

TEORÍA DEL DELITO

MANUAL PRÁCTICO
PARA SU APLICACIÓN
EN LA TEORÍA DEL CASO

OSCAR PEÑA GONZÁLES

*Especialista en Técnicas de Litigación Oral
con estudios en Estados Unidos, Chile y Colombia
Autor del libro "Técnicas de litigación oral"*

FRANK ALMANZA ALTAMIRANO

*Profesor en la Academia de la Magistratura
Fiscal Superior Adjunto
con estudios en Chile y Colombia*

TEORÍA DEL DELITO

MANUAL PRÁCTICO
PARA SU APLICACIÓN
EN LA TEORÍA DEL CASO

DOCTRINA • CASOS PRÁCTICOS • ESQUEMAS Y GRÁFICOS •
JURISPRUDENCIA SOBRE TEMAS DESARROLLADOS
EN LOS CAPÍTULOOS

APECC



**Asociación Peruana de Ciencias
Jurídicas y Conciliación**

DERECHOS RESERVADOS, DECRETO LEGISLATIVO N° 822

© Oscar Peña Gonzáles, 2010

© Asociación Peruana de Ciencias y Conciliación - APECC, 2010

© *Teoría del delito: manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, 2010

Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación - APECC

Av. César Vallejo N° 503, Lince (Altura cuadra 24 de la Avenida Arenales)

Teléfonos: 221 49 13 / 422 98 43 / 996 894 991

RPM # 956531 / * 207521 • Telefax: 4408941

www.apecc.com.pe

e-mails: apecc30@yahoo.es; apecc@terra.com.pe

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2010-00348

ISBN: 978-612-45532-2-6

Diagramación: Ingrid Montoya Velasco

Impresión: Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L.

Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el mes de febrero de 2010

PRESENTACIÓN

El nuevo Código Procesal Penal incorpora en nuestro derecho un modelo acusatorio, garantista y con rasgos adversariales. Ello, más que un cambio normativo implica un cambio cultural, porque se reemplaza la totalidad de paradigmas existentes en materia de administración de justicia penal. En el tema específico del juzgamiento, se introducen las técnicas de litigación oral, sin las cuales es imposible para cualquier operador participar en un juicio.

Ciertamente todo cambio de ese tipo es traumático en su fase inicial, pero con una adecuada capacitación los objetivos pueden lograrse como ha sucedido en gran parte de nuestro países hermanos (Chile, Colombia, El Salvador, Puerto Rico, Costa Rica, etc.), donde a la fecha el citado modelo viene aplicándose con éxito.

Respecto a los nuevos paradigmas, cabe mencionar que para las partes (Ministerio Público y la defensa), al momento de elaborar la teoría del caso, resulta recomendable dedicar la mayor parte del tiempo a preparar proposiciones fácticas (hechos relevantes) y ocuparse de su acreditación, dejando para un segundo plano discusiones profundas sobre dogmática penal. Ello tiene su fundamento en que quien decidirá respecto a la responsabilidad o irresponsabilidad penal es un Juez y no un jurado, personaje con formación jurídica que no requiere que se le explique en detalle en qué consiste el derecho penal general o especial. Basta que al preparar la teoría del caso se realice una correcta subsunción de los hechos en las normas sustantivas correspondientes.

Se debe tener claro que si el fiscal formula acusación, debe previamente analizar con especial cuidado que los hechos que imputa constituyen una conducta típica, antijurídica y que no presenta causales de inculpabilidad, para lo cual debe conocer y aplicar la teoría del delito.

Lo propio ocurre con la defensa, pues si no opta por salidas alternativas y decide continuar con el proceso y utilizar su derecho al juicio, alegará o que el hecho imputado por el Ministerio Público no está suficientemente acreditado, o que estando acreditado es atípico, también puede basarse en alguna causa de justificación que elimine la antijuricidad (lo que es bastante frecuente); finalmente, puede alegar alguna causal de inculpabilidad. En consecuencia, también para la defensa, será indispensable manejar la teoría del delito.

En los cursos, diplomados y seminarios llevados a cabo por APECC sobre litigación oral, se ha puesto siempre énfasis en dichas instituciones, trabajándolas de manera conjunta porque, repetimos, son herramientas indispensables para el desarrollo del juzgamiento, no siendo posible ni para la defensa ni para la fiscalía obviar, al elaborar su teoría del caso, la teoría del delito.

En tal sentido, en el presente trabajo se pretende cubrir ambos aspectos. En la primera parte se trata sobre la teoría del delito que, como señalamos líneas arriba, es una institución de la dogmática penal que no sólo se mantiene vigente en el sistema acusatorio, sino que alcanza especial importancia. En la segunda parte se desarrolla un aspecto de la litigación oral-teoría del caso.

Finalmente, queremos precisar que no es nuestra intención al realizar esta obra, presentar un trabajo científico, sino poner a disposición de los lectores un resumen de ambas instituciones: teoría del delito y teoría del caso, utilizando ejemplos, gráficos, mapas conceptuales y en general herramientas que faciliten su estudio.

LOS AUTORES

ÍNDICE GENERAL

Presentación	5
--------------------	---

PRIMERA PARTE TEORÍA DEL DELITO

CAPÍTULO 1 EL DELITO

I. TEORÍA DEL DELITO	19
1. Generalidades	19
2. Teorías que explican el delito	22
a. Teoría del causalismo naturalista (Franz von Liszt, Ernst von Beling)	22
a.1. Presupuesto metodológico.....	23
a.2. La teoría de Binding.....	26
a.3. El concepto de delito de Beling	28
a.4. La tesis de von Liszt	32
b. Teoría del causalismo valorativo (Edmund Mezger)	35
c. Teoría del finalismo (Hans Welzel).....	38
d. Teoría del funcionalismo (Claus Roxin: funcionalismo moderado / Günther Jakobs: funcionalismo sociológico o radical)	44
II. ELEMENTOS DEL DELITO	59
III. CONCEPTOS, SUJETOS Y OBJETO	61
1. Concepciones.....	61
a. Concepciones formales o nominales.....	61
b. Concepciones substanciales o materiales.....	62
c. Concepción jurídica del delito	62
d. Concepción filosófica del delito.....	65
e. Concepción dogmática del delito.....	67
f. Concepción sociológica del delito	69
2. Sujetos del delito.....	71

a. Sujeto activo del delito.....	71
b. Sujeto pasivo del delito.....	74
c. Capacidad y personalidad. Persona y sujeto de derecho	78
d. Personas jurídicas o colectivas.....	79
3. Objeto material u objeto material de la acción.....	81
4. Objeto jurídico o bien jurídicamente protegido.....	81
5. Objeto formal del delito.....	82
6. Condición necesaria del delito (<i>conditio sine qua non</i>) o criterio objetivo de punibilidad.....	84
CAPÍTULO 2 LA ACCIÓN	
I. TEORÍAS.....	89
1. Teoría de la acción causal o natural.....	91
2. Teoría de la acción finalista.....	93
3. Teoría de la acción social.....	98
II. CONCEPTO. ELEMENTOS. FASES.....	102
1. Concepto de la acción	102
2. Elementos de la acción.....	102
a. La manifestación de la voluntad (impulso volitivo)	102
b. El resultado	103
c. La relación de causalidad entre la manifestación de la voluntad y el resultado.....	103
3. Sujeto de la acción.....	104
4. Ausencia de la acción.....	104
5. Fases de la acción	109
6. Acción y resultado.....	109
III. LA ACCIÓN Y LA CAUSALIDAD	111
1. Teoría de la equivalencia o de la <i>conditio sine qua non</i> (von Bury).....	111
2. Teoría de la causa adecuada (von Kries).....	112
3. Teoría de la causa típica (Ernst von Beling, Edmundo Mezger).....	112
CAPÍTULO 3 LA OMISIÓN	
I. DEFINICIÓN Y ELEMENTOS	115
1. Definición.....	115
2. Elementos	115

ÍNDICE GENERAL

II. DELITOS DE OMISIÓN.....	116
1. Delitos de simple omisión.....	116
2. Delitos de comisión por omisión	117
III. LA OMISIÓN Y OTRAS FIGURAS PENALES.....	118
1. Omisión y causalidad.....	118
2. Caso fortuito	118
3. Delito frustrado o tentativa acabada.....	118
4. Tentativa.....	119
5. Delito material (o de resultado).....	119
6. Imputabilidad.....	119
7. Delito formal (delitos de actividad, delitos sin resultado o de simple actividad)	120

CAPÍTULO 4 LA TIPICIDAD

I. EL TIPO.....	123
1. Definición.....	123
2. Faz objetiva del tipo	123
a. Conducta	123
b. Nexos entre la conducta y el resultado	124
3. Teoría de la imputación objetiva.....	124
4. Resultado	126
II. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	130
III. EL TIPO PENAL, LA TIPICIDAD Y LA TIPIFICACIÓN PENAL	131
1. Tipo penal.....	131
2. Tipicidad.....	132
3. Categorías del tipo	133
4. Elementos del tipo	134
5. Funciones del tipo	135
a. Función garantizadora	135
b. Función fundamentadora	136
c. Función motivadora	137
d. Función sistematizadora.....	137
6. Evolución del tipo penal.....	137
a. Etapa de la independencia del tipo.....	137

b. Etapa indiciaria	138
c. Etapa de la <i>ratio essendi</i>	138
d. El tipo en la <i>teoría</i> finalista de la acción	139
7. <i>Tatbestand</i> y <i>corpus delicti</i>	139
8. Importancia del tipo	140
a. Garantía procesal	140
b. Garantía penal	140
9. Estructura del tipo	140
a. Sujeto activo	141
b. Conducta	141
c. Bien jurídico	141
10. Ausencia de tipo	142
11. Juicio de tipicidad	142
IV. LA CAUSALIDAD	143
1. Teorías sobre la causalidad en derecho penal	143
a. Teoría de la equivalencia	144
2. Dificultades prácticas de la teoría de la equivalencia	146
a. <i>Regressus ad infinitum</i>	146
b. Las dificultades como método de comprobación posterior	148
c. Casos de causalidad alternativa	149
V. IMPUTACIÓN OBJETIVA	151
1. Imputación a la conducta	152
a. Riesgo permitido	152
b. Riesgo insignificante	153
c. Principio de confianza	153
d. Prohibición de regreso y las conductas neutrales	154
e. Ámbito de competencia de la víctima	156
2. Imputación al resultado	157
a. Relación de riesgos	157
b. Riesgos concurrentes	157
c. Nexos causales desviados	158
d. Interrupción del nexo causal	158
e. Consecuencias tardías	159
f. Fin de protección de la norma	159

ÍNDICE GENERAL

3. Imputación del resultado en el ámbito de responsabilidad por el producto	159
a. Cumplimiento de deberes.....	159
b. Obrar por disposición de la ley.....	160
c. Consentimiento	160
VI. IMPUTACIÓN SUBJETIVA	161
1. El dolo.....	161
2. Error de tipo como cara negativa del dolo	163
3. Clases de dolo	164
a. Dolo directo	164
b. Dolo indirecto	165
c. Dolo eventual	165
4. La culpa.....	166
5. Causas de atipicidad.....	167
6. Error de tipo	167
JURISPRUDENCIA NACIONAL RELACIONADA CON ESTE CAPÍTULO	169

CAPÍTULO 5 LA ANTIJURIDICIDAD

I. DEFINICIÓN	175
II. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ANTIJURIDICIDAD.....	180
III. RELACIONES PROPUESTAS ENTRE TIPO Y ANTIJURIDICIDAD.....	184
1. Tipo valorativamente neutro o acromático en relación a la antijuridicidad	185
2. El tipo como <i>ratio cognoscendi</i> de la antijuridicidad	185
3. La teoría de los elementos negativos del tipo.....	186
IV. CLASES DE ANTIJURIDICIDAD	186
1. Antijuridicidad formal y material	186
2. Antijuridicidad genérica y específica	187
V. CARACTERÍSTICAS Y RELACIONES	187
1. Antijuridicidad y tipicidad	187
2. Límite de la antijuridicidad: la tipicidad	188
3. Fundamentos admitidos en la antijuridicidad.....	189
VI. ESTADO DE NECESIDAD.....	190
1. Concepto.....	190
2. Elementos	190

3. Fundamentos, conflicto de intereses y falta de peligrosidad	191
VII. LA LEGÍTIMA DEFENSA	192
1. Concepto.....	192
2. Fundamentos.....	192
3. Requisitos	193
a. Agresión ilegítima	193
b. Actualidad e inestabilidad de la agresión	194
c. Necesidad racional del medio empleado	194
d. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.....	195
4. Exceso en la legítima defensa	195
5. Legítima defensa propia y la de terceros	195
6. Legítima defensa y estado de necesidad	195
a. Semejanzas	195
b. Diferencias	196
7. Otras causas de justificación según el principio de ausencia de interés	196
JURISPRUDENCIA NACIONAL RELACIONADA CON ESTE CAPÍTULO	198

CAPÍTULO 6 LA CULPABILIDAD

I. INTRODUCCIÓN.....	201
II. LA CONCEPCIÓN FUNCIONALISTA DE LA CULPABILIDAD.....	203
1. La responsabilidad en Roxin	204
2. El concepto funcional de culpabilidad de Jakobs.....	205
3. Concepto de culpabilidad en Zaffaroni.....	207
4. Responsabilidad en Bustos Ramírez.....	207
III. DEFINICIÓN DE CULPABILIDAD.....	210
IV. IMPUTABILIDAD.....	213
1. Concepto.....	213
2. Causas de inimputabilidad	214
a. Enfermedad mental o psicosis	216
b. Grave perturbación de la conciencia.....	217
c. Sordomudez y ceguera.....	218
d. La inconsciencia o situaciones ajenas a lo patológico	219
e. El sueño	219

ÍNDICE GENERAL

f. El sonambulismo	220
g. Hipnotismo.....	220
h. Dolor y estados pasionales.....	220
i. Intoxicaciones no alcohólicas.....	220
j. Grave insuficiencia de la inteligencia.....	220
k. Etiología patogénica de la oligofrenia	220
JURISPRUDENCIA NACIONAL RELACIONADA CON ESTE CAPÍTULO.....	221

SEGUNDA PARTE TEORÍA DEL CASO

CAPÍTULO 1 LA TEORÍA DEL DELITO COMO ELEMENTO ESENCIAL EN EL PLANTEAMIENTO DE LA TEORÍA DEL CASO

I. VISIÓN INTEGRADA DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y DEL DERECHO PROCESAL PENAL	227
II. TEORÍA DEL CASO Y TEORÍA DEL DELITO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	229

CAPÍTULO 2 TEORÍA DEL CASO

I. GENERALIDADES	237
II. DEFINICIONES.....	238
III. CUÁNDO SE CONSTRUYE LA TEORÍA DEL CASO	240
IV. CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DEL CASO.....	241
1. Única	241
2. Crefble	242
3. Suficiencia jurídica.....	242
4. Lógica.....	243
5. Flexible.....	243
6. Sencilla.....	243
V. UTILIDAD DE LA TEORÍA DEL CASO	243
1. Planear y organizar el alegato de apertura	244
2. Organizar la prueba.....	244
3. Preparar los contraexámenes	245
4. Preparar el alegato de clausura.....	245
5. Adoptar y rechazar estrategias de defensa	246
6. Definir, fundar o formular las objeciones durante el juicio.....	246

VI. IMPORTANCIA DE LA TEORÍA DEL CASO.....	246
VII. ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL CASO.....	247
1. Fático	247
2. Jurídico.....	248
3. Probatorio.....	248
VIII. CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO	249
1. Construcción de proposiciones fácticas	250
2. Determinación de los medio de prueba.....	253
3. Construcción del relato.....	255
a. La lógica del relato.....	255
b. Lo creíble del relato.....	256
c. El móvil en la teoría del caso	256
IX. ESTRATEGIAS Y TÉCNICAS PARA LA EFECTIVA COMUNICACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO	257
1. Aspectos generales	257
2. Cómo comunicar la teoría del caso	257
a. El tema central y las etiquetas.....	258
b. Técnicas para contar la historia	258
c. Ayudas audiovisuales	259
CASOS PRÁCTICOS DE ALGUNOS TEMAS DESARROLLADOS EN ESTE LIBRO	
I. Acción.....	263
II. Tipo	266
III. Antijuridicidad	271
IV. Culpabilidad.....	277
BIBLIOGRAFÍA.....	281

PRIMERA PARTE

TEORÍA DEL DELITO

Capítulo 1

EL DELITO

Resumen de este capítulo

En este primer capítulo se desarrollan temas ligados a la teoría del delito, a las diferentes concepciones en torno del concepto del delito, concepción filosófica, jurídica, sociológica, definición jurídica, sujetos del delito: sujeto activo (como órgano de representación de las personas jurídicas) y el sujeto pasivo, objeto jurídico u objeto de protección de la ley penal, objeto material del delito.

I. TEORÍA DEL DELITO

1. Generalidades

La teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana¹.

Para el estudio de la teoría del delito recurriremos a la dogmática, que no es otra cosa que el estudio del dogma, más específicamente la interpretación del dogma. En derecho penal, el dogma es la ley penal, pues es la única fuente obligatoria del derecho penal. La interpretación mencionada debe ser coherente y sistemática.

Bajo este concepto, podemos señalar estas características propias de la teoría del delito²:

- Es un sistema porque representa un conjunto ordenado de conocimientos.

1 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch Valencia, 2002, p. 203.

2 En esta línea de ideas: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho Penal. Parte General*, 4ª reimpresión de la 2ª edición, Cárdenas, México D.F., 1998, p. 18.

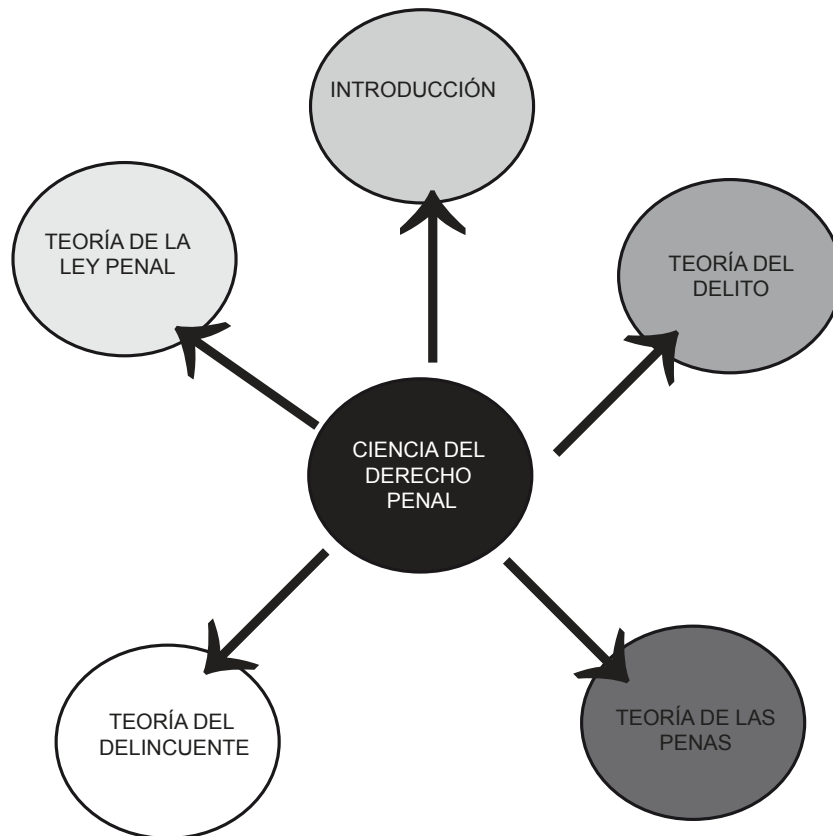
- Son hipótesis³, pues son enunciados que pueden probarse, atestiguar-se o confirmarse solo indirectamente, a través de sus consecuencias.
- Posee tendencia dogmática al ser parte de una ciencia social. No existe unidad respecto de la postura con que debe abordarse el fenómeno del delito, por lo que existe más de un sistema que trata de explicarlo
- Consecuencia jurídica penal: el objeto de estudio de la teoría del delito es todo aquello que da lugar a la aplicación de una pena o medida de seguridad.

En el **diagrama** de la página siguiente podemos ubicar a la teoría del delito dentro del panorama general de la ciencia penal:

CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DEL DELITO	
• Es un sistema	Representa un conjunto ordenado de conocimientos.
• Son hipótesis	Son enunciados que pueden probarse, atestiguar-se o confirmarse solo indirectamente, a través de sus consecuencias.
• Posee tendencia dogmática	Al ser parte de una ciencia social, no existe unidad respecto de la postura con que debe abordarse el fenómeno del delito, por lo que existe más de un sistema que trata de explicarlo.
• Consecuencia jurídico-penal	El objeto de estudio de la teoría del delito es todo aquello que da lugar a la aplicación de una pena o medida de seguridad.

3 BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Juricentro, San José, 1985, p. 143.

UBICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO



LA TEORÍA DEL DELITO ES un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana.



Existen diversas teorías que tratan de explicar el delito y que se han ido desarrollando dogmáticamente. Entre las principales tenemos:

2. Teorías que explican el delito

a. Teoría del causalismo naturalista (Franz von Liszt, Ernst von Beling)

Se caracteriza por concebir a la acción en términos físicos o naturalísticos, integrada por un movimiento corporal y el resultado de una modificación en el mundo exterior, unidos por un nexo causal. Distingue las fases **interna** (ideación, deliberación, resolución) y **externa** (exteriorización, preparación, ejecución) del delito. Distingue entre elementos objetivos (tipicidad y antijuridicidad) y subjetivos (culpabilidad) del delito. El tipo se limita a elementos de carácter externo, negando la posibilidad de justificar alguna acción, cuya valoración jurídica solo puede tener cabida dentro del análisis de la antijuridicidad, y siempre desde un punto de vista objetivo. En la culpabilidad se analizan elementos subjetivos y psíquicos del agente, siendo la imputabilidad el presupuesto de esta.



LA TEORÍA DEL CAUSALISMO NATURALISTA SE CARACTERIZA POR concebir a la acción en términos físicos o naturalísticos, integrada por un movimiento corporal y el resultado de una modificación en el mundo exterior, unidos por un nexo causal.

CAUSALISMO NATURALISTA O ESCUELA CLÁSICA DEL DELITO		
ACCIÓN (Acción causal) (Movimiento corporal voluntario - Relación de causalidad)		
ANTI JURICIDIDAD	CULPABILIDAD	TIPICIDAD
Objetiva	Psicológica	Objetiva
Valorativa	Formas: dolo y culpa	Descriptiva
	La imputabilidad es un presupuesto	
	Conocimiento de la ilicitud	

a.1. Presupuesto metodológico

Cuando el positivismo, como movimiento cultural de ámbito general, invadió el espíritu de la segunda parte del siglo XIX, hacía ya tiempo que la ciencia penal alemana utilizaba el método dogmático. Durante todo el siglo pasado, desde Feuerbach, el objeto de estudio de nuestra ciencia fue en Alemania el derecho positivo. No hubo que esperar en ese país a que el positivismo se tradujese en positivismo jurídico, como ocurrió en Italia, en donde hasta 1910, con la dirección técnico-jurídica de inspiración positivista, no giró la ciencia a la elaboración de las leyes positivas. En este sentido, el positivismo jurídico no tuvo en Alemania tanta trascendencia como en Italia.^{4 5}

4 MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, 2ª ed., reimpr., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003, p. 187.

5 Por otra parte se originó en Italia la *scuola positiva*, influenciada por la filosofía positivista de COMTE, del evolucionismo de DARWIN y SPEN-

La irrupción del positivismo y su proyección sobre las denominadas ciencias del espíritu, hizo que se considerara que lo importante era examinar todo desde un punto de vista mecanicista. Las leyes de la naturaleza regían el universo, incluso sobre las ciencias sociales. Esta concepción, al trasladarse sobre el Derecho penal, produjo un cambio de óptica, pues ahora la concepción del delito tenía que girar alrededor de la causalidad y el resultado⁶. Nos encontramos con unas ideas penales dominantes por la filosofía positivista, en la que el delito se concibe como un ente jurídico relativo a un hecho natural, que debe ser examinado con el método propio de las ciencias naturales. Por esta razón, las valoraciones estaban excluidas del método clásico. En efecto, el positivismo surge como reacción frente a la filosofía del derecho natural⁷ y frente a la orientación me-

CER, y del naturalismo de MOLESCHOTT, BÜCHNER y HAECKEL, favorecidos por el espectacular proceso de las ciencias naturales a lo largo del siglo XIX. Baste recordar que mientras el fundador de la *scuola*, Cesare LOMBROSO, inició una concepción antropológica de las causas del delito (el delincuente es un ser constitucionalmente anormal, caracterizado por su atavismo), Enrico FERRI añadió el estudio de los factores sociales (el delito es producto de anormalidades biológicas y sociales), el tercer representante del positivismo italiano fue Rafael GARÓFALO, cuya principal obra fue *Criminología*. Posteriormente en Italia le sigue la *terza scuola*, cuyos representantes son: Manuel CARNEVALE, Bernardino ALIMENA, seguidos por LONGHI y SABATINI. De esta manera los penalistas italianos enrumban un camino distinto a sus contemporáneos penalistas alemanes.

- 6 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, T. I, pp. 38-39.
- 7 Con el nombre de positivismo se designa en sentido estricto la filosofía positiva o natural de Augusto COMTE, especialmente su parte gnosológica, y en sentido amplio el utilitarismo, el pragmatismo y el naturalismo. El positivismo pretende que no hay más conocimiento que

tafísica idealista alemana⁸, por ello, la filosofía positivista no acepta ni los valores ni el pensamiento metafísico. Se considera que no es admisible el pensamiento metafísico por cuanto no es posible conocer lo absoluto ni las causas eficientes ni finales de las cosas. Por ello estiman los partidarios de esta filosofía que el conocimiento de la realidad no es posible a través del pensamiento abstracto apriorístico, sino que es necesario acudir a los hechos, observados y estudiar las leyes que rigen los fenómenos naturales. Es preciso “restringir la ciencia estrictamente a los “hechos” y a su legalidad empíricamente observable⁹.

Junto a ello, el positivismo jurídico, como reacción frente al derecho natural, solo atiende y reconoce las normas publicadas en un Estado. Ellas son las únicas existentes y las que deben tener en cuenta y ser estudiadas. Es una filosofía que, en el ámbito jurídico, se caracteriza por la reverencia a la ley positiva. Aunque el positivismo aparece con Bodin (1530-1596) y de forma radical con Hobbes (1588-1679), posteriormente fue abandonado y reapareció con fuerza

el de los hechos y el de las relaciones entre estos. Por tanto, niega el conocimiento metafísico y apriorístico. La ciencia es un conocimiento encadenado a la experiencia. Primero están los hechos, después las ideas (MANTILLA PINEDA, Benigno, *Filosofía del derecho*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 98).

- 8 Las ideas de FEUERBACH significaron un vigoroso impulso para el desarrollo de la cultura progresista alemana. Su materialismo ejerció fecunda influencia sobre muchos pensadores avanzados. Paulatinamente, FEUERBACH expresa su crítica de la teología y se aproxima al materialismo.
- 9 LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción de Rodríguez Molinero (de la 4ª edición alemana, 1979), Barcelona, 1994, p. 57; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito*, cit., T. I, p. 51.

en el siglo XIX a través de Austin (1790-1859).¹⁰ Sobre todo con los aportes de la filosofía positivistas de Auguste Comte (1798-1857), Jeremías Bentham (1748-1832) y luego por John Stuart Mill (1806-1873).

La teoría clásica en el derecho penal es el primer planteamiento doctrinario propiamente dogmático de la elaboración de penalistas alemanes como Binding, Beling, von Liszt y, en cuanto a su orientación y fundamento filosófico, también de penalistas anteriores a estos, especialmente de Feuerbach. Aunque probablemente la moderna dogmática alemana no da comienzo definitivo hasta Binding, como fruto del mismo positivismo que originaría en Italia el tecnicismo jurídico-penal, hay amplio acuerdo en la doctrina germánica en considerar a Feuerbach el “fundador (mejor: *Neubegründer*) de la ciencia del derecho penal alemana”, como escribió von Liszt. Desde la aparición de su *Revisión* y su *Lehrbuch* hasta la obra de Binding, la doctrina alcanzó ya un importante desarrollo “intensiva y extensivamente”.¹¹ A continuación estudiaremos a cada uno de ellos, indicando su principal aporte en la evolución de la teoría del delito.

a.2. La teoría de Binding

Según Luis Jiménez de Asúa¹², Binding comenzó el año 1872 (en que está fechado el prólogo del tomo primero de su ingente obra) la construcción laboriosa —que consumiría su

10 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito*, cit., T. I, pp. 51-52.

11 MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, cit., p. 177.

12 Quien mejor conocedor de la teoría clásica y neoclásica del delito que el maestro español Luis JIMÉNEZ DE ASÚA —discípulo del maestro berlinés von LISZT— quien elaboró en sus extensos tratados, importantes conocimientos que en la actualidad son de mucha importancia para la historia del Derecho Penal.

vida plena— de la “teoría de las normas”. Por lo que afecta al derecho penal, Binding destacó que lo que viola el ladrón no es ley, sino el principio que prohíbe robar. “Hallaron los pueblos antiguos —dice el gran maestro alemán— y hallan los nuevos, la naturaleza del delito en que infringe la paz, el derecho, la ley. De aquí le viene su nombre”. Mas a juicio de Binding, “dos faltas obscurecen la verdad esencia de aquel principio. Se identifica el principio penal (*Strafrechtssatz*), según el cual será juzgado el delincuente, con el principio jurídico (*Rechtssatz*), que él infringe. Si la ley dice: “Quien sustrae a otro, de propósito, una cosa mueble ajena, para apropiársela injustamente, será castigado con prisión por hurto” es que forma, con este precepto, la premisa mayor en el juicio sobre el ladrón; con la acción raptora del delincuente, la premisa menor, y con la ejecutoria de la pena, la conclusión. La pena, solo así y desde luego, puede ser pronunciada, porque está descrita en aquella ley. Lejos de infringir el delincuente la ley penal, según la que será sentenciado, debe él más bien y siempre, para que pueda ser castigado conforme a ese artículo de la ley en su primera parte, haber obrado al unísono con ella.

Esa primera parte exige caracterizar precisamente la acción punible. En ella reside una transgresión legal y así la describe la ley penal. En otras palabras: la ley que transgredió el delincuente va delante, en el concepto y en la regulación, pero no así en el tiempo de la ley que prescribe la manera y la naturaleza del juicio. De esta equivocada identificación depende la concepción muy extendida, pero igualmente errónea, de que el delincuente transgrede una “ley penal”, cuando se mostrará cómo su acto significa, en todo caso, la infracción de una ley en sentido amplio, esto es, de un principio jurídico, pero de modo alguno la infracción de una

pena conminada o descrita por la ley penal”.¹³ La teoría de las normas de Binding no solo dio nacimiento a las modernas definiciones dogmáticas del delito, comenzando por la de Beling, sino que se expande hasta llegar a tener eco en autores que no siguen rigurosamente sus ideas y que incluso desconocen lo esencial de sus tesis. Binding, desde su positivismo radical, reverenciaba la norma como objeto indiscutible dado que era un producto de un legislador inequívoco.



Carl Binding (n. 6 de abril de 1841 - m. 7 de abril de 1920) fue un jurista alemán que en 1872 publicó *Las normas y su trasgresión* (*Die Normen und ihrer Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handeln und die Arten des Delikts*), donde señala que el delincuente, al cometer un delito, confirma la ley, no la contradice.

a.3. El concepto de delito de Beling

Ernst von Beling no creyó contrariar las doctrinas de Binding, a quien miraba como maestro, sino que quiso desenvolverlas en la técnica jurídica. Pero Carl Binding, con su excesivo tronar olímpico, arremetió contra él, incluso en el impropio lugar de su *Compendio*, en una de cuyas notas dice que es de lamentar la enorme cavilación que supone la teoría de Beling, así como la audacia de quien defiende

13 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, 4ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964, T. III, pp. 53-54.

las consecuencias de su doctrina de la tipicidad, en un caso concreto, ya que no puede rendir provecho alguno a los juristas.¹⁴

Beling llega a su definición del delito después de numerosas rectificaciones. En la primera edición de sus *Grundzüge*, hecha en 1889, daba un concepto en un todo similar al que exponía von Liszt: “Acción punible (hecho penal, delito, delito en sentido amplio), es la acción antijurídica y culpable, conminada con pena”. Aún no había elaborado su doctrina del tipo legal, como carácter meramente descriptivo, y hablaba del *Tatbestand*, como era muy utilizado, en su aspecto “subjetivo” y “objetivo”. Ahora bien, encontramos en esta primera edición de sus *Grundzüge* gérmenes de la doctrina que luego había de ser tan fecunda, aunque en las palabras que vamos a transcribir hubiese más influjo bindingniano que promesas de desarrollo futuro: “En su sentido propio —dice— se entiende por ley penal (*Strafgesetz*), solamente un cierto principio jurídico penal (*Strafrechtssatz*), que en un determinado tipo legal (*Tatbestand*) (primera parte de la ley penal), basa una sanción penal o conminación penal (*Strafdrohung*) (segunda parte de la ley penal). Por el tipo legal (*Tatbestand*) ha de entenderse la descripción de aquella violación del Derecho que debe ser hallada en la concerniente sanción”.¹⁵

Mas en 1906 quiso librar a la construcción del delito del elemento, que él juzgó tautológico, de estar conminado con una pena, y quiso reemplazarlo por el conjunto de condiciones que el hecho ha de reunir para acarrear la consecuencia punitiva. Decir que el delito es lo penado por la ley,

14 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, cit., T. III, p. 55.

15 Loc. cit.

equivale —según el gran profesor y tratadista— a definir una casa habitación como una casa, con comedor, alcoba, etc., destinada a ser habitada. La *punibilidad*, afirma, ha de ser uno de los elementos del delito y no entrar en la definición para evitar la tautología. Beling cree conseguido entonces con esta fórmula: “es delito la acción típica, antijurídica, culpable, sometible a una sanción penal adecuada y suficientemente para las condiciones de la sanción penal”.¹⁶ En esta concepción aparece ya la tipicidad o “adecuación típica”, con su papel nuevo y rector, y cada uno de los caracteres, si bien al servicio del todo, figuran con sus funciones propias y distintas. Para ser delito un acto debe reunir estos requisitos: acción; descrita objetivamente en la ley, es decir, tipicidad; contraria al derecho, esto es, que exista antijuricidad; dolosa o culposa, o sea, que medie culpabilidad, sancionada con una pena, lo que equivale a decir, aunque el propósito fuera el de mirarlo como mera consecuencia, que tenga fijada una penalidad; y que se den, además, las condiciones objetivas de penalidad.

La crítica se descargó contra Beling —obligándole a modificar su definición—, especialmente por el hecho de mantener aún en ella “conminación penal”, y por la excesiva independencia con que enunciaba la adecuación típica. Es exacto que Beling criticó ya, en su *Teoría del delito*, la “amenaza penal” como características, pero la incluyó en la definición, lo que le valió la censura de Mayer que dijo que ello era una “fórmula pleonástica”. Todavía en la octava edición de sus *Grundzüge* (1925), definía así el delito: “Acción punible es una acción, típica, antijurídica, culpable, cubierta con una sanción penal adecuada a la culpabilidad, y que llena las condiciones legales de punibilidad”. En la décima edi-

16 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, cit., T. III, p. 56.

ción de sus *Principios* sigue hablando de que la acción ha de estar “cubierta con una sanción penal adecuada”, motivando que Mezger le acuse de “tautología”. En la última edición de aquella obra, todo cambia: el requisito típico no aparece independiente, se suprime la adecuación a una pena, y se formula negativamente la condición de penalidad: “Acción punible (delito en el sentido amplio) es toda acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, que no está cubierta por una causa material de exclusión de penalidad”.¹⁷

Las censuras al concepto de Beling, y sobre todo a la tipicidad, han sido constantes. Franz von Liszt consideraba innecesario enumerar esa característica, porque el requisito de estar “sancionado con una pena”, que es el carácter específico del delito, supone previa descripción de los actos que se conminan con la sanción. Por eso von Liszt dice que su concepto del delito está “de acuerdo en esencia” con el de Beling, lo que no es exacto. Por su parte, Robert von HIPPEL, criticando la definición de delito que dio Beling, argumentando que es nuevo el concepto “típico” y los caracteres de la adecuación de la sanción penal a la culpabilidad, como también las condiciones legales de punibilidad, siendo estos dos últimos elementos con contenido explícito, la indicación referente a la necesidad de la amenaza penal legal que Beling quiso ser superflua; pero el elemento típico resulta insuficiente cuando aquella indicación falta: pues una acción solo es “adecuada al tipo”, en el sentido del delito, si el derecho positivo asocia la pena como consecuencia jurídica al correspondiente tipo; es decir, si conmina con pena de ejecución. Hippel añade que la característica de tipicidad es inútil, puesto que se deduce de la máxima *nullum*

17 Loc. cit.

crime sine lege, siguiendo al maestro alemán Feuerbach. Todos los opositores de Beling yerran cuando pretenden suprimir o restar importancia a la tipicidad.

