principio político-criminal que reza: "a enemigo que huye: puente de plata". Así lo establece el artículo 26: "No incurrirá en responsabilidad penal, el que desistiere voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito, o impidiere que el resultado se produzca, salvo que los actos de ejecución ya realizados sean constitutivos de otro delito consumado". Podría ocurrir, no obstante, que los actos realizados con anterioridad al abandono tuvieran ya carácter de delito y en tal caso la exención de pena se referirá únicamente al proyecto abandonado, pero no - como es lógico - al delito que ya se ha perfeccionado.

Si el autor impide voluntariamente que la víctima muera (con lo que desaparecería la tentativa de homicidio) pero no puede evitar que pase un mes en el hospital

recuperándose de las heridas que aquel le infligió, persistirá el delito de lesiones, que ya se había consumado. Al requerirse la voluntariedad en el abandono del proyecto criminal no se está exigiendo en modo alguno que el sujeto se arrepienta internamente de su mala acción, sino que exista una decisión libre y no motivada por la aparición en el transcurso de la ejecución de circunstancias que estén entorpeciendo la consumación. En efecto, para que el desistimiento opere como causa de exclusión de la punibilidad se requiere que la ejecución fuera factible y que, debido a una reflexión de última hora, sea el propio autor quien abandona su proyecto; si, por el contrario, esa "buena voluntad" aparece inducida por las circunstancias entorpecedoras que dificultan seriamente la consecución del objetivo, entonces no se puede decir que la ausencia de daño se debiera a la propia voluntad del autor sino justamente a la aparición de esos inconvenientes. En tal caso, el Derecho penal no valora positivamente el abandono y sigue considerando punible la conducta del sujeto.

CASO 1: A dispara a B en el domicilio de éste, donde vive sólo. En el momento en que ocurren los hechos no hay nadie más en la vivienda. Tras efectuar el disparo, A percibe la gravedad de lo ocurrido e intenta salvar la vida de B trasladándole rápidamente a un hospital, consiguiendo salvarle. (Tentativa desistida de homicidio: impune / A sería castigado por un delito de lesiones.) CASO 2: A dispara a B en el domicilio de éste, fallando el disparo. Inmediatamente aparece C, hijo de B, lo que motiva que A abandone su intento. (Tentativa punible). Una de las lagunas más evidentes de la Parte General del Código penal es la falta de previsión del desistimiento de los actos preparatorios punibles (proposición y conspiración). No obstante, cabe extender la admisión de la eficacia por vía de la analogía in bonam partem respecto del desistimiento de la tentativa.

Por ello, y a efectos de que tal desistimiento sea completamente análogo en uno y otro instituto se consideraría suficiente que el que desiste haya convertido en ineficaz su contribución y se haya esforzado en impedir en la medida de lo posible la comisión del hecho proyectado.



CAPÍTULO SIETE

AUTORIA Y PARTICIPACIÓN

SUMARIO: I.- Introducción. 7.1. Consideraciones generales. 7.2. Autoría. 7.2.1. Autoría y delitos especiales. 7.2.2. Actuación en nombre de otro. 7.3. Participación. 7.3.1. Participación en delitos especiales. 7.3.2. Participación e imprudencia. 7.3.3. Participación y omisión. 7.3.4. Instigación. 7.3.5. Complicidad. 7.4. Delitos cometidos a través de los medios de difusión. 7.5. Conceptos generales sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

I.- INTRODUCCIÓN.

La autoría y la participación a sido de los temas que se han señalado como difíciles en el marco de la teoría del delito y hay razón para ello. La caracterización de autor y su distinción del cómplice especialmente en el ámbito de la coautoría, la participación de los delitos especiales, los límites de la autoría mediata y la instigación, etc., se mostraron hace años como de difícil superación. En la actualidad, parece que la mayor parte de esos aspectos han sido resueltos satisfactoriamente, lo que permitirá un desarrollo jurisprudencial coherente y correcto en orden al entendimiento de los artículos 32 y siguientes del Código Penal salvadoreño. en el presente capítulo el autor toma posición en primer lugar por la “teoría del dominio del hecho” que permite una correcta distinción del autor. Lo define como aquel que controla el desarrollo del hecho típico, quien tiene en su mano la capacidad de interrumpirlo, cualidades que, como puede observarse, no tiene el cómplice por más que quisiera.