La importante contribución de Beling al desarrollo de la teoría del delito, es sin lugar a dudas su planteamiento sobre la “teoría del tipo”, dejando las bases en las cuales se irá reconstruyendo la tipicidad hasta nuestros días.



Ernst von Beling (n. 19 de junio de 1866 - m. 18 de mayo de 1932) fue un distinguido catedrático alemán de derecho penal que en 1906 publicó su *Teoría del delito* (*Die Lehre vom Verbrechen*). Según la opinión mayoritaria, con esta obra se fundó la teoría del tipo penal. En todo caso, cabe afirmar que Beling renovó la teoría del tipo y desarrolló su potencial para el Estado de Derecho, extrayendo de la máxima *nullum crime sine lege* todas las consecuencias sistemáticas.

a.4. La tesis de von Liszt

Von Liszt (1851-1919), que era discípulo de Ihering (1818-1892), aunque influido claramente por la filosofía positivista, consideró necesario encontrar un fin a la pena, de manera que, frente a las ideas retribucionistas imperantes en la época, von Liszt critica tales posiciones y defiende que la pena solo puede ser justificada y resulta legitimada si tiene un fin. Esto lo llevó a cabo en el famoso *Programa de la Universidad de Marburgo* que se publicó en 1882 con ese título y, más tarde, en 1883, con el título *La idea del fin en el Derecho penal*. Para von Liszt, “la pena correcta —es decir, la pena justa— es la pena necesaria (...) la vinculación total

del poder imponer penas a la idea del fin es el ideal de la justicia penal. Únicamente la pena necesaria es la pena justa". Y, como fines o efectos de la pena, señalaba los siguientes: "la corrección, la intimidación y la inculcación" del delincuente. Además, como idea programática, indicó que "el estudio del delito como fenómeno ético social y de la pena como una función social ha de ser el justo punto de atención de nuestra ciencia. Expuestas de forma sintética, estas pueden ser las líneas maestras del Programa de von Liszt que, separándose claramente de Beling (1841-1920), trazaban el camino a seguir por la ciencia jurídico-penal."¹⁸

Se asocia el concepto clásico de delito con el que elaboraron von Liszt (1851-1919) y Beling (1866-932). La fecha puede establecerse hacia finales del siglo XIX y principios del XX.

Para von Liszt, el eje del delito es la acción y esta se integra por el movimiento corporal. Todo ello pertenece al mundo exterior y es de carácter objetivo. No en vano al sistema penal elaborado por von Liszt y Beling se le denomina teoría causal. La acción es causalidad, el delito es acción causal y resultado. Concebir el resultado como consecuencia de una relación de causalidad y considerar todo el delito desde el punto de vista mecanicista, lleva a von Liszt a considerar que la modificación del mundo exterior en el delito de injurias está constituida por la provocación de vibraciones en el aire y los procesos fisiológicos en el sistema nervioso de la víctima.

Ahora bien, esto no quiere decir que no se tenga en cuenta el aspecto interno. Von Liszt distingue tres categorías en el

18 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito*, cit., T. I, p. 53.

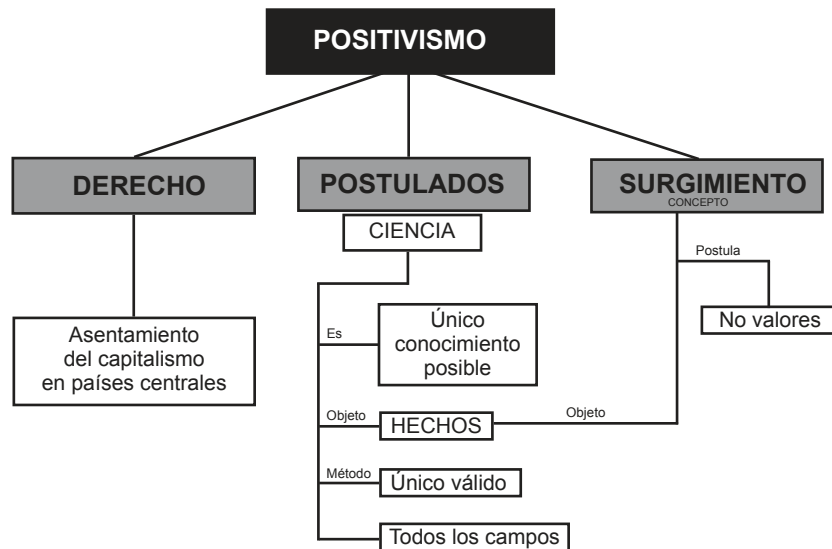
delito: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Tipicidad y antijuridicidad son de carácter objetivo, mientras que la culpabilidad es subjetiva. Por ello, cualquier cuestión que sea objetiva debe permanecer a la tipicidad y a la antijuridicidad, y cualquier cuestión subjetiva corresponde a la culpabilidad. Es obvio que desde este punto de vista el dolo (cuestión subjetiva) debe pertenecer a la culpabilidad.¹⁹ Aunque se acepta la estructura tripartita (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), existe, no obstante, un predominio de carácter objetivo sobre el subjetivo.

Para conocer el concepto clásico de delito, a continuación describimos sus rasgos más importantes, sobre la acción causal, la tipicidad, las teorías de la causalidad y, el dolo en la categoría de la culpabilidad.



Franz von Liszt (n. 2 de marzo de 1851 - m. 21 de junio de 1917) fue un destacado catedrático de Derecho penal en la Universidad de Berlín. Es autor de *La idea de fin en el derecho penal* (*Der Zweckgedanke im Strafrecht*), donde estableció que la acción es un fenómeno causal-natural que trae como consecuencia un resultado que puede consistir en un delito.

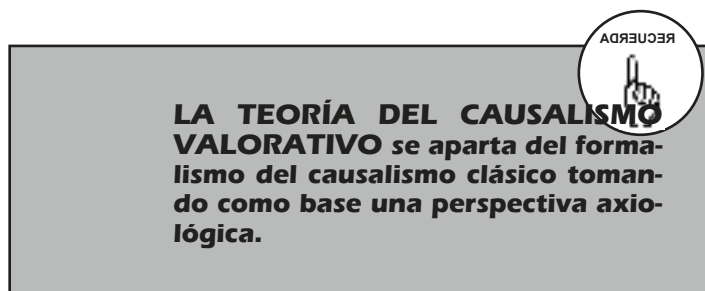
19 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito*, cit., T. I, p. 39.



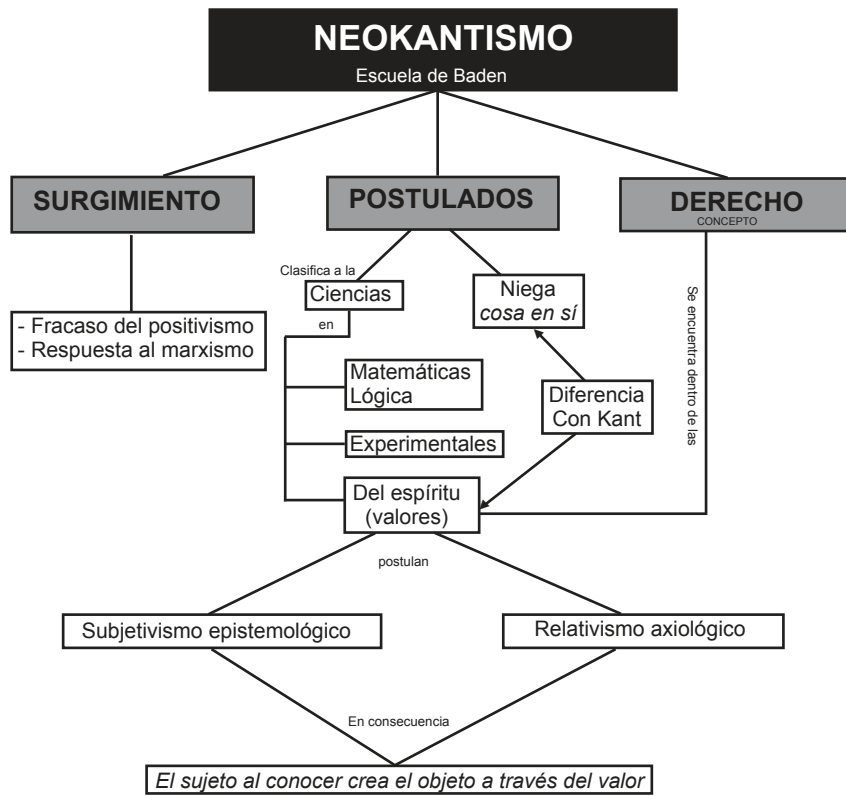
b. Teoría del causalismo valorativo (Edmund Mezger)

Se aparta del formalismo del causalismo clásico tomando como base una perspectiva axiológica. Al concepto naturalístico de la acción introduce el elemento humano de la voluntad. Postula la existencia de los elementos normativos y subjetivos del tipo, con lo que se separa de la concepción netamente objetiva estableciendo la necesidad de analizar en el tipo un contenido de valor o de intencionalidad. Se concibe a la antijuridicidad ya no sólo como una oposición formal a la norma jurídica sino además de forma material según el daño que causara a la sociedad, de donde se abre la posibilidad de graduar el injusto de acuerdo con la gravedad del daño causado y de establecer nuevas causas de justificación. Por lo que respecta a la culpabilidad se considera como un juicio de reproche al autor del delito y no solamente desde el punto de vista psicológico.

El concepto natural de acción es creación de von Liszt y Beling, quienes son los fundadores del “sistema clásico del delito”. Von Liszt define por primera vez el concepto de acción como la *producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior*. En este concepto, para la modificación causal del mundo exterior debía bastar cualquier efecto en el mismo, por mínimo que sea. Debido a la imposibilidad del concepto señalado de explicar la omisión, von Liszt formula más tarde una segunda descripción, diciendo que *acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior; más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria*.



Correlativamente, Beling sostiene que existe acción si objetivamente alguien *ha emprendido cualquier movimiento o no movimiento*, a lo que subjetivamente ha de añadirse la comprobación de *que en ese movimiento corporal o en esa falta de movimiento animaba una voluntad*. En resumen, el concepto de Beling consiste en que *la acción debe afirmarse siempre que concurra una conducta humana llevada por la voluntad, con independencia de en qué consista esa voluntad* (es decir, no considera dentro de su concepto el contenido de la voluntad).



CAUSALISMO NATURALISTA O ESCUELA NEOKANTIANA		
TIPO DE LO INJUSTO (Eje central de la teoría del delito. La acción es normativa - causal)		CULPABILIDAD
TIPO	ANTI JURICIDIDAD	
Descriptivo	Objetivo	Subjetiva
Normativo	Algunos elementos subjetivos	Normativa
Contiene algunos elementos subjetivos	Valorativa (Dañosidad social)	Dolo, culpa e imprudencia son sus elementos
		Conocimiento de la ilicitud (Reprochabilidad)

c. Teoría del finalismo (Hans Welzel)



Hans Welzel (n. 25 de marzo de 1904 - m. 5 de mayo de 1977) fue un jurista y filósofo alemán, catedrático en la Universidad de Göttingen y en la Universidad de Bonn (desde 1951). En esta última enseñó Derecho penal y Filosofía del derecho y se convirtió en director del Instituto de Filosofía del Derecho de dicha casa de estudios. Es autor de *Estudios sobre el sistema del derecho penal* (*Studien zum System des Strafrechts*, 1939), donde aparece el bosquejo de un sistema de derecho penal sobre la base de la teoría final de la acción. Sobre la base de esta obra elabora la primera edición de su manual publicado al año siguiente bajo el título: *La parte general del derecho penal alemán en sus lineamientos* (*Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*).

ra la primera edición de su manual publicado al año siguiente bajo el título: *La parte general del derecho penal alemán en sus lineamientos* (*Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*).

La doctrina finalista nace con Welzel (1904-1977) y fue desarrollada por este autor a partir de principios de los años treinta, aunque la utilización de la palabra “finalidad” para caracterizar la acción se produce a partir de 1935. La inicial concepción fue dando paso a diversas modificaciones a medida que se sometía a revisión toda la teoría del delito imperante hasta el momento.²⁰

El finalismo comenzó con la formulación del concepto de acción como un concepto ontológico (no jurídico) y final (no causal), que Welzel tomó de la tradición aristotélica-tomista del acto voluntario, sobre a través de la influencia de Brentano y Husserl (concepto de “intencionalidad” de todos los actos psíquicos) y de la “psicología del pen-

20 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito*, cit., T. I, pp. 83-84.

samiento”, sin descartar la de Nicolai Hartmann, como se verá luego.

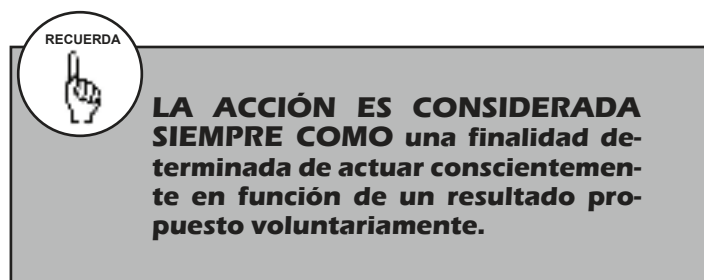
Acción es actividad final humana, no causación de resultados. La causalidad es ciega, la finalidad es vidente. La finalidad consiste en una sobredeterminación de la causalidad por la voluntad, es decir, en la dirección consciente del curso causal hacia una meta u objetivo previamente propuesto por la voluntad. El hombre se propone fines y, gracias a su previo conocimiento de las leyes naturales, puede anticipar el curso y los resultados de su actividad, dentro de ciertos límites. Gracias a ello, puede también seleccionar los medios causalmente necesarios para alcanzar el fin y poner en marcha el proceso causal exterior que conduzca a la realización del objetivo. La voluntad va primero mentalmente hacia el fin (se lo representa, lo anticipa) y desde él regresa a los medios para poner en marcha el curso causal con los medios elegidos, conduciendo el proceso hacia la realización del objetivo.²¹

La acción es considerada siempre como una finalidad determinada de actuar conscientemente en función de un resultado propuesto voluntariamente. La acción, el dolo y la culpa se ubican en el tipo, pues al ser la acción algo final (tendiente a un fin), el legislador no puede sino prever acciones provistas de finalidad (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos del injusto). Distingue entre error del tipo (excluye al dolo y a la punibilidad) y el error de prohibición (elimina la conciencia de antijuridicidad, al ser invencible elimina la punibilidad, y si es vencible, subsiste en distinto grado). En la antijuridicidad distingue el aspec-

21 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal fundamental*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1995, Vol. I, pp. 268-269.

to formal (lo contrario a la norma) y el material (lesión o puesta en peligro del bien jurídico). Desaparece el concepto de imputabilidad que es absorbido por la culpabilidad la cual consiste en un juicio de reproche.²²

En otras palabras, queda claro que en toda acción hay una etapa objetiva y una etapa subjetiva. Se entiende que al realizar la acción el sujeto se representa un resultado, por ello, el poder actuar de otro modo siempre está presente; en tal medida, si siendo libre decidió hacer algo incorrecto su conducta será reprochable. Como todo se dirige a la acción final, el dolo se traslada al tipo.



Según el finalismo, el error de tipo tiene que ver con los elementos del tipo penal, incluyéndose el dolo (ejemplo, matar a otro). En una obra de teatro, un actor piensa que está disparando con un arma de fogeo, pero le pusieron una de verdad y termina matando.²³

Como es sabido, la teoría final de la acción se apoya en unos presupuestos, que Hirsch formula de la siguiente forma:

22 WELZEL, Hans, *Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

23 Loc. cit.

el “*concepto de acción* es un concepto central, porque el delito consiste en la infracción de prohibiciones o mandatos, y el objeto de ambas clases de normas son las acciones. La prohibición ordena no realizar una acción, mientras que el mandato exige su realización”. Definir la acción como “la causación de un resultado derivada de un mero impulso de la voluntad” convierte al concepto de acción en un “producto penal artificial”. Welzel se opuso a tal comprensión y recordó “que a la acción pertenece la intención dirigida a su realización objetiva y, por lo tanto, el contenido de la voluntad que la configura: en una acción de homicidio, por ejemplo, la voluntad de matar”. A ello le añadió la sutil afirmación del finalista Jürgen Weidemann: “La enfermera que inyecta imprudentemente el veneno no realiza una acción homicida, como no infringe la preferencia de paso el conductor que no advierte una señal de Stop”, y sería mejor no designar al correspondiente delito imprudente como una “acción imprudente”, porque tal designación “es contradictoria en sí misma”.

En cuanto a la función del derecho penal, Welzel²⁴ consideraba que la protección de bienes jurídicos no era un objetivo primordial, sino que su misión es la proteger los valores fundamentales de la comunidad. Los valores del actuar conforme a derecho “constituyen el trasfondo ético-social positivo de la normas jurídico-penales” siendo entonces la misión central del derecho penal el “asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores”. Ahora bien, evidentemente “al castigar el derecho la efectiva inobservancia de los valores de la conciencia jurídica, protege al mismo tiempo los bienes jurídicos a los que están referidos aquellos valores. Por ello la misión primaria del derecho

24 Loc. cit.

penal no es la protección actual de bienes jurídicos, pues cuando entra efectivamente en acción, por lo general, ya es demasiado tarde. Más esencial que la protección de determinados bienes completos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores del acto de la conciencia jurídica. De ahí que la misión más profunda del Derecho penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo.²⁵



25 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito*, cit., T. I, p. 85.

Welzel elaboró la teoría del injusto personal, pues, a su juicio, la estructura final de la acción conducía a la concepción individual del injusto.

Consideraba Welzel que la concepción causal de la acción era irreal y abstracta, y por ello, frente a dicha concepción planteaba un concepto de acción desde un punto de vista ontológico. La acción que estamos examinando no es una acción abstracta inventada por el legislador, sino que el concepto de acción es anterior y plenamente real, aplicable a un ser real y cierto.

Así pues, conforme indica Welzel,²⁶ la dirección final de una acción humana se desarrolla en dos fases:

- En la esfera del pensamiento: anticipación del fin (fijación de la meta).
- Selección de medios.
- Consideración de los efectos concomitantes.
- En la esfera del mundo real: de acuerdo con lo elaborado en la esfera del pensamiento, el autor lleva a cabo su acción en el mundo real.

El que quiere matar a otro, elige convenientemente los factores causales y los dispone de modo que pueda alcanzar el fin predeterminado.

En definitiva, como expone Maurach (en una definición que ha tenido gran predicamento entre la doctrina), debe considerarse acción toda “conducta humana, regida por la voluntad orientada a un determinado resultado”. A juicio de Maurach, este concepto “abarca tanto el hacer corporal

26 WELZEL, *Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía*, cit.

como el no hacer, y sirve pues de base al delito de comisión y al de omisión. Comprende tanto los casos en los que la voluntad rectora anticipa el resultado tipificado (hechos dolosos) como, aquellos en los que la voluntad está dirigida a un resultado distinto al típico causado por el autor (hechos culposos)".²⁷

FINALISMO - ACCIÓN FINAL		
ACCIÓN (Ejercicio de actividad final)		
LO INJUSTO		CULPABILIDAD
TIPO	ANTI JURICIDAD	
Onjetivo / subjetivo	Objetiva / subjetiva	Imputabilidad
Descriptivo / valorativo	Valorativa	Conocimiento de la ilicitud
Dolo, culpa y elementos subjetivos		Exigibilidad (Reprochabilidad)

d. Teoría del funcionalismo (Claus Roxin: funcionalismo moderado / Günther Jakobs: funcionalismo sociológico o radical)

El **funcionalismo moderado** reconoce los elementos del delito propuestos por el finalismo (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), pero con una orientación político-criminal, puesto que los presupuestos de la punibilidad deben estar orientados por los fines del Derecho penal, por lo que estas categorías jurídicas no son sino instrumentos

²⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito*, cit., T. I, p. 86.

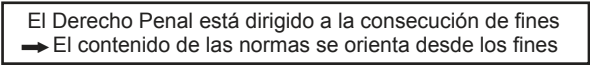
de una valoración político-criminal. Sustituye la categoría lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a valoraciones jurídicas; pues la imputación de un resultado depende de la realización de un peligro dentro del fin de protección de la norma. La culpabilidad se limita con la necesidad de prevención y juntas originan el nuevo concepto de responsabilidad, que es la base de la imposición de la pena.



EL FUNCIONALISMO MODERADO reconoce los elementos del delito propuestos por el finalismo (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), pero con una orientación político-criminal, puesto que los presupuestos de la punibilidad deben estar orientados por los fines del Derecho penal.

Señala Roxin²⁸ que “la formación del sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológica previa (acción, causalidad, estructura lógico reales, etc.) sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal”. Esto significa que la teoría de los fines de la pena será la que orientará las características del sistema penal.

28 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.



en la idea de “prevenir” que en la de “sancionar”. Según Roxin, un país sin una política criminal que articule prevención del delito, procuración de justicia, impartición de justicia y readaptación social, está condenado al fracaso en su lucha contra la delincuencia.

Roxin publica en 1970 su monografía *Política Criminal y sistema del derecho penal* y con ella comienza una orientación dogmática que pretende, por una parte, la superación de las arduas polémicas entre causalistas y finalistas que tantos ríos de tinta habían generado, y al mismo tiempo superar los inconvenientes prácticos a los que había conducido la dogmática tradicional, singularmente el defecto consistente en el alejamiento entre las teorías elaboradas —y soluciones adoptadas en base a las mismas— como consecuencia de formulaciones abstractas a las que conducía el método empleado, y la realidad práctica —realidad social— a la que el Derecho penal y dichas teorías iban dirigidas. Es decir, hasta el momento dogmática y realidad se encontraban ubicadas en planos distintos e incomunicados, y en no pocas ocasiones las soluciones dogmáticas —adoptadas al margen de la realidad social— producían resultados insatisfactorios desde una perspectiva práctica. Roxin intenta superar dicha incomunicación orientando el sistema del Derecho penal, conceptuado ahora como un sistema abierto, a las valoraciones de la Política Criminal en un intento de dar soluciones coherentes a los problemas de la realidad práctica pero sin caer en un puro pensamiento tópico²⁹. Roxin quiere, pues, la unidad sistemática entre Derecho penal y Política criminal. La orientación del sistema del Derecho penal a los fines del Derecho penal en ge-

29 Para J.A. SAINZ CANTERO, “la solución no radica en una sustitución del pensamiento sistemático por el problemático, sino en una síntesis dialéctica entre ambos. El pensamiento problemático, si quiere mantener el carácter científico de la actividad jurídica, tiene que desembocar en un sistema; y el pensamiento sistemático, si quiere encontrar la solución justa de un caso, tiene que estar orientado en el problema” (*Lecciones de derecho penal. Parte general. Introducción*, reimpresión [1981], Barcelona, Bosch, 1980, p. 72).

neral y a los fines de cada uno de los niveles del propio sistema en particular, exigirá una amplia normativización de los conceptos, normativización que se verá facilitada tras aceptarse, desde estos planteamientos, que la pretendida vinculación ontológica entre conceptos y realidad era menor que la propugnada por los finalistas. Desde esta nueva perspectiva los conceptos se funcionalizan, es decir, se les exige que logren resultados justos y adecuados en el marco del desempeño de un adecuado papel en el sistema. En este sentido, la concepción roxiniana parte de que el dogmático debe, en primer lugar, averiguar qué valoración político criminal subyace en cada uno de los conceptos o categorías de la teoría del delito, y una vez determinada la misma funcionalizar dicho concepto o categoría, es decir, construir y desenvolver el mismo de manera que responda a la función que le es propia de un modo idóneo.

Roxin pretende sistematizar, desarrollar y reconstruir las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad bajo el prisma de su función político criminal en una suerte de sistema abierto en orden a la resolución de los problemas que la realidad presenta³⁰. Ahora bien, ello

30 Evidentemente, en este punto ROXIN superó el relativismo valorativo neokantiano por valoraciones político criminales, logrando asimismo apartarse del normativismo extremo del sistema neokantiano, y al mismo tiempo superó también completamente los meros esbozos formulados por von LISZT, quien percatado de la necesidad de vincular derecho penal y política criminal, no llegó, sin embargo, a realizar un diseño de una teoría completa del delito dando entrada a las valoraciones político criminales como fundamento y límite de la intervención penal, como por el contrario hace ROXIN. Para ROXIN la construcción del sistema del Derecho penal no debe vincularse a los tradicionales elementos ontológicos —acción, causalidad, estructuras lógico objetivas, entre otros—, sino que debe orientarse por los fines del Derecho penal. ROXIN, en su obra *Política criminal y sistema del derecho*

no quiere decir que renuncie al contenido de las categorías dogmáticas elaboradas hasta el momento, sino que su pretensión será complementar las mismas y perfeccionarlas. Así, por ejemplo, la categoría de la imputación objetiva elaborada por Roxin no sustituirá a la causalidad, sino que la complementará para perfeccionar la imputación en el marco del tipo objetivo.

Todas las categorías dogmáticas en Roxin deben ser entendidas desde los fines de la pena, que vienen dados por el propio sistema social. Desde esta perspectiva, la concepción del bien jurídico en Roxin está íntimamente ligada al sistema social mismo.³¹

Para él, un bien jurídico será aquello que resulte útil para el desarrollo del individuo o para el propio sistema social, de suerte que su concepción material de lo injusto será precisamente la lesión de esos bienes útiles para el individuo

penal, establece que el tipo cumple la función de determinación de la ley penal conforme al principio *nullum crimen*; a la antijuridicidad le corresponde la función de solucionar los conflictos sociales, y a la culpabilidad corresponde la función de determinar la necesidad de pena, conforme a consideraciones de tipo preventivo. Vid. SCHÜNEMANN, B. (comp.), "El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales", en *Estudios en honor de Claus Roxin en su 50^a aniversario*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 64. Sin embargo, más recientemente, en relación con la función del tipo, ROXIN introduce consideraciones de prevención general que superan el mero formalismo del *nullum crimen*. Vid. ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, 3.^a ed., München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, pp. 7-56.

- 31 Aunque debe advertirse, asimismo, que en el sistema de ROXIN tiene mucha importancia la delimitación del bien jurídico empleando para ello no sólo los fines de la pena, sino también parámetros constitucionales entendidos valorativamente, lo que permitirá a VIVES tachar el planteamiento roxiniano —a la vista de su concepción de la culpabilidad— como de incongruencia gramatical.

o para el sistema. Roxin distingue entre tipo total o tipo sistemático (dentro del que incluye tanto el dolo como las causas de justificación), y tipos de garantía y de error, integrando en el tipo tanto la antijuridicidad formal como la material, de suerte que la conducta típica será, a un tiempo lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y al mismo tiempo infracción del deber normativo.³²

FUNCIONALISMO MODERADO (Sistema Teleológico Político Criminal)			
ACCIÓN	TIPO	INJUSTO	CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD
Manifestación de la personalidad	Fin preventivo general	Remplaza al término Antijuridicidad	Fin preventivo especial
Función sistemática: elemento de enlace o unión	Plasmación del principio de legalidad	La antijuridicidad es una categoría perteneciente a todo el derecho	Culpabilidad + Necesidad preventiva = Responsabilidad
	Tipo objetivo y tipo subjetivo	Enjuicia a la acción típica concreta	Imputabilidad, error, de prohibición, estado de necesidad y casos afines.
	Imputación al tipo objetivo (reacción del riesgo no permitido, realización del riesgo no permitido)	Elemento subjetivo de justificación	

Por otro lado, el **funcionalismo sociológico o radical**, considera al Derecho como garante de la identidad normativa, la constitución y la sociedad, cuyo objeto es resolver los problemas del sistema social.³³ Al igual que el funcionalismo moderado reconoce como punto de partida al finalis-

32 Dentro del que incluye tanto el dolo como las causas de justificación.

33 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

mo, sin embargo, en este ya no están presentes las tendencias de política criminal, pues las categorías que integran al delito tienen como fin sólo estabilizar al sistema.

FUNCIONALISMO SISTÉMICO O RADICAL		
ACCIÓN (Delito) "Causación del resultado individualmente evitable" (Causación Imputable - antijuricidad y culpabilidad)		
TIPO DE INJUSTO	JUSTIFICACIÓN	CULPABILIDAD (Prevención general)
Conjunto de elementos que definen un comportamiento (tipo).	Comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado socialmente soportable solo en consideración a su contexto.	Es infidelidad al derecho (de acuerdo a la prevención general)
Conjunto de elementos que definen un comportamiento (tipo).	Fundamento de las causas de justificación (teoría pluralista): principio de responsabilidad, principio de definición de intereses por parte de la propia víctima de la intervención y el principio de solidaridad.	Tipo total de culpabilidad un tipo positivo de culpabilidad (inimputabilidad, conciencia de lo ilícito y especiales elementos de la culpabilidad) y un tipo negativo de culpabilidad (inexigibilidad).
	Elementos subjetivos y normativos de la justificación.	ovitejdus oqIT (ovitingos olob)



EL FUNCIONALISMO SOCIOLOGICO O RADICAL considera al Derecho como garante de la identidad normativa, la Constitución y la sociedad, cuyo objeto es resolver los problemas del sistema social.

Günther Jakobs (n. 26 de julio de 1937, en Mönchengladbach) es un jurista alemán especializado en Derecho penal, Derecho procesal penal y Filosofía del Derecho. Hasta hace poco se desempeñaba como catedrático en la Universidad de Bonn.



La obra de Günther Jakobs constituye una crítica a las concepciones naturalistas del derecho penal, que construyeron la teoría del tipo sobre la base de la causalidad, como fue en las teorías causalistas. Jakobs afirma que los conceptos básicos del derecho penal no pueden ser extraídos del derecho natural; este sistema debe elaborarse a partir en la forma como está organizada la sociedad. La sociedad no puede ser entendida como un sistema que tiende básicamente a la protección de bienes jurídicos, sino que se debe dar a partir de una creación de roles señalándole a cada persona un determinado status en la vida de relación, por lo que el hombre no debe ser considerado individualmente, sino como portador de un rol. Si un ciudadano se comporta dentro de esos parámetros, no defraudaría las expectativas sociales así lesione o ponga en peligro bienes jurídicamente tutelados. Es autor de *Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación* (*Strafrecht, Allgemeiner Teil - Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991).

Günther Jakobs elabora el sistema más coherente que se ha opuesto al de su maestro Welzel, en la medida en que rechaza por “naturalistas” y “factisistas” los presupuestos de carácter ontológico sobre los que Welzel había construido su sistema, y desarrolla una teoría dogmática de la imputación exclusivamente normativa, cuyo fundamento teórico decide en la teoría del sistema social. La dogmática jurídico penal de base ontológica quiebra, y en su lugar hace su aparición un principio preventivo general orientado al mantenimiento del sistema social. La pena está al servicio del ejercicio de la fidelidad al derecho, esto es, a lo que

hoy se llama “prevención general positiva”, y la elaboración conceptual penal se realiza conforme a exigencias preventivo generales.³⁴

Günther Jakobs pretende superar el relativismo que achaca a la construcción de Roxin y sus discípulos³⁵, funcionalizando todos los conceptos jurídico-penales al que cree fin último del Derecho penal, es decir, a la prevención general positiva³⁶. Como para Jakobs la sociedad se constituye mediante normas —normas que vendrán a conformar su base misma— el ordenamiento jurídico-penal tendrá la específica misión de velar por la subsistencia de tales normas y, por tanto, de velar por la misma subsistencia de la sociedad que se apoya en ellas, y del orden social conformado, de lo que deriva, en última instancia y de forma mediata, que la identidad y carácter de los mismos individuos, como personas, también resultarán preservados por el Derecho penal, y ello en la medida en que si la sociedad resulta protegida por el Derecho penal, también lo serán estos, que sin la misma, serían simples animales. En este sentido podríamos incluso afirmar que la funcionalización realizada por Jakobs no sólo se extiende a los conceptos jurídico-penales, sino que llega a funcionalizar al sistema jurídico-penal

34 ROXIN, Claus/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros, Lima, 2000, p. 56.

35 Podríamos señalar como discípulos más relevantes de Claus ROXIN, en Alemania, a SCHÜNEMANN, RUDOLPHI, AMELUNG, WOLTER y ACHENBACH.

36 En la pretensión formulada por JAKOBS de que el ordenamiento jurídico penal está orientado a garantizar la identidad normativa y la propia constitución de la sociedad se evidencia un marcado alineamiento de este autor con el pensamiento funcionalista, superador de las concepciones que se habían centrado en el individuo, en el marco del pensamiento racionalista moderno.

mismo, en el marco de una teoría funcionalista-sistémica de la sociedad construida en base a las formulaciones de Niklas Luhmann.

Para Luhmann, el Derecho es un sistema social. Se trata, según su formulación, de la estructura de un sistema social vinculada a la generalización congruente de expectativas normativas de comportamiento. En este sentido, Jakobs parte del mismo presupuesto que Luhmann. Para el profesor de Bonn, el Derecho es una parte de la sociedad, y la solución a los problemas sociales por medio del Derecho penal tiene lugar dentro de la sociedad y a través de un sistema social parcial que es el sistema jurídico penal.³⁷

Para Jakobs, cuando se violan las normas jurídicas, se produce una decepción que exige la reafirmación de las expectativas defraudadas, y congruentemente con ello, considera que el fin del Derecho penal es la estabilización del mismo sistema social mediante la estabilización de las normas en el referido sistema, de manera que la imputación deriva-

37 LUHMANN parte de una concepción acrítica de la sociedad, centrándose en la sociedad existente y sin plantearse valorativamente un determinado sistema social deseable. Su análisis de lo funcional y de lo disfuncional se limitará a la pura estructura formal, pero no a los valores materiales del sistema, y esto último conllevará precisamente una de las diferencias esenciales entre el normativismo radical de JAKOBS y el funcionalismo valorativo de ROXIN: mientras JAKOBS —en base a la teoría social de LUHMANN— se centra en la estructura formal del sistema social, ROXIN penetra en el contenido de valores del sistema mismo. Para JAKOBS y su Escuela, la preocupación por el contenido material de las normas penales no es tanto una labor de la ciencia del Derecho penal como cometido específico del ámbito político-criminal. Así, como señala VEHLING, K.-H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1991, p. 109, a quien corresponde determinar valorativamente lo necesario para la estabilización del orden social es al legislador, y no al dogmático penal.

rá de la infracción de la norma en cuanto que infracción de las expectativas sociales.³⁸ La pena es así, para Jakobs, la demostración de la vigencia de la norma a costa de un sujeto competente, y como señala el profesor de Bonn, la misma no repara o no tiende a evitar lesiones de bienes jurídicos, sino que según su concepción, la misma “confirma la identidad normativa de la sociedad”.³⁹ Por ello, el Dere-

38 En efecto, JAKOBS sostiene que la función del Derecho penal es el mantenimiento de la configuración social básica (*vid.* JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 12), y que la decepción de las expectativas y el consiguiente conflicto surgido, así como la necesidad de reaccionar frente a la infracción que ello supone a las normas, “han de interpretarse como sucesos en el sistema de la relación social”.

39 JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., DeGruyter, Berlin/New York, 1991, 1/3. Para entender correctamente esta definición de JAKOBS, y más en concreto la afirmación de que la pena demuestra la vigencia de la norma *a costa* del infractor, es preciso partir de que para JAKOBS el delito y la pena no interesan ontológicamente, sino tan sólo adquieren relevancia en relación con lo que las mismas expresan para el sistema social. Así, el delito expresaría que el sujeto infractor defrauda lo que se espera de él conforme al código comunicativo común del sistema social. Es un sujeto que actúa de forma contraria a las expectativas y, por tanto, perturba la calculabilidad y previsibilidad del sistema mismo. Y la pena, por su parte, expresa que la expectativa defraudada sigue siendo perfectamente válida pese a la defraudación del sujeto infractor, y por tanto se puede seguir esperando, en casos análogos, que las actuaciones sean conforme a la expectativa defraudada. En base a este planteamiento, la pena no va dirigida al sujeto infractor, como repulsa o reproche por el comportamiento desarrollado, sino que va dirigida a la colectividad, a la sociedad, como símbolo de reafirmación de la expectativa defraudada, mediante su imposición simbólica al infractor. De ahí que JAKOBS diga que la pena demuestra la vigencia de la norma *a costa* del infractor. Respecto a la *competencia*, JAKOBS (*Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 385) señala que la imposición de la pena se justifica en la medida en que el penado sea competente para manifestarse sobre la configuración correcta del mundo social racionalmente, de suerte que de resultar in-

cho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Bajo la construcción de Jakobs, de manera similar a la formulación de Luhmann, todos y cada uno de los individuos que forman la sociedad tienen atribuidos unos determinados papeles que generan a su vez determinadas expectativas en los demás. De esta suerte, cada uno de los sujetos que conforman la sociedad son garantes de que las expectativas existentes acerca de ellos no se vean frustradas. De alguna manera, para Jakobs, lo importante no son los individuos sino lo que simboliza su comportamiento en relación con la vigencia de la norma. De esta suerte, tanto el cumplidor de la norma, como el infractor, tienen una comunicación con la sociedad mediante su diferente forma de actuar, que adquiere sentido diferente. Jakobs diferencia dos ámbitos de competencia de los sujetos: la competencia organizacional y la competencia institucional, y las frustraciones en que pueden incurrir los sujetos en esos diferentes ámbitos será lo que determine, a su vez, la diferencia entre delitos por competencia organizacional y delitos por competencia institucional.⁴⁰ El plan-

competente, como sucede con los enajenados, en lugar de pena, debería recibir tratamiento.

40 En realidad, como han puesto de manifiesto E. PEÑARANDA RAMOS, C. SUÁREZ GONZÁLEZ y M. CANCIO MELIÁ (*Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 57), la orientación de la prevención general positiva que se hace patente en la doctrina de JAKOBS no resulta contraria frontalmente a la teoría de los bienes jurídicos, ya que ambas doctrinas se mueven en planos diferentes, y por tanto no resultarán por ello frontalmente antagónicas. Así, la doctrina de los bienes jurídicos se mueve en el ámbito de la determinación del criterio material de legitimación de la intervención penal —que no corresponde en esencia a la ciencia del Derecho penal sino al ámbito político—, en

TEORÍA	REPRESENTANTE(S)	MÉTODO	CARACTERÍSTICAS	CONCEPTO DE DELITO
CAUSALISMO NATURALISTA	Franz von Liszt, Ernst von Beling	Positivismo jurídico o formalista	Se caracteriza por concebir a la acción en términos físicos o naturalísticos, integrada por un movimiento corporal y el resultado de una modificación en el mundo exterior, unidos por un nexo causal. Distingue las fases interna (idea- ción, deliberación, resolución) y externa (exteriorización, preparación, ejecución) del delito. Distingue entre elementos objetivos (tipicidad y antijuridicidad) y subjetivos (culpabilidad) del delito.	Acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena (Liszt). Acción típicamente antijurídica y correspon- dientemente culpable, que no está cubierta con una causa objetiva de exclusión penal (Beling).
CAUSALISMO VALORATIVO	Edmund Mezger	Axiológico	Se aparta del formalismo del causalis- mo clásico tomando como base una perspectiva axiológica. Al concepto naturalístico de la acción introduce el elemento humano de la voluntad. Pos- tula la existencia de los elementos nor- mativos y subjetivos del tipo, con lo que se separa de la concepción netamente objetiva estableciendo la necesidad de analizar en el tipo un contenido de valor o de intencionalidad.	Acción típicamente antijurídica y culpable (Mezger). Acontecimiento típico, antijurídico e imputable (Mayer).

TEORÍAS QUE EXPLICAN EL DELITO

(Continúa en la siguiente página)

(Viene de la página anterior)

FINALISMO	Hans Welzel	Positivismo jurídico o formalista	La acción es considerada siempre con una finalidad determinada de actuar conscientemente en función de un resultado propuesto voluntariamente. La acción, el dolo y la culpa se ubican en el tipo, pues al ser la acción algo final (tendiente a un fin), el legislador no puede sino prever acciones provistas de finalidad (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos del injusto). Distingue entre error del tipo (excluye al dolo y a la punibilidad) y el error de prohibición (elimina la conciencia de antijuridicidad, al ser invencible elimina la punibilidad, y si es vencible, subsiste en distinto grado).	
FUNCIONALISMO	Claus Roxin (funcionalismo moderado) Günther Jakobs (funcionalismo sociológico)	Síntesis de los anteriores (funcionalismo moderado); social sistemático (funcionalismo sociológico o radical)	El funcionalismo moderado reconoce los elementos del delito propuestos por el finalismo (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), pero con una orientación político-criminal, puesto que los presupuestos de la punibilidad deben estar orientados por los fines del Derecho penal, por lo que estas categorías jurídicas no son sino instrumentos de una valoración político-criminal. Por otro lado, el funcionalismo sociológico o radical considera al Derecho como garante de la identidad normativa, la Constitución y la sociedad, cuyo objeto es resolver los problemas del sistema social. Al igual que el funcionalismo moderado reconoce como punto de partida al finalismo, sin embargo en este ya no están presentes las tendencias de política-criminal, pues las categorías que integran al delito tienen como fin solo estabilizar al sistema.	

teamiento de Jakobs⁴¹, atribuyendo la posición de garante a todos los individuos en la sociedad en relación con las expectativas que derivan de los papeles que desempeñan socialmente —sin hacer distinguos en relación a su comportamiento activo u omisivo—, producirá que la trascendental diferencia que desde una perspectiva ontologista se evidencia entre delitos de comisión y delitos de omisión, bajo esta perspectiva, se vea sensiblemente diezmada, y casi podríamos decir sustituida, por la diferenciación entre delitos por competencia organizacional y delitos por competencia institucional.

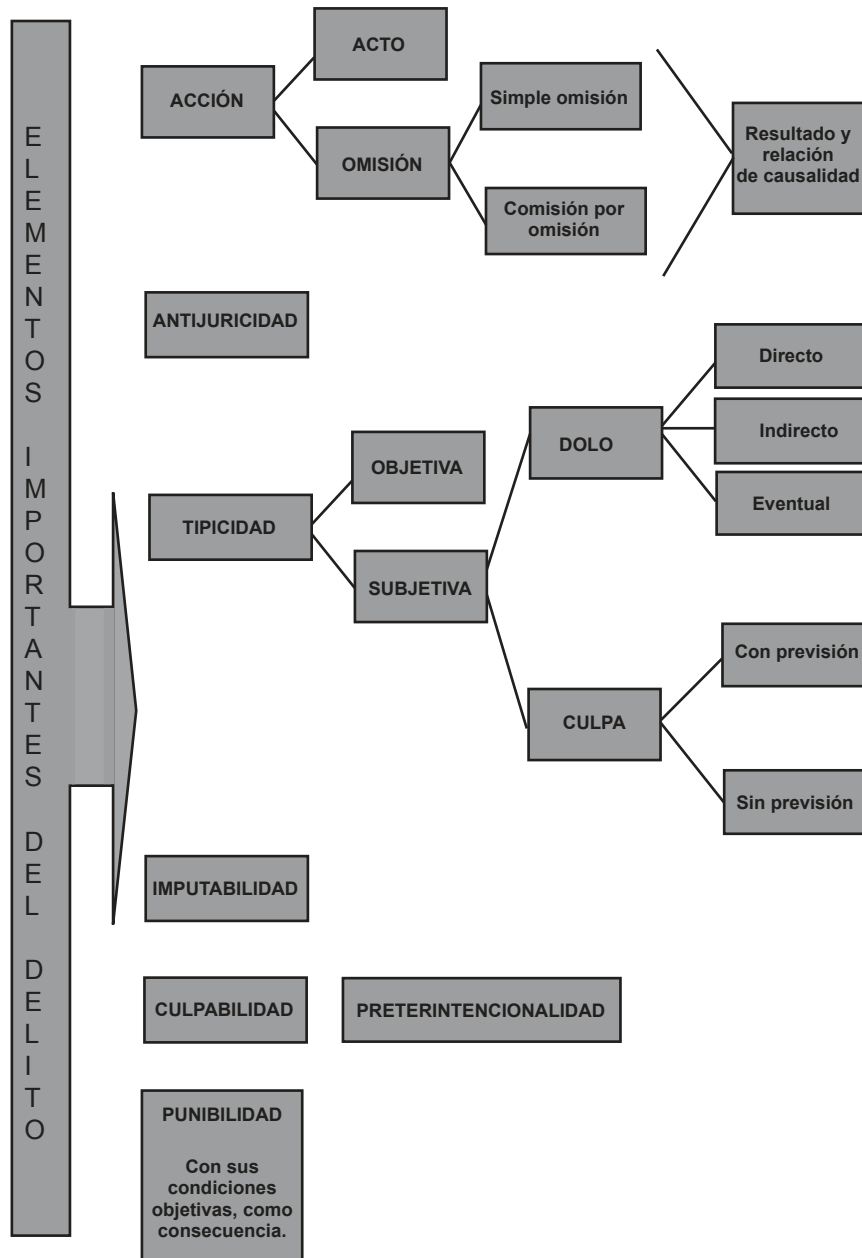
II. ELEMENTOS DEL DELITO

Los elementos del delito son los componentes y características, no independientes, que constituyen el concepto del delito.

A partir de la definición usual de delito (*acción típica, antijurídica y culpable*), se ha estructurado la teoría del delito, correspondiéndole a cada uno de los elementos de aquella un capítulo en ésta. Así se divide esta teoría general en: **acción o conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad** (aunque también algunos autores agregan a lo anterior, la **punibilidad**). No obstante, aunque hay un cierto acuerdo respecto de tal definición, no todos le atribuyen el mismo contenido. Así son especialmente debatidas las relaciones entre sus diversos elementos y los componentes de cada uno de ellos.

tanto que la teoría de la prevención general positiva viene a ser una teoría explicativa de la función de la pena.

41 JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. del alemán de Joaquín Cuello Contreras, y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.



ELEMENTOS DEL DELITO

- | | |
|---------------------------|---|
| • Elemento genérico | Es el soporte del delito, es la base sobre lo que se construye todo el concepto del delito. |
| • Elementos específicos | El delito permite diferenciarlos, delito por delito, aunque son inconstantes. |
| • Elemento circunstancial | Es la penalidad, que es el resultado del acto jurídico. No cambia la naturaleza del delito, pero influye en la sanción. |

III. CONCEPTOS, SUJETOS Y OBJETO

1. Concepciones

El delito fue siempre una valoración de la conducta humana condicionada por el criterio ético dominante en la sociedad. Los conceptos de delito han sido formulados en definiciones que se desarrollan en los siglos XVIII, XIX y XX, y pueden ser agrupadas en diversas concepciones:

a. Concepciones formales o nominales

Establecen que el delito es una conducta humana que se opone a lo que la ley manda o prohíbe bajo la amenaza de

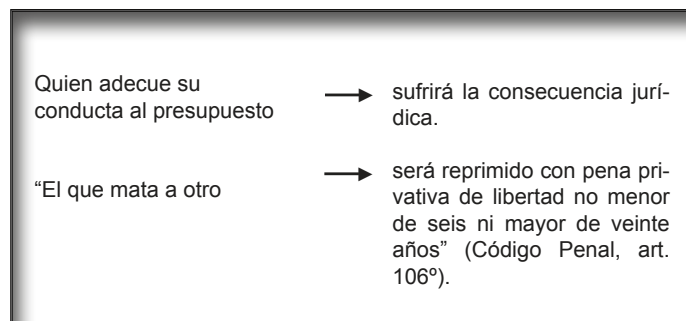
una pena. Es la ley la que establece y nombra qué hechos van a ser considerados delitos; es la ley la que designa y fija caracteres delictuales a un hecho. Si en algún momento esta ley es abrogada el delito desaparece. El delito es artificial.

b. Concepciones substanciales o materiales

Establecen elementos del delito como presupuestos para que un acto voluntario humano sea considerado como delito. Así, para estas concepciones, el delito es un acto humano típicamente antijurídico culpable y sancionado con una pena de carácter criminal. Sigue el método analítico.

c. Concepción jurídica del delito

Toda ley penal —en su estructura— tiene un presupuesto (*lo que no se debe hacer o lo que manda a hacer*) y una consecuencia jurídica (*pena o medida de seguridad*).



De acuerdo a esto, el delito —en su concepción jurídica— es todo acto humano voluntario que se adecua al presupuesto jurídico de una ley penal. Para Carrara, el delito es un ente jurídico (*creación de la ley*) y no un fenómeno social (*ente de hecho*).

Decimos “adecua al presupuesto” porque no la vulnera, sino hace lo que el presupuesto dice.

EJEMPLO

En el robo, el autor cumple con lo que dice el presupuesto: “El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física...” (Código Penal, art. 188°).

Su conducta se adecua lo que el presupuesto jurídico dice.

La concepción jurídica del delito fue desarrollado por Juan Domingo Romagnosi, Giovanni Carmignani y Francesco Carrara.

El delito para Romagnosi es la agresión al bienestar. Si queda impune destruiría a la sociedad. Para que no ocurra tal cosa, la sociedad y el derecho deben eliminar la impunidad.

Explica Carmignani que la pena se aplica con el fin de prevenir futuros delitos.

Para Francesco Carrara el delito es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad ciudadana, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

Para Carrara el delito es un ente jurídico (**creación de la ley**) y no un fenómeno social (**ente de hecho**). Es un

ente jurídico porque es una contradicción entre el hecho del hombre y la ley. Por eso no se define como acción sino como infracción, lo que supone que la antijuridicidad es la esencia del delito y no solo su elemento.

Al decir “acto externo” se refiere a que no son sancionables los actos internos o pensamientos, sino sólo los actos exteriorizados del hombre. El pensar en matar no es delito, mientras no lo exteriorice o realice actos para materializar este acto.

Con “acto positivo” se refiere las acciones voluntarias humanas. Con acto negativo se refiere a un no hacer lo que la ley manda a hacer, esto es, una omisión.

“Moralmente imputable” significa que el sujeto comete el delito en base a su libre albedrío. El sujeto puede escoger entre la comisión de un delito o no. El ser humano puede elegir un comportamiento (*mores*, “costumbre”, “comportamiento”) particular o no.

Con “políticamente dañoso” se refiere a que el delito, al vulnerar los derechos subjetivos de otra persona, también está perjudicando a la sociedad.



Se considera como “ACTO POSITIVO” a todas las acciones voluntarias humanas.

Mientras que un “ACTO NEGATIVO” se refiere a un no hacer lo que la ley manda a hacer, esto es, una omisión.



CRÍTICA A ESTA CONCEPCIÓN

La concepción jurídica del delito no es aceptada porque el delito no es algo creado por la ley, la ley solamente la define, es más, solo la describe en el tipo. El delito es un hecho humano, aparece con el hombre, y desaparecerá con él. El delito es al hombre como la enfermedad a él.

Pessina dice que el delito no puede ser definido por la Ley: “este solo ... da lugar a las *especie delictorum*”, es decir, los delitos en particular.

d. Concepción filosófica del delito

La desarrollan Pellegrino Rossi y Enrique Pessina. Quieren conceptualizar al delito para todos los tiempos y todos los lugares. Es decir, quieren formar un concepto universal de delito.

La pretensión de validez es socavada porque lo que ayer fue delito deja de serlo con el paso del tiempo y con la abrogación de la ley que lo concibió como delito.

EJEMPLO

El delito de adulterio en el Perú era un delito que contravenía el deber de fidelidad; hoy ya no es delito sino simplemente una causal de divorcio.

Para la concepción filosófica, el delito consiste en la violación de un deber, pero pueden surgir diversos cuestionamientos.

EJEMPLO

- ¿Qué pasa con el deber de no abandonar el trabajo?
 - ✎ Esto ni siquiera es una violación a un deber, es un derecho establecido en las Constituciones políticas: el derecho a la huelga.
- ¿Qué pasa con las acciones violatorias de deberes morales como la deslealtad filial? ¿Y los actos como la huelga, el lock out, que causan perjuicios sociales, pero que más bien son derechos?
 - ✎ Pues no son delitos. La pretensión de validez para todos los tiempos no es tal.

e. Concepción dogmática del delito

Esta concepción de delito fue desarrollada por Karl Binding, Ernst von Beling, Max Ernest Mayer y Edmundo Mezger. El delito es la acción u omisión voluntaria típicamente antijurídica y culpable⁴².

La concepción dogmática del delito enumera los elementos constitutivos del delito y tiene su origen en la “teoría de las normas” de Binding que dice que el delincuente vulnera el supuesto hipotético de la norma jurídica no la ley.

La norma es un deber ser: “no matarás”. El deber ser nos guía a lo que es bueno y a lo que es malo. La ley establecida es un ser, esto es, ley positiva. El delito “vive” en el ser, es decir, en la ley; el delito no vulnera la ley, vulnera el supuesto hipotético de la norma jurídica penal. Es más, el delito es **ser**, es una conducta positiva.



La CONCEPCIÓN DOGMÁTICA DEL DELITO enumera los elementos constitutivos del delito y tiene su origen en la “teoría de las normas” de Binding que dice que el delincuente vulnera el supuesto hipotético de la norma jurídica no la ley.

Edmundo Mezger se apoya en la “teoría del tipo” de Ernst von Beling que dice que cuando se infringe el supuesto hipotético de norma jurídica penal, esa infracción, ese acto

42 GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 293.

debe encajar en lo descrito por la ley como delito, es decir, la infracción debe encuadrarse al tipo penal⁴³.

El “**delito es un acto u omisión voluntaria**”, quedan descartadas las conductas que no son producidas por la voluntad, como las que se realizan por fuerza irresistible, acto reflejo o situaciones ajenas a lo patológico (sueño, sonambulismo, hipnotismo). En estos supuestos no existe conducta, por tanto no hay delito.

El “**delito es un acto típico**”, todo acto humano para considerarse como delito debe adecuarse al tipo penal. Si no hay adecuación no hay delito, o peor aún, si no hay tipo, la conducta no es delito. Por eso, todo lo que no está prohibido u ordenado, está permitido.⁴⁴

El “**delito es un acto típicamente antijurídico**” significa que el delito está en oposición a la norma jurídica, debe lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente protegido. Un acto típicamente antijurídico puede dejar de ser tal si median las causas de justificación de la acción como:

- Estado de necesidad (defensa legítima)

Se justifica en caso de estado de necesidad (por ejemplo, la legítima defensa). En la legítima defensa el agredido puede matar a su agresor; esto no es homicidio. El acto humano voluntario de defensa típicamente antijurídico (homicidio) deja de ser tal porque había un estado de necesidad extrema de defensa de la vida propia.

43 MEZGER, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.

44 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.

- Ejercicio de un derecho, oficio o cargo.
- Cumplimiento de la ley o de un deber.

El “**delito es un acto típicamente antijurídico y culpable**”. Para que la culpabilidad pueda ligarse a una persona, deben existir los siguientes elementos de culpabilidad:

- Imputabilidad;
- Dolo o culpa;
- Exigibilidad de un comportamiento distinto.

Pero la conducta deja de ser culpable si median las causas de inculpabilidad como:

- El caso fortuito;
- Cumplimiento de un deber o;
- Un estado de necesidad (por ejemplo, la legítima defensa).

Si al acto típicamente antijurídico le falta algún elemento de la culpabilidad o se dio alguna causa de inculpabilidad el delito deja de ser tal, no hay delito.

El último elemento constitutivo del delito es la ***punibilidad*** (privación de un bien jurídico a quien haya cometido, o intentado cometer, un delito). Un acto típicamente antijurídico y culpable debe ser sancionado con una pena de carácter criminal. Algunas veces a quien haya cometido un acto típicamente antijurídico y culpable no se le puede aplicar la sanción por las llamadas causas de impunidad, las mismas que desarrollaremos más adelante.

f. Concepción sociológica del delito

Desarrollado por Rafael Garófalo, Enrico Ferri, Gabriel Tarde y Emilio Durkheim. El delito, es la lesión de los senti-

mientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida que son poseídos por la comunidad y en la medida que son indispensables para la adaptación del individuo a la sociedad.

Aunque esos sentimientos son inherentes al ser humano, no son los únicos. Este concepto rechaza lo que la ley considera como delito.

CONCEPTOS DEL DELITO	
Natural	Es delito natural o social la lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad (Garófalo).
Sociológico	Son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado (Ferri).
Jurídico	- Acción típica, contraria al derecho culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la punibilidad (Beling). - Infracción a la ley de un Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañosos (Carrara). - Crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal (Feuerbach). - Acto humano sancionado por la ley (Carmignani). - Acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena (Mezger). - Hecho culpable del hombre, contrario a la ley y que está amenazado con una pena (Florián). - Acontecimiento típico, antijurídico, imputable (Mayer).
Legal	- Infracción voluntaria de una ley penal haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda. - Lesión o puesta en peligro un bien jurídico protegido legalmente con una sanción penal (Código Penal de 1991). - Acto u omisión que sancionan las leyes penales.



LIBRE ALBEDRÍO

Poder o capacidad del individuo para elegir una línea de acción o tomar una decisión sin estar sujeto a limitaciones impuestas por causas antecedentes, por la necesidad, o por la predeterminación divina. Un acto libre por entero es en sí mismo una causa y no un efecto. Está fuera de la secuencia causal o de la ley de la causalidad.

2. Sujetos del delito

a. Sujeto activo del delito

Es la persona individual con capacidad penal que realiza la conducta típica. Solamente una persona individual puede cometer delitos. Aun en los casos de asociación criminal, las penas recaen solo en sus miembros integrantes. Solo en la persona individual se da la unidad de voluntad y el principio de individualidad de la pena.

En el Código Penal se lo reconoce por la frase:

- ✍ “El que mata a otro...” (CP, art. 106°).
- ✍ “El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno...” (CP, art. 188°).

En otros casos comienza con:

- ✍ “El que expone a peligro la vida o la salud de una persona colocada bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia” (CP, art. 128°).
- ✍ “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro...” (CP, art. 387°).



SUJETO ACTIVO DEL DELITO ES la persona individual con capacidad penal que realiza la conducta típica. Solamente una persona individual puede cometer delitos.

Los artículos gramaticales, “el”, “los”, “la” nos conducen a deducir que el sujeto activo puede ser cualquiera, lo que nos lleva a los llamados **delitos impropios**. ¿Por qué? Porque son realizados por cualquier persona. Por otro lado, existen delitos que solo cometen determinadas personas como es el funcionario público, la madre, el hijo, el profesional, etc. Estos se llaman propios porque solo a esas personas se les puede imputar el delito.

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Nos hacemos la siguiente pregunta:
¿Puede una persona jurídica cometer un delito?

Tesis de la irresponsabilidad. Si por una ficción se les concede capacidad (aunque limitada a su fin) el sancionarlos sería como sancionar a una persona o seres ficticios violando el principio de que “sólo los sujetos dotados con voluntad y conciencia pueden ser sujetos activos”. Además, la pena es individual. Si se sanciona a una persona colectiva se estaría sancionando a su personalidad o sea el conjunto que componen esa persona jurídica: gerentes, directores y socios. Estos últimos nada tienen que ver y hacer con el destino de la empresa.

TESIS DE LA RESPONSABILIDAD
(Franz von Liszt y Giuseppe Maggiore)

Sostienen que si las personas colectivas son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, también deben responder por los delitos en que incurren como la estafa, el abuso de confianza, si bien no se les puede aplicar sanciones privativas de libertad, son susceptibles de sufrir sanciones pecuniarias. Las penas corporales se impondrán a sus directivos responsables.

La legislación moderna sigue esta tesis, como una solución doctrinal. En el Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal de Bucarest, en 1929, estableció una solución doctrinal entre la tesis de la irresponsabilidad y responsabilidad de las personas colectivas, sostiene que se apliquen medidas preventivas a las personas colectivas (multas, intervenciones) pero responsabiliza penalmente a sus directores que hayan cometido infracción con la cooperación o utilizando a la persona colectiva.

b. Sujeto pasivo del delito

Es el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro.

El sujeto pasivo es diferente al sujeto perjudicado.

EJEMPLO



En el rapto de un menor el perjudicado es el tutor, los padres.

En el Código Penal, se le reconoce, respondiendo a las preguntas: ¿A quién pertenece el bien o interés protegido? ¿Quién es el titular del bien? En general un bien o interés pertenece a la persona (colectiva o individual), a la sociedad o al Estado.

EJEMPLO



¿Quién tiene ese interés llamado seguridad?

El Título I del Código Penal establece que el titular de esta seguridad es el Estado; luego, si vulneramos esta seguridad el sujeto pasivo es el Estado.

Si violamos la seguridad común, la fe pública, la economía, la industria, el comercio, aparece otro sujeto pasivo: la persona jurídica, colectiva o la empresa.

Como vemos, el sujeto pasivo puede ser tanto la persona individual como la persona colectiva.

Los animales nunca son sujetos pasivos, son objetos materiales del delito, pero son protegidos por leyes para evitar su extinción.



SUJETO PASIVO DEL DELITO ES el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro.

LA PERSONA INDIVIDUAL COMO SUJETO PASIVO

El ser humano es sujeto pasivo en los siguientes casos:

- Cuando es concebido en el aborto.
- Durante su vida, en el infanticidio o en el homicidio, entre otros.
- Los “herederos” del cadáver en la profanación del lugar en que reposa a un muerto.
- En el robo, el secuestro, en la calumnia, en las injurias, en la violación, etc., la persona individual es sujeto pasivo. El bien jurídico vulnerado en el robo es su derecho al patrimonio; en el secuestro su libertad; su honor, en la calumnia; la libertad sexual, en la violación, etc.

LAS SOCIEDADES COMO SUJETOS PASIVOS

Pueden ser sujetos pasivos en los siguientes casos:

1. Tratándose de personas jurídicas como las sociedades comerciales, los perjuicios son esencialmente de carácter económico y contra su propiedad cuando se trata del robo o del hurto.
2. El Estado puede ser víctima contra su seguridad interna o externa, o sus fondos y caudales. Se considera víctima a la colectividad, no a cada uno de sus integrantes por separado. El Estado puede ser:
 - sujeto pasivo genérico, en el caso de un homicidio;
 - sujeto pasivo único, en los delitos contra la administración pública; o
 - sujeto pasivo junto a otros, en delitos financieros o cohecho.
3. También puede ser sujeto pasivo la sociedad cuando atenta contra su fe pública en los delitos de falsificación de moneda, falsificación de documentos de crédito, etc.
4. Puede ser víctima también de delito una colectividad de individuos no personificados jurídicamente.
Ejemplo: La Corte Superior de algún Distrito Judicial, que es una colectividad sin personalidad pues constituyen una colectividad dedicada a la administración de justicia.

c. Capacidad y personalidad. Persona y sujeto de derecho

Persona es aquel ser o ente con voluntad que tiene derechos y deberes fruto de su relación con sus semejantes.

Personalidad es la aptitud legal de un sujeto para ser titular de esos derechos y deberes. La personalidad es una cualidad jurídica, es una condición para ser titular de esos derechos y deberes. La personalidad es esa cualidad, es esa aptitud que le otorga el ordenamiento jurídico a la persona.

Capacidad es la medida de esa aptitud legal. La personalidad es el todo, la capacidad parte de ese todo. Por eso un ente tiene o no personalidad, no existen grados como en la capacidad.

EJEMPLO



Capacidad plena a los 18 años, capacidad relativa, capacidad parcial, etc.

RECUERDA



PERSONALIDAD ES la aptitud legal de un sujeto para ser titular de esos derechos y deberes. La personalidad es una cualidad jurídica, es una condición para ser titular de esos derechos y deberes. La personalidad es esa cualidad, es esa aptitud que le otorga el ordenamiento jurídico a la persona.

Sujeto de derecho. Se dice así cuando nos referimos a un derecho concreto de la persona (por ejemplo, si es dueño de una cosa, su derecho es concreto, entonces se lo debe llamar sujeto de derecho). En cambio se denomina persona cuando nos referimos a una aptitud abstracta de ser titular de un derecho.

EJEMPLO

 Realizar una compra o un matrimonio en un futuro más o menos cercano.

El derecho todavía no está determinado, sino solo está en forma abstracta.

d. Personas jurídicas o colectivas

Agrupación o asociación de personas físicas y bienes jurídicamente organizados y afectados a un fin común, lícito y reconocido por el ordenamiento jurídico. Los crea el hombre para satisfacer sus necesidades que no puede satisfacer en forma individual. Su origen está en la época medieval de los gremios y las corporaciones y se desarrolla junto al comercio. El primer código que recepciona esta clase de personas es el Código Civil chileno, pero es el Código Civil alemán de 1900 quien lo estructura y le reconoce personalidad.

En el diagrama de la página siguiente resumimos lo referente a los sujetos del delito.

SUJETOS DEL DELITO

Sujetos del delito: son las personas cuyos intereses (uno ilegítimo que arremete al otro) colisionan en la acción delictiva. Pueden ser indeterminados, cuando la ley no requiere una característica específica (al que), o determinados, cuando se requiere de una calidad especial para poder cometer el delito (ser servidor público para poder cometer uno de los delitos cometidos por los servidores públicos, por ejemplo, ser mayor de doce años y menor de dieciocho para poder sufrir el delito de estupro).

Sujeto activo: lo puede ser sólo la persona física, pues una acción que constituye un delito tiene una naturaleza tal, que no puede ser realizada por una persona jurídica (societas delinquere non potest), aunque se ha establecido la posibilidad de aplicar consecuencias jurídicas a estos, en casos determinados.

Sujeto pasivo: lo es todo titular de un interés que se ve perjudicado con el delito, pudiendo ser una persona individual o colectiva, y no pueden serlo ni los muertos ni los animales, por no ser titulares de ningún interés.

3. Objeto material u objeto material de la acción

Es la persona o cosa sobre la que recae la acción del sujeto activo: personas (individuales o colectivas), animales y cosas inanimadas. El objeto material no se da en todos los delitos; los de simple actividad (por ejemplo, el falso testimonio) y los de omisión simple (por ejemplo, omisión de denuncia) carecen de objeto material.

EJEMPLO

✎ En algunos delitos pueden coincidir el objeto material y el sujeto pasivo, como en el homicidio. Sin embargo, en otros delitos, se diferencian claramente.

En el robo, el objeto material de la acción es la cosa. El sujeto pasivo es el titular del interés o bien jurídico violado: el dueño de la cosa.

El objeto material del delito no debe confundirse con el instrumento del delito que son los objetos con que se cometió el delito (un cuchillo en un homicidio, una palanca en caso de robo de vivienda, etc.).

4. Objeto jurídico o bien jurídicamente protegido

Es el bien tutelado por el derecho mediante la amenaza penal. El objeto jurídico del delito o bien jurídicamente protegido es el bien o interés que está protegido por el Derecho, "lo que" la norma, mediante la amenaza de la pena, tiende a tutelar, a cuidar, de posibles agresiones.

En la falsificación de documentos el objeto material es el documento, es la cosa sobre la que recae la acción, el bien jurídico protegido que es vulnerado es la fe pública. Es este bien el que la ley penal protege. En el robo, el bien jurídico protegido es el derecho a la propiedad; el objeto material es la cosa del robo. En el delito de lesiones el bien jurídico protegido es la integridad corporal. En el delito de calumnia, el bien jurídico protegido es el honor.

Por bien se entiende toda cosa apta para satisfacer una necesidad humana. En consecuencia, puede ser objeto jurídico del delito un objeto del mundo externo o una cualidad del sujeto. Pueden tener naturaleza corpórea o incorpórea: vida, integridad corporal, honor, libertad sexual, seguridad.

Conceptualmente se puede separar de la noción de bien el de interés. Se entiende por interés a la valoración por parte del sujeto de la aptitud de la cosa (del bien) para satisfacer una necesidad.



EL OBJETO JURÍDICO DEL DELITO O BIEN JURÍDICAMENTE PROTEGIDO ES el bien o interés que está protegido por el Derecho, "lo que" la norma, mediante la amenaza de la pena, tiende a tutelar, a cuidar, de posibles agresiones.

5. Objeto formal del delito

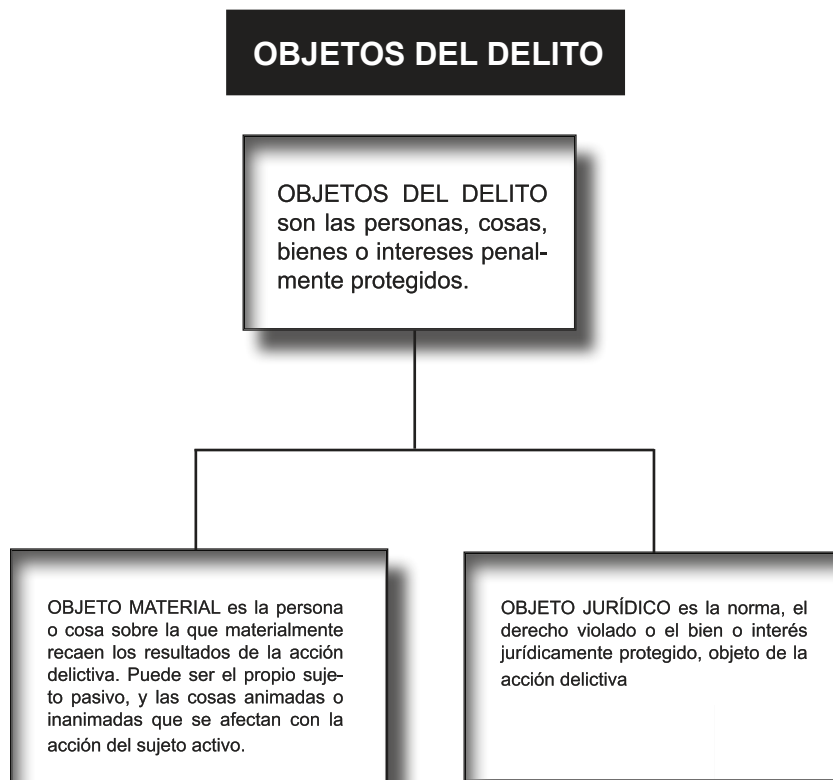
Es el fin que persigue el establecimiento de un comportamiento como delito, que es la protección de los bienes e intereses a través del *ius puniendi* estatal.⁴⁵

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

Se divide en objeto jurídico genérico o sustancial y objeto jurídico específico.

El objeto jurídico genérico o sustancial es el interés del Estado para asegurar y garantizar las condiciones de existencia de la vida en sociedad. Es el interés que el legislador tiene en la tutela de bienes jurídicos trascendentes, ya sea en las personas, sociedad o Estado.

Objeto jurídico específico es el interés propio del sujeto pasivo del delito, es decir, la persona natural o jurídica directamente ofendida por el delito. El objeto jurídico específico es la concreción del objeto jurídico genérico en el sujeto pasivo.



6. Condición necesaria del delito (*conditio sine qua non*) o criterio objetivo de punibilidad

Locución latina que significa que es necesaria una condición para que el negocio jurídico produzca sus efectos. Trasladándolo a los delitos, la *conditio sine qua non* es una condición del delito.

Para que un hecho sea considerado delito, además de la tipicidad, el acto debe cumplir con una condición exigida por la ley penal.

- Para que se configure el delito de tortura, el agente debe ser funcionario, servidor público o representante del poder del Estado. El tipo penal exige esa condición. Si ello no ocurre, se producirá otro delito (secuestro, por ejemplo) pero no el delito de tortura (art. 321º CP).
- Para que la falsificación material o de documentos se considere como delito esta falsificación debe causar perjuicio. El tipo penal exige esa condición; si la falsificación no causa perjuicio, no hay delito. Para la aplicación de la *conditio sine qua non* el acto debe causar perjuicio (art. 427º CP).

La *conditio sine qua non* no debe confundirse con las agravantes o atenuantes. Una agravante es una circunstancia del delito que aumenta la responsabilidad criminal y la penalidad consecuente. Una atenuante es una circunstancia del delito que disminuye la responsabilidad y, por ende, la pena por el delito cometido, dentro de los límites legales y de la precisión discrecional de los juzgadores. Las circunstancias del delito son acontecimientos que están presentes

en la comisión del delito, que sin modificar la naturaleza del mismo influyen en la punibilidad ya sea agravándola o atenuándola. Del latín *circunstare*, *circum*, alrededor, *stare*, estar.

Podemos concluir en este punto que la *conditio sine qua non* es una condición; la agravante y la atenuante son circunstancias.

Capítulo 2

LA ACCIÓN

Resumen de este capítulo

En este capítulo se desarrollan las diversas teorías sobre la acción, sus elementos y el sujeto de la acción. Se desarrolla también las fases de la acción, la acción y resultado, así como las distintas teorías sobre la acción y la causalidad (teoría de la equivalencia o de la *conditio sine qua non*, teoría de la causa adecuada y *teoría de la causa típica*).

I. TEORÍAS

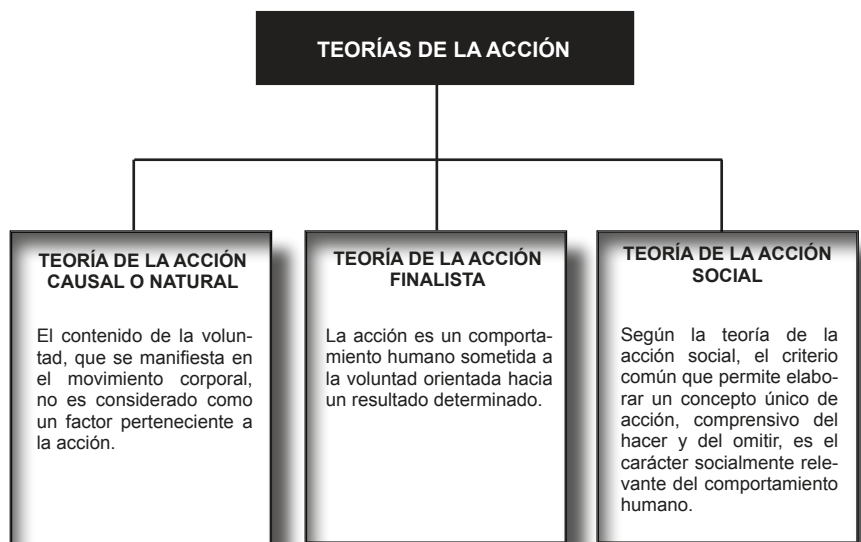
Afirmar que el derecho penal es un derecho de actos significa que la reacción punitiva tiene como referencia inicial la acción humana. Esto es el hecho que se describe en el tipo legal; que es objeto del ilícito penal y, en fin, que sirve de base a la afirmación de la culpabilidad del autor. De esta manera, resulta necesario determinar los factores que hacen de un comportamiento humano una acción penalmente relevante. La constatación del hecho que la acción es el punto de referencia inicial de la noción de la infracción no constituye sino el primer paso de su elaboración.⁴⁶ Esta supone dar respuesta a cuestiones esenciales. En primer lugar y de manera general, se plantea la interrogante de cómo debe ser concebida la acción. Dos criterios se oponen: el primero pone de relieve el aspecto ontológico de la acción y, en consecuencia, afirma su autonomía en relación al derecho. Se habla entonces de una noción óntica, “prejurídica”. El segundo criterio sostiene, por el contrario que la noción de acción sólo puede ser de carácter normativo.