A continuación, el autor desarrolla el problema de la participación en delitos especiales distinguiendo entre delitos especiales propios e impropios. Sostiene que en los primeros no existe responsabilidad alguna para los extraneus -sujetos que participan pero que no ostentan las cualidades requeridas por el tipo- en los primeros, y en los segundos su responsabilidad se determina de conformidad con los tipos básicos. Además de lo anterior, merecen destacarse algunas conclusiones a las que se llega en algunos temas importantes: la participación imprudente resulta impune en el Derecho Penal salvadoreño conforme a lo establecido en el Art. 32 inciso 3º CP. Esto sin perjuicio de que pueda considerarse una autoría de un delito imprudente de los previstos en la parte especial, de igual forma no puede existir complicidad en el delito de omisión, aunque es posible la instigación. Se propone entender el artículo 38 como una figura aplicable únicamente a delitos especiales, cuando la persona que realice el ilícito penal no ostente las cualidades requeridas por el tipo. Por último se sostiene la impunidad de la participación en los delitos cometidos a través de medios de difusión conforme al Art. 38 CP.

7.1. Consideraciones generales.

Según dispone el Art. 32, “incurren en responsabilidad penal por el delito cometido, los autores, los instigadores y los cómplices”. Así pues, es la propia fórmula legal la

que, en la misma dirección que la doctrina, sugiere un concepto de autor distinto al de sujeto activo. Este es la persona que realiza el comportamiento típico, mientras que la idea de autor comporta la de responsabilidad criminal por el delito (QUINTERO-MORALES-PRATS). El otro precepto con alcance general al respecto es el Art. 37, a cuyo tenor “la responsabilidad penal de los partícipes principia desde el momento en que se ha iniciado la ejecución del delito, y cada uno responderá en la medida en que el hecho cometido sea típico o antijurídico”.

El Código Penal opta así por rechazar, de modo implícito pero nítido, los conceptos unitarios de autor, para los que, en coherencia con la teoría de la equivalencia de condiciones, es autor todo el que contribuye -aportando una condición del resultado- a la realización de un delito. Esta tesis, que supone la diferenciación entre autores y partícipes, no puede aceptarse con el texto legal en la mano (QUINTERO-MORALES-PRATS).

Otra cosa es que, a efectos de penalidad, el Código, como tantos otros, p. ej., el español, equipare a la pena del autor la de ciertos partícipes. En efecto, el Art. 65 dispone que “A los autores... e instigadores se les impondrá la pena que para cada caso se halle señalada en la ley”.

Pero no pueden identificarse aquí secuelas del concepto unitario de autor, sino una decisión político-criminal coherente con criterios valorativos y ajena a la identificación conceptual de instigación y autoría. Se impone, pues, distinguir entre autoría y participación. Pero ha de hacerse dejando de lado las teorías subjetivas, que deciden atendiendo al ánimo de los intervinientes, en cuya virtud lo decisivo es la diferencia entre *animus auctoris* y *animus socii*. Este no puede ser el criterio, ya que, aunque lo subjetivo es sumamente importante, sólo debe alcanzar relevancia en la medida en que se proyecta sobre el comportamiento objetivo y sus efectos.

El juicio de desvalor al que se hace acreedora la conducta del autor no es igual, en términos generales, al que merece la del partícipe. Y ese juicio de desvalor, así como el que afecta al resultado, no se conforman con la sola actitud mental del cada sujeto.

Como subrayara GIMBERNAT en la doctrina española, más allá de la actitud subjetiva de cada uno de los intervinientes, al Derecho no le puede resultar indiferente lo que objetivamente haya hecho cada uno (QUINTERO-MORALES-PRATS). Tampoco las teorías objetivo-formales pueden ser plenamente satisfactorias. Al entender que es autor quien realiza algún acto ejecutivo típico del delito -lo que es difícil de determinar en los tipos abiertos que, como el homicidio, se construyen en torno a la descripción del resultado-, no explican la autoría mediata, ya que el autor mediato no realiza actos típicos, que son, precisamente, los realizados por su instrumento.