Entre los múltiples aspectos que presenta este problema, es de destacar, por ahora, sólo el del rol que se atribuye a la

46 ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

voluntad en la caracterización de la acción. Otro punto crucial es el referente a la factibilidad de elaborar una noción de acción comprensiva de todas sus formas de aparición, en que se manifiesta el hacer como el omitir, el proceder doloso como el culposo. Unos la admiten, otros la rechazan y algunos llegan a sostener que es superflua.

En un aspecto esencial existe, sin embargo, un amplio consenso: el de considerar a la acción como un suceso del mundo externo que materializa una manifestación del espíritu de una persona. Suceso caracterizado, en particular, por la posibilidad de dirigirlo y controlarlo. Durante décadas, el cuestionamiento de lo que es acción ha ocupado el centro de las discusiones de los penalistas, en especial, de los germanos. A partir de 1965, más o menos, la intensidad del debate amaina y se adoptan nuevas perspectivas.



1. Teoría de la acción causal o natural

Los partidarios de la concepción causal o natural de la acción consideran a esta como un puro suceso causal. Se trataría de un comportamiento corporal (fase externa, “objetiva de la acción”), producido por el dominio sobre el cuerpo; es decir, libertad de inervación muscular, “voluntariedad” fase interna “subjetiva” de la acción: un comportamiento corporal causado mediante la voluntad. El contenido de la voluntad, que se manifiesta en el movimiento corporal, no es considerado como un factor perteneciente a la acción. Su análisis deberá realizarse, según los defensores de la teoría causal, sea al determinarse la ilicitud del comportamiento, sea al analizarse si el agente actuó culpablemente.

Sus actuales defensores han criticado y modificado este planteamiento original. Con exactitud, se afirma que es insuficiente aseverar que la acción es un movimiento corporal voluntario, ya que sólo se refiere al accionar positivo. No deja de ser tampoco correcta la opinión de Blei, en cuanto sostiene que nadie defiende ahora una pura teoría causal de la acción y que esta, en realidad, nunca ha sido sostenido, pues, el elemento voluntariedad ya contiene, sin duda, una referencia al fin. Baumann, uno de sus principales defensores, dice que acción es “conducta humana guiada por la voluntad” y hace resaltar que este concepto sólo exige que la conducta corporal sea guiada por la voluntad, y no que esté dirigida a un objetivo. Para él, su teoría de la acción es “causal” sólo en cuanto “la voluntad tiene que ser la causa de la conducta corporal” y el concepto de acción es un concepto jurídico elaborado en consideración a la situación específica del derecho penal alemán. A pesar de estos esfuerzos, la concepción causal no brinda una correcta explicación de los comportamientos omisivos, muchos de los

cuales no son producidos por un impulso de voluntad. Es el caso de las omisiones inconscientes.

EJEMPLO

 El guardavía que se duerme y no hace el cambio de agujas, produciendo un grave accidente.

A pesar de designársele con la denominación de “causal o natural”, este criterio no pretende, en realidad, describir la “naturaleza” de la acción. Se trata más bien de una noción normativa: la causalidad es elegida como nota distintiva. En este punto radica su insuficiencia, pues este elemento no es una nota distintiva del comportamiento humano y porque este puede y es, realmente, considerado desde otras perspectivas. El criterio causal implica una excesiva amplitud del concepto de acción, con el que se comprenderían diversos comportamientos que no están directamente relacionados con el suceso.

RECUERDA



SEGÚN LA TEORÍA CAUSAL DE LA ACCIÓN, el contenido de la voluntad, que se manifiesta en el movimiento corporal, no es considerado como un factor perteneciente a la acción. Su análisis deberá realizarse, sea al determinarse la ilicitud del comportamiento, sea al analizarse si el agente actuó culpablemente.

2. Teoría de la acción finalista

Oponiéndose a la teoría causal, esta concepción afirma que la acción es un comportamiento humano sometido a la voluntad orientada hacia un resultado determinado. La finalidad de la acción resulta del hecho que el hombre, consciente de su poder causal, puede prever, en cierta medida, los efectos posibles de su actividad; asimismo, él puede tratar de alcanzar fines diferentes y dirigir, según un plan, su actividad hacia un objetivo determinado. Según Welzel⁴⁷, la dirección final de una acción se cumple en dos fases. La primera, que se desarrolla en la esfera del pensamiento comprende tanto la selección, por parte del autor, del fin que quiere alcanzar; como la elección (en base a su saber causal) de los medios de acción necesarios para realizar dicho objetivo y el cálculo de los efectos concomitantes o accesorios que están vinculados a los factores causales considerados junto al logro del fin.⁴⁸ La segunda etapa, que se desarrolla en el mundo exterior, consiste en que el agente, después de haber cumplido con las operaciones antes señaladas, pone en movimiento, de acuerdo a un plan, los medios de acción (factores causales) elegidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin y los efectos concomitantes (incluidos en el complejo total a realizar).

Esta segunda etapa es, en realidad, un proceso causal determinado por la elección del fin y de los medios en el dominio del pensamiento. Posteriormente, Welzel consideró que mejor sería hablar de acción cibernética en lugar de

47 WELZEL, Hans, *Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

48 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.

finalista, por cuanto este término se conforma más a la peculiaridad determinante de la acción, esto es, su dirección y encauzamiento. Para comprender mejor la acción finalista, consideramos oportuno presentar el siguiente ejemplo, dado por Welzel⁴⁹:

EJEMPLO

A y B se proponen robar a X, inhabilitándolo previamente para resistir. Con este objeto, optan —primero— por utilizar un cinturón para sujetar a la víctima por el cuello; luego sustituyen este medio —por estimar que X podría morir asfixiado— por el uso de una cachiporra con lo cual lo aturdirían. De esta manera, los autores han escogido una meta a alcanzar; han seleccionado el medio idóneo; y, asimismo, han calculado los efectos concomitantes de su acción. Cuando A y B materializan su proyecto criminal, utilizan la cachiporra, sin lograr aturdir a la víctima; por lo que recurren al primer medio, estrangular a X con el cinturón hasta que pierde conocimiento, y dejan amarrado el cinturón en torno al cuello de la víctima, mientras se apoderan del botín. Cuando, posteriormente, aflojan el cinturón, X ha fallecido asfixiado. En esta segunda fase, los delincuentes han concretizado su plan de robar a X después de reducirlo a la impotencia. Pero, como ellos han modificado la originaria dirección de su acción —destinada a evitar la muerte de X—,

49 WELZEL, Hans, *Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

han incluido en su voluntad de realización los posibles efectos concomitantes como parte del resultado total a efectuarse para el logro del fin.

La finalidad de la acción no es lo mismo que la voluntariedad de que hablan los seguidores de la tesis causalista. Para estos es suficiente que el comportamiento puede ser referido a una manifestación de voluntad. Los finalistas, por el contrario, exigen que se determine el contenido de la voluntad. La voluntad consciente de la meta, rectora del suceso causal, constituye la columna vertebral de la acción. En los casos de los delitos dolosos, los finalistas identifican finalidad y dolo. Así, Busch sostiene que “esta voluntad de actividad final y que sustenta la acción, es idéntica al dolo —desprovisto de todo contenido ético— sea que se agote en él, sea que lo comprenda como parte de sí misma”. De esta manera, el dolo es considerado como elemento subjetivo de la acción y del injusto y se le arranca del campo de la culpabilidad.

En relación a los delitos culposos, afirman los finalistas que el objetivo de tales hechos constituye una propia finalidad del ser, un real proceso psicológico, que se refiere a un resultado extratípico. Welzel parte de una crítica severa contra el relativismo axiológico y el normativismo del pensamiento jurídico neokantiano. En las “estructuras lógico-objetivas” del mundo —impregnado de sentido por la vida comunitaria— constata la fusión de elementos críticos y axiológicos. Desde esta perspectiva, describe las “estructuras lógico-objetivas” como constantes antropológicas que

preceden al derecho y que el legislador no puede, por tanto, modificar y a las cuales debe atenerse estrictamente. En derecho penal, la estructura lógico-objetiva fundamental es, según Welzel, la acción humana caracterizada, en particular, por estar orientada hacia un fin determinado.⁵⁰



SEGÚN LA TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA, la acción es un comportamiento humano sometida a la voluntad orientada hacia un resultado determinado.

Contra esta idea esencial del finalismo se dirige la crítica que afirma la dependencia de la finalidad del comportamiento humano con relación al sistema normativo. Son los objetivos de este los que permiten caracterizar la finalidad de la acción. La noción de acción del finalismo no sería, contrariamente a sus afirmaciones, una noción crítica y prejurídica, sino más bien de carácter normativo. De modo que no se podría seguir invocando las “estructuras lógico-objetivas” para justificar el análisis de la infracción. Es cierto que es capacidad propia del hombre la de proponerse fines y de orientarse hacia ellos. Pero no siempre el hombre actúa de esta manera. Por lo que es exacto afirmar con Kaufmann que “la acción final no es sino un tipo”, un “modelo” de conducta humana, “una forma excepcional de acción”. Es de considerar que tal definición no comprende a las diversas acciones automáticas (importantes en la circulación automotriz, por ejemplo), a las acciones intempestivas y violentas y a las acciones pasionales.

50 WELZEL, Hans, *Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

Esta circunstancia es, generalmente, admitida por los partidarios del finalismo. Así, Stratenwerth dice que estos “supuestos faltan en el momento voluntario en el sentido tradicional de la teoría de la acción”; pero, al mismo tiempo, afirma que, “no obstante su carácter inconsciente, se trata de acciones dirigidas de tal manera que pueden resultar conscientes”. Este autor alemán se esfuerza, pues, en explicar que “comportamientos inconscientes son posibles de ser dirigidos hacia un fin”, y que “sólo en la medida en que lo sea, es razonable incorporarlos al concepto como objeto posible de la valoración jurídico-penal”. Este esfuerzo no logra, sin embargo, neutralizar de manera satisfactoria las objeciones formuladas contra la teoría finalista.

El concepto finalista de acción no comprende el comportamiento omisivo ni explica cabalmente la acción culposa (producción de un resultado ilícito mediante negligencia). A fin de superar las críticas que se hacen, fundamentalmente, a su concepción en el dominio de las acciones culposas, es que Welzel se refirió a la noción de cibernética. Los esfuerzos de los finalistas en este sentido no han sido efectivos; de allí que se pueda sostener que la “historia de la teoría finalista es la historia de sus diversos y cambiantes intentos para explicar los delitos culposos”. Es cierto que la acción, en un comportamiento culposo, es también una acción final; pero, asimismo, también es cierto que esta finalidad es jurídicamente irrelevante (extratípica) y que las valoraciones penales (antijuricidad y culpabilidad) no se refieren a ella.

Se ha tratado también de salvar esta objeción, sin mucho éxito, recurriendo a la noción de “finalidad potencial”. Así se dice, por ejemplo, que conducir un automóvil para llegar a un lugar determinado es una acción “realmente finalista”;

y que el atropello sobrevenido, a causa de una imprudencia del conductor, implica una “finalidad potencial”; la misma que condiciona la valoración jurídico-penal. En este sentido, para Stratenwerth la clara comprensión del doble rol de la finalidad permite esclarecer en definitiva el hecho de que tanto las infracciones dolosas como culposas se apoyan sobre el substrato de la voluntad real de acción del autor.

Se critica, igualmente, a la teoría finalista por su concepción natural del dolo (considerado sólo como fenómeno psicológico: intención) y porque la naturaleza misma de la finalidad no permite comprender al denominado dolo eventual.

3. Teoría de la acción social

De acuerdo a los partidarios de la concepción social, el criterio común que permite elaborar un concepto único de acción, comprensivo del hacer y del omitir, es el carácter socialmente relevante del comportamiento humano. Según ellos, su tesis constituye una solución intermedia entre los criterios ontológicos y los normativos puros. Por comportamiento se entiende cada respuesta del hombre a las exigencias del mundo circundante, conocidas o cognoscibles, mediante la realización de una de las posibilidades de acción que, de acuerdo a su libertad, se encuentran a su disposición. Tal respuesta puede consistir en la ejecución de una actividad final (orientada hacia un fin determinado); en la no realización (inactividad) de un acto ordenado (no necesariamente por la ley); o, en ciertos límites, en la producción de un resultado mediante un suceso en principio controlable (causalidad).⁵¹ Según esta concepción, social-

51 ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

mente relevante implica la relación del individuo con el mundo circundante (*milieu*), el que es alcanzado por sus efectos. Por lo que es necesario que el comportamiento sea eficaz hacia el exterior; siendo suficiente, en caso de omisión, la no producción de los efectos que hubiese ocasionado la acción esperada.

De esta manera, los partidarios de la acción social tratan, evitando los errores de los causalistas, de comprender las diversas formas de comportamiento. El elemento común a estas sería su carácter socialmente relevante. Determinar la importancia de la acción supone un punto de referencia que es de naturaleza normativa.

EJEMPLO

Un ejemplo claro es el de los actos omisivos. Esta forma de acción se explica solo con referencia al comportamiento omitido; es decir, se espera que alguien realice una acción determinada.

La expectativa a la ejecución de esta “acción esperada” está condicionada por una norma. Así, la tesis de la acción social —continuadora de la causalista— es también un criterio normativo que está obligado, para constituir una noción unitaria y general, a dejar de lado el substrato fáctico del comportamiento.

Las mismas observaciones se pueden formular con relación a otras propuestas tendientes a caracterizar la acción. Es el caso, por ejemplo, del criterio de Kaufmann, conocido como “teoría de la acción personal”. Según este autor, la

“acción humana” es la configuración responsable, provista de sentido, de la realidad, con consecuencias causales que la voluntad está en condición de dominar (y, por lo tanto, imputables al autor). De acuerdo a esta definición, resulta inadmisibles aceptar que la omisión constituye una “configuración de la realidad”. La discusión entre los representantes de las concepciones causalista (comprendida la de la acción social) y finalista ha perdido vehemencia e interés. Caracterizado por una orientación teórico-dogmática acentuada, el debate ha ido concentrándose en preocupaciones de índole político-criminal.

De la sucinta exposición que hemos hecho de las diferentes concepciones sobre la acción, no es posible constatar que se trata, en el fondo, de nociones elaboradas con la intervención decisiva de un elemento normativo. Es decir que los hechos calificados como acciones, en el dominio del derecho penal, son aquellos considerados por el sistema normativo jurídico. De modo que la acción no es el substrato general y previo de las categorías penales: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. De la noción de acción causal (voluntario accionar) o de la noción de la acción finalista (consideración óntica de la acción dirigida a un meta), no se puede deducir simplemente las características y los alcances de dichos elementos de la infracción. Es con la ayuda de éstos, más bien, que se logra determinar lo que para el derecho penal constituye una acción; ya sea una actividad dirigida a un fin, la producción causal de un resultado o el simple no hacer algo. Para esto se debe tener en cuenta que las normas penales tienen como referencia inicial un daño o un peligro que implican la violación de un bien jurídico.

Debido a que la consecuencia penal no es fundamentada, mediante la ley, en los mismos factores, resultan vanos los

intentos para concebir un concepto único y englobante de toda forma de accionar humano relevante para el derecho penal. Si bien de esta afirmación es factible deducir que el legislador tiene una gran libertad para vincular un determinado suceso con una sanción penal, esto no significa que su proceder sea siempre correcto y justo. Aquí entran en juego criterios axiológicos y de política criminal y que es indispensable discutir abiertamente. Al interior del sistema, lo que interesa es el comportamiento típico. De lo afirmado se deducen dos consecuencias: la primera es de índole general, la caracterización de la infracción no está condicionada en definitiva por la determinación de la noción de acción, sino más bien por la manera como se concreticen las nociones de tipicidad e ilícito. La segunda está más en relación con la problemática de la acción: la función que desempeña la noción de acción, cualquiera que sea su orientación, es de carácter negativo: sirve para eliminar —a partir de los tipos legales, en buena cuenta— los hechos irrelevantes para el derecho penal.



SEGÚN LA TEORÍA DE LA ACCIÓN SOCIAL, el criterio común que permite elaborar un concepto único de acción, comprensivo del hacer y del omitir, es el carácter socialmente relevante del comportamiento humano.

II. CONCEPTO. ELEMENTOS. FASES

1. Concepto de la acción

Acción es la conducta voluntaria que consiste en un movimiento del organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo, de vulnerar una norma prohibitiva que está dirigida a un fin u objetivo.⁵²

La *conducta activa* debe ser *voluntaria*. Si es involuntaria (por ejemplo, en el caso fortuito), la acción se excluye del campo delictivo.

La *conducta activa* debe *exteriorizarse en el mundo material*; si ocurre en el fuero interno y no llega a manifestarse, la acción también se excluye del campo delictivo.

La *posibilidad de cambio* se da en los **delitos frustrados** y en la **tentativa**. En estos delitos no es imprescindible que se produzca el cambio, en tal virtud quedan sujetos a sanción delictiva.



ACCIÓN ES la conducta voluntaria que consiste en un movimiento del organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo, de vulnerar una norma prohibitiva que está dirigida a un fin u objetivo.

2. Elementos de la acción

a. La manifestación de la voluntad (impulso volitivo)

Se traduce en un movimiento, en una conducta corporal externa, o en una actuación del agente.

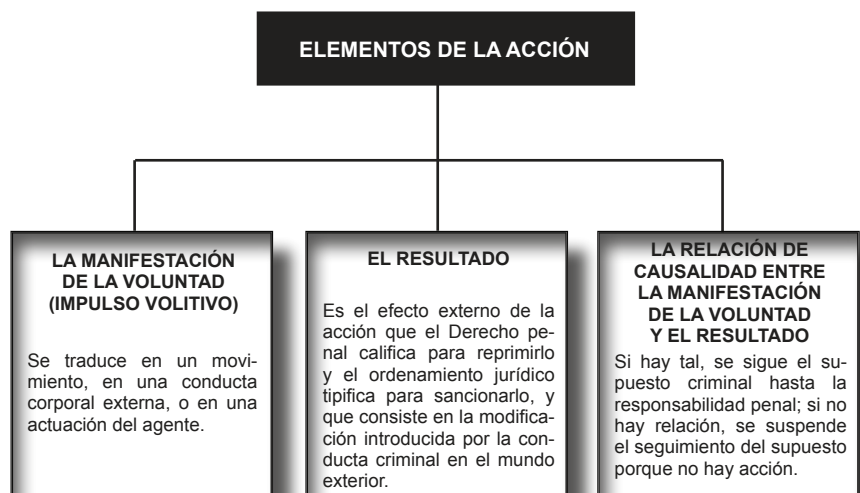
52 WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 3ª ed. (trad. de la 12ª ed. alemana), Editorial Jurídica Chile, Santiago, 1987, p. 53.

b. El resultado

Es el efecto externo de la acción que el Derecho penal califica para reprimirlo y el ordenamiento jurídico tipifica para sancionarlo, y que consiste en la modificación introducida por la conducta criminal en el mundo exterior (por ejemplo, robo, incendio) o en el peligro de que dicha alteración se produzca. Es un efecto de modificación verificable del mundo exterior trascendente en el ámbito penal. Asimismo, hay que notar que es elemento de la acción sólo en los delitos materiales.

c. La relación de causalidad entre la manifestación de la voluntad y el resultado

Si hay tal, se sigue el supuesto criminal hasta la responsabilidad penal; si no hay relación, se suspende el seguimiento del supuesto porque no hay acción. Por ejemplo, hay relación cuando alguien dispara y mata o cuando alguien arroja un animal feroz a otro, en ambos se comete delito de homicidio.



3. Sujeto de la acción

El sujeto de la acción es el ser humano, aunque el sujeto puede ser otro, pero si no es un ser humano, no puede ser considerado delito.

4. Ausencia de la acción

El obrar no dependiente de la voluntad del hombre no es “acción”. Por tal razón no hay delito cuando median⁵³:

- **Fuerza irresistible.** El concepto de fuerza irresistible ya era contemplado en el derecho romano y en el derecho común con el nombre de *vis physica* absoluta o ablativa. Podemos definirla como aquella fuerza que imposibilita desde todo punto al sujeto para moverse (o para dejarse de mover). Esto es, lo mantiene en el mismo estado en que el sujeto se encontraba en el momento en que se ve sorprendido por esa *vis physica*. Este concepto se contrapone al concepto de miedo insuperable (importante concepto en el derecho penal), y que se denominó *vis moralis*. En este caso (*vis moralis*), el sujeto sí puede moverse físicamente y por tanto posee una voluntad libre, aunque coartada en el ejercicio de su libertad. La fuerza física irresistible puede provenir de la naturaleza o de un tercero, lo importante es que produce que una persona actúe sin capacidad de control. Esta fuerza física irresistible debe ser absoluta, es decir, el sujeto no debe tener la posibilidad de actuar de otra forma.

53 BACIGALUPO, Enrique, *Manual de derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1996, p. 7.

EJEMPLO

Se produce un terremoto y las personas que viven en un edificio pugnan por salir, al llegar a las escaleras, una resbala y cae sobre otra produciéndole la muerte; en este caso, el sujeto que resbaló actuó con fuerza física irresistible —el temblor—, por lo que no hay acción.

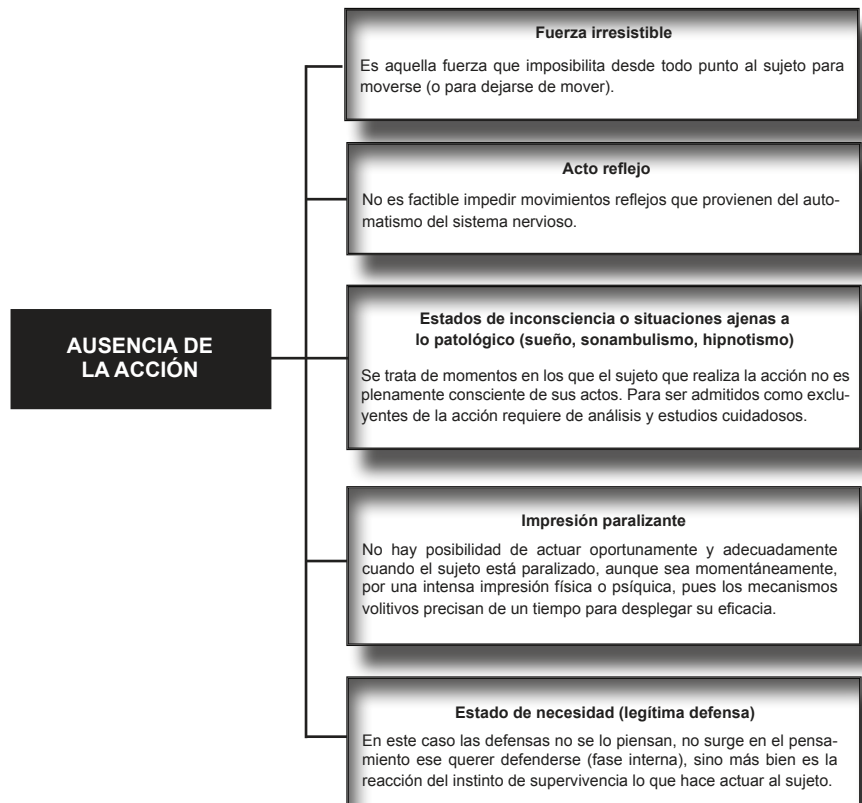
Un caso diferente se da si fue una persona la que produjo la fuerza física irresistible, pues esta sí responde.

EJEMPLO

- Si “A” empuja a “B” para que impulse a “C”, que se encuentra en el borde de un barco y, efectivamente “C” cae y muere, “A” responde por la muerte de “C”, mientras “B” sólo fue víctima de una fuerza irresistible —empujón— producido por “A”.
- El peatón es impelido contra un escape y lo rompe. No es autor el que haya sido constreñido por fuerza física irresistible. En este caso, quien hubiere ejercido violencia será sancionado.

El concepto de fuerza irresistible también es de gran importancia en el Derecho penal, porque excluye la acción del individuo, ya que quita toda voluntariedad a su conducta. O si queremos ser más preciso, el individuo que se ve afectado por una *vis physica*, no se da

en él una conducta humana. Claro está que si el individuo no ejecuta una acción, puede realizar el hecho típico, antijurídico y penado en el Derecho positivo, pero no podemos, en puridad, hablar de comisión de delito: el actor del “delito”⁵⁴ (entendamos ahora como hecho típico, antijurídico y penado), es inimputable. Así, y repitiendo lo dicho, para que podamos hablar de delito o falta debe haber una acción o una omisión, y la *vis physica* excluye la misma.



54 ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

- **Acto reflejo.** No es factible impedir movimientos reflejos que provienen del automatismo del sistema nervioso. Estos reflejos condicionados no constituyen acción ya que dichos movimientos no son controlados —o producidos— por la voluntad de la persona. Como indica el profesor Muñoz Conde: “El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que los transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores”. Es aquí donde radica la diferencia con los denominados actos de corto circuito, explicados anteriormente.

EJEMPLO

Un sujeto efectúa un movimiento brusco al tocar una conducción eléctrica, producto de lo cual hiere a otra persona

- **Estados de inconsciencia o situaciones ajenas a lo patológico (sueño, sonambulismo, hipnotismo).** Se trata de momentos en los que el sujeto que realiza la acción no es plenamente consciente de sus actos. Para ser admitidos como excluyentes de la acción requiere de análisis y estudios cuidadosos.

EJEMPLO

A, bajo efectos de la hipnosis, mata a B. A no es responsable por la muerte de B puesto que no tenía control consciente sobre sus actos.

La inconsciencia es un estado reflejo. Por ejemplo, cuando el epiléptico mata, ya existe acción humana. Sin embargo, ¿se podrá considerar que el homicida es el autor? Para probar que el acto fue realizado por un epiléptico, se debería demostrar que el cuchillo entró por el mismo orificio cuantas veces como cuchilladas se haya hecho, sin cambiar de lugar y de ángulo de entrada. ¿Esta acción estará guiada por la voluntad del epiléptico?

- **Impresión paralizante.** No hay posibilidad de actuar oportunamente y adecuadamente cuando el sujeto está paralizado, aunque sea momentáneamente, por una intensa impresión física (deslumbramiento, por ejemplo) o psíquica (como un acontecimiento imprevisible, por ejemplo, ver a la mujer de uno con otro en un estado de adulterio), pues los mecanismos volitivos precisan de un tiempo para desplegar su eficacia.
- **Estado de necesidad (legítima defensa).** En la legítima defensa también existe una ausencia de una fase que se llama fase interna de la acción. En este caso las defensas no se lo piensan, no surge en el pensamiento ese querer defenderse (fase interna), sino más bien es la reacción del instinto de supervivencia lo que hace actuar al sujeto.

Puesto que no hay delito sin acción, obviamente cuando no existe acción tampoco hay delito. Invariablemente ocurre así cuando falta una manifestación exterior, o sea, una modificación externa. No obstante, se prestan a dudas aquellos casos en que existe un hecho externo, pero respecto del cual hay una ausencia de voluntad que lo haya dirigido. Para resolverlos se ha establecido, como criterio general, que no hay acción cuando se puede afirmar que la persona

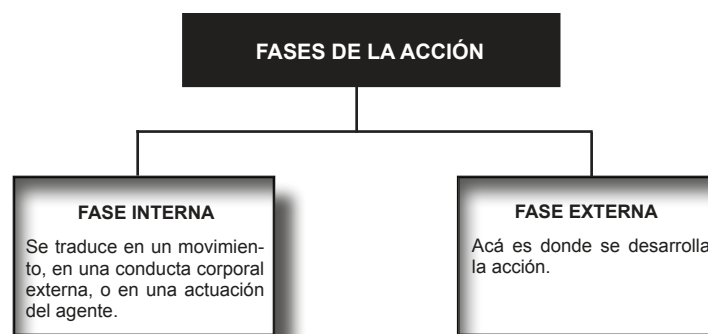
involucrada sólo ha tomado parte físicamente en el hecho, pero sin intervención de voluntad consciente en la conducción de dicho proceso causal.

5. Fases de la acción

Existen dos fases:

- *Fase interna.* En la fase interna la acción solo sucede en el pensamiento.⁵⁵
- *Fase externa.* Aquí es donde se desarrolla la acción.

Si no hay acción no hay delito, porque es una de las partes de la estructura del delito.



6. Acción y resultado

Como ya hemos señalado, el resultado es el efecto externo que el derecho penal califica para reprimirlo y el ordenamiento jurídico tipifica para sancionarlo que consiste en la modificación introducida por la conducta criminal en el mundo exterior o en el peligro de que dicha alteración se produzca.

55 VILLAVICENCIO, Felipe, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 112.

Cuando hay acción externa siempre hay resultados, este es causal de imputabilidad. La ley también castiga la simple manifestación de la acción, por ejemplo la tentativa.



EL RESULTADO ES el efecto externo que el derecho penal califica para reprimirlo y el ordenamiento jurídico tipifica para sancionarlo que consiste en la modificación introducida por la conducta criminal en el mundo exterior o en el peligro de que dicha alteración se produzca.

El efecto no se da en todos los delitos, por ejemplo, no se da en los **delitos formales**, en estos el delito se perfecciona con la sola manifestación de la voluntad o la tenencia de maquinas para delinquir.

EJEMPLO

En los delitos de falsificación de documentos, calumnia o falso testimonio basta, para configurarlos, la posesión de máquinas para la falsificación, la manifestación de la voluntad imputando un delito a otro o la sola juramentación en falso, sin que sea necesaria la producción de un resultado.

En los delitos formales jamás se da la tentativa, este sólo se da en los delitos materiales

Igualmente en los *delitos frustrados* no hay resultado. Por eso el resultado no siempre es un elemento esencial para que un delito se perfeccione.

III. LA ACCIÓN Y LA CAUSALIDAD

1. Teoría de la equivalencia o de la *conditio sine qua non* (von Bury)

Hay un conjunto de causas y condiciones. El Derecho penal tiene que fundar la imputabilidad y por ende la responsabilidad criminal en una sola causa o condición.

Esta teoría dice que si un sujeto ha puesto una de las condiciones o causas para un resultado antijurídico es responsable criminalmente no solo de esa causa sino del conjunto de causas. De ahí el nombre de *equivalencia*.

EJEMPLO

Un sujeto hiere a otro, pero no mortalmente. La víctima es llevada en una ambulancia que, en su trayectoria a un hospital, vuelca aporatosamente y se produce la muerte del herido. El autor de la herida es homicida porque si no le hubiese herido no hubiera sido llevado en la ambulancia.

El autor es responsable del conjunto de causas y condiciones que llevaron a tomar la ambulancia.

2. Teoría de la causa adecuada (von Kries)

Según esta teoría, hay que elegir del conjunto de condiciones una adecuada para causar el resultado de acuerdo a lo que se considera corriente y normal en la vida.

EJEMPLO

Si alguien golpea a otro en la nariz, es normal que sangre. Pero si luego, negligentemente, muere por desangramiento, el golpe no es la causa de esta muerte, por tanto, el autor es irresponsable penalmente.

¿Quién debe determinar cuál es la causa adecuada para que se produzca un resultado? La doctrina dice que se debe determinar teniendo en cuenta los conocimientos del hombre medio y de modo particular del autor.

La *teoría de la equivalencia* amplía la responsabilidad; la *teoría de la condición adecuada* favorece la irresponsabilidad, aunque también favorece a descartar otras causas.

3. Teoría de la causa típica (Ernst von Beling, Edmundo Mezger)

Acepta la teoría de la causa adecuada pero sólo en relación a cada tipo delictivo. Se debe aceptar la condición más adecuada del matar, del robar, siempre y cuando haya un solo criterio en definir qué es robar, qué es matar.

Capítulo 3

LA OMISIÓN

Resumen de este capítulo

En este capítulo se estudia la omisión, su definición y sus elementos. Se analizan las clases de los delitos de omisión (delitos de simple omisión y delitos de comisión por omisión), la omisión y otras figuras penales como el caso fortuito, el delito frustrado o tentativa acabada, la tentativa, el delito material (o de resultado) o la imputabilidad.

I. DEFINICIÓN Y ELEMENTOS

1. Definición

La omisión es el delito o falta consistente en la abstención de una actuación que constituye un deber legal, como la asistencia a menores incapacitados o a quien se encuentra en peligro manifiesto y grave. Es el comportamiento voluntario de no hacer algo que el ordenamiento jurídico esperaba que el sujeto hiciese. Esta acción negativa u omisión vulnera la norma imperativa.⁵⁶

2. Elementos

Para que se configure esta omisión se deben considerar estos elementos:

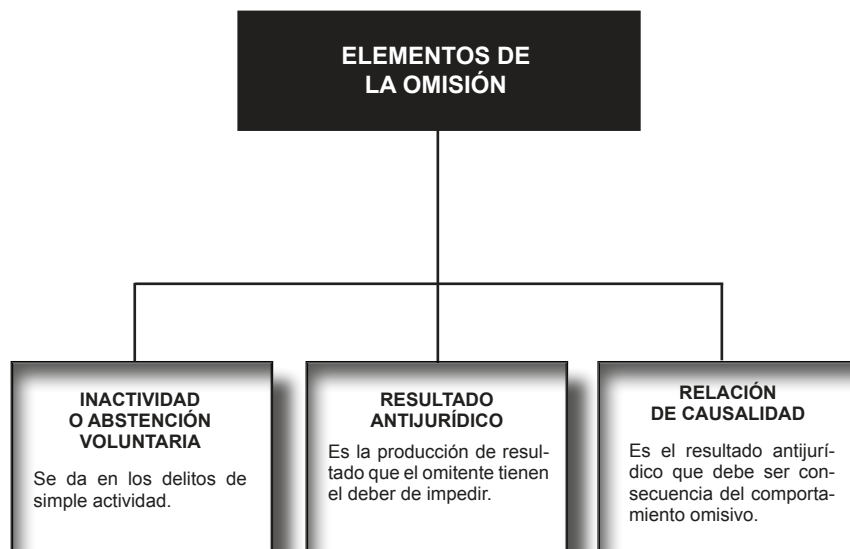
1. Inactividad o abstención voluntaria. Se da en los delitos de simple actividad.
2. Resultado antijurídico, es decir, la producción de resultado que el omitente tiene el deber de impedir.

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 237.

3. Relación de causalidad. Es el resultado antijurídico que debe ser consecuencia del comportamiento omisivo.



LA OMISIÓN ES el delito o falta consistente en la abstención de una actuación que constituye un deber legal.



II. DELITOS DE OMISIÓN

Aquí la ley vulnerada es imperativa, y se distinguen en:

1. Delitos de simple omisión

Es el no hacer lo que la ley manda. Vulnera la norma imperativa. Por ejemplo, del deber de denunciar.



Código Penal

Artículo 407º.- Omisión de denuncia.- El que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si el hecho punible no denunciado tiene señalado en la ley pena privativa de libertad superior a cinco años, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

2. Delitos de comisión por omisión

Hacer lo que no se debe, dejando hacer lo que se debe.

El delito de comisión por omisión alcanza el resultado mediante una abstención.

EJEMPLO

1. Dejar de amamantar.
2. Enfermera que deja de alimentar al paciente para que muera.
3. Abandono de hijos menores.

III. LA OMISIÓN Y OTRAS FIGURAS PENALES

1. Omisión y causalidad

¿Existe o no causalidad en la omisión? Unos dicen que no hay relación causal, puesto que no hay conducta, pero otros dicen que sí hay relación causal; el no hacer voluntario de lo que la norma ordena realizar causa daño.

EJEMPLO

En el retardo de justicia, se causa daño moral y económico.

2. Caso fortuito

Es el acontecimiento humano dañoso, involuntario e imprevisible que no pudo ser previsto o que aún previéndolo, era imposible evitar.

EJEMPLO

El chofer que conduce a velocidad permitida y observando las reglas (hombre diligente), pero que atropella a un peatón que se le cruza, sin que pueda frenar.

3. Delito frustrado o tentativa acabada

Es la realización de todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo pro-

ducen por causas independientes de la voluntad del sujeto activo. Es, en todo caso, punible.