Tampoco son teorías útiles para explicar determinados supuestos de coautoría, en los que alguno de los intervinientes no realiza ningún acto típico en sentido estricto (MIR). Por eso la doctrina intentó sustituirlas por las denominadas teorías objetivo-



materiales. De acuerdo con ellas, la diferenciación entre autor y partícipe es también objetiva, y se basa en identificar la autoría con la aportación de contribución objetivamente más importante. Pero, así formuladas, se trata de teorías de evidentes limitaciones, por lo que hoy gozan de mayor predicamento las construcciones que proponen una fórmula más elaborada: las que manejan como criterio de identificación del autor su dominio del hecho.

Autor sería así quien controla el desarrollo del hecho típico, orientándolo - subjetivamente- y teniendo en su mano -objetivamente- la capacidad de interrumpirlo. Con este criterio queda suficientemente explicada la coautoría, ya que se puede reputar coautor a quien realiza una parte necesaria en la ejecución del plan delictivo, aunque no sea estrictamente un acto ejecutivo. Y queda explicada también la autoría mediata, ya que el autor mediato domina un proceso en el que el ejecutor es mero instrumento (MIR, MUÑOZ CONDE).

Autoría y participación son, así, generadoras de responsabilidad criminal, conforme a los principios de accesoriadad y de unidad del título de imputación. De acuerdo con el primero, el partícipe lo es del hecho típico y antijurídico realizado por el autor. Aunque el CP diga "típico o antijurídico" debe entenderse que la disyuntiva "o" equivale a la copulativa "y". En efecto, ningún sentido tendría exigir responsabilidad al partícipe en el hecho solamente típico pero justificado, ya que si el hecho principal es conforme a Derecho ninguna responsabilidad criminal puede derivarse de él.

La accesoriadad que recoge el Art. 37 es la denominada accesoriadad limitada o media. No basta con que el hecho principal sea típico; pero tampoco es necesario que sea culpable. La participación en el hecho antijurídico de autor no culpable fundamenta la exigencia de responsabilidad criminal al partícipe. La unidad del título de imputación implica que el partícipe responde del mismo hecho que protagoniza el autor.

7.2. Autoría.

Son autores los que "por sí o conjuntamente con otro u otros cometen el delito" (art. 33). Autoría y coautoría son así equiparadas *ex lege*, debiendo considerarse coautores tanto a los que participan directamente en la realización de todos los actos ejecutivos como a los que se reparten las tareas ejecutivas (MORENO-RUEDA, MUÑOZ CONDE), pero siempre que su intervención sea objetiva, sin que sea suficiente el mero concurso de voluntades. También son autores, según declaración legal expresa. Los autores mediatos, es decir, "los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento".

El instrumento, por definición, es sujeto no responsable -por ser víctima de fuerza irresistible, por inimputable, por actuar con error invencible, o incluso por actuar amparado por una causa de justificación-, ya que de otro modo dejaría de

ser instrumento para convertirse a su vez en autor que actúa a instigación de otro (MORENO-RUEDA). En cambio, cuando el ejecutor directo o inmediato actúa movido por miedo insuperable o no puede ser autor por no reunir los requisitos exigidos en un delito especial, parece más propio hablar de instigación que de autoría mediata, ya que el “instrumento” actúa dolosamente (en el sentido de dolo neutro) (QUINTERO-MORALES-PRATS). Idéntica respuesta debe darse, a pesar de autorizadas opiniones en contra (MORENO-RUEDA), a los supuestos de intimidación. Los casos de acciones liberae in causa podrían ser considerados como supuestos de autoría mediata, en la medida en que el sujeto se utiliza a sí mismo como instrumento. Pero como el artículo 34 exige que el autor instrumental sea “otro”, el legislador ha introducido, según ya se comentó, el artículo 28-A, con el objetivo de evitar zonas de impunidad que, quizá, hubieran podido quedar mejor cubiertas adecuando debidamente las definiciones de la autoría.

7.2.1. Autoría y delitos especiales.

El Art. 67 dispone que “Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de alguno o algunos de los autores y partícipes, sólo se tendrán en cuenta respecto de quien concurra o de quien hubiera actuado determinado por esas mismas circunstancias o cualidades. La misma regla se aplicará respecto de circunstancias y cualidades que configuren un tipo penal especial”.