EJEMPLO

El chofer que conduce a velocidad permitida y observando las reglas (hombre diligente), pero que atropella a un peatón que se le cruza, sin que pueda frenar.

4. Tentativa

En la tentativa se da inicio a la ejecución de un delito, pero este se interrumpe por causa ajena a la voluntad del agente.

5. Delito material (o de resultado)

El que se consume mediante la producción de un daño efectivo que el delincuente se propone. El acto produce un resultado.

EJEMPLO

1. En el asesinato, el resultado de la acción es la muerte de una persona.
2. En el robo, el resultado es la aprehensión de la cosa.

6. Imputabilidad

Es la capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuridicidad de su conducta y de no adecuar la misma a esa comprensión.

7. Delito formal (delitos de actividad, delitos sin resultado o de simple actividad)

Aquel en que la ley no exige, para considerarlo consumado, los resultados buscados por el agente. Basta el cumplimiento de hechos conducentes a esos resultados y el peligro de que estos se produzcan o basta también la sola manifestación de la voluntad.

Capítulo 4

LA TIPICIDAD

Resumen de este capítulo

En este capítulo se estudia la tipicidad. Se realiza una definición del tipo, la faz objetiva del tipo, la teoría de la imputación objetiva y el resultado. Se estudia también las causas de justificación, el tipo penal, la tipicidad y la tipificación penal, los elementos del tipo (subjetivos, normativos, objetivos y constitutivos), las funciones del tipo, la evolución del tipo penal, el tatbestand y corpus delicti, la importancia del tipo, la estructura del tipo, la ausencia de tipo y el juicio de tipicidad. Este capítulo se ocupa también de la causalidad, la imputación objetiva y la imputación subjetiva.

I. EL TIPO

1. Definición

El tipo es una figura que crea el legislador para hacer una valoración de determinada conducta delictiva. En sencillas palabras, podemos decir que **es una descripción abstracta de la conducta prohibida**. Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes.

2. Faz objetiva del tipo

a. Conducta

Es toda actuación controlada y dirigida por la voluntad del hombre que causa un resultado en el mundo fenomenológico.



EL TIPO ES una figura que crea el legislador para hacer una valoración de determinada conducta delictiva. Es una descripción abstracta de la conducta prohibida.

b. Nexa entre la conducta y el resultado

La prueba de la relación de causalidad es un elemento imprescindible en los delitos de resultado para calificar como típica a la conducta. La teoría causal más extendida y comúnmente admitida es la *teoría de la equivalencia de condiciones*, si bien no en su versión tradicional (*conditio sine qua non*) sino como teoría causal que explica lógicamente porque a una acción le sigue un resultado en el mundo exterior, según las leyes de la naturaleza (Puppe). Una vez constatada la existencia de una relación de causalidad, en algunos supuestos será necesario comprobar que, además, la conducta es imputable a su autor. Esta atribución se realiza, según la teoría de la imputación objetiva, en base a criterios normativos limitadores de la causalidad natural. En primer lugar, habría que constatar que la conducta o acción incrementó el riesgo prohibido y, a continuación, que el riesgo creado fue el que se materializó efectivamente en el resultado producido.

3. Teoría de la imputación objetiva

Ante la crítica doctrinal de la teoría de la causalidad en España y Alemania, se elaboró esta teoría alternativa. Existen tipos penales de cuya causalidad se duda o que, siendo causales, se duda de su tipicidad. El ejemplo más claro de esta crítica son los delitos omisivos. En estos tipos, la no realización de una conducta es lo que se pena, pero no es racionalmente posible atribuir a esa inacción el posible resultado posterior; pues no se sabe qué sucedería si el agente hubiese actuado como se lo pide la norma. Ante este obstáculo, la doctrina ha elaborado la teoría del “riesgo típicamente relevante”, para poder atribuir tipicidad a una acción. En primer lugar se analiza si, efectivamente, la conducta realizada despliega un riesgo de entre los tutelados por la norma penal.

EJEMPLO

En caso de un delito comisivo, el análisis de una conducta homicida deberá determinar que disparar a otro con un arma de fuego es una conducta que despliega un riesgo de los contemplados por la norma que prohíbe el homicidio, es decir, que es idóneo para entrar dentro de la descripción normativa de homicidio.

De esta forma, causar la muerte a otro clavándole una aguja en el dedo, provocando así una reacción química inesperada, no es un riesgo de los previstos por la norma penal, pues el clavar una aguja a otra persona no es una conducta socialmente vista como suficientemente riesgosa para causar un homicidio (aunque, efectivamente, exista una relación causal). Por el otro lado, en el supuesto de un delito omisivo, como el no socorrer a alguien que está en peligro, la conducta de no hacer nada no es causal del posible daño posterior, pero sí despliega un riesgo de los previstos por la norma. Es decir, no hacer nada ante esa situación es justamente aquello que la norma penal busca prevenir (igual que la del homicidio busca evitar las conductas socialmente consideradas idóneas para matar). A partir de la constatación de ese riesgo típicamente relevante, se debe constatar que el resultado (la muerte, las lesiones, etc.) es expresión de ese riesgo, y no fruto de otras conductas o eventos ajenos al agente. Este último análisis no se realiza en delitos llamados “de mera actividad”, en los que no hace falta un resultado para que haya delito (omisión de socorro, allanamiento de morada, etc.).

4. Resultado

El resultado es la consecuencia externa y observable derivada de la acción (manifestación de voluntad). Los códigos penales castigan en algunos casos la *acción* (delitos de simple actividad) y en otros el *resultado* que se deriva de esta (delitos de resultado). Pero también puede haber conductas de no hacer o dejar de hacer que traen como consecuencia un resultado y puede ser formal o material.

Eugenio Raúl Zaffaroni define el tipo penal como un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptivos, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas).

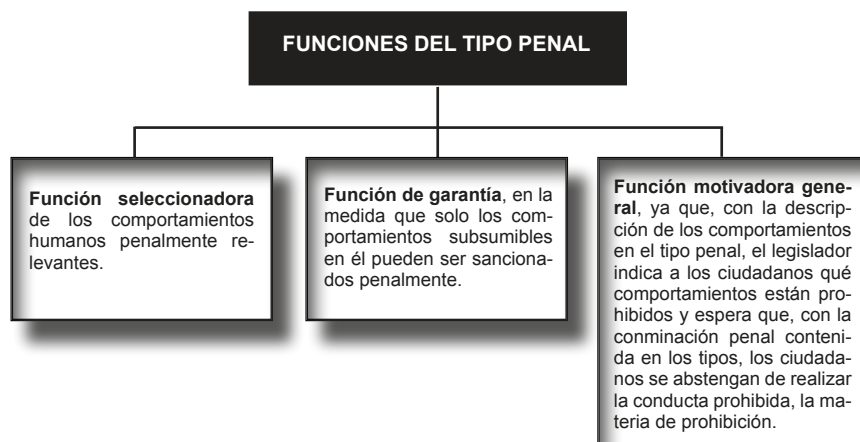
Hans Welzel nos dice que el tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual.

José Hurtado Pozo señala que toda disposición jurídico-penal completa está constituida por dos partes: el precepto y la sanción. El tipo legal es concebido como el conjunto de todos los presupuestos necesarios para aplicar la pena. Es decir, todas las circunstancias (antijuricidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad, etc.) que caracterizan las acciones punibles y que, por tanto, fundamentan la consecuencia jurídica.



SEGÚN HANS WELZEL, el tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual.

Francisco Muñoz Conde afirma que el tipo es, por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal. El tipo tiene, en derecho penal, una triple función: a) una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes; b) una función de garantía, en la medida que solo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente; c) una función motivadora general, ya que, con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida, la materia de prohibición.



El tipo tiene, en derecho penal, una triple función: a) una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes; b) una función de garantía, en la medida que solo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente; c) una función moti-

vadora general, ya que, con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida, la materia de prohibición.

Günter Stratenwerth, dice que el concepto de tipo se refiere solo a las circunstancias de hecho que fundamentan el ilícito. Como es natural, su núcleo tiene que ser —en los delitos de acción— la descripción de la acción prohibida. Pero las acciones tienen un lado externo y otro interno. Por ello, es conveniente clasificar los requisitos particulares del tipo en aquellos que caracterizan la conducta por lo externo y aquellos otros que lo hacen por lo interno. En correspondencia con ello, se distingue entre tipo objetivo y tipo subjetivo.

Santiago Mir Puig divide en tres los elementos estructurales del tipo: la conducta típica, sus sujetos y sus objetos. La conducta típica tiene una parte objetiva y otra subjetiva. La parte objetiva del tipo abarca el aspecto externo de la conducta. Solo en determinados tipos —como veremos, llamados “delitos de resultado”— se exige además un efecto separado de la conducta y posterior a ella (por ejemplo, la muerte de la víctima en el tipo de homicidio). Este resultado separado no es, pues, un elemento necesario de todo tipo. La parte subjetiva del tipo se halla constituida siempre por la voluntad —consciente, como en el dolo, o sin conciencia suficiente de su concreta peligrosidad, como en la imprudencia—, y a veces por especiales elementos subjetivos (por ejemplo, el “ánimo de lucro” en el delito de hurto). De otro lado, los sujetos de la conducta típica son: el sujeto activo (quien realiza el tipo); el sujeto pasivo (el ti-

tular del bien jurídico-penal atacado por el sujeto activo) y el Estado (llamado a reaccionar con una pena). Finalmente, los objetos del delito son: el objeto material (u objeto de la acción), que es la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción y, el objeto jurídico equivale al bien jurídico, es decir, el bien objeto de la protección de la Ley.

Javier Villa Stein afirma que el comportamiento humano, para resultar delictivo, tiene que reunir los caracteres descritos en algún o algunos de los supuestos paradigmáticos contenidos en el catálogo de delitos y penas. A estos supuestos paradigmáticos de conducta, se les conoce como tipos penales. Asimismo, clasifica a los tipos del siguiente modo: (i) por la modalidad de la acción (tipos de resultado y de mera actividad, tipos de acción y de omisión, tipos de medios determinados y resultativos, tipos de un acto, de pluralidad de actos y alternativos); (ii) por los sujetos (tipos comunes y tipos especiales; tipos de mano propia; tipos de autoría y de participación); y (iii) por el bien jurídico (tipos de lesión y tipos de peligro).



JAVIER VILLA STEIN CLASIFICA A LOS TIPOS del siguiente modo: (i) por la modalidad de la acción (tipos de resultado y de mera actividad, tipos de acción y de omisión, tipos de medios determinados y resultativos, tipos de un acto, de pluralidad de actos y alternativos); (ii) por los sujetos (tipos comunes y tipos especiales; tipos de mano propia; tipos de autoría y de participación); y (iii) por el bien jurídico (tipos de lesión y tipos de peligro).

Felipe Villavicencio Terreros nos dice que el tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el

legislador (del contenido, o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual. El tipo es un instrumento legal, pues pertenece al texto de la ley. El tipo viene a ser la más valiosa consecuencia del principio de legalidad.

En síntesis, podemos decir que el tipo es consecuencia del principio de legalidad, pertenece a la ley, describe todos los presupuestos de una conducta prohibida que son pasibles de una sanción penal, señalando la conducta típica, los sujetos —activo y pasivo— y los objetos —material y jurídico— que son protegidos legalmente. El tipo tiene una triple función: seleccionadora, de garantía y motivadora.

II. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Se denominan también causas eximentes o causas de exclusión del injusto. Son situaciones admitidas por el propio derecho penal que eliminan la antijuridicidad de un acto voluntario insumible en un tipo de delito y lo tornan jurídicamente lícito. Es decir, las acciones hacen en tipicidad (el acto se subsume al tipo), pero no en antijuridicidad, donde el comportamiento es justo. Estas situaciones que “hacen perder la antijuridicidad” a la acción típica tienen origen en un estado de necesidad como es la legítima defensa, el ejercicio de un derecho, oficio o el cargo, o cumplimiento de la ley o un deber.



CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN, causas eximentes o causas de exclusión del injusto son situaciones admitidas por el propio derecho penal que eliminan la antijuridicidad de un acto voluntario insumible en un tipo de delito y lo tornan jurídicamente lícito.

El estado de necesidad tiene doble ubicación sistemática: es causa de justificación también es causa de inculpabilidad de la conducta. Tiene esta doble ubicación porque subsana la inconveniencia de mantener *a priori* una clasificación de las causas de justificación y causa de inculpabilidad. La determinación de su naturaleza queda librada a la jurisprudencia o a la doctrina.⁵⁷



LA TIPICIDAD NO SE DEBE CONFUNDIR con el tipo penal o con la tipificación penal, ni con la calificación penal.

III. EL TIPO PENAL, LA TIPICIDAD Y LA TIPIFICACIÓN PENAL

1. Tipo penal

Es la descripción de un acto omisivo o activo como delito establecido en el presupuesto jurídico de una ley penal. Los tipos penales están compilados en Parte Especial del un Código Penal. El tipo penal es el concepto legal. El tipo penal es la descripción de las acciones que son punibles, y se las compila en un código.⁵⁸

57 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi; Buenos Aires, 1999. También en: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, presentación y notas de Percy García Caverro, Ara, Lima, 2004.

58 BACIGALUPO, *Manual de derecho penal. Parte general*, cit., p. 212.

Por ejemplo podemos citar la norma jurídico-penal:



Artículo 188°.- Robo.- El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

Los tipos penales están compilados en Parte Especial de un Código Penal. El tipo penal es el concepto legal y se las compila en un código.

2. Tipicidad

*Es la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito. La adecuación debe ser *jurídica*, no debe ser una *adecuación social*.*

EJEMPLO



Como ejemplo de esta adecuación social podemos citar los siguientes: invitar una copa a servidor público (cohecho) o golpes en el boxeo (lesiones).

Estos se estiman comportamientos *adecuados socialmente*; no deben considerarse típicos y mucho menos antijurídicos ni penalmente relevantes.

La **tipificación penal** es la criminalización de una norma de cultura realizada por el legislador y establecida en una ley penal.

La *tipicidad* lo aplica el juez, la *tipificación* lo realiza el legislador, la **calificación** de un comportamiento como delito lo hace el fiscal.



LA TIPICIDAD ES la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito.

3. Categorías del tipo

- **Graves**

Este tipo establece delitos graves con sanciones penales también agravadas, como pueden ser el asesinato, el parricidio, etc.

- **Menos graves**

Las sanciones son menos graves. Por ejemplo, la sanción para el homicidio es más corta que para el asesinato.

- **Leves**

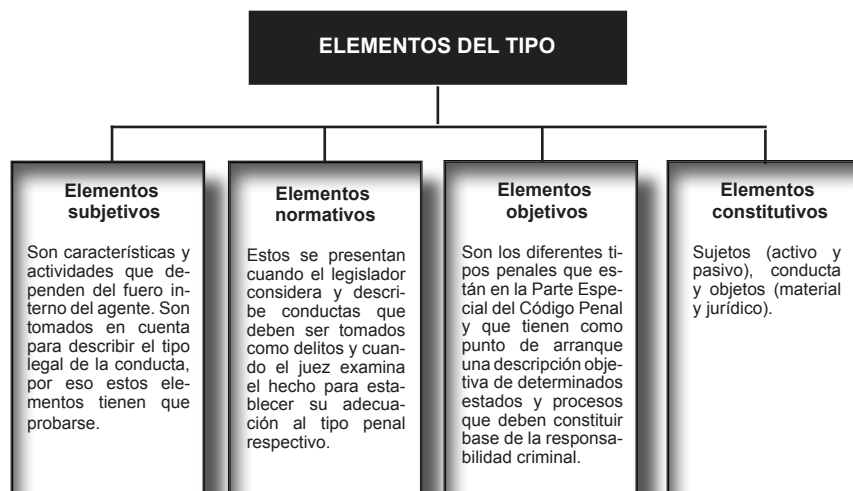
Las consecuencias jurídicas son leves. Por ejemplo, el castigo para el dolo.

4. Elementos del tipo

• Elementos subjetivos

Son características y actividades que dependen del fuero interno del agente. Son tomados en cuenta para describir el tipo legal de la conducta, por eso estos elementos tienen que probarse.

Precisamente las alocuciones “El que, a sabiendas, ...” o “Quien se atribuya falsamente la calidad de titular...”, que usa el Código Penal para describir tipos delictivos, aluden a los elementos subjetivos de los mismos. Se debe probar que sabía; se debe probar que actuó en calidad de titular, etc.



• Elementos normativos

Estos se presentan:

1. Cuando el legislador considera y describe conductas que deben ser tomados como delitos.

2. Cuando el juez examina el hecho para establecer su adecuación al tipo penal respectivo.

- **Elementos objetivos**

Son los diferentes tipos penales que están en la Parte Especial del Código Penal y que tienen como punto de arranque una descripción objetiva de determinados estados y procesos que deben constituir base de la responsabilidad criminal.⁵⁹

- **Elementos constitutivos**

Sujetos (activo y pasivo), conducta y objetos (material y jurídico).

5. Funciones del tipo

a. Función garantizadora

- Garantiza a los ciudadanos contra toda clase de persecución penal que no esté fundamentada en norma expresa dictada con anterioridad a la comisión del hecho, excluyendo de este modo de aplicar las leyes penales por analogía o en forma retroactiva.
- Evita que alguien sea juzgado sin el lleno de los requisitos legales. El juez no podrá enjuiciar como ilícitos aquellos comportamientos que no se adecuen a alguno de ellos, aun cuando parezcan manifiestamente injustos o contrarios a la moral.
- Garantiza aquel postulado democrático en virtud del cual es lícito todo comportamiento humano que no esté legalmente prohibido.

⁵⁹ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1997, T. I, p. 305.

b. Función fundamentadora

- Fundamenta la responsabilidad penal en sentido amplio, porque tanto la imposición de una pena como la aplicación de una medida de seguridad requieren que el sujeto activo haya realizado una acción adecuada al tipo penal.
- Una conducta no puede ser calificada como delictiva mientras el legislador no la haya descrito previamente y conminado con sanción penal.



Código Penal:

Artículo II.- Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

- Los tipos penales permiten diferenciar una figura penal de otra, por semejante que parezca, en aspectos atinentes a sus elementos constitutivos (sujetos, conducta, objetos).

EJEMPLO



El peculado y el hurto constituyen formas ilícitas de adquirir cosa ajena. Se distinguen por la calidad del sujeto (servidor público y cualquier persona) y respecto a la naturaleza del objeto material de la acción (bienes públicos y cosas muebles).

- El tipo penal sirve de soporte para el instituto de la *participación criminal* porque dada la naturaleza accesorio de esta, solo podrá ser considerado partícipe punible quien ha colaborado con el autor de una acción adecuada a un tipo penal.

c. Función motivadora

- Con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida.

d. Función sistematizadora

- La teoría del tipo ha servido para tender puente de unión entre la parte general y la parte especial del derecho penal.



EL TIPO PENAL SIRVE de soporte para el instituto de la participación criminal porque, dada la naturaleza accesorio de esta, solo podrá ser considerado partícipe punible quien ha colaborado con el autor de una acción adecuada a un tipo penal.

6. Evolución del tipo penal

a. Etapa de la independencia del tipo

Ernst von Beling (1906) decía que el tipo tiene un carácter puramente descriptivo y sin conexión con la conducta o con la antijuridicidad. Dice que el tipo es la descripción del delito, que señala sus elementos constitutivos en cada clase de delito sin hacer ninguna valoración.

b. Etapa indiciaria

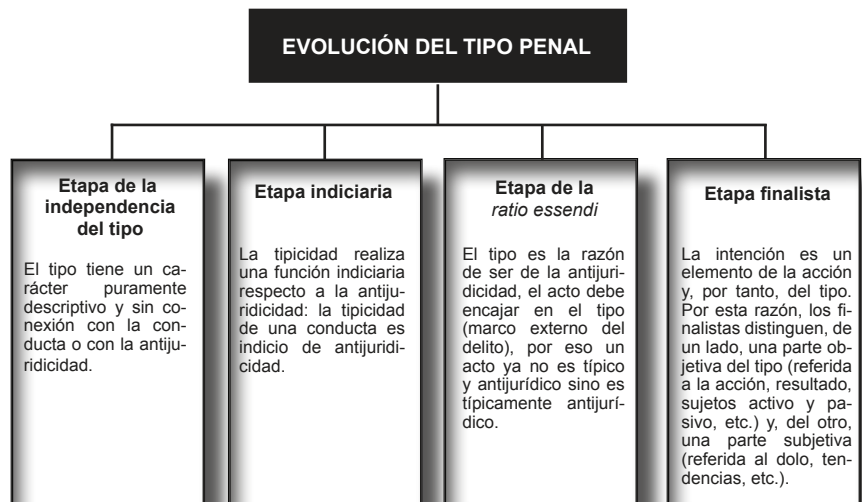
Karl Binding critica la *teoría de Beling* y dice que la tipicidad realiza una función indiciaria respecto a la antijuridicidad: la tipicidad de una conducta es indicio de antijuridicidad.

Hasta estas etapas se explicaba y se entendía que el tipo era solo un esquema rector del delito, que estaba en el exterior y no era considerado como elemento. Un acto era típico y antijurídico.

c. Etapa de la *ratio essendi*

Mezger critica esta concepción, dice que el tipo es la razón de ser de la antijuridicidad, el acto debe encajar en el tipo (marco externo del delito), por eso un acto ya no es típico y antijurídico sino es típicamente antijurídico.

Modernamente se entiende por tipo penal al elemento inseparable y previo a la antijuridicidad que tiene como función la garantía de legalidad.



d. El tipo en la teoría finalista de la acción

Un razonamiento totalmente opuesto al mantenido por Ernst von Beling y a la concepción dominante en la doctrina, es defendido por los representantes de la *teoría finalista de la acción*.

Partiendo de la aseveración de que la acción se caracteriza, fundamentalmente, por estar orientada hacia un *fin* determinado, ellos consideran a la intención como un elemento de la acción y, por tanto, del tipo. Por esta razón, los finalistas distinguen, de un lado, una parte objetiva del tipo (referida a la acción, resultado, sujetos activo y pasivo, etc.) y, del otro, una parte subjetiva (referida al dolo, tendencias, etc.).⁶⁰

7. Tatbestand y corpus delicti

Tatbestand proviene de *tat*, ‘hecho’ y *bestehen*, ‘consistir’. De ahí que Sebastián Soler exponga que *tatbestand* significa ‘aquello en que el delito consiste’. En el tecnicismo penal, la traducción penal que predomina, a sugerencia de Jiménez de Asúa, es la de ‘tipicidad’.

Se han sugerido también las versiones de ‘encuadrabilidad’ y la de ‘caso penal’. La jurisprudencia chilena y mexicana prefiere traducir *tatbestand* como ‘cuerpo del delito’. Pero Jiménez de Asúa no está de acuerdo con esto, ya que dice que “el cuerpo del delito es el objeto material del mismo y, en todo caso, el instrumento con que se perpetra”⁶¹.

60 ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

61 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito. Principios del Derecho penal*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 578.

8. Importancia del tipo

Es importante porque desempeña las funciones de garantía procesal y penal.

a. Garantía procesal

Si el supuesto de hecho encaja en la descripción, es decir, si hay suficientes indicios de culpabilidad, solo así se dictará auto de culpa. Sobre esta base recién el plenario comprobará si dicha conducta fue antijurídica y culpable.

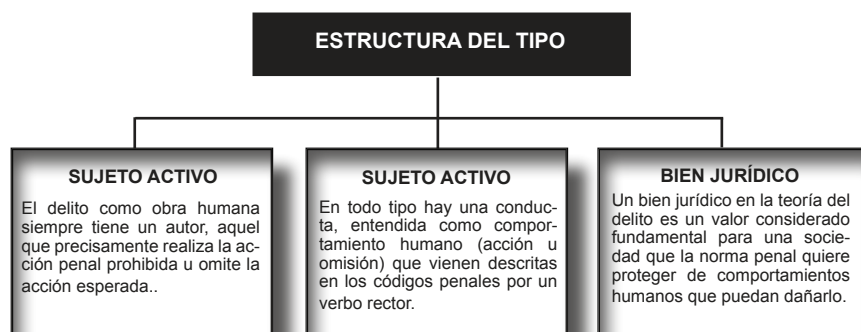
b. Garantía penal

Si las leyes se refieren a modos de obrar, es obvio que nadie puede ser penalmente inculcado por lo que es sino sólo por lo que hace. Así, nadie puede ser obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni privarse de lo que no prohíban.

9. Estructura del tipo

Significa esto que en la composición de todos los tipos siempre están presentes los siguientes elementos:

1. Sujeto activo;
2. Conducta; y
3. Bien jurídico.



a. Sujeto activo

El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquel que precisamente realiza la acción penal prohibida u omite la acción esperada.

EJEMPLO



Se reconoce en los códigos penales a dicho sujeto con expresiones impersonales como: “El que mata...” (artículo 106° CP) o “Quien realice actividades...” (artículo 220°, inc. b, CP). O también con expresiones personales como “El funcionario público que abusando...” (artículo 167°, CP).

b. Conducta

En todo tipo hay una conducta, entendida como comportamiento humano (acción u omisión) que vienen descritas en los códigos penales por un verbo rector.

EJEMPLO



Citaremos algunos: “...mata...” (artículo 106°, CP), “...causa a otro una lesión...” (artículo 441°, CP), “...produce alarma...” (artículo 249°, CP), “...se alza en armas...” (artículo 346°, CP), etc.

c. Bien jurídico

La norma penal tiene la función protectora de bienes jurídicos. Un bien jurídico en la teoría del delito es un *valor*

considerado fundamental para una sociedad que la norma penal quiere proteger de comportamientos humanos que puedan dañarlo. Este valor es una cualidad que el legislador atribuye a *determinados intereses* que una sociedad considera fundamental para el vivir bien.

10. Ausencia de tipo

Esto supone que el hecho cometido no es delito; el hecho no está descrito en el Código Penal como delito. La ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley⁶².

11. Juicio de tipicidad

La tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo, coinciden. A este proceso de verificación de denomina juicio de tipicidad, que es un proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base el bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal.⁶³ La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho hace la ley penal⁶⁴. La tipicidad significa tan sólo que la conducta contradice la prohibición o mandato asegurados penalmente⁶⁵. La carac-

62 JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito. Principios del Derecho penal*, cit., pp. 578 y ss.

63 VILLAVICENCIO, Felipe, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 296.

64 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 4ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 496.

65 STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 4ª ed. totalmente reelaborada, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 128.

terística de una acción de adecuarse a un tipo legal constituye la tipicidad⁶⁶, pero no debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta. La tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal⁶⁷.

En síntesis, la tipicidad pertenece a la conducta y cuando se realiza el juicio de tipicidad se verifica si una determinada conducta se ha adecuado a un tipo penal.



EL JUICIO DE TIPICIDAD ES un proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base el bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal.

IV. LA CAUSALIDAD

1. Teorías sobre la causalidad en derecho penal

A efecto de determinar cuándo podemos atribuir o imputar un resultado disvalioso, Jakobs asume que debemos realizar como primer punto de estudio un juicio natural de causalidad entre la acción y el resultado. Este análisis epis-

66 HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, p. 406.

67 ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 455.

temológico causal ha sido conceptualizado por diferentes teorías, desde las propuestas naturalistas más puras, como la teoría de la equivalencia de las condiciones, hasta otras de corte neokantiano, que introducen aspectos valorativos al juicio de causalidad, como son la teoría de la condición adecuada y la relevancia.

Hemos considerado irrenunciable, sin ánimo exhaustivo, describir la evolución histórica de las más importantes teorías, previas a la imputación objetiva, que explican la relación antecedente/consecuente de la acción con el resultado injusto: la teoría de la equivalencia o *conditio sine qua non*, la teoría de la adecuación o condición adecuada y finalmente la teoría de la relevancia.

a. Teoría de la equivalencia

Los problemas relativos a la causalidad tienen su origen a finales siglo XIX en los planteamientos empíricos positivistas de John Stuart Mill. Doctrina, a su vez, adaptada al ámbito jurídico por el procesalista austriaco Julius Glaser y por el magistrado del tribunal supremo alemán Maximilian 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**. Ella parte de la base que es causa del resultado toda condición que ha intervenido en su *producción* con su *independencia* de su mayor o menor proximidad temporal. Por esta razón es también conocida como teoría de la equivalencia, puesto que todas las condiciones del resultado se consideran equivalentes. Identificar 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 postura, establecer la causalidad como condición era suficiente para afirmar la presencia del tipo objetivo.



LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE ACCIÓN Y RESULTADO parte de la equivalencia o igualdad entre cada uno de los antecedentes o condiciones físicas previas al resultado.

En otros términos, la relación de causalidad entre acción y resultado parte de la equivalencia o *igualdad* entre cada uno de los antecedentes o condiciones físicas previas al resultado. La causalidad consiste en que la acción del autor, de alguna manera, fue eficaz en la producción del resultado. Cualquier circunstancia, en el sentido de las ciencias naturales que haya sido causal para el resultado, es también causal en sentido jurídico. De acuerdo con la teoría de la equivalencia de condiciones, no se puede distinguir entre factores que han determinado el resultado y, por tanto, tampoco se puede distinguir entre causa y condición. Cada factor, dentro de esta teoría, que haya contribuido al resultado es causa. De acuerdo con esta propuesta, se parte del principio de que cada acontecimiento natural tiene como antecedente una causa, pues cada acontecimiento es determinado.⁶⁸

68 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

La teoría de la equivalencia, a pesar de haber sido aceptada universalmente como la doctrina que mejor explica los procesos causales en la teoría del delito, no por ello no acepta una supervisión crítica.



DE ACUERDO CON LA TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE CONDICIONES, no se puede distinguir entre factores que han determinado el resultado y, por tanto, tampoco se puede distinguir entre causa y condición.

2. Dificultades prácticas de la teoría de la equivalencia

a. *Regressus ad infinitum*

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 conduce a un *regressus ad infinitum*. Lo anterior conduce a afirmar que también será causa de un homicidio (y, por tanto, responsable el autor de la acción que se trate) no sólo el acto de contraer los músculos de la mano derecha que permitieron la percusión del arma homicida, sino también el acto quirúrgico ejecutado por el médico tratante, que recuperó el proceso motriz perdido, en momentos previos por el autor del evento que se juzga. El desconocimiento del médico impide la imputación del tipo subjetivo. Ante ello, no existe mayor dificultad; no obstante agreguemos un plus hipotético (*ex curso* que adelanta nuestra exposición) en esta descripción ficticia: el médico tratante sabe las ulteriores intenciones

del paciente, darle muerte a otro, percutiendo un artefacto de fuego, necesitando una mano derecha hábil para ello; en efecto, si el traumatólogo no restablece a su paciente su endeble mano derecha, este nunca hubiese podido ejecutar su objetivo criminoso conforme a su plan.

Como ha asumido Jakobs, la prohibición de regreso se configura únicamente, cuando una conducta causal anterior es por definición inocua.

En este sentido, afirma que el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral y arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inofensivo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo a una organización no permitida. Por consiguiente, existe una prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento insustancial (como curar la mano derecha del sujeto de nuestro ejemplo) no constituye participación en una organización no permitida (el homicidio)



SEGÚN JAKOBS, la prohibición de regreso se configura únicamente, cuando una conducta causal anterior es por definición inocua.

Es en este contexto normativo en el que Jakobs advierte el ámbito principal de la prohibición de regreso, es decir, de la prohibición de recurrir o retornar, en el marco de la imputación, a personas que si bien causalmente (desde una perspección física o cognitiva) podrían haber evitado el curso lesivo —hubiese bastado la voluntad de hacerlo— a pesar de la no evitación, no han quebrantado su rol de ciu-

dadanos que se comportan de conformidad a las expectativas sociales. En una sociedad organizada en reparto de tareas (división del trabajo), con un intercambio de información y de bienes extremadamente complejo (que denominamos, siguiendo a Durkheim, solidaridad **orgánica**), ha de diferenciarse de manera rigurosa lo que es el sentido objetivo de un contacto social y qué es lo que los intervinientes pretenden con ese contacto desde el punto de vista subjetivo (*animus*).

b. Las dificultades como método de comprobación posterior

La fórmula de la hipótesis negativa, se ha definido como un método de comprobación posterior que no arroja ninguna luz sobre el fundamento material de la relación causal. Esta teoría solo es aplicable cuando ya se ha comprobado en supuestos anteriores la eficacia de la condición, pues en el caso 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 algún influjo en la producción del resultado.

La dificultad aludida ha sido ejemplificado por Roxin: “Si se quiere saber si la ingestión de un somnífero durante el embarazo ha causado la malformación de los niños nacidos subsiguientemente, no sirve de nada suprimir mentalmente el consumo del somnífero y preguntar si en tal caso habría desaparecido el resultado; pues a esa pregunta sólo se puede responder si se sabe si el somnífero es causal o no respecto de las malformaciones. Pero si eso se sabe, la pregunta está de más.”⁶⁹

69 Loc. cit.

Cuando la dogmática requiere de una teoría que explique satisfactoriamente en qué momento estamos ante una relación causal relevante para el sistema penal, la doctrina que se trate deberá ser capaz de formular un marco teórico que presente posturas generalizadas frente a cualquier acontecimiento, es decir, una interpretación *ex ante* que no necesite fatalmente de datos empíricos. Los hechos históricos o planteos hipotéticos podrán ser desenlazados sin la necesidad de apelar a la experiencia en casos análogos, de lo contrario la doctrina carecerá de persuasión dogmática. En este orden, la doctrina de la equivalencia pretende explicar cuándo una acción es antecedente de un resultado; no obstante, requiere la identificación empírica de ese resultado como consecuencia necesaria del acto desvalorado. Sin conocimientos previos (el dogmático), conforme a este método de análisis, no podrá resolver la cuestión de causalidad controvertida, que justificaría epistemológicamente la teoría de la equivalencia.



LA DOCTRINA DE LA EQUIVALENCIA pretende explicar cuándo una acción es antecedente de un resultado; no obstante, requiere la identificación empírica de ese resultado como consecuencia necesaria del acto desvalorado.

c. Casos de causalidad alternativa

En este caso, varias condiciones independientes, actúan conjuntamente, siendo cada una de ellas suficiente para la producción del resultado.⁷⁰ Todas ellas son efectivas al mis-

70 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi; Buenos Aires, 1999. También en: BACIGALUPO ZAPATER, Enri-

mo tiempo para el resultado disvalioso. La hipótesis de la supresión mental no nos sirve en este caso para afirmar la relevancia de determinado acto alternativo a otros igualmente eficientes, como causa de la consecuencia final.

EJEMPLO



Sin concierto previo, A y B vierten suficiente cantidad de veneno (cada uno) en el café de C, con el propósito de darle muerte. A consecuencia de la conducta disvaliosa de A y B (esta es, la desviación deliberada del rol social que exige la protección de la vida humana, en el sentido de evitar la creación de un riesgo capaz de concretar el tipo objetivo de homicidio), C finalmente muere.

Para determinar la relación causal de A con el resultado muerte, conforme al postulado epistemológico de la equivalencia de las condiciones, se requiere inexorablemente la supresión hipotética de su conducta y habrá finalmente dicha conexión antecedente/consecuente, si desaparece hipotéticamente el resultado *ex post*. No obstante, como bien apreciará el lector, el resultado muerte persiste. Por ello la conclusión prescrita por la fórmula de la igualdad de las condiciones será sencillamente insoportable: **no existe nexo causal entre la conducta de A y el resultado muerte.**

Alguna doctrina alemana ha propuesto una modificación de la teoría de la equivalencia ante los casos de causalidad

que, *Derecho penal. Parte general*, presentación y notas de Percy García Caveró, Ara, Lima, 2004.

alternativa: si hay varias condiciones, que pueden suprimirse mentalmente cada una de manera alternativa, pero no acumulativa, sin que el resultado desaparezca, cada una es causal para el resultado.

A pesar de ello, la modificación de la base teórica de la igualdad de las condiciones implica, necesariamente, una nueva postura dogmática que admite la debilidad del planteamiento primigenio.

V. IMPUTACIÓN OBJETIVA

La imputación requiere comprobar, primero, si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y, segundo, si el resultado es producto del mismo peligro. Estos dos criterios son la base para la determinación de la imputación objetiva.

JURISPRUDENCIA

De acuerdo a la moderna teoría de la imputación objetiva no puede atribuirse objetivamente el resultado a quien con su acción no ha creado para el bien jurídico ningún riesgo jurídicamente desaprobado; que en el presente proceso es del caso absolver al quedar demostrado la licitud del contrato de compraventa suscrito entre el sentenciado y el agraviado, sin que se infiera que la disposición patrimonial haya sido a consecuencia de un error inducido por el encausado (R.N. N° 1767-97-Lima).

A partir de estos dos principios es posible diferenciar entre **imputación objetiva de la conducta** e **imputación objetiva del resultado**. En este sentido, la creación del riesgo debe apreciarse *ex ante* y la realización del resultado conjuntamente con la relación de causalidad debe apreciarse *ex post*.

1. Imputación a la conducta

a. Riesgo permitido

Hay riesgos tolerables como permisibles debido a la utilidad social que ellas implican; pero si el individuo rebase más allá de ese riesgo, el resultado ocasionado debe de ser imputado al tipo objetivo.