A pesar de que no puedan estimarse superadas todas las dudas doctrinales al respecto, no puede ignorarse que el Código dedica un precepto específico a la respuesta que se debe dar a los casos de comisión conjunta de un delito especial. O lo que es lo mismo, pretende dar una respuesta a esos supuestos. En efecto, parece deducirse del tenor literal del precepto que las cualidades propias del sujeto activo en un delito especial “sólo se tendrán en cuenta respecto de quien concurren”, y no respecto a los demás.

De suerte que si varios sujetos ejecutan el hecho como autores (coautores) deberán responder en medida idéntica de ese hecho, pero la responsabilidad penal de cada uno vendrá determinada, finalmente, por las cualidades o circunstancias que en cada uno concurren. Lo que llevaría a entender que en caso de delitos especiales impropios, el intraneus responderá como autor del delito especial, y el extraneus, del delito común correspondiente. Y en el caso de delitos especiales propios, la conducta del “autor” extraneus no puede reputarse típica, puesto que él mismo no reúne las características exigidas por el tipo. Esta solución no puede criticarse. Desde una perspectiva político-criminal parece coherente con el punto de partida: cuando el legislador acude a delitos especiales es porque estima que la misma conducta ejecutada por sujetos que no reúnen las especificaciones típicas no puede tener la misma valoración que cuando es realizada por quien sí las reúne. En los casos de autoría mediata, “será necesario y suficiente” que las cualidades específicas exigidas al sujeto concurren en el autor mediato. Así lo aclara el Art. 34, quizá innecesariamente, puesto que éste es, según manifestación expresa el



Art. 32, auténtico autor. En cambio, cuando se trate de delitos de propia mano, que requieren la realización personal de la conducta, no cabrá la autoría mediata (MIR).

7.2.2. Actuación en nombre de otro.

El artículo 38 da una regla tendente a hacer factible la exigencia de responsabilidad criminal en los delitos especiales, cuando el que actúa en lugar de otro no reúne los requisitos exigidos por el tipo: "El que actuare como directivo o administrador de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otros, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieran en la persona en cuyo nombre o representación obrare". Aunque el precepto no excepciona las reglas generales sobre responsabilidad por autoría, ni deroga el principio *societas delinquere non potest*, constituye un eficaz instrumento que asegure la punición de la persona física que se valió de la estructura de la persona jurídica para delinquir, cuando ésta, y no aquella, reúna los requisitos exigidos por el tipo especial.

7.3. Participación.

La participación es cooperación dolosa en un delito doloso ajeno.

7.3.1. Participación en delitos especiales.

En aplicación de las reglas ya comentadas contenidas en el Art. 67, cada partícipe verá regulada su responsabilidad de acuerdo con las circunstancias personales concurrentes, sin que ello suponga ruptura del título de imputación ni violación del principio de accesoriadad.

La participación sigue siendo accesoria, por cuanto la conducta del partícipe depende de la del autor. Y responde por el mismo hecho. Que es lo que ha realizado. Otra cosa es que el mismo hecho reciba calificación jurídica distinta, según que concurran en sus protagonistas unas u otras circunstancias personales. Pero a pesar de que éstas puedan ser distintas para cada uno de ellos, el hecho imputado a autores y partícipes sigue siendo el mismo.

7.3.2. Participación e imprudencia

Tal como se comento supra, al analizar la imprudencia, la participación imprudente en el delito ajeno no debe reputarse, en el sentido técnico, participación, ya que el tipo de partícipe se forma al combinar la regla general con un tipo doloso, y no con la parte objetiva del mismo (LUZÓN, MUÑOZ CONDE, QUINTERO-MORALES-PRATS). Ello no es obstáculo para que se pueda apreciar un delito culposo en la conducta de quien interviene imprudentemente. No es, sin embargo, pacíficamente compartida esta opinión por la doctrina. Parecen decantarse por admitir todas las posibilidades de participación en los delitos imprudentes quienes exigen diferenciar, para estos

casos, “entre autoría y participación, de forma que debe delimitarse... aquéllos que lo hacen como autores y quienes lo hacen desde un plano subordinado” (MORENO-RUEDA).

Más matizadamente, MIR PUIG afirma que no cabe en la imprudencia la complicidad, pero sí las formas asimiladas de autoría, como son la inducción o la cooperación necesaria, recogidas en el CP en los Arts. 35 y 36.1) respectivamente. A lo que la doctrina española ha venido respondiendo que la opción por la técnica de *numerus clausus* o desliga a los tipos imprudentes de las reglas sobre participación que la Parte General destina a los delitos dolosos, o no. No que supone que la solución que se dé ha de entenderse aplicable a todas las formas de participación, sin que se pueda distinguir allí donde la ley no lo hace.

Por su parte, LUZON admite la posibilidad teórica de participación en los delitos imprudentes, pero defiende que debe quedar impune acudiendo a los siguientes argumentos: a) las causas de ampliación de la punibilidad, como son las reglas de la participación, van referidas sólo a los delitos dolosos; b) inducir o cooperar son conductas que sólo admiten la comisión dolosa. Y en la misma dirección apunta SILVA que las formas de participación, al no haberse tipificado en su modalidad imprudente, pueden sólo cometerse a título de dolo, de modo que la participación por imprudencia debe estimarse impune por atípica. Decidirse por un sistema de *numerus clausus* supone, en su opinión, optar por tipificar (SILVA, 1994). El Art. 32 del CP al proclamar, en su inciso tercero, que “en los delitos culposos cada uno responde de su propio hecho”, parece haber dado respaldo legal expreso a esta propuesta doctrinal.

De lo que hay que deducir que cuando el sujeto asume deberes de diligencia y la dirección de la acción, habrá de responder del resultado producido por su propia negligencia como autor del mismo, con independencia de la responsabilidad que, por su parte, deba asumir, en su caso, el sujeto dirigido (MUÑOZ CONDE).

7.3.3. Participación y omisión.

En cuando a los delitos de omisión pura, se viene manteniendo generalizadamente que tampoco cabe participación. Esta opinión ha de compartirse en lo relativo a la complicidad, pues todos los sujetos que tienen deber de actuar y dejan de hacerlo son autores. Y, por otra parte, no se puede prestar cooperación (que es lo que exige el Art. 36) a un no hacer.

Pero parece que nada obsta a admitir la participación en el delito omisivo a título de instigación, puesto que parece evidente la posibilidad de determinar a otro a omitir la acción, o, como quiere el Art. 19, a realizar el “hecho punible... por omisión”. En los casos de comisión por omisión, todo el que tiene deber jurídico de obrar y no lo hace, en aplicación del Art. 20, responderá como autor. La instigación por parte de quien no tiene ese deber jurídico, ha de tratarse como intervención del extraneus en un delito especial, en los términos ya vistos.



7.3.4. Instigación.

Son instigadores “los que dolosamente hubieren determinado a otro a cometer el delito” (art. 35). El instigador hace surgir en otro la decisión criminal que previamente no tenía. Y lo hace directa y eficazmente -aquí está la diferencia con la proposición del artículo 23-, hasta el punto de que el Código exige haber “determinado” a otro. Por ello, debe negarse, en contra de lo mantenido por algún sector doctrinal (MORENO-RUEDA), la instigación en cadena, esto es, “la posibilidad de que se produzcan inducciones sucesivas hasta llegar al ejecutor material”. Por el contrario, sólo responderá como instigador quien determina a otro directamente a cometer el delito. Pero el dominio final del hecho queda en manos del instigado.

De modo tal que si éste no da comienzo a la acción delictiva, el comportamiento de aquél no pasa de proposición. Tal como ya se adelantó, la instigación ha de ser dolosa. El exceso del autor no es imputable ni objetiva ni subjetivamente al instigador. Y en los supuestos en los que lo realizado por el autor es menos que lo pretendido por el instigador, lo objetivamente realizado y no lo deseado por éste dará la medida de la pena. Bien por exigirlo así el principio de accesoriedad, bien porque la instigación penalmente relevante es la eficaz, y, al menos en algunos supuestos, la eficacia lograda por el instigador no llega a colmar sus pretensiones.