JURISPRUDENCIA

“El riesgo socialmente aceptado y permitido que implica conducir un vehículo motorizado no desemboca necesariamente en la penalización del conductor cuando produce un resultado no deseado, ya que sería aceptar que el resultado es pura condición objetiva de punibilidad y que basta que se produzca, aunque sea fortuitamente, para que la acción imprudente sea ya punible. Absurdo que se desvanece a nivel doctrinario con la teoría de la imputación objetiva, en el sentido de que sólo son imputables objetivamente los resultados que aparecen como realización de un riesgo no permitido implícito en la propia acción (Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 6 de agosto de 1998, Exp. N° 8653-97).

b. Riesgo insignificante

Siendo el bien jurídico el encargado de darle significación a la realización típica, creemos que también no son imputables las conductas que le suponen una insignificante afectación.

EJEMPLO



El que sin derecho priva a otro de su libertad personal por breves minutos reteniéndolo en un transporte colectivo.

JURISPRUDENCIA

La actitud de la procesada de haber dado un nombre distinto al real, quien tiene derecho a mentir en la creencia de resguardarse de la acción punitiva del Estado, no ha causado perjuicio a nadie, por lo que debe ser absuelta en este extremo (Ejecutoria Superior del 21 de abril de 1998, Exp. N° 7945-97).

c. Principio de confianza

Quien realiza un comportamiento riesgoso, en general lícito, actúa confiado en que quienes participan con él van a actuar correctamente, conforme a las reglas preexistentes.

EJEMPLO



El conductor que cruza en luz verde espera que los demás respeten la luz roja.

d. Prohibición de regreso y las conductas neutrales

Se constituye como un criterio delimitador de la imputación de la conducta a ciertos comportamientos que pueden haber sido causales, pero que se hallan fuera del interés del derecho penal.

JURISPRUDENCIA

1. Estando demostrado que el acusado se limitó a desempeñar su rol de taxista, tal comportamiento debe ser calificado de inocuo, ya que no es equivalente, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado, aun cuando en algún momento del desarrollo de la acción haya tenido conocimiento de la ilicitud de los hechos desplegados por sus contratantes; pues ello no es sustento suficiente para dar lugar a alguna forma de ampliación del tipo (Ejecutoria suprema del 7 de marzo del 2001, R.N. N° 4166-99).
2. En autos no se encuentra acreditado que la encausada absuelta hubiera incurrido en el ilícito penal de tráfico ilícito de drogas, puesto que al ser propietaria del inmueble donde se arrendaban cuartos no

supone participación en la conducta de sus inquilinos, lo que está corroborado por el sentenciado, quien manifestó igualmente que las especies con adherencias de droga, las utilizó para transportar la pasta básica de cocaína húmeda que se encontró en su poder; actuando así está dentro de una conducta adecuada y dentro de un ámbito de confianza; no siendo así atendible otorgar, en este caso con tales elementos, reprochabilidad penal a la propietaria (Ejecutoria suprema del 24 de noviembre del 2004, R.N. N° 608-2004-Ucayali, considerando primero).

3. Que a los efectos de delimitar el aporte propiamente típico del partícipe es de tener presente, como anota la doctrina jurídico penal, que existe un ámbito de actuación de este último que es inocua y cotidiana, y que sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso, lo que obliga a distinguir entre intervenciones propias y creación de una situación en que otros realizan el tipo [...]; que las funciones que realizó el citado imputado no están fuera de las que le correspondían [...]; que, en efecto, mandar recoger o, en su caso, recepcionar cuatro cheques, colocarles su visto bueno, y de ese modo que se hagan efectivos y que dicho monto se deposite en la cuenta personal en el propio banco del entonces Presidente Regional de La Libertad, aun

cuando procedan de bancos distintos al Banco de Crédito, constituyen operaciones bancarias propias del ámbito de actuación del Jefe de Banca Personal I y, en sí mismas, no pueden considerarse como actos idóneos de facilitación o apoyo para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito (Ejecutoria Suprema de la Sala Penal del 16 de setiembre del 2004, R.N. N° 2270-2004-La Libertad).

e. Ámbito de competencia de la víctima

Si es la misma víctima quien con su comportamiento contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido, esté no se realizará en el resultado.

JURISPRUDENCIA

Quien organiza un festival de rock con la autorización de la autoridad competente, asume al mismo tiempo las precauciones y seguridad a fin de evitar riesgos que posiblemente pueden derivar de la realización de dicho evento, porque de ese modo el autor se está comportando con diligencia y de acuerdo al deber de evitar la creación de riesgos; que, de otra parte, la experiencia enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataformaailable como imprudentemente le dieron uso los agraviados

creando así sus propios riesgos de lesión; que, en consecuencia, en el caso de autos la conducta del agente de organizar un festival de rock no creó ningún riesgo jurídicamente relevante que se haya realizado en el resultado, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo (Ejecutoria Suprema del 13 de abril de 1998, Exp. N° 4288-97-Ancash).

2. Imputación al resultado

El presupuesto de la imputación objetiva del resultado es la imputación de la conducta, sin embargo, tampoco es suficiente una simple sucesión de estos dos criterios sino que además es necesaria una relación objetiva entre ellas.⁷¹

a. Relación de riesgos

El resultado causado debe verse como realización del riesgo inherente a la conducta.

b. Riesgos concurrentes

Se niega la imputación cuando a pesar que el resultado ha sido causado por una conducta que creó un riesgo prohibido, sin embargo el resultado final es producto de otro riesgo ajeno al sujeto.

71 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

EJEMPLO



El que dispara a matar a otro y sólo lo lesiona, y luego producto de un incendio muere en el hospital.

c. Nexos causales desviados

Se verifica si el supuesto se desarrolló dentro de los márgenes del riesgo que objetivamente existían durante la realización del riesgo en el resultado, no lo que el agente se haya imaginado sobre las consecuencias de su conducta.

EJEMPLO



El que hace caer a otra persona al mar para que muera ahogado, pero al precipitarse se golpea la cabeza en una roca y fallece.

d. Interrupción del nexo causal

Son modificaciones de la causalidad natural siempre y cuando ésta genere un aumento o anticipe en el tiempo el resultado, mediante la intensificación del peligro.

EJEMPLO



La víctima herida mortalmente que recibe un nuevo disparo de un tercero, y a consecuencia de éste, fallece.

e. Consecuencias tardías

Son aquellas que no hayan sido captadas como parte del conflicto social generado por la primera lesión, y consecuentemente, no conmuevan la confianza en la norma que prohíbe el segundo resultado.

EJEMPLO



Quien causa una lesión grave a un camibista, que le inhabilita a caminar, y años después, esta persona, al ser asaltada en la vía pública, y ante su imposibilidad de huir, es ejecutada por los asaltantes.

f. Fin de protección de la norma

El resultado debe estar comprendido dentro del fin de protección de la norma penal donde se va a prever las conductas delictivas.

EJEMPLO



El sujeto que mata a otro y la anciana madre de la víctima, al recibir la noticia de su muerte, fallece de una falla cardiaca.

3. Imputación del resultado en el ámbito de responsabilidad por el producto

a. Cumplimiento de deberes

No hay imputación objetiva cuando el agente haya actuado bajo una obligación específica derivada de su función o profesión.

El acto médico constituye —como afirma un sector de la doctrina penalista nacional— una causal genérica de atipicidad.

JURISPRUDENCIA

La sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considerada típica, en la medida que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso —justificación— sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo la sanción al médico que lo incumple (Ejecutoria Suprema del 22 de diciembre del 2004, R.N. N° 1062-2004-Lima, considerando séptimo).

b. Obrar por disposición de la ley

No hay imputación objetiva cuando el agente ha actuado en cumplimiento de un deber jurídico.

EJEMPLO



El padre que ejerce su derecho de corrección.

c. Consentimiento

Si concurre consentimiento no hay necesidad de intervención del derecho penal, quedan fuera del ámbito de protec-

ción de la norma y con ello se excluye la imputación objetiva, pues la libre determinación del titular prevalece sobre el interés social en la conservación del sustrato material.⁷²

EJEMPLO



El que daña, destruye o inutiliza una cosa con el consentimiento del propietario.

VI. IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1. El dolo

El dolo ha sido definido por numerosos e importantes autores. Según Hernando Grisanti, el dolo es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley tipifica como delito. Según Francesco Carrara el dolo es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley. Manzini define al dolo como la voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho está reprimido por la ley. Luis Jiménez de Asúa dice que el dolo es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas

72 Loc. cit.

y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se requiere.



EL DOLO ES el conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible.

En suma, puede decirse que el dolo es conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible. El dolo está integrado entonces por dos elementos: un elemento cognitivo (conocimiento de realizar un delito), y un elemento volitivo (voluntad de realizar un delito o en pocas palabras significa: “El querer de la acción típica”).⁷³

En las diversas escuelas penales modernas la discusión en relación con el dolo se ha escenificado sobre el alcance que se le da al elemento cognitivo del dolo y su ubicación sistemática.



EL DOLO ESTÁ INTEGRADO POR DOS ELEMENTOS: un elemento cognitivo (conocimiento de realizar un delito), y un elemento volitivo (voluntad de realizar un delito o en pocas palabras significa: el querer de la acción típica).

Es así como para el causalismo —escuela penal alemana que tuvo su auge entre 1870 y 1930 aproximadamente en ese país—, clásico y neoclásico, el elemento cognitivo del

73 Loc. cit.

dolo comprende el conocimiento de los hechos, esto es, el conocimiento del comportamiento que se está realizando, y el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, es decir, el conocimiento de que el comportamiento que se está realizando se encuentra prohibido por el derecho penal. El dolo en el causalismo es concebido como un elemento o característica de la culpabilidad, categoría en la cual se evalúan la mayor parte de los aspectos subjetivos o psicológicos del hecho punible.

Por el contrario, para el finalismo —escuela penal germana que tuvo su esplendor entre 1945 y 1960 aproximadamente—, el elemento cognitivo del dolo sólo abarca el conocimiento de los hechos, valga decir, el conocimiento del comportamiento que se está realizando. El dolo en el finalismo es ubicado como un elemento de la tipicidad, conformando el denominado tipo subjetivo del delito doloso. El conocimiento de la antijuridicidad, o sea, el conocimiento de que el comportamiento que se realiza está proscrito por el derecho penal, es deslindado del dolo y es concebido como un elemento de la culpabilidad.

2. Error de tipo como cara negativa del dolo

El error de tipo en todos los casos elimina el dolo, restando sólo la posibilidad de considerar una eventual tipicidad culposa si se trata de un error vencible (siempre que se encuentre prevista la estructura típica para el delito de que se trate [confusión propia del tipo delictivo])⁷⁴.

74 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi; Buenos Aires, 1999. También en: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, presentación y notas de Percy García Caverro, Ara, Lima, 2004.



EL ERROR DE TIPO no es más que la falta de representación requerida por el dolo. El error de tipo será vencible cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, pueda salir del error en que se hallaba y, por ende, no realizar el tipo objetivo.

El error de tipo no es más que la falta de representación requerida por el dolo. El error de tipo será vencible cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, pueda salir del error en que se hallaba y, por ende, no realizar el tipo objetivo. En tal supuesto, si existe tipo culposo y se dan los demás requisitos de esa tipicidad, la conducta será típica por imprudencia, pero nunca por dolo. Cuando el agente, aplicando el cuidado debido, tampoco hubiese podido salir del error en que se hallaba, la acción no sólo será atípica del tipo doloso sino también de su eventual tipicidad culposa.

En síntesis: el error de tipo excluye siempre la tipicidad dolosa (sea vencible o invencible); siendo vencible puede haber tipicidad culposa (si existe tipo legal y si se dan los demás requisitos de esta estructura típica; y cuando sea invencible elimina también toda posibilidad de tipicidad culposa).

3. Clases de dolo

a. Dolo directo

Se produce cuando un sujeto se representa en su conciencia el hecho típico, es decir, el hecho constitutivo de delito. En el dolo directo el autor tiene el total control mental

de querer y saber cuál es la conducta típica que se plantea realizar y la comete, independientemente de que aquella acción dé sus resultados esperados.

EJEMPLO



Juan decide matar a Diego por envidia, llega a la puerta de su casa, lo espera, lo ve y le dispara al corazón.

b. Dolo indirecto

Es aquel que se materializa cuando el sujeto se representa el hecho delictivo, pero no como un fin, sino como un hecho o efecto inevitable o necesario para actuar o desarrollar la conducta típica.

EJEMPLO



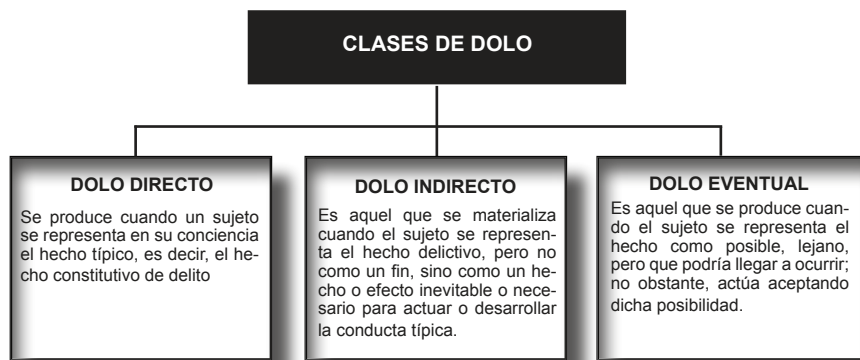
Roberto quiere dar muerte a Pedro, le pone una bomba en el auto, la bomba explota y producto de ello mueren la señora y los hijos de Pedro. La finalidad no es matar a la familia, pero es necesario.

c. Dolo eventual

Es aquel que se produce cuando el sujeto se representa el hecho como posible, lejano, pero que podría llegar a ocurrir; no obstante, actúa aceptando dicha posibilidad.

EJEMPLO

 La persona que le tira una flecha a un sujeto que tiene una manzana sobre la cabeza.



4. La culpa

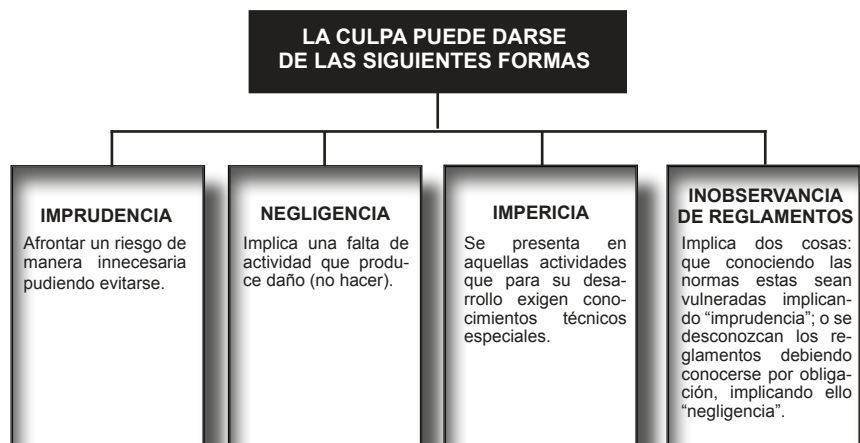
El tipo culposo individualiza una conducta (al igual que el doloso). La conducta no se concibe sin voluntad, y la voluntad no se concibe sin finalidad; la conducta que individualiza el tipo culposo tendrá una finalidad, al igual que la que individualiza el tipo doloso.

Pero el tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad sino porque en la forma en que se obtiene esa finalidad se viola un deber de cuidado.

La culpa puede darse de las siguientes formas:

- **Imprudencia:** Afrontar un riesgo de manera innecesaria pudiendo evitarse.

- **Negligencia:** Implica una falta de actividad que produce daño (no hacer).
- **Impericia:** Se presenta en aquellas actividades que para su desarrollo exigen conocimientos técnicos especiales.
- **Inobservancia de reglamentos:** Implica dos cosas: que conociendo las normas estas sean vulneradas implicando “imprudencia”; o se desconozcan los reglamentos debiendo conocerse por obligación, implicando ello “negligencia”.



5. Causas de atipicidad

Las causas de atipicidad se dan en los supuestos en los que concurren unas determinadas circunstancias que suponen la exclusión de la tipicidad de la conducta, negando con ello su inclusión dentro del tipo penal.

6. Error de tipo

Es el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo. Es la falla de la conciencia de los elementos del tipo penal, ya

sea por error o ignorancia. Es el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo.

El error de tipo tiene como efecto principal eliminar el dolo. Si el dolo es la voluntad de realizar el tipo objetivo con conocimiento de todos y cada uno de sus elementos, evidentemente el error que recae sobre el conocimiento de alguno de los componentes objetivos eliminará el dolo en todos los casos.

En efecto, el error de tipo se presenta bajo dos formas: a) invencible; b) vencible. En los dos casos se elimina el dolo, pero en el segundo de los supuestos deja subsistente la imprudencia, siempre y cuando se encuentre inculpatado el tipo culposo.

La consecuencia que se prevé para este tipo de error es —al desaparecer el dolo— la atipicidad de la conducta si el error es invencible, y el castigo con la pena del delito culposo, cuando el error es vencible, siempre que esté tipificado, ya que hay un sistema cerrado con relación a los tipos penales culposos. Resulta entonces que si no hay tipo culposo, aunque el error sea vencible, la conducta resultará atípica.⁷⁵



EL ERROR DE TIPO TIENE COMO EFECTO PRINCIPAL eliminar el dolo y se presenta bajo dos formas: a) invencible; b) vencible. En los dos casos se elimina el dolo, pero en el segundo de los supuestos deja subsistente la imprudencia, siempre y cuando se encuentre inculpatado el tipo culposo.

75 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

**JURISPRUDENCIA NACIONAL
RELACIONADA CON ESTE CAPÍTULO**

IMPUTACIÓN OBJETIVA

Principio de responsabilidad penal: falta de imputación objetiva por prohibición de regreso

“En el análisis de si las conductas devienen en penalmente relevantes es necesario determinar el rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción. El concepto de rol está referido a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables, de modo que el quebrantamiento de los límites que nos impone dicho rol es aquello que objetivamente se imputa a su portador. Una vez establecido esto, cabe afirmar, que tratándose de actividades realizadas por una pluralidad de agentes, la comunidad que surge entre ellos, no es, de manera alguna, ilimitada, ya que quien conduce su comportamiento del modo adecuado socialmente, no puede responder por el comportamiento lesivo de la norma que adopte otro. Por ello, queda demostrado que el procesado se limitó a desempeñar su rol de taxista, el cual, podríamos calificar de inocuo, ya que no es equivalente, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado. De otro lado, se ha establecido en autos que el citado encausado, en un momento determinado del desarrollo de la acción, tuvo pleno conocimiento de la ilicitud de los hechos desplegados por sus contratantes, lo cual tampoco es sustento suficiente

“[No] importa individualizar quién de los agresores sustrajo la billetera... por cuanto por lógica se colige, que el acusado al pedir el dinero y obtener una respuesta negativa del agraviado, lo agrede con un puñete y después desaparece el dinero ... [Basta] la intención en el ilícito submateria con la intencionalidad de facilitar el robo ... [En] tal situación, se hace permisible la aplicación del principio de reparto funcional de roles, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, por la forma como han actuado en agravio de su víctima...” (Santos Peña/Estrella Cama/Salinas Valenzuela. Exp. N° 98-0429-070701JP06).

IMPUTACIÓN SUBJETIVA (DOLO)

“Que del análisis de las pruebas actuadas, se advierte que el encausado Marino Huamán Pillaca utilizó el documento falso como si fuera legítimo para trasladarse a la ciudad de Nazca, realizándose el comportamiento exigido por el tipo penal para la consumación del delito, pues lo realizó conscientemente; que además, se advierte que de su uso ha resultado un perjuicio

para la agraviada Esther Rina Libera Gerenia Núñez”. (R.N. N° 418-2004, Lima. Corte Suprema de Justicia - Segunda Sala Penal Transitoria).

Determinación del tipo penal - dolo eventual.

“La opinión dominante ha estimado que no puede ser suficiente la representación de la alta probabilidad del resultado para imputarlo a título de dolo. Conforme a la ‘teoría de la aceptación’, representativa de una posición volitiva, debe ponerse el acento en un elemento emocional. Si acaso el autor aprueba el evento no pretendido, hay que investigar si se había contentado con la producción del resultado –dolo eventual– o si él, livianamente, con un injustificado optimismo, había actuado con la confianza de que todo va a salir bien, supuesto este, en el cual solo habrá culpa consciente. Aquí ha jugado un papel preponderante la ‘segunda fórmula de Frank’, según la cual, un sujeto actuaría en forma dolosa si se dijera: ‘Sucedá así o de otra manera, en cualquier caso continúo adelante con mi acción’”. (Exp. N° 23231-2004. Caso Utopía).

Dolo eventual y culpa consciente: diferencia.

“Lo que diferencia al dolo eventual de la culpa consciente es que en el primer caso el agente considera seriamente la probabilidad del resultado dañoso, aceptando necesariamente dicha probabilidad con la realización de la conducta peligrosa, per se, o por otra persona. En la culpa consciente existe por el contrario la creencia de que el peligro no va a concretarse. Es de señalar que la ‘aceptación’ a la que se alude en el dolo eventual, en los términos aquí planteados, no se refiere a la aceptación del resultado dañoso (por ejemplo, producción de muertes o lesiones a las personas), sino únicamente a la conducta capaz de producirlo”. (Exp. N° 23231-2004. Caso Utopía).

CULPA O IMPRUDENCIA

Delito imprudente: sistema de numerus clausus en la imputación de responsabilidad penal por imprudencia (o culpa).

“En el error superable se elimina el dolo pero subsiste la culpa y el hecho será sancionado como un delito culposo siempre y cuando se encuentre tipificado específicamente como tal en el Código Penal, ya que según lo establece el artículo 12° del código sustantivo, con relación a los delitos culposos se adopta el sistema de numerus clausus”. (R.N. N° 63-04 La Libertad)

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Dominio de la organización: responsabilidad del ejecutor material.

“El dominio de la organización no niega la libertad con la que actúa el ejecutor material en la realización del delito, pero lo hace bajo los vínculos de disciplina, sujeción y espíritu de grupo a los que se encuentra sometido, situación que lo lleva a asumir la decisión y perpetración del hecho punible”. (Pablo Talavera Elguera / David Loli Bonilla / Victoria Sánchez Espinoza. Expediente acumulado Nº 560-03. Caso Abimael Guzmán).

Participación en el delito y complicidad primaria y secundaria.

“[Se] considera que existe participación como cómplice secundario cuando durante la comisión del iter criminis no se impidió el asalto, como tampoco se actuó en forma adecuada de pedir auxilio o comunicar a la ronda campesina, máxime si pidió permiso a su centro de trabajo el día de la comisión de los hechos... [Existe] participación en calidad de cómplice primaria cuando la coacusada tuvo el arma de comisión de los hechos bajo su custodia viabilizando la comisión del delito y fue quien pidió la intervención de otras personas en el ilícito, además de ser confidente del acusado”. (Expediente Nº 98-0227-121001JP02).

Instigación y autoría mediata: límites de la imputación objetiva.

“La instigación hecha por los acusados a los menores a fin de que dieran muerte al agraviado, se halla contemplada en el artículo 24º del Código Penal, por el cual se reprime como autor del hecho punible al que determine a otro a cometerlo. El autor mediato sólo debe responder en la medida que el hecho principal concuerde con su intención, no resultando responsable del exceso en el que han incurrido los agentes a quienes utilizó, al no tener ya dominio ni control del hecho”. (R. N. Nº 3840-97)

Autoría y complicidad: diferencias.

“Es autor y no cómplice aquel que ha tenido el control del acontecer típico y antijurídico y, a su vez, la posibilidad de evitar el resultado, a la luz de la moderna teoría del dominio del hecho. El cómplice secundario, por el contrario, ocupa un lugar accesorio en el hecho dominado por el autor, no teniendo ninguna posibilidad objetiva de dirigir, dominar y evitar el resultado”. (R.N. Nº 4354-97 Callao).

Autoría y participación.

“En el caso sub análisis, se ha determinado que el acusado no ha sido quien realizó los disparos, menos el que causó la muerte al agraviado, sino que

estos han sido ocasionados por su coacusado, teniendo este la calidad de autor del hecho criminoso; empero es necesario tener en cuenta que el primero de los nombrados es partícipe del hecho inculcado, por cuanto su participación en el evento delictivo, como ha quedado acreditado con la testimonial en la que se indica que ‘éste lo sostenía para que no se defendiera’, contribuyendo así a la realización de hecho ilícito”. (Inst. N° 2000-392-160101JP01).

Delito cometido por organización criminal: grado de participación de los agentes.

“En función de las grandes dimensiones de una operación criminal, a las tareas que se desarrollan según el plan, ninguno de los intervinientes –más allá de su nivel directriz o de coordinación sectorial– lleva a cabo todos los elementos del tipo con exclusividad; ninguno tiene el dominio del hecho en su totalidad, con exclusión de los demás, pues en ese caso habría autoría directa unipersonal o plural focalizada en unos cuantos sujetos, y los demás intervinientes serían partícipes. En conclusión, todos los imputados son coautores del delito, ello sin perjuicio de apreciar la entidad concreta –el ámbito específico– de su aporte en el hecho global, cuya significación es de valorar para medir la pena”. (R. N. N° 828-2007).

Capítulo 5

LA ANTIJURICIDAD

Resumen de este capítulo

En este capítulo se estudia la evolución del concepto de antijuridicidad, las clases de antijuridicidad, así como sus características y relaciones. Se analiza también, con especial atención, el estado de necesidad y la legítima defensa.

I. DEFINICIÓN

La antijuricidad es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto. La antijuricidad es un juicio de valor “objetivo”, en tanto se pronuncia sobre la conducta típica, a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico.⁷⁶ La adecuación de un acto a la descripción legal implica la violación de la norma prohibitiva o preceptiva implícita en la disposición penal. Pero esto no significa todavía que dicho acto sea antijurídico. Estando conformado el ordenamiento jurídico no sólo de prohibiciones y mandatos, sino también de preceptos permisivos, es posible que un acto típico no sea ilícito. La tipicidad es considerada el “fundamento real y de validez (*ratio essendi*) de la antijuricidad” y el delito como un “acto típicamente antijurídico. Sin embargo, se admite, como lo hacen los partidarios de la noción de *ratio cognoscendi*, que el acto puede ser justificado, por lo que no es ilícito a pesar de su tipicidad.⁷⁷

Según López Barja de Quiroga, la antijuricidad es el *acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intere-*

76 WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 3ª ed. (trad. de la 12ª ed. alemana), Editorial Jurídica Chile, Santiago, 1987, pp. 76-77.

77 HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, pp. 406-407.

ses tutelados por el Derecho. La antijuridicidad es un juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.⁷⁸ La condición o presupuesto de la *antijuridicidad* es el tipo penal. El tipo penal es el elemento descriptivo del delito, la antijuridicidad es el elemento valorativo. Por ejemplo, el homicidio se castiga sólo si es antijurídico; si se justifica por un *estado de necesidad* como la legítima defensa no es delito, ya que esas conductas dejan de ser antijurídicas aunque sean típicas.



LA ANTIJURIDICIDAD ES el acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses tutelados por el Derecho.

El término antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuridicidad no es un concepto específico del derecho penal, sino un concepto unitario válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo.⁷⁹

En resumen, la antijuridicidad es lo contrario al Derecho. El ordenamiento jurídico está constituido por preceptos pro-

78 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, T. I, p. 181.

79 MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 341.

hibitivos y preceptos permisivos. La violación de los primeros define una conducta típica, un indicio de antijuricidad. Es necesario establecer si la conducta típica realizada tiene una causa de justificación para determinar su antijuricidad. Es decir, si la acción típica se ha cometido en legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de órdenes, consentimiento, etc., entonces, la conducta siendo típica no es antijurídica y, por lo tanto, no hay delito. Excluyendo, además, el juicio de culpabilidad.

Como lo sostiene Muñoz Conde, el derecho penal no crea la antijuridicidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, conminándolos con una pena. Normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico (función indiciaria de la tipicidad), pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad. Si no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuridicidad y el siguiente paso es entonces la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico.

Enrique Bacigalupo sostiene que la teoría de la antijuricidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al derecho, es decir, el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró.

Una acción típica, por lo tanto, será también antijurídica si no intervine a favor del autor una causa o fundamento de justificación. La tipicidad de una acción es, consecuentemente, un indicio de antijuricidad. Precisamente porque aquella señala la posibilidad de que ésta debe verificarse si existe o no una causa o fundamento de justificación. Esta verificación es una tarea independiente de la comprobación de la tipicidad y en cierto sentido inversa. Es independiente porque solo cabe plantearse la cuestión de la antijuricidad cuando se ha llegado a la conclusión de que la acción es típica, es decir, que se subsume bajo un tipo penal. A la vez es inversa porque consiste en la verificación de que el caso no se subsume bajo el supuesto de hecho de una causa de justificación (por ejemplo, defensa necesaria, estado de necesidad, consentimiento presunto).

Bacigalupo afirma que “la antijuricidad no es cuantificable: un hecho es o no antijurídico, pero no puede ser más o menos antijurídico. En este aspecto la antijuridicidad no se debe confundir con la ilicitud (hecho típico y antijurídico) que, por el contrario, sí es cuantificable, dado que un hecho típico y antijurídico puede ser más o menos grave, o sea: más o menos ilícito.”



LA ANTIJURICIDAD NO ES CUANTIFICABLE: un hecho es o no antijurídico, pero no puede ser más o menos antijurídico. En este aspecto la antijuridicidad no se debe confundir con la ilicitud (hecho típico y antijurídico) que, por el contrario, sí es cuantificable.

Ahora bien, ¿la exclusión de la antijuridicidad sólo se da en el ámbito penal? En la teoría actual de la justificación se pone en duda el postulado de la unidad del orden jurídico y de ello se deduce que es posible admitir una antijuridicidad específicamente penal con la contrapartida de una justificación específicamente penal (es decir, que no tiene efectos justificantes en otras ramas del derecho, por ejemplo, civil, administrativo).

El postulado de la unidad de orden jurídico conducía a la unificación de los efectos de las causas de justificación en todo el orden jurídico: así, por ejemplo, el autor que obra en un estado de necesidad justificante no debería responder civilmente por el daño sufrido por el titular del bien sacrificado, dado que su acción no solo estaría justificada en el derecho penal, sino también en el civil. Este punto de vista fue totalmente dominante hasta hace algunos años.

De gran interés es la tesis desarrollada por Günther Jakobs, que distingue causas de justificación específicamente penales, que excluyen la antijuridicidad específicamente penal, pues reducen el contenido de ilícito por debajo del mínimo que exige el principio constitucional de proporcionalidad para legitimar una sanción penal: dada la gravedad de la sanción penal, es necesario que la conducta típica tenga un alto grado de ilicitud, pero esta intensidad no es necesaria en el derecho administrativo o civil. La consecuencia práctica sería una conducta penalmente justificada, que, sin embargo, no lo está en el ámbito civil, en el cual el deber de indemnizar el daño causado seguiría subsistente. Frente a tales causas de justificación específicamente penal se deben distinguir, según la tesis de Günther Jakobs, las que tienen un carácter general porque extienden sus efectos a todo el ordenamiento jurídico (por ejemplo, la legítima defensa o el estado de necesidad).

Otro sector de la doctrina llega a ciertas consecuencias similares distinguiendo entre autorizaciones de acción y autorizaciones de intervención. Las primeras sólo justifican la realización de la acción, pero no imponen al afectado por la autorización de la acción el deber de tolerar una lesión en sus bienes jurídicos.

EJEMPLO

X tiene decidido publicar una imputación que afecta el derecho a la intimidad y el honor de Y; este le sustrae los documentos para salvar su honor. Esta última acción no estaría cubierta por una legítima defensa, pero sí —en opinión de estos autores— por un estado de necesidad, dado que los incisos 3, 4, 5, 7, 8 y 10 del artículo 2º de la Constitución sólo otorgan una autorización de acción, pero no un derecho a lesionar bienes jurídicos ajenos.

Por el contrario, las autorizaciones de intervención imponen al afectado el deber de soportar en sus bienes jurídicos las consecuencias de la acción justificada (no cabe legítima defensa contra quien se defiende legítimamente).

II. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ANTIJURIDICIDAD

No obstante, fue necesario esperar hasta 1867 para encontrar el concepto de injusto formulado de manera técnica por Rudolph von Ihering, quien lo entendía, desde el án-

gulo del derecho civil y delimitándolo del penal, como la mera contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico, de donde nació la noción de antijuridicidad objetiva.

El pensamiento clásico (positivismo jurídico para sus cultores; causalismo para sus detractores) concibió a la antijuridicidad como la contrariedad del aspecto externo del hecho (tipo objetivo) con el derecho, con el orden jurídico del Estado. Como explica Mir Puig, “si la antijuridicidad califica el hecho, y ese hecho se concebía como mero proceso causal [el tipo era una construcción totalmente neutra, para convertirse luego con un ligero criterio valorativo en *ratio cognoscendi*], con independencia de la finalidad del autor, era lógico que la antijuridicidad se refiriese al aspecto objetivo-externo (causal) de la acción.”



EL PENSAMIENTO CLÁSICO CONCIBIÓ A LA ANTIJURICIDAD como la contrariedad del aspecto externo del hecho (tipo objetivo) con el derecho, con el orden jurídico del Estado.

Esta teoría llevaba a confundir diferentes planos de análisis y de lenguaje. Del plano exterior (lenguaje descriptivo) se pasaba al análisis de los operadores deónticos (aspecto prescriptivo) para con posterioridad volver al aspecto exterior y, en su caso, a los aspectos subjetivos (lenguaje descriptivo) en las causas de justificación y en la culpabilidad (de tinte psicológico), debiendo caminar dos o más veces por el mismo sendero analítico ya recorrido.

Para el neoclasicismo (normativismo para sus defensores; neocausalismo para críticos), de orientación neokantiana,

la antijuridicidad aparece como un juicio de desvalor sobre el hecho. Lo injusto se concebía como infracción de la norma de valoración del hecho objetivo (como desvalor de resultado), a diferencia de la culpabilidad a la que se reservaba el dolo y la culpa, como infracción a la norma de determinación dirigida a la voluntad (Mezger).



PARA EL NEOCLASICISMO, de orientación neokantiana, la antijuridicidad aparece como un juicio de desvalor sobre el hecho.

El pensamiento neoclásico, sin perjuicio de haber sido el artífice del aspecto valorativo propio de los tipos, no logrará sistematizarlo. Asimismo, su distinción en norma de valoración —propia de este sector— y norma de determinación —postergada hasta la culpabilidad— lo hará incurrir en las asimetrías de la doctrina predecesora.

Con Hellmuth von Weber y Alexander Graf zu Dohna el paradigma estructural que llevaba todo lo objetivo al entuerto y todo lo subjetivo a la culpabilidad entrará definitivamente en crisis. Estos autores no sólo pondrán en duda la pertenencia del dolo a la culpabilidad sino que iniciarán los trabajos previos que abrirán paso a la teoría final de la acción y al apotegma “objeto de valoración (entuerto) y valoración del objeto (culpabilidad)”.⁸⁰

80 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi; Buenos Aires, 1999. También en: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, presentación y notas de Percy García Caveró, Ara, Lima, 2004.

Por último, el finalismo de Welzel será quien pondrá, a partir de su concepto ontológico de acción (estructuras lógico-objetivas) —de otro modo, acción final—, el último eslabón para la elaboración del tipo complejo. Al traspasar el dolo, y consecuentemente, la imprudencia al tipo, lo que antes era mero disvalor de resultado se transforma fundamentalmente en disvalor de acción (de intención).

Su defecto será proporcionalmente inverso al del normativismo. Al ser el tipo un reflejo esencialmente de la norma de determinación, los criterios normativos de imputación propios de la norma de valoración quedan excluidos de este sector; el análisis del tipo será la de un objeto meramente descriptivo y avalorado (objetivo-subjetivo) y, en todo caso, sus criterios de valor estarán más vinculados con una posición ética que con un sistema de convivencia social.

Descartada su filosofía de las estructuras lógico-objetivas, la sistemática del finalismo es receptada por la mayoría de los doctrinarios en la actualidad. También se han receptado aquellos criterios valorativos elaborados por el pensamiento neoclásico dando lugar a un supertipo (o tipo hipercomplejo), en el cual se analizan simétricamente los elementos externos (objetivos), internos (subjetivos) e intersubjetivos (normativos o sociales), vale decir, los componentes descriptivos, como así también los elementos deónticos, esto es, los componentes prescriptivos.