7.3.5. Complicidad

El Art. 36 (“Se consideran cómplices: 1) Los que presten al autor o autores una cooperación, de tal modo necesaria que, sin ella no hubiere podido realizarse el delito. 2) Los que presten su cooperación de cualquier otro modo a la realización del delito, aún mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquél”), define conjuntamente la complicidad y la cooperación necesaria. Esta es una modalidad de complicidad necesaria, hasta el punto de que, sin ella, el delito no se hubiere cometido. Aquélla consiste en la genérica cooperación en el delito. Cooperación no imprescindible, pero que, en todo caso, ha de ser relevante.

La distinción es importante, por la diferente penalidad aplicable a cada una de las dos modalidades, según prevé el Art. 66. A pesar de la claridad del texto legal, es complejo decidir cuando una cooperación es o no necesaria, ya que, analizando *ex post* los hechos en concreto, tal como se han producido, toda cooperación es necesaria, mientras que en una consideración abstracta, no lo sería nunca. Por eso se acostumbra a acudir al criterio de la fungibilidad, según el cual no es necesaria la cooperación que hubiera podido ser sustituida, sin que ello hubiera incidido negativamente en la realización del delito. La complicidad supone una intervención coetánea o anterior a la ejecución del hecho delictivo. Los actos posteriores no pueden ser considerados como formas de cooperación en el hecho (en contra, MORENO-RUEDA admiten que la cooperación puede realizarse con actos posteriores, pero no la complicidad). Otra cosa es que, con carácter previo, se hayan planificado comportamientos posteriores del

cómplice. Pero esa planificación sólo puede cooperar al delito si es previa al mismo, y ese es el momento relevante.

Así ha de entenderse la referencia expresa del Art. 36.2) a la "promesa de ayuda posterior a la consumación". Se trata de una forma más de cooperación -previa-, por lo que quizá no fuese necesaria la expresa mención legal. Mención que, por otra parte, puede introducir confusión, ya que esa promesa puede, según las circunstancias concurrentes, ser constitutiva de complicidad, pero también de instigación.

7.4. Delitos cometidos a través de medios de difusión.

El Art. 36, párrafo segundo, introduce en el Código Penal una excepción a las reglas generales sobre participación. A fin de evitar que la libertad de prensa quede yugulada por la actuación de los tribunales penales, establece: "En todo caso no tendrán responsabilidad alguna en los delitos cometidos por medio de la prensa, radio, televisión u otros órganos similares de difusión, las personas que en razón del trabajo que desempeñen, participen materialmente en la elaboración o difusión del escrito o programa". Criminalizar el comportamiento de quienes objetivamente toman parte en el complejo proceso de producción y distribución de medios de comunicación, no sólo acabaría con la prensa. De ahí que se imponga una lectura del Art. 36 que le atribuya efectos distintos a los derivados de las reglas generales, ya que en otro caso no se justificaría su existencia. Ha de entenderse, por tanto que la mera participación material en la elaboración o difusión del mensaje delictivo no se considerará participación delictiva. Lo que supone que quedan al margen de la responsabilidad penal quienes no sean autores del texto o programa o responsables últimos de su difusión (que también tienen dominio del hecho). Dicho de otro modo, quedan exentos de responsabilidad los partícipes, excepción hecha del instigador, que no puede ser considerado partícipe "material".

7.5. Conceptos generales sobre circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, dado su carácter circunstancial y contingente, acompañan a los elementos esenciales del delito, a los que añaden otros, de naturaleza accesorio, determinando una agravación o atenuación de la pena. Si la responsabilidad penal se fundamenta en la existencia de un hecho antijurídico y culpable, la aminoración o agravación de la pena no puede responder a una decisión caprichosa del legislador, sino a una modificación, al alza o a la baja, de la antijuridicidad o de la culpabilidad. De ahí que toda circunstancia modificativa esté vinculada a un elemento esencial del delito, y de las características de éste dependerán las de aquéllas. Lo que tiene importancia para el intérprete que ha de restringir drásticamente el amplísimo campo abierto por el catálogo de agravantes del artículo 30: sólo podrán ser apreciadas cuando se establezca con nitidez que, en el caso concreto, determinan un incremento sensible de injusto o de culpabilidad.



Ese punto de partida tiene también importancia a efectos de comunicabilidad y de inherencia. Las circunstancias que suponen un incremento o aminoración de la culpabilidad, dado su carácter personal, sólo servirán para modificar la responsabilidad de aquellos sujetos en quienes concurran, mientras que las circunstancias que comportan un plus o un minus de antijuricidad, dado su carácter objetivo, afectarán a la responsabilidad de todos los intervinientes que las conozcan.

Así lo explicita el artículo 67: "Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de alguno o algunos de los autores y partícipes, sólo se tendrán en cuenta respecto de quien concurra o de quien hubiera actuado determinado por esas mismas circunstancias o cualidades". El mismo precepto, en su párrafo segundo extiende de la misma regla a las circunstancias que configuren un tipo penal especial.

La idea de inherencia implica que no se tomarán en cuenta para modificar la responsabilidad las circunstancias inherentes a determinados delitos. Por ejemplo, la alevosía en el homicidio agravado del artículo 129.3) del Código Penal de El Salvador. Tomadas como elementos esenciales del tipo en concreto, tenerlas de nuevo en cuenta para agravar, supondría flagrante violación del principio non bis in idem.



BIBLIOGRAFÍA

ARROYO ZAPATERO, Control constitucional de Derecho y de la justicia penal, en Cuadernos de política criminal, nº 17 1982, pág. 385 y ss. BACIGALUPO ZAPATER, Principios de Derecho penal. Parte general, 2ª edición, Madrid 1990. BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, Derecho penal del trabajo, 2ª edición, Madrid, 1997.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE-ARROYO ZAPATERO-GARCIA RIVAS-FERRE OLIVE-SERRANO PIEDECASAS, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 2 ed., Barcelona, 1999.

BORJA JIMENEZ, “Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España”, en Cuadernos de Política Criminal, 1997 (63).

BUSTOS RAMIREZ-HORMAZABAL MALAREE, Lecciones de Derecho Penal, I y II, Madrid, 1997-1999.

BUSTOS RAMIREZ/HORMAZABAL MALAREE, Significación social y tipicidad, en Control social y sistema penal, Barcelona 1989.

CADAVID QUINTERO, Introducción a la teoría del delito, Medellín, 1999.

CALDERON CEREZO-CHOCLAN MONTALVO, “La acción típica y la imputación”, en Revista de Justicia de Paz, 2000 (6).

CEREZO MIR, “Cuestiones previas al estudio de la estructura del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos”, en AA.VV., Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, I, Barcelona 1983.

CEREZO MIR, Curso de Derecho penal español, 4ª edición, Madrid, 1994.

CEREZO MIR, “El delito como acción culpable”, en ROMEO CASABONA, (ed.), Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución, La Laguna, 1997.

COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON, Derecho Penal. Parte General, 4ª Valencia, 1996.

CORCOY BIDASOLO, El delito imprudente, Barcelona 1989.

DE LA CUESTA AGUADO, Tipicidad e imputación objetiva, Valencia, 1996.

DEL ROSAL BLASCO, “Consecuencias jurídicas de la inimputabilidad, situación actual y perspectivas de futuro”, en AA.VV., II Congreso Nacional de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal, Alicante, 1995.



FEIJOO SANCHEZ, "La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de lege lata y de lege ferenda)", en Cuadernos de política criminal, 1997.

FERRAJOLI, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, "Resultados y problemas en la construcción de un sistema de Derecho penal funcional y racionalmente final", en SILVA SANCHEZ (ed.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1995.

GARCÍA RIVAS, El poder punitivo en el Estado democrático, Cuenca 1996.

GIMBERNAT ORDEIG, Autor y cómplice en Derecho Penal, Madrid, 1996.

GIMBERNAT ORDEIG, Estudios de Derecho penal, 3º edición., Madrid 1990.

GOMEZ BENITEZ, Causalidad, imputación y cualificación por el resultado, Ministerio de Justicia, Madrid 1998.

HASSEMER, Los elementos característicos del dolo eventual, en Estudios de Derecho penal, 3ª edic., Madrid 1990.

HASSEMER/MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología y al Derecho penal, Valencia 1989.

HASSEMER/MUÑOZ CONDE, La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Valencia 1995

JAKOBS, Derecho Penal. Parte General, Madrid, 1995.