Siguiendo a Kindhäuser, estimamos que los errores sobre los elementos externos son errores sobre los presupuestos fácticos y, por ende, sobre la verdad de la situación. Se trata, entonces, de errores de hecho o de tipo. Por el contrario, los errores sobre los componentes normativos o sociales, son errores que se refieren al sentido lingüístico y, como

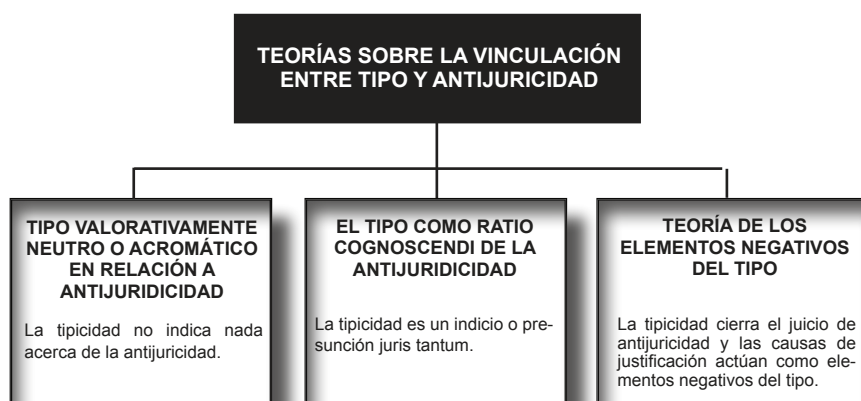
consecuencia, son errores sobre el sentido de la norma. Son, por ello, errores de derecho o de prohibición.

Nuestra concepción del delito culposo (*minus dolo*) y el principio de culpabilidad derivan lógicamente en el reconocimiento de que la pena no alcanza a quien realizó el hecho que configura el delito culposo en error de derecho o prohibición inevitable por defecto en la aprehensión del significado de la norma.

Si bien se ve, pues, la evolución de la teoría del entuerto es la historia de la transmutación de las excepciones subjetivas (elementos subjetivos del tipo, tentativo) y normativas (fin de protección de la norma) en reglas (tipo subjetivo y tipo normativo).

III. RELACIONES PROPUESTAS ENTRE TIPO Y ANTIJURIDICIDAD

En la evolución de la teoría del delito se han propuesto las siguientes doctrinas sobre la vinculación que existe entre tipo y antijuridicidad:



1. Tipo valorativamente neutro o acromático en relación a la antijuridicidad

Según esta teoría, la tipicidad no indica nada acerca de la antijuridicidad. Para Beling, creador del moderno concepto de tipo (1906), este tiene carácter puramente descriptivo y, por ende, con ellos no se contesta la cuestión de la antijuridicidad o de la licitud, a pesar de su derivación de lo ilícito. Hay acciones adecuadas al tipo que no son antijurídicas y, por contrapartida, hay acciones antijurídicas que no se adecuan a un tipo. El tipo y la antijuridicidad estaban claramente separados.

2. El tipo como *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad

Max E. Mayer considera a la tipicidad como indicio de la antijuridicidad, porque señala su existencia “como el humo al fuego”. La tipicidad es un indicio o presunción *juris tantum*.

Hans Welzel, padre del finalismo, si bien con las transformaciones que implicó la construcción del tipo complejo, se hará eco de esta doctrina.

Jesús-María Silva Sánchez nos ilustra de la siguiente forma: “Para el finalismo, el tipo expresa la *verbotsmaterie*, esto es, agota la caracterización fáctica del hecho. La afirmación de la tipicidad expresa, por su parte la *verbots* o *normwidrigkeit*, es decir, la contradicción del hecho con la norma que, por un lado, supone una calificación valorativa por completo autónoma (y muy importante) y, por otro, se diferencia claramente de la contradicción del hecho con el ordenamiento jurídico en su conjunto (antijuridicidad). De ahí que se sostenga, pese a la intensa connotación valorativa

de la afirmación de la tipicidad de un hecho, la doctrina de la tipicidad como *ratio cognoscendi* de la antijuricidad. De conformidad con esta perspectiva, ni las causas de justificación ni ningún elemento de esta afecta al hecho, sino a la valoración del mismo (con las consiguientes repercusiones en materia de error)”.

3. La teoría de los elementos negativos del tipo

Weber señala que la tipicidad cierra el juicio de antijuricidad y las causas de justificación actúan como elementos negativos del tipo.⁸¹

IV. CLASES DE ANTIJURIDICIDAD

1. Antijuridicidad formal y material

La *antijuridicidad formal* es la violación de la norma penal establecida en el presupuesto hipotético de la ley penal que no encuentra amparo en una causa de justificación de las que el Código Penal expresamente recoge. Por ejemplo: el estado de necesidad (la legítima defensa).

La *antijuridicidad material* es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por una conducta antisocial y dañosa, aunque no siempre tipificada en los códigos penales. Por ejemplo la mendicidad que es un peligro porque puede generar robos.

El ordenamiento jurídico penal peruano se guía por el principio de antijuridicidad formal.

Doctrinalmente se discute si la antijuridicidad tiene carácter objetivo o subjetivo, se sigue la teoría de que la antiju-

81 ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 465.

ridicidad es objetiva porque es una oposición entre la conducta humana y las reglas del derecho positivo. Estas dos últimas son objetivas.

2. Antijuridicidad genérica y específica

Genérica se refiere al injusto sin precisarlo en sus peculiaridades. Específica es aquella en que lo injusto está referido a una descripción específica de un delito.



V. CARACTERÍSTICAS Y RELACIONES

1. Antijuridicidad y tipicidad

El tipo tiene carácter descriptivo, mientras que la antijuridicidad es valorativa. Para la escuela clásica, el delito es un acto contrario a la ley, esto es, atendía al elemento descriptivo de la infracción. Modernamente el delito viola la norma penal, no en sí la ley penal; por eso la conducta debe ser valorada ante la norma. De ahí que delitos iguales en su

revestimiento son valorados de distinta manera. Por ejemplo, en dos homicidios, si uno de ellos es en legítima defensa deja de ser antijurídico.⁸²



El TIPO tiene carácter DESCRIPTIVO, mientras que la ANTIJURIDICIDAD es VALORATIVA.

La valoración es sobre la conducta desarrollada del sujeto (valoración objetiva), se valora el impulso volitivo no el contenido de la voluntad, esta última es valorada subjetivamente dentro la culpabilidad.

2. Límite de la antijuridicidad: la tipicidad

Si decimos que la antijuridicidad es la conducta humana contraria al ordenamiento jurídico, tendríamos con esta afirmación una antijuridicidad genérica. Para delimitar se apela al tipo, con lo que se tiene una antijuridicidad específicamente penal.

Las causas de justificación son llamadas también eximentes o causas de exclusión de lo injusto. Son situaciones que, admitidas por el propio derecho penal, eliminan la antijuridicidad de un acto voluntario insumible en un tipo de delito y lo toman jurídicamente lícito.

Es decir, las acciones hacen en tipicidad (el acto se subsume al tipo), pero no en antijuridicidad, donde el comportamiento es justo.

Estas situaciones que “hacen perder la antijuridicidad” a la acción típica tienen origen en un estado de necesidad

82 Loc. cit.

como es la legítima defensa, o el ejercicio de un derecho, oficio o cargo, o cumplimiento de la ley o un deber.



LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN SON llamadas también eximentes o causas de exclusión de lo injusto.

3. Fundamentos admitidos en la antijuricidad

- *Principio del interés preponderante:* Cuando el interés o bien jurídicamente protegido tiene que ser sacrificado ante otro mayor. En este caso se aplica el principio del interés preponderante, este existe cuando el sujeto activo del delito obra en cumplimiento de su deber o en ejercicio de un derecho.
- *Principio de ausencia de interés:* Se aplica este principio cuando el tutelaje del derecho ha desaparecido. Existe este principio cuando el sujeto pasivo consiente sufrir consecuencias.

EJEMPLO

En los delitos de acción privada como el delito de injuria, el delito de difamación, etc., el sujeto pasivo tiene la facultad de iniciar o no la acción penal.

VI. ESTADO DE NECESIDAD

1. Concepto

Estado de necesidad es toda situación de peligro actual de los intereses jurídicos protegidos por el derecho, en el que no queda otro remedio que la violación de los intereses de otra persona. Por ejemplo, la legítima defensa, miedo insuperable, etc. Algunos códigos penales, como el suizo, señalan que el estado de necesidad es una causa de inculpabilidad.



ESTADO DE NECESIDAD ES toda situación de peligro actual de los intereses jurídicos protegidos por el derecho, en el que no queda otro remedio que la violación de los intereses de otra persona.

2. Elementos

- **Elemento subjetivo.** La conciencia de infringir un deber o causar otro mal para salvar otro mayor. Ejemplo, robar un pan para no morir de hambre.
- **Elemento objetivo.** Que es causar un mal sin tener la obligación de afrontar un peligro. Hurtar tratando siempre que el dueño no se dé cuenta.
- ***Ratio essendi.*** La razón de esta causa de justificación es que constituye un estado no provocado por uno mismo.
- **Colisión.** Establece una colisión de valores humanos superiores.

3. Fundamentos, conflicto de intereses y falta de peligrosidad

Objetivamente la teoría de la colisión de intereses dice que el fundamento del estado de necesidad está en el conflicto de intereses o bienes de diferente valor. En este caso, es aceptable y no es antijurídico el sacrificar el de menor valor.

Además, el estado de necesidad deja de ser antijurídico porque el autor no tiene la intención de cometer el delito, sino que lo realiza para salvar otro bien o interés de mayor valor. No hay peligrosidad por parte del autor.

¿Qué sucede si los dos bienes en conflicto tienen el mismo valor? En caso de que sean iguales los valores, la mayoría de autores dice que esto se debe resolver en base a la casualidad.

EJEMPLO

En un incendio en una sala de cine, todos atropellan para ganar las puertas.

Requisitos:

- Que el acto sea actual e inevitable.
- Que no provenga voluntariamente del sujeto activo.
- El sujeto activo no debe tener obligaciones profesionales de afrontar el peligro. Por ejemplo, un bombero sí debe sacrificarse para salvar otras vidas.

VII. LA LEGÍTIMA DEFENSA

1. Concepto

Situación de estado de necesidad que consiste en la repulsa (repeler) de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla.

Para quien actúa de esta manera los códigos penales declaran la inexistencia de penalidad por estar exento de responsabilidad. En Roma era lícito responder a la violencia con violencia. Modernamente se admiten más bienes jurídicos que pueden estar protegidos por la legítima defensa.

2. Fundamentos

Es sustitutivo de la defensa pública. Para los clásicos, el fundamento se encuentra en la imposibilidad del Estado para defender el derecho agredido en ese momento. La defensa privada suplanta a la defensa pública del Estado.

Tiene que carecer de propósitos antisociales. Para los positivistas, el fundamento está en la ausencia de propósitos antisociales por parte del que se defiende.

Modernamente se fundamenta en tres razones:

- a) El instinto de conservación;
- b) El agredido preserva la vigencia del derecho en momentos en que el Estado no puede hacerlo; y
- c) El agredido tiene intereses y derechos legítimos que defender y proteger.

3. Requisitos



a. Agresión ilegítima

Es decir, debe ser contraria al derecho, además de injusta. Sin embargo, no es admisible contra actos legítimos.

EJEMPLO

El delincuente que, en flagrancia, responde una agresión, no puede alegar legítima defensa porque la ley permite su captura por quien lo haya visto.

La agresión ilegítima supone:

- Agresión: es decir, conducta ofensiva que lesione o ponga en peligro un interés del ofendido.
- Reacción: que sea una reacción ante una agresión, no una acción.

- Agresión positiva o negativa: la agresión debe ser positiva (golpes) o negativa (instalarse en casa ajena).⁸³

b. Actualidad e inestabilidad de la agresión

La actualidad se refiere a que la agresión ha comenzado a producirse. No puede reaccionar tarde. La inevitabilidad se refiere a que no hay otro recurso para evitar la agresión.

EJEMPLO

No existe legítima defensa cuando el agresor está forzando la puerta y el dueño de casa no avisa a la policía, pudiendo hacerlo, porque hay al menos un tiempo prudente para hacerlo.

c. Necesidad racional del medio empleado

La determinación de la necesidad es subjetiva, debe apreciarla el agredido, es decir, si no hay otro medio para evitar la violación del derecho.

EJEMPLO

Si puede llamar a la autoridad, debe hacerlo; si puede huir, debe hacerlo (aunque este último acto sería muy difícil para un cojo).

La proporcionalidad racional entre agresor y agredido debe ser apreciado para el hecho concreto.

83 ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

EJEMPLO

Si alguien es atacado con golpes, no puede reaccionar con un revólver; pero si el agresor es un boxeador, sí puede hacerlo.

d. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende

El que es agredido no debe haber provocado la agresión. Si es así, es “pretexto de legítima defensa”.

4. Exceso en la legítima defensa

Consiste en que los daños causados en legítima defensa son mayores en el agresor. Esto se debe apreciar en cada caso concreto, guiado por los requisitos. Si hay exceso es delito culposo. La pena sería leve, incluso se llegaría a impunidad.

5. Legítima defensa propia y la de terceros

Por regla la legítima defensa solo se utiliza para defender y proteger bienes propios. Por excepción, bienes y derechos de tercero. Esto para conservar el ordenamiento jurídico positivo.

6. Legítima defensa y estado de necesidad

a. Semejanzas

- Ambas están informadas por el interés preponderante.
- Ambas son causas de justificación (estado de necesidad-defensa legítima, ejercicio de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de la ley o de un deber).

- Ambas obedecen al ejercicio de un derecho.
- La legítima defensa es un estado de necesidad. Esta es género; aquella, especie.

b. Diferencias

- La legítima defensa es una reacción, mientras que el estado de necesidad es una acción.
- En la legítima defensa no hay necesidad de indemnización en el estado de necesidad puede haber tal.
- En la legítima defensa hay choque de un interés ilegítimo (por ejemplo, matar) y un interés legítimo (por ejemplo, vida). En el estado de necesidad hay choque de intereses legítimos (vida y propiedad, por ejemplo, en el hurto famélico, o sea, robar algo de comer para no morir de hambre, siempre y cuando ya no pueda trabajar).

7. Otras causas de justificación según el principio de ausencia de interés

- *Consentimiento del ofendido.* Los códigos no consideran el consentimiento del ofendido como causa de justificación, aunque ello signifique ausencia de interés, por eso el Código Penal sanciona como delitos los hechos que se realizan con el consentimiento de la víctima.

EJEMPLO

Podemos citar el caso del homicidio piadoso (Código Penal, art. 112º), de la cooperación con el suicidio (Código Penal, art. 113º), etc.

- *Ejercicio de un derecho.* Está exento de responsabilidad el que en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de un deber o la ley, vulnere un bien jurídico (Código Penal, art. 20º inc. 8).

EJEMPLO

El chofer que conduce cumpliendo las normas de tránsito y cuidadosamente, y atropella a un peatón que se atraviesa repentinamente, no es responsable, aunque se debe averiguar si hubo culpa.

- *Tratamiento médico quirúrgico.* Es la modificación del organismo ajeno, ejecutado según las normas de la ciencia, para mejorar la salud física o psicológica de la persona o la belleza humana. Aquí hay consentimiento del paciente a ser operado y por otro lado estamos ante un ejercicio profesional autorizado por el Estado. El daño que causó el médico sólo será punible si procedió con dolo o culpa. El primero es raro, el segundo es común, ya que el médico puede proceder con negligencia o impericia.⁸⁴
- *Muerte y lesiones deportivas.* No es punible porque el Estado fomenta el deporte. Es punible solo cuando es la causa antirreglamentariamente, pero la sanción es atenuada.

84 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

**JURISPRUDENCIA NACIONAL
RELACIONADA CON ESTE CAPÍTULO**

Legítima defensa. Cumplimiento del deber: causas de justificación, exclusión de antijuridicidad.

“De los hechos acontecidos se aprecia que la conducta del encausado se encuentra amparada en las causas de justificación de la legítima defensa y del actuar en cumplimiento del deber, toda vez que las referidas causas al tiempo de resaltar la función protectora de los bienes jurídicos que cumple el derecho penal, afirman y hacen prevalecer el derecho frente al injusto, excluyendo de plano la antijuridicidad del comportamiento”. (R.N. N° 2683-97).

Antijuricidad: no puede sustentarse en el solo conocimiento.

“Si bien el encausado intervino en los hechos materia de autos, su actuación se limitó a desempeñar el rol de taxista, de modo que aun cuando el comportamiento de los demás sujetos fue quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable en virtud a la prohibición de regreso, lo que determina que su conducta no es penalmente relevante aun cuando en un momento determinado tuvo pleno conocimiento de la ilicitud de los hechos, ya que el solo conocimiento no puede fundar la antijuridicidad de su conducta”. (Serpa Segura / Almenara Bryson / Sivina Hurtado / Castillo La Rosa Sánchez / Gonzales López. R.N. N° 4166-99).

Capítulo 6

LA CULPABILIDAD

Resumen de este capítulo

En este capítulo se estudia la culpabilidad, la concepción funcionalista de la culpabilidad (Roxin, Jakobs, Zaffaroni y Bustos Ramírez) y nuestra definición de culpabilidad. Se analiza también la imputabilidad, su concepto y sus causas de inimputabilidad (enfermedad mental o psicosis, grave perturbación de la conciencia, sordomudez y ceguera, inconsciencia o situaciones ajenas a lo patológico, sueño, sonambulismo, hipnotismo, dolor y estados pasionales, intoxicaciones no alcohólicas, grave insuficiencia de la inteligencia y la etiología patogénica de la oligofrenia).

I. INTRODUCCIÓN

La culpabilidad es un concepto medular en la consecución de la pena, pues aporta el segundo y principal componente de su medida, la participación subjetiva del autor en el hecho aislado. En otras palabras, ajusta la pena a lo que el hombre hizo y no a lo que el hombre es, apartando así el peligroso derecho penal de autor. Por otra parte, al fundar la pena en lo que el hombre hizo y no en lo que podrá hacer (es decir, su peligrosidad futura argumento esencial de la prevención especial) separa la pena de la medida de seguridad.

El derecho penal postula una igualdad formal que se hace real, precisamente, en y a través de la culpabilidad (un concepto graduable) que lo acerca, que lo hace proporcional e individual al trasgresor, no por su peligrosidad criminal o modo de vida, sino por el grado de participación subjetiva en el hecho.

El fundamento material de la culpabilidad hay que buscarlo en la función motivadora de la norma penal. La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. La “motivabilidad”, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según creo, 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 cometida⁸⁵.



EL FUNDAMENTO MATERIAL DE LA CULPABILIDAD hay que buscarlo en la función motivadora de la norma penal. La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos.

La culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del derecho. Él hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este “poder en lugar de ello” del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica⁸⁶.

Existen varias concepciones sobre la culpabilidad:

- La concepción psicológica del positivismo filosófico (es el lazo psicológico que une al autor de un acto con el resultado perjudicial que ocasiona y se presenta como la intención o dolo y la negligencia o culpa).

85 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 4ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2007, pp. 404-405.

86 WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 3ª ed. (trad. de la 12ª ed. alemana), Editorial Jurídica Chile, Santiago, 1987, p. 197.

- La concepción psicológica normativa de los neokantianos (la capacidad penal fue considerada como una condición previa a la culpabilidad).
- La concepción normativa (la evitabilidad subjetiva de la violación del deber jurídico constituye, pues, la condición fundamental del juicio de culpabilidad). Se reprime al delincuente por lo que él puede voluntariamente hacer, no por lo que él es.⁸⁷

El concepto de culpabilidad es un concepto carácter normativo, que se funda en que el sujeto podía hacer algo distinto a lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias que lo hiciese.⁸⁸ El primero de los presupuestos de cualquier reproche de culpabilidad se halla en que el autor, al momento del hecho, haya sido siquiera capaz de actuar de modo responsable: de comprender lo ilícito del hecho y de dejarse determinar por esa comprensión, renunciando a su realización.⁸⁹

II. LA CONCEPCIÓN FUNCIONALISTA DE LA CULPABILIDAD

A lo largo del siglo XX se ha aceptado la teoría normativa de la culpabilidad, y como uno de sus presupuestos a la exigibilidad de la conducta debida basado en que el hombre eli-

87 HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, pp. 604-605.

88 ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 653.

89 STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 4ª ed. totalmente reelaborada, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 277.

ge entre realizar lo injusto o hacer una conducta conforme a derecho. A mediados de la década de los sesenta aparece una nueva corriente en Alemania que empieza a negar la relación libre albedrío-reproche-retribución como coordenadas de la culpabilidad capaces de servir de enlace entre lo injusto y la pena, y se basa la culpabilidad en consideraciones político-criminales, reconociéndose dos modelos de estructuras de culpabilidad:

- Un modelo “complementario” entre las necesidades preventivas del Estado y el concepto de culpabilidad, donde este último limita a la primera Roxin); y
- El esquema donde se reemplaza a la culpabilidad, pues la prevención se limita a sí misma (Jakobs).

1. La responsabilidad en Roxin

Roxin la define desde una perspectiva material, como una “actuación injusta pese a la exigencia de asequibilidad normativa”. Se afirma la culpabilidad cuando el sujeto estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles “posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma”.



SEGÚN ROXIN, la culpabilidad puede ser definida, desde una perspectiva material, como una “actuación injusta pese a la exigencia de asequibilidad normativa”.

El concepto “reprochabilidad” desarrollado por la concepción normativa de la culpabilidad resulta incompleto, ya que la valoración se orienta solo hacia la culpabilidad. La valoración no atañe solamente a la cuestión de si se puede formular un reproche (de culpabilidad) contra el sujeto, sino es un juicio sobre si, desde puntos de vista jurídico penales, ha de hacerse responsable de su conducta. Se perfecciona el concepto normativo bajo la dirección de una concepción normativa de responsabilidad.⁹⁰

La responsabilidad penal depende de dos datos que deben añadirse al injusto: la culpabilidad del sujeto y la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley. Señala Roxin que “el sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de la llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a derecho”.⁹¹

2. El concepto funcional de culpabilidad de Jakobs

Jakobs nos presenta como un fin rector y determinante de la culpabilidad a la estabilización de la confianza en el ordenamiento perturbada por la conducta delictiva. Así, existe responsabilidad “cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente y este déficit no se

90 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Manual de derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2005.

91 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

puede hacer entendible sin que afecte a la confianza general en la norma". Esta falta de motivación por la norma, se entiende tanto si el autor no tuvo disposición o estuviera obligado a ella, "es decir, cuando fuera competente por su falta de motivación".⁹² Se entiende a la culpabilidad como una infidelidad al derecho, es un menoscabo a la confianza que se tiene en la norma, para lo que debe desarrollarse un determinado "tipo de culpabilidad": el autor debe comportarse antijurídicamente; debe ser capaz de cuestionar la validez de la norma; debe actuar sin respetar el fundamento de validez de las normas; y en algunas oportunidades, acompañar elementos especiales de culpabilidad que dependen del tipo de delito.



SEGÚN JAKOBS, se entiende a la culpabilidad como una infidelidad al derecho, es un menoscabo a la confianza que se tiene en la norma.

Ante la comprobación de la infidelidad al derecho o un déficit de motivación jurídica, el castigo al autor es inminente, esto en razón al mantenimiento de la confianza general en la norma para ejercitar su reconocimiento general.

El cuándo se fija la necesaria disposición dependerá del fin de la pena, de las condiciones para ejercitar en el reconocimiento general de la norma. Para Jakobs, el fin es preventi-

92 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999. También en: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, presentación y notas de Percy García Caverro, Ara, Lima, 2004.

vo-general. Las necesidades preventivas del Estado disponen cuándo es necesario obedecer a la norma para no caer en una infidelidad al derecho que lesionará la confianza general que se tiene de la norma.

3. Concepto de culpabilidad en Zaffaroni⁹³

Se concluye que la culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Este juicio resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar una situación de vulnerabilidad en el que el sistema penal ha concentrado su peligrosidad, descontando el mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad. Creemos que en el derecho penal peruano una aproximación a esta lectura estaría representada por el artículo 45º del Código Penal que establece que al momento de fundamentar y determinar la pena, el juez deberá tener en cuenta las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, su cultura y costumbre y los intereses de la víctima, es decir, su vulnerabilidad frente al sistema penal.⁹⁴

4. Responsabilidad en Bustos Ramírez

La culpabilidad es responsabilidad, pero con una dimensión mucho más profunda. Entiende que cuando se plantea la responsabilidad, es de considerar a la de la sociedad, sea

93 ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

94 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Manual de derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2005.

por el papel que esta ha designado en un sujeto responsable como por los diferentes controles que le ha impuesto. En este sentido, la conciencia del hombre surge por su relación social; entonces la sociedad responde también por esa conciencia lograda por el hombre. La conciencia no es primeramente una cuestión psíquica sino histórico-social; es el proceso histórico-social el que determina, en relación a la psiquis del individuo, su conciencia.



PARA ZAFFARONI, la culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste.

Responsabilidad implica que el hombre es actor, esto es, que desempeña un papel y, por tanto, alcanza conciencia de él; pero como actor está dentro de un drama, de una relación social, y su conciencia está determinada por ella específicamente y por los controles sociales ejercidos sobre ella.

Bustos considera que el límite de la reacción social que se ejerce sobre el sujeto se halla en su conciencia, pero dado que esta se determina socialmente, también la sociedad toda responderá sobre ello.

Bustos plantea que lo que importa es la persona responsable frente al sistema penal-criminal, es decir, que esta pueda responder frente a las tareas concretas que le exige el sistema. Por ello, considera que responsabilidad implica **exigibilidad**.

Se trata de qué es lo que puede exigir el sistema social, el Estado en definitiva, de una persona frente a una situación concreta. *Responsabilidad y exigibilidad son dos términos indisolublemente unidos*. El Estado no puede exigir si no ha proporcionado o no se dan las condiciones necesarias para que la persona pueda asumir una tarea determinada por los demás y que es exigida también por el sistema. La visión de la culpabilidad como exigibilidad consiste no en la capacidad del sujeto para dar una respuesta determinada, sino de la capacidad del Estado para exigir esa respuesta.⁹⁵



SEGÚN BUSTOS, responsabilidad y exigibilidad son dos términos indisolublemente unidos. El Estado no puede exigir si no ha proporcionado o no se dan las condiciones necesarias para que la persona pueda asumir una tarea determinada por los demás y que es exigida también por el sistema.

Aun así, Bustos considera que en todo caso, resulta más propio en un Estado social y democrático de derecho, en lugar de culpabilidad, hablar de responsabilidad de la persona por la carga moralizante y estigmatizadora que tiene este concepto. La cuestión consiste en determinar en qué medida el Estado puede exigirle una determinada respuesta a una persona determinada en una situación concreta. En definitiva, mejor que culpabilidad, responsabilidad es igual a exigibilidad.

La responsabilidad del sujeto conlleva a tres condiciones: primero, la exigibilidad sistémica o inimputabilidad; se-

95 Loc. cit.

gundo, la exigibilidad de la conciencia del injusto; tercero, la exigibilidad de la conducta.

III. DEFINICIÓN DE CULPABILIDAD

La culpabilidad es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena. Es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable. Es una relación de causalidad ética y psicológica entre un sujeto y su conducta.

Para José Urquizo Olaechea, tipicidad y antijuridicidad expresan distintos momentos valorativos y se presentan en forma de escalón, situación que permite la delimitación de los elementos penales. Una conducta resulta intolerable para el sistema social porque afecta o pone en peligro bienes jurídicos, esto es, quiebra la paz social y desarmoniza los procesos de comunicación social en que concurre el ciudadano, la sociedad civil, las instituciones. Luego, en un segundo nivel, se indaga si tal conducta afecta el ordenamiento jurídico o está “justificada”. Sobre tales presupuestos descansa “otro” juicio de valor referido a los dos primeros: a la conducta típica y antijurídica realizada por el sujeto, esto es, la culpabilidad penal. La culpabilidad penal es un conjunto de preguntas y respuestas. Solo como consecuencia de responder las interrogantes se pasa a fundamentar la culpabilidad en el caso concreto; visto así, la culpabilidad como categoría jurídico-penal es un imperativo o una necesidad, pues solo así se justifica que una conducta quede inmersa en los dominios del derecho penal.

Para este autor, la tipicidad ofrece garantías, pero no las suficientes, en cuanto capta una acción u omisión descrita en

la ley; pero dicha acción u omisión cobra tales dimensiones (rebasando la tipicidad e incluso la antijuridicidad) que pasa a regirse en base a la pena estatal. Existe una conexión entre la culpabilidad y pena estatal. Tal conexión no significa la pérdida de su autonomía conceptual y mucho menos su autonomía normativa; por el contrario, se guía por sus propios fines y cometidos en el caso de la culpabilidad, pueden surgir muchas interrogantes respecto a su contenido, función, fines u otras y también muchas respuestas o incluso prescindir de ella, pero hasta ahora no existe una solución convincente.



LA CULPABILIDAD ES la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena. Es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable.

Urquiza considera también que el dato fáctico realiza un gran aporte a la culpabilidad, en tal sentido es una garantía, pues nadie responde más allá de su hecho. Siendo el hecho una concreción, no admite hipótesis o supuestos, pues ni la hipótesis ni los supuestos son hechos, sino situaciones posibles, ideales; el derecho penal no cuenta con ellos. El hecho es objetivo y se vincula con el tipo legal, y también quedan proscritos elementos de otra índole que pretendan denotar culpabilidad, por ejemplo, cuando se hace referencia a la conducción de vida o la culpabilidad por el carácter. También, siguiendo una línea estricta en virtud de la responsabilidad por el hecho, resulta discutible que se preten-

da ver en los hechos anteriores o posteriores al delito un medio de graduación de la culpabilidad o la culpabilidad misma en una etapa anterior o posterior.⁹⁶

El derecho penal de las últimas tres décadas ha afrontado un agudo debate en torno al principio de culpabilidad constitutivo, en verdad, de otro episodio más de la milenaria controversia entre deterministas e indeterministas, esto es, entre quienes afirman la existencia de la libre capacidad de autogobernarse por parte del ser humano (libre albedrío) y sus impugnadores. Esta disputa, encuentra en este campo terreno abonado para afrontar una problemática insoluble en el estado actual del conocimiento humano, pues la ciencia no está en capacidad de demostrar ni de negar lo uno o lo otro, pese a los progresos tecnológicos en tiempos recientes. Así lo comprueban estudios interdisciplinarios los cuales, después de intentar entender la libertad humana como fenómeno de naturaleza empírica y examinarla a la luz de los métodos propios de las ciencias exactas, afirman estar enfrente a un *non liquet*, pues “ni el indeterminismo ni el determinismo se pueden probar. Ambos son posibles”. No obstante, en el derecho penal actual se observan por lo menos tres corrientes sobre la concepción de la culpabilidad, yendo desde las más extremas opiniones librearbitristas hasta las deterministas, pasando por intentos mediadores de diverso orden, tal como se muestra a continuación.

96 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999. También en: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, presentación y notas de Percy García Caverro, Ara, Lima, 2004.

IV. IMPUTABILIDAD

1. Concepto

La imputabilidad es la capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuridicidad de su conducta y de no adecuar la misma a esa comprensión. Se es imputable o no. No hay términos medios.

La realización del injusto penal (conducta típica y antijurídica) no basta para declarar al sujeto culpable. Es necesario que el autor posea ciertas condiciones mínimas —psíquicas y físicas— que le permitan comprender la antijuridicidad de su acción y de poder adecuar su conducta a dicha comprensión. Al estudio de estas condiciones corresponde el concepto de imputabilidad. Así, imputabilidad o capacidad de culpabilidad es la “suficiente capacidad de motivación del autor por la norma penal”. En este sentido, si un individuo no padece de anomalía psíquica o una grave alteración de la conciencia o de la percepción, posee ese mínimo de capacidad de autodeterminación que el orden jurídico exige para afirmar su responsabilidad, en consecuencia, este hecho origina que, frente al poder penal, la persona se encuentre en una situación de inexigibilidad.⁹⁷



LA IMPUTABILIDAD ES la capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuridicidad de su conducta y de no adecuar la misma a esa comprensión. Se es imputable o no. No hay términos medios.

⁹⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Manual de derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2005.

2. Causas de inimputabilidad

Algunas veces un sujeto deja de ser imputable por las llamadas **causas de inimputabilidad**, que nuestro Código Penal los enumera en su artículo 20º:

Código Penal

Artículo 20º.- Inimputabilidad.- Está exento de responsabilidad penal:

1. El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión;
2. El menor de 18 años;
3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes:
 - a) Agresión ilegítima;
 - b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa.

c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa;

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenaza la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y,

b) Cuando se emplea un medio adecuado para vencer el peligro;

5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportarse el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica;

6. El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza;

7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor;
8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo;
9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones; y
10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.
11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte.

En este tipo de situaciones, si bien la conducta es típica y antijurídica, no es posible atribuir el acto realizado al sujeto por no concurrir en él varias condiciones: salud mental, conciencia plena, suficiente inteligencia o madurez psíquica.

a. Enfermedad mental o psicosis

Denominación general para toda perturbación mental mayor de origen orgánico y/o emocional, caracterizada por pérdida de contacto con la realidad, a menudo con alucinaciones e ilusiones. Es de notar que en las psicosis existe alteración de la inteligencia, mientras que en las psicopatías hay alteración de la personalidad.

Para que la psicosis sea causa de inimputabilidad se requiere una relación de causalidad (la psicosis debe estar presente cuando se comete el hecho delictivo) y la enfermedad debe ser total; si es parcial, es sólo atenuante.



LA ENFERMEDAD MENTAL O PSICOSIS ES toda perturbación mental mayor de origen orgánico y/o emocional, caracterizada por pérdida de contacto con la realidad, a menudo con alucinaciones e ilusiones.

Para determinar si existe o no una enfermedad mental, se sigue los siguientes criterios legales:

- *Biológico o psiquiátrico.* Basta el diagnóstico para determinar la inimputabilidad. Somete al juez a la opinión de los psiquiatras.
- *Psicológico.* Basta la manifestación de anormalidad en el momento del delito. Describe los efectos que deben producirse en la mente del sujeto. Lleva a errores.
- *Mixto.* El juez determina la imputabilidad en base a un diagnóstico psiquiátrico y en base al momento de manifestarse la anormalidad.

b. Grave perturbación de la conciencia

Es una situación en que se encuentra el sujeto cuando sufre una alteración de la percepción de la realidad. Puede ser causado, por ejemplo, por la embriaguez alcohólica. La embriaguez alcohólica es el trastorno psíquico temporal

de carácter tóxico que altera los procesos cognoscitivos y disminuye el control voluntario de los actos.⁹⁸

La embriaguez se clasifica en:

- *Fortuita o involuntaria*, que es la ingestión de una o varias copas de alcohol, pero que para la naturaleza del sujeto es excesiva, razón que cae en embriaguez aguda. Es eximente.
- *Plena o completa*, que es el pleno estado de confusión donde el ebrio está privado totalmente de la inteligencia y carente completamente de la voluntad.
- *Semiplena o incompleta*, en donde aún tiene capacidad de querer y comprender aunque no lúcidamente.

Si la embriaguez alcohólica es fortuita y plena, es eximente; si es semiplena, es atenuante. Si es culposa, responde a título de culpa. Si es embriaguez dolosa, responde a ese título.



LA GRAVE PERTURBACIÓN DE LA CONCIENCIA ES una situación en que se encuentra el sujeto cuando sufre una alteración de la percepción de la realidad.

c. Sordomudez y ceguera

Si es de nacimiento, la psicología afirma que no tendrá un desarrollo pleno de la inteligencia ni la capacidad de cono-

98 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi; Buenos Aires, 1999. También en: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, presentación y notas de Percy García Caverro, Ara, Lima, 2004.

cer, de allí que siendo normales se los trata como si fueran oligofrénicos.

d. La inconsciencia o situaciones ajenas a lo patológico

La inconsciencia es una perturbación temporal ajena a lo patológico y carente de base somática. Estas perturbaciones se muestran en situaciones, para que sean eximentes, que deben estar en el momento del acto o sea, anular totalmente el conocimiento y la voluntad del autor en ese momento. Si es parcial, es atenuante.



LA INCONSCIENCIA ES una perturbación temporal ajena a lo patológico y carente de base somática.

e. El sueño

Esta situación excluye la capacidad de comprender y conocer, por lo tanto no hay culpabilidad. Para que no haya sanción se precisa de un examen, pues importa que no haya *actio liberae in causa*.

EJEMPLO

La madre que aplasta a su bebé recién nacido.

f. El sonambulismo

Sueño anormal caracterizado por la aptitud del sujeto de realizar actos equivalentes al estado de vigilia. Es inimputable. Pero si sabía de su anormalidad, responde a título de culpa.

g. Hipnotismo

Estado de sugestión profunda. Es inimputable si es instrumento del hipnotizador; de otro modo es semi-imputable.

h. Dolor y estados pasionales

El dolor extremo era atenuante; si destruía la razón, era eximente. El Código Penal solo menciona el dolor tratándose del homicidio piadoso. El estado pasional como estado alterado de conciencia, es atenuante.

i. Intoxicaciones no alcohólicas

Se da por ingestión de sustancias que disminuyen la capacidad cognoscitiva y el control de la voluntad. Puede ser eximente o agravante, según la personalidad y/o la gravedad del hecho concreto.

j. Grave insuficiencia de la inteligencia

La grave insuficiencia de la inteligencia u oligofrenia (del griego *oligo*, poco y *prhéen*, inteligencia) es un síndrome neurológico caracterizado por déficit intelectual, congénito o precozmente adquirido y por la modificación global de la personalidad.

k. Etiología patogénica de la oligofrenia

La falta de inteligencia puede ser:

- Hereditaria.
- Genética.
- Por alteración de cromosomas (síndrome del grito del gato).
- Por número irregular de cromosomas (síndrome de Down, trisomía 18, síndrome de Klinefelter, síndrome de Turner).
- Por translación (cromosoma Filadelfia).
- Germinales. Son causas exógenas que se dan en periodos de preparto (por sífilis, ingestión de medicamentos), parto (asfixia) y postparto (caída accidental del neonato).