JAKOBS, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Madrid, 1996.

LAURENZO COPELLO, El resultado en Derecho penal, Valencia, 1992.

LOPEZ ORTEGA, "Culpabilidad y causas que la excluyen", en Revista de Justicia de Paz, 2000 (6).

LUZON PEÑA, Curso de Derecho Penal. Parte general I, Madrid, 1996.

MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª edición., Madrid, 1996.

MIR PUIG, Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal, ADPCP, 1994, pág. 5 y ss. MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 5ª edición, Barcelona, 1998.



MIR PUIG, Introducción a las bases del Derecho penal, Barcelona 1976.

MORALES PRATS, "La alteración en la percepción (art. 8.3 CP): Contenido y límites", en A.A.V.V., Jornadas sobre Psiquiatría forense, Madrid 1990.

MORENO CARRASCO-RUEDA GARCIA, Código Penal de El Salvador comentado, San Salvador, 1999.

MUÑOZ CONDE, Introducción al Derecho penal, Barcelona 1976.

MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE-GARCIA ARAN, Derecho Penal. Parte General, Valencia, 1998.

MUÑOZ CONDE, Culpabilidad y prevención en Derecho penal, en Cuadernos de política criminal, nº 12 1980. pág 41 y ss.

NIETO MARTIN, El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición, Barcelona, 1999.

PEÑARANDA RAMOS, La participación en el delito y el principio de accesoriidad. Madrid. 1995.

QUINTERO OLIVARES, Locos y culpables, Pamplona, 1999.

QUINTERO OLIVARES-MORALES PRATS-PRATS CANUT, Manual de Derecho Penal. Parte general, Pamplona, 1999.

ROXIN, Derecho Penal. Parte General, Madrid, 1997.

ROXIN, Política criminal y sistema del Derecho penal, Barcelona 1975.

ROXIN, En el límite entre la comisión y la omisión, en Problemas básicos de Derecho penal, Madrid 1976. Págs. 159 a 248.

SEOANE SPIGELBERG, "La capacidad de culpabilidad: la imputabilidad", en Revista de Justicia de Paz, 2000 (6).

SERRANO-PIEDECASAS, Crítica formal del concepto de omisión, en ADPCP, (Sept-Dic) 1993, pág. 982)

SERRANO-PIEDECASAS, Conocimiento científico y fundamentos de derecho penal, Lima 1999.

SERRANO-PIEDECASAS, "Fundamentos de la punibilidad de la tentativa", en Libro Homenaje al Profesor A. Torío "El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos". Granada 1999. Págs. 521 a 551.



- SILVA SANCHEZ, Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, Barcelona, 1992.
- SILVA SANCHEZ, "El sistema de incriminación de la imprudencia en el Proyecto del Código Penal de 1992", en Revista del Foro Canario, 1994 (89).
- SCHÜNEMANN, El sistema moderno del Derecho penal, trad. Silva Sánchez. Madrid, 1991.
- TERRADILLOS BASOCO, "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1981 (83).
- TERRADILLOS BASOCO, "Peligro abstracto y garantías penales", en Nuevo Foro Penal. Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia, 1999 (62).
- TERRADILLOS BASOCO, Peligrosidad social y Estado de Derecho, Madrid, 1981.
- TERRADILLOS BASOCO-DE LA CUESTA AGUADO (coords.), Cuestiones fundamentales del Derecho Penal, Cádiz, 1999.
- TREJO y otros, Manual de Derecho Penal. Parte General, San Salvador, 1992.
- TORIO LOPEZ, Cursos causales no verificables en Derecho penal, ADPCP, 1983, pág. 221 y ss.
- VELASQUEZ VELASQUEZ, Derecho Penal. Parte general, 3ª edición., Bogotá, 1997.
- VIVES ANTÓN, Dos problemas del positivismo jurídico, en AA VV. Escritos penales. Valencia 1979. Pág. 348 y ss.
- WELZEL, El nuevo sistema del Derecho penal, Barcelona, 1964.
- ZAFFARONI, En busca de las penas perdidas, Buenos Aires, 1989.
- ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal. Parte general, 4ª edición., Buenos Aires, 1985.