JURISPRUDENCIA NACIONAL RELACIONADA CON ESTE CAPÍTULO

Determinación de la pena: circunstancias a tomar en cuenta.

“Las exigencias que determinan la aplicación de la pena, no se agotan en el principio de culpabilidad, por lo que al imponer la pena se debe tener en cuenta las condiciones personales del encausado; así también, se deberá atender al principio de proporcionalidad como relación de correspondencia entre el injusto cometido por el agente y la pena que le corresponde, conforme lo sustenta el artículo VIII del Título Preliminar del código sustantivo”. (R.N. N° 1175-2005).

Determinación de la pena: culpabilidad del sujeto como garantía de límite superior.

“Ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos”. (Exp. N° 0012-2006-PI/TC).

Responsabilidad objetiva: proscripción

“El Código Penal vigente, en el numeral VII de su Título Preliminar, ha proscrito toda forma de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado; de modo que, para imponer una sanción se hace imprescindible que en el proceso penal quede debidamente acreditado que el autor haya querido causar la lesión que se le imputa (dolo); y en el caso de los delitos culposos, que éste haya podido prever o evitar el resultado (culpa)”. (Baca Cabrera / Saquicuray Sánchez / Sánchez Espinoza. Exp. N° 607-98).

SEGUNDA PARTE

TEORÍA DEL CASO

Capítulo 1

LA TEORÍA DEL DELITO COMO ELEMENTO ESENCIAL EN EL PLANTEAMIENTO DE LA TEORÍA DEL CASO

Resumen de este capítulo

En este capítulo se estudia la visión integrada del derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal, y la relación de la teoría del caso y teoría del delito en el nuevo Código Procesal Penal del 2004..

I. VISIÓN INTEGRADA DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Como diría Ramón Ragués, durante muchos años, las relaciones entre la ciencia del derecho penal sustantivo y la ciencia procesal penal se han caracterizado en buena medida por la mutua ignorancia, como si estas dos disciplinas se ocuparan de sectores del ordenamiento jurídico sin ningún tipo de relación entre sí. Considera dicho autor, que probablemente los orígenes de esta actitud se dieron con las diferenciaciones entre la asignatura de derecho penal y la de derecho procesal, asignándose a profesores especializados en derecho procesal penal y derecho penal, de tal modo que quienes actualmente se dedican a explicar derecho procesal no se ocupan del penal sustantivo y, a la inversa.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte, en países como España, Alemania y Argentina, alguna doctrina ha realizado los primeros esfuerzos para encontrar un estudio conjunto, habiéndose advertido que la usual distinción entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal resulta en muchos casos arbitraria y en otros carece de todo efecto práctico. Además, se ha puesto en evidencia que esta es-

cisión es en gran medida la responsable de que avances efectuados desde el ámbito sustantivo hayan carecido de toda incidencia práctica por no haber encontrado un adecuado tratamiento en su vertiente procesal, la cual siempre ha funcionado alejada como instrumento netamente aplicativo.



La usual distinción entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal resulta en muchos casos arbitraria y en otros CARECE DE TODO EFECTO PRÁCTICO.

Para superar estas deficiencias un solo camino parece acertado: *suprimir las rígidas fronteras que separan la ciencia del derecho penal sustantivo de la ciencia procesal penal y elaborar una nueva disciplina científica, cuyo objeto de estudio y discusión sea el fenómeno penal en todas sus dimensiones*. El siguiente paso en este proceso ha de ser una plena irrupción de la política criminal en el derecho procesal. Cuando esto suceda, las rígidas fronteras entre lo sustantivo y lo procesal quedarán definitivamente difuminadas. No por casualidad esta tarea de integración se ha iniciado en aquellos países y universidades donde la separación académica entre derecho procesal y derecho sustantivo no llega hasta el extremo de *vetar* a los penalistas el estudio de las normas e instituciones procesales.

Si lo que se pretende es legitimar el Derecho penal en tanto que Derecho, ha de tomarse en consideración el momento de su traslación a la realidad. En ese sentido, no es posible permanecer en el nivel abstracto de la Ley Penal, sino que

debe legitimarse el Derecho penal en tanto que derecho a aplicar en el caso concreto, una tarea que debe realizarse recurriendo a ideas tan sólidas como la idoneidad, la necesidad y la adecuación para cumplir el fin (efectivamente legitimador) establecido. En otras palabras, debe demostrarse que el Derecho penal es un derecho para ser puesto en práctica y ello sólo se puede utilizándolo adecuadamente en el proceso penal.



HAY QUE SUPRIMIR LAS RÍGIDAS FRONTERAS que separan la ciencia del derecho penal sustantivo de la ciencia procesal penal y elaborar una nueva disciplina científica, cuyo objeto de estudio y discusión sea el fenómeno penal en todas sus dimensiones.

II. TEORÍA DEL CASO Y TEORÍA DEL DELITO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Es necesario que los especialistas dedicados al proceso penal reorienten su punto de referencia al momento de elaborar la teoría del caso que defiendan en juicio, trasladando su mirada a las normas penales sustantivas, básicamente en lo relacionado a la teoría del delito, pues como veremos a continuación no es posible trabajar una Teoría del Caso, sin tener claros los conceptos de la Teoría del Delito.

El nuevo Código Procesal Penal, que está entrando en vigencia de manera progresiva en el Perú, contempla un pro-

ceso penal en el que en la etapa del juzgamiento se realiza sobre la base de la Teoría del Caso (punto de vista fáctico, probatorio y jurídico) que presentan las partes al realizar sus alegatos de apertura en lo que constituye la primera etapa del juzgamiento. Luego de dicha presentación, una segunda etapa se centra en la actuación probatoria destinada a acreditar la parte fáctica de la teoría del caso, y una tercera etapa, la de los alegatos de apertura, que además de ser un recuento y/o balance que hacen las partes de lo acreditado en la etapa probatoria, constituye el momento en el que se deben realizar las argumentaciones jurídicas pertinentes; se discuten dogmática y probatoriamente la existencia de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (elementos esenciales del delito), sin dejar de lado tampoco a la *punibilidad*, en la que suelen situarse figuras como las llamadas condiciones objetivas de punibilidad o las excusas legales absolutorias.



No es posible trabajar una Teoría del Caso sin tener claros los conceptos de la Teoría del Delito.

El Ministerio Público, para lograr que el acusado sea condenado, deberá demostrar que los hechos imputados son típicos, antijurídicos y además que no existen causales de inculpabilidad, y que estén las condiciones de punibilidad; a la defensa, por el contrario, le bastará atacar con éxito cualquiera de las mencionadas categorías y si logra convencer al Juzgador de su no presencia, conseguirá una absolución.



EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL CONTEMPLA un proceso penal en el que en la etapa del juzgamiento se realiza sobre la base de la Teoría del Caso que presentan las partes al realizar sus alegatos de apertura en lo que constituye la primera etapa del juzgamiento.

Según Jesús María Silva Sánchez, determinar el dolo con criterios de derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal “nos permite proporcionar a los jueces y tribunales criterios más seguros y fiables con los que determinar cuándo procede imputar un hecho a título de dolo: criterios muy superiores a la tradicional visión procesal del problema, asentada en la prueba de indicios y en la íntima convicción del Juzgador. Con ello se demuestra, por lo demás, que realizar trabajos dogmáticos sirviéndose del método más moderno no sólo es incompatible con la obtención de resultados prácticos, sino que precisamente lo uno y lo otro se hallan en perfecta sintonía. Pocas veces resulta tan cierta la máxima clásica *nulla praxis sine theoros*.⁹⁹

En nuestro país, en los distritos judiciales en que se está aplicando el nuevo modelo procesal penal, muchos fiscales pierden sus procesos por omitir considerar expresamente el dolo en la teoría del caso que presentan en el juzgamiento, al creer indebidamente que se encuentra sobreentendido o que es tácito. Al respecto, se debe trabajar la idea de que el fiscal, al momento de elaborar una teoría del caso, debe señalar de manera inequívoca los hechos y las prue-

⁹⁹ En el prólogo a la obra de RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

bas que servirán para sostener que se produce el tipo subjetivo del delito por el que se está acusando, de lo contrario, el primer elemento de la teoría del delito no se habría presentado.



En los distritos judiciales en que se está aplicando el nuevo modelo procesal penal, MUCHOS FISCALES PIERDEN SUS PROCESOS POR omitir considerar expresamente el dolo en la teoría del caso que presentan en el juzgamiento, al creer indebidamente que se encuentra sobreentendido o que es tácito.

Finalmente, debemos señalar, coincidiendo con Jürgen Wolter¹⁰⁰, que la imposición de una pena puede quedar excluida por la presencia, no sólo de una causa de exclusión del tipo, la antijuricidad, de la culpabilidad o de la pena, sino que la sancionabilidad también decae, a su vez, cuando se utiliza la “facultad de prescindir de la pena”. Naucke señala, con razón, que la dogmática jurídico-penal tradicional, ha quedado obsoleta: en efecto, a la vista de las nuevas posibilidades de pronunciar la culpabilidad sin imponer pena alguna, ya no es posible trazar una nítida frontera entre conductas impunes y conductas susceptibles de punición.

En resumen, cabe destacar lo siguiente: en el caso de que no se haya alcanzado del todo la intensidad y los presupuestos de las causas de exclusión del Derecho penal o de exclusión del tipo, o los de las causas de justificación o de exclusión del injusto, o los de las causas de exclusión de la culpabili-

100 WALTER, Jürgen, *Sistema integral del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

dad o los de las causas de exclusión de la responsabilidad o de la misma, o bien cuando el injusto culpable tenga una menor entidad por otros motivos —así, por ejemplo, en supuestos en que concurran formas de dolo o de imprudencia menos graves—, en tales casos durante el juicio el fiscal planteará o la defensa solicitará un sobreseimiento del proceso o bien una renuncia a la pena o una atenuación de la misma. El criterio para la opción entre estas diversas alternativas (causas de exclusión material —sobreseimiento del proceso—, medición de la pena) habrá que extraerlo de la importancia respectiva de las circunstancias del caso, lo cual no se podrá discutir en juicio si es que no ha sido contemplado en la Teoría del Caso planteada.

Capítulo 2

TEORÍA DEL CASO

Resumen de este capítulo

En este capítulo se estudia con amplitud la denominada teoría del caso. Se empieza con las definiciones, cuándo se construye la teoría del caso, sus características, utilidad, importancia, elementos y su construcción. Un acápite importante se dedica a las estrategias y técnicas para la efectiva comunicación de la teoría del caso.

I. GENERALIDADES

La denominada *teoría del caso* (*theory of the case*) constituye la teoría fundamental en donde descansa el juicio oral en el nuevo sistema adversarial del proceso penal peruano. Las partes, en un proceso penal, deben sostener sus aspiraciones en una idea central o teoría explicativa de lo que aconteció¹⁰¹. Esta idea se transforma en un relato que pretende dar cuenta de los hechos, de modo omnicompreensivo, autosuficiente y verosímilmente¹⁰².

Su origen se encuentra en la literatura jurídica anglosajona y representa la idea eje a partir de la cual son desplegadas las energías y estrategias¹⁰³ a través de las cuales se diseñan los eslabones argumentativos a ser presentados en las distintas audiencias del proceso.

101 Durante la tramitación de un caso, todas las decisiones deben estar subordinadas a su teoría" (VIAL CAMPOS, Pelayo, *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2006, p. 53).

102 Cfr. BLANCO SUÁREZ, Rafael; DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio; MORENO HOLMAN, Leonardo; ROJAS CORRAL, Hugo, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 18.

103 Como sostienen BAYTELMAN y DUCE, "el juicio es un ejercicio profundamente estratégico" (BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio, *Litigación penal: juicio oral y prueba*, Edición Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004, p. 90).



LA DENOMINADA TEORÍA DEL CASO (THEORY OF THE CASE) constituye la teoría fundamental en donde descansa el juicio oral en el nuevo sistema adversarial del proceso penal peruano.

II. DEFINICIONES

Podemos definir la teoría del caso como la estrategia, plan o visión que tiene cada parte sobre los hechos que va a probar. O dicho en otras palabras: es la historia que el abogado quiere que acepte el juzgador sobre los hechos ocurridos.

A criterio de Blanco Suárez *et al.*, la teoría del caso intenta constituirse en una suerte de plantilla a través de la cual el litigante invita a los jueces a mirar la realidad, o más propiamente, los hechos del caso, proveyéndolos de un lente para dar una lectura intencionada que permita explicar lo sucedido. La teoría del caso corresponde a la idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como fundantes de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica¹⁰⁴.

Para Thomas A. Mauet, una “teoría del caso es una clara y simple historia sobre lo que ‘realmente sucedió’ desde su propio punto de vista¹⁰⁵. Debe ser consistente con la evidencia no controvertida y con su propia versión de la evi-

104 BLANCO SUÁREZ *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, cit., p. 18.

105 “La teoría del caso es, por sobre todas las cosas, un punto de vista” (BAYTELMAN/DUCE, *Litigación penal: juicio oral y prueba*, cit., p. 90).

dencia controvertida y la aplicación del derecho sustantivo. No sólo debe mostrarse qué ocurrió, sino que además debe explicar por qué las personas en la historia actuaron de la manera en que lo hicieron... Debe ser una historia persuasiva que será la base de su evidencia y argumentos durante el juicio. Si Ud. no es capaz de declarar su teoría del caso en uno o dos minutos, entonces se requiere más trabajo”¹⁰⁶.



LA TEORÍA DEL CASO ES la estrategia, plan o visión que tiene cada parte sobre los hechos que va a probar; es la historia que el abogado quiere que acepte el juzgador sobre los hechos ocurridos.

Según Baytelman y Duce, la “teoría del caso es un ángulo desde el cual es posible ver toda la prueba”¹⁰⁷. Metafóricamente, señalan que es “un sillón cómodo y mullido desde el cual se puede apreciar la información que el juicio arroja, en términos tales que si el tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a conclusiones que le estamos ofreciendo”¹⁰⁸.

Para Pelayo Vial Campos, la teoría del caso es la “narración lógica de los hechos, en un solo párrafo que, enmarcados en el contexto que la ley fija, nos lleva a la conclusión legal buscada... [Es] un relato de hechos y de ley realizado de tal forma que lleve a una sola conclusión jurídica: Doña X dio

106 MAUET, Thomas A., *Trial Techniques*, 5ª ed., Aspen Law & Business, Gaithersburg/New York, 2000, p. 24 (cit. por BLANCO SUÁREZ *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, cit., p. 18, n. 10).

107 BAYTELMAN/DUCE, *Litigación penal: juicio oral y prueba*, cit., p. 90.

108 Loc. cit.

muerte a su marido, previamente éste la había golpeado. Estos hechos —la muerte y los golpes— se encuadran en un parricidio y la eximente de responsabilidad de legítima defensa —teoría legal—, por lo que la imputada está exenta de responsabilidad criminal —veredicto exculpatório—, según la teoría de la defensa”¹⁰⁹.

La teoría del caso es, pues, el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que lo sustentan y los fundamentos jurídicos que los apoyan. Se presenta en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador. Esta historia persuasiva contiene escenarios, personajes y sentimientos que acompañan toda conducta humana¹¹⁰.

III. CUÁNDO SE CONSTRUYE LA TEORÍA DEL CASO

La teoría del caso se construye desde el momento en que las partes tienen conocimiento de los hechos.

Una vez que las partes tengan la información, esta servirá para definir cuál será su teoría del caso que van a demostrar.

Se empieza planteando una hipótesis de lo que pudo haber sucedido, luego estas hipótesis deben ser sometidas a

109 VIAL CAMPOS, *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno*, cit., p. 53.

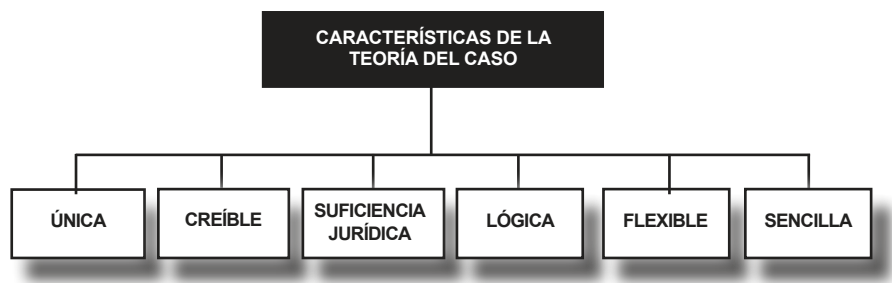
110 *Técnicas del juicio oral en el nuevo Sistema Penal de Nuevo León: Programa de Divulgación*, Comité Organizador de los Trabajos para la Reforma al Sistema de Justicia de Nuevo León, Monterrey (México), 2004, p. 69.

verificación o comprobación mediante las actuaciones que realicen durante la investigación.

Al finalizar la investigación, las hipótesis se convierten en teoría. Luego se modifica y se acomoda o ajusta hasta que empiece el juicio.

IV. CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DEL CASO

Las características principales que debe tener una teoría del caso son las siguientes: 1) ser única; 2) ser creíble; 3) tener suficiencia jurídica; 4) ser lógica; 5) ser flexible; y 6) ser sencilla.



1. Única

Significa que se debe tener una sola teoría del caso, es decir, debe haber una sola versión de los hechos con la finalidad de explicarlos y darle consistencia y coherencia argumentativa.

Veamos un ejemplo citado por Baytelman y Duce:

EJEMPLO

Veamos un ejemplo citado por Baytelman y Duce:

“Lo cierto es que mi representado no estaba en el lugar de los hechos en el momento del homicidio...

Ahora, si se prueba que estaba en el lugar de los hechos, él no fue quien disparó el arma...

Pero bueno... si se acredita que él disparó el arma, entonces lo hizo en legítima defensa...

Ahora bien... si no se logró acreditar la legítima defensa, entonces mi representado es inimputable por demencia...”.

Ni el juez más bisoño acogería esa zigzagueante e incoherente estrategia defensiva.

Lo mismo puede ocurrir cuando un mismo litigante presenta determinados testigos que acreditan una historia, para luego incorporar las declaraciones de otros testigos que narren otra versión de los hechos.

2. Creíble

La teoría debe explicarse por sí misma, y ser acorde con el sentido común y las reglas de la experiencia. Es decir, que los magistrados sean capaces de entender, comprender y asimilar la idea central que da sentido al conjunto de hechos.

3. Suficiencia jurídica

Significa que la teoría del caso debe llenar, desde el punto de vista del fiscal, todos los elementos de la conducta pu-

nible y de la culpabilidad; desde el punto de vista de de la defensa, debe determinar la falta de un elemento de la conducta o de la responsabilidad.

4. Lógica

Porque debe permitir deducir las consecuencias jurídicas de los hechos que lo soportan, es decir, debe guardar coherencia.

5. Flexible

Debe ser lo más flexible posible de tal manera que permita adaptarse a adecuarse a los posibles desarrollos del proceso, pero sin que ello implique un cambio radical, que podría conllevar la pérdida de credibilidad.

6. Sencilla

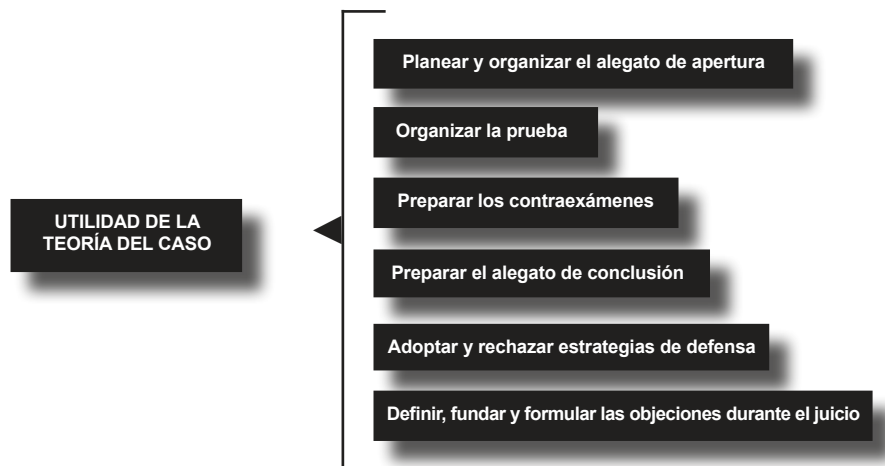
Significa que los hechos deben ser contados con claridad y simpleza, sin utilizar tecnicismos.

V. UTILIDAD DE LA TEORÍA DEL CASO

La teoría del caso tiene varios objetivos, dependiendo de la etapa del juicio en que nos encontremos. Pero en líneas generales sirve para planificar organizadamente el caso y monitorear cada etapa del juicio, permitiendo elaborar una historia persuasiva y con significado penal de relevancia¹¹¹.

De ese modo, la teoría del caso nos ayuda a:

111 *Técnicas del juicio oral en el nuevo Sistema Penal de Nuevo León: Programa de Divulgación*, cit., p. 72.



1. Planear y organizar el alegato de apertura

Este objetivo permite organizar lógica y persuasivamente el alegato de apertura en sus aspectos fácticos, probatorios y jurídicos.

La teoría del caso es la esencia del alegato de apertura. Esto significa que habiendo elaborado la teoría, estamos listos para presentar este alegato de apertura, por cuanto ya tenemos organizada la historia persuasiva.

2. Organizar la prueba

Luego del alegato de apertura, el juez invita a las partes para que le informen sobre los medios de prueba en lo que basan su acusación y la defensa del acusado.

La teoría del caso sirve para organizar la prueba de la manera que mejor convenga. En este orden de ideas, para la Fiscalía la mejor forma es una organización cronológica, ya que permite presentar la historia paso a paso, en tanto que para la defensa lo será de manera estratégica o sis-

temática, porque se trata de probar un supuesto jurídico determinado.

Este objetivo de la teoría del caso permite eliminar pruebas innecesarias y direccionar las pruebas que se presentarán hacia la comprobación de un determinado hecho, pero lo más importante, permite anticipar a los sujetos procesales en el contrainterrogatorio.

También permite ordenar los testigos y peritos que se llevarán a juicio, priorizando los fuertes al inicio y al final para originar un impacto en el juzgador, ya que desde un punto de vista psicológico se retiene los primeros y los últimos.

Finalmente, permite analizar las debilidades de los testigos (propios y adversos) y a preparar el contrainterrogatorio respectivo.

3. Preparar los contraexámenes

Según Blanco Suárez *et al.*, los contraexámenes son los espacios de acción en los que mejor se puede dañar la teoría del caso de la contraparte, identificando previamente los puntos concretos de ataque¹¹². Agregan estos autores que el contraexaminador nunca debe caer en la tentación de intentar averiguar información que hasta el momento no se posee, más bien debe sacar a relucir los antecedentes que conoce y que el testigo de la contraparte debe reconocer en la audiencia, afectando a la parte que lo ha presentado en el juicio.

4. Preparar el alegato de clausura

Como se sabe, la culminación del debate es el alegato de clausura o alegato final. Por ello, hay quienes recomiendan

112 BLANCO SUÁREZ *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, cit., p. 31.

preparar la teoría del caso a partir de lo que dirá en el alegato de clausura, a efecto de determinar cuáles son los pasos a seguir para tal fin.

5. Adoptar y rechazar estrategias de defensa

Una buena teoría del caso permite al defensor identificar cuál es la estrategia de defensa que, eventualmente, pueda darle mejores resultados.

6. Definir, fundar o formular las objeciones durante el juicio

Las objeciones son los procedimientos utilizados para oponerse a la presentación de evidencia inadmisibile, como también para objetar un comportamiento indebido durante el juicio. Al objetar, el abogado, aparte de poder identificar que la pregunta —o la contestación— es objetable, debe poder identificar el (los) fundamento(s) correctos, pero más importante aún, evaluar la deseabilidad de objetar.

VI. IMPORTANCIA DE LA TEORÍA DEL CASO

La teoría del caso tiene una gran importancia en tanto y en cuanto va a permitir, ya sea desde la óptica de la acusación o desde la perspectiva de la defensa, tener una explicación jurídica en el siguiente sentido:

a) **Desde la óptica de la acusación**, la teoría del caso es una explicación jurídica de por qué ciertos hechos ocurridos deben dar lugar a una sanción penal en contra de su autor.

b) **Desde la óptica de la defensa**, la teoría del caso es la explicación jurídica de por qué no debe sancionarse a aquel a quien se tiene por autor.

En virtud de ello, la teoría del caso es la postulación que cada parte le presenta al juez para que la asuma como una verdad jurídica. El órgano jurisdiccional deberá, finalmente, admitir una y solo una teoría del caso, la cual plasmarán en su decisión final.

VII. ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL CASO

La doctrina es unánime al señalar que son tres los elementos de la teoría del caso: 1) fáctico; 2) jurídico; y 3) probatorio.

1. Fáctico

Es la identificación de los hechos relevantes que nos conducen a comprobar la existencia de la conducta punible y la responsabilidad o no responsabilidad del procesado.

Lo fáctico sustenta lo jurídico. Estos hechos deben ser reconstruidos en el juicio, a través de las pruebas.

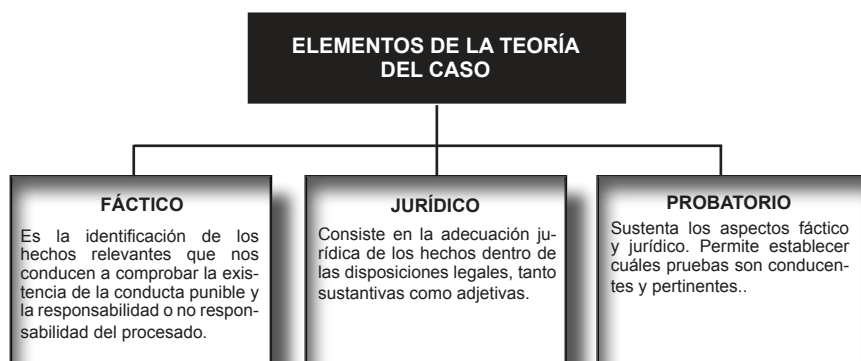
Recuérdese que los hechos contienen:

- Acciones;
- Circunstancias de modo tiempo y lugar;
- Lugares o escenarios;
- Personajes con sus sentimientos, educación, cultura, creencias, etc.;

- Instrumentos; y
- Resultados de la acción.

2. Jurídico

Consiste en la adecuación jurídica de los hechos dentro de las disposiciones legales, tanto sustantivas como adjetivas.



En otras palabras, viene a ser la subsunción de la historia en la norma penal aplicable.

3. Probatorio

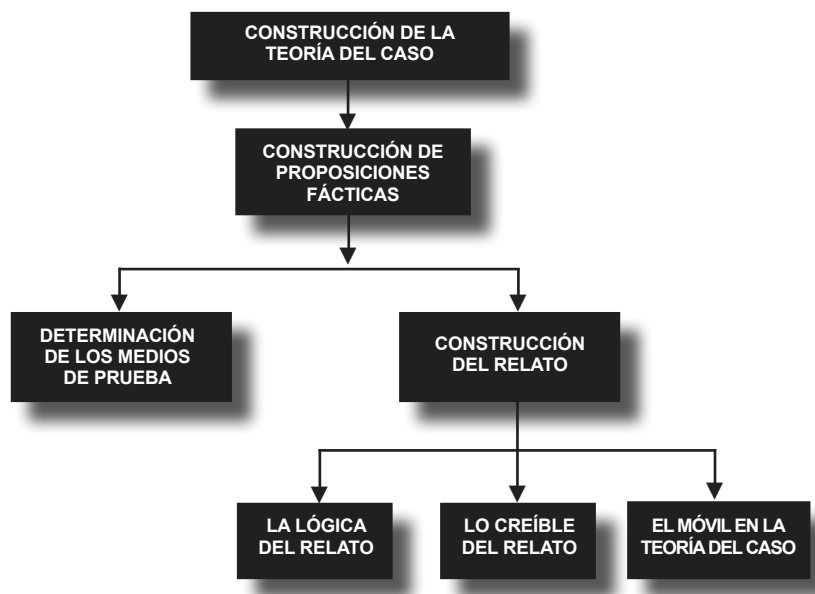
Sustenta los aspectos fáctico y jurídico. Permite establecer qué pruebas son conducentes y pertinentes para:

- Demostrar unos hechos;
- Dar certeza (o duda) sobre la responsabilidad, autoría, etc.;
- Demostrar la inexistencia de requisitos para que se configure plenamente el tipo penal; y
- Establecer fallas procedimentales.

La falta de cualquiera de estos elementos constitutivos hace que la parte no tenga un caso sino una historia, y en esta eventualidad lo mejor es buscar soluciones diferentes al juicio.

VIII. CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

Una buena teoría del caso requiere construir *proposiciones fácticas* adecuadas a *elementos legales* sobre las cuales se elabore un relato creíble, sustentado en *medios de prueba*¹¹³.



113 *Técnicas del juicio oral en el nuevo Sistema Penal de Nuevo León: Programa de Divulgación*, cit., p. 75.

1. Construcción de proposiciones fácticas

Baytelman y Duce afirman que una **proposición fáctica** es una afirmación de hecho, respecto de un caso concreto, que si el juez la cree, tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica. Una proposición fáctica es un elemento legal reformulado en un lenguaje corriente, que se remite a experiencias concretas del caso, sobre las que un testigo, por ejemplo, sí puede declarar¹¹⁴. Según Bergman, las proposiciones fácticas eliminan la distancia entre la historia y la teoría legal; estas nos dicen cuáles son las pruebas que debemos aportar¹¹⁵



UNA PROPOSICIÓN FÁCTICA ES una afirmación de hecho, respecto de un caso concreto, que si el juez la cree, tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica.

El fiscal, por ejemplo, debe acreditar los elementos del tipo penal y el conjunto de circunstancias modificatorias de responsabilidad, todo lo cual en conjunto forma parte de la teoría jurídica. Desde su perspectiva, podrá sostenerse que se tiene un caso cuando las evidencias disponibles permitan afirmar cada uno de los elementos del tipo. En este

114 BAYTELMAN/DUCE, *Litigación penal: juicio oral y prueba*, cit., p. 85; BLANCO SUÁREZ *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, cit., p. 23.

115 BERGMAN, Paul, *La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995 (trad. del inglés: *Trial Advocacy in a Nutshell*, West Publishing, St. Paul [Minnesota], 1989), p. 24.

caso se requerirá, por lo menos, una proposición fáctica por cada elemento del tipo penal¹¹⁶.

La defensa, en cambio, acreditará su teoría jurídica dando cuenta de los elementos que conforman, por ejemplo, una legítima defensa (v. gr., una fuerza irresistible, o cualquier otra causal de exculpación), o bien acreditará elementos que permitan configurar una eximente incompleta de responsabilidad, que sumada a otras circunstancias atenuantes permita disminuir el monto de la pena¹¹⁷.

Lo primero en la construcción de la teoría del caso es dedicar atención a la investigación, búsqueda, identificación, definición, análisis e interpretación de los hechos que llegan a nuestro conocimiento¹¹⁸.

¿Pero qué son los hechos? Un **hecho** es un suceso, un estado de la existencia o una relación (entre entidades, entre acontecimientos o entre entidades y acontecimientos), para el cual pueden hallarse pruebas dignas de confianza y en el cual la interpretación interviene poco o nada. En sí posee un alto grado de objetividad, puede ser medido, descrito o definido con precisión y verificado en forma relativamente fácil¹¹⁹.

116 Cfr. BLANCO SUÁREZ *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, cit., p. 23.

117 Loc. cit.

118 *Técnicas del juicio oral en el nuevo Sistema Penal de Nuevo León: Programa de Divulgación*, cit., p. 75.

119 Cfr. BURTON, William, *Hacia un pensamiento eficaz*, Troquel, Buenos Aires, 1965, pp. 112 y 114; COLLE, Raymond, "La dimensión fáctica del discurso y su evaluación", en *Revista Latina de Comunicación Social*, N° 10, Santiago de Chile, 1998.



UN HECHO ES un suceso, un estado de la existencia o una relación (entre entidades, entre acontecimientos o entre entidades y acontecimientos), para el cual pueden hallarse pruebas dignas de confianza y en el cual la interpretación interviene poco o nada

De esta manera se podrá definir cuáles de ellos tienen relevancia penal, es decir, si satisfacen o no un elemento del tipo penal por el que será procesada una persona.

EJEMPLO

- Hechos relevantes para el fiscal pueden ser, por ejemplo, que el acusado disparó sobre la víctima; que la víctima como consecuencia del disparó murió; que el acusado se encontraba en el lugar de los hechos el día del homicidio; etc.
- Un ejemplo de hechos irrelevantes puede ser: que el acusado disparó una pistola calibre 38 (no se introdujo arma alguna al juicio); o que la víctima conocía a su agresor (no se están ventilando circunstancias de indefensión, por ejemplo).

Identificados los hechos relevantes, corresponde ahora compararlos con uno o con varios elementos del tipo penal y determinar si se subsumen o no en ellos.

En el evento en que los hechos correspondan a los elementos del tipo, es preciso formular las proposiciones para cada elemento legal.

Obsérvese que lo que hemos hecho es únicamente un proceso de adecuación típica y esto no es nuevo para los abogados ni para los estudiantes de Derecho. Aunque pareciera excesivamente fácil y hasta elemental, a partir de este momento hemos comenzado a elaborar nuestra teoría del caso y ya hemos orientado hacia dónde y por dónde encauzaremos la acusación o la defensa (según el caso).

Ahora conviene poner un título a nuestra teoría; lo llamaremos **tema** y debe ser utilizado como “caballito de batalla” tanto en el ofrecimiento de los alegatos de introducción o apertura, como cuando se presente el alegato de conclusión.

El **tema** se caracteriza por:

- Ser una frase corta que resuma perfectamente la Teoría.
- No contener alusiones jurídicas o legales.
- Ser de fácil recordación.
- Contener una especie de mensaje subliminal sobre la pretensión del abogado.

2. Determinación de los medio de prueba

Una vez que se han identificado y seleccionado los hechos con relevancia jurídica, corresponde acreditar aquellos que efectivamente hayan sucedido (algunos pueden ser determinados, pero también ser producto de la imaginación de alguien).

Lo primero que hay que tener en cuenta son las proposiciones seleccionadas para fundamentar la pretensión penal;

para ello es menester determinar los medios de prueba a partir de las siguientes guías:

- a. Tener en cuenta las proposiciones nos permite determinar los medios probatorios más idóneos para demostrar que los hechos identificados sí se encuentran dentro del precepto normativo (adecuación típica).

EJEMPLO

Si está viendo un caso por el delito de peculado, en el caso del fiscal, se debe determinar que el sujeto activo es un empleado público y, por ende, se debe acreditar tal calidad a través de documentos tales como resolución de nombramiento, la acción de apropiación, la ejecución a través de cheques girados a terceros sin sustento contable o administrativo.

A cada proposición debe corresponder uno o varios medios de prueba que la demuestren o nieguen. Lo que el operador busca es aquel medio de prueba que mejor demuestre su proposición fáctica.

- b. Siempre es conveniente anticipar futuros problemas que puedan presentarse, especialmente con los medios de prueba que introduzca la contraparte.

Estos deben ser analizados y revisados para descubrir sus fortalezas y debilidades, para planear bien los interrogatorios y contrainterrogatorios.

- c. Los medios de prueba generalmente son manipuladas ilícitamente, contaminados o recogidos de manera

ilegal, ya sea porque se aplicaron procedimientos antitécnicos en su recolección o por la acción deliberada de la parte que pretende hacerlos valer defraudando al proceso y a sus actores. Por ello se aconseja investigar y analizar todas las circunstancias posibles que envuelven los medios de prueba que se van a introducir.

- d. Finalmente, el análisis probatorio, como elemento de la teoría del caso, culmina con un juicio de valor que le asigna a cada uno de los medios de prueba una determinada capacidad probatoria.

El hecho está probado (*prueba*) cuando se ha demostrado su acaecimiento, a través de medios idóneos (*medios de prueba*), aplicados sobre determinados objetos o personas (*fuentes y/o órganos de prueba*), de los cuales se extraen elementos de convicción (*evidencias*) con capacidad de demostración¹²⁰.

3. Construcción del relato

Con las proposiciones fácticas que encuadran en las normas jurídicas (adecuación típica) y probatoriamente sustentadas, ahora se debe construir un relato o historia persuasiva, lógica y creíble.

a. La lógica del relato

Puede estar garantizada si la historia se cuenta de manera cronológica, ya que es la manera como el entendimiento humano capta mejor las ideas que le comunican.

Empero, en la investigación esta lógica tiende a perderse y, en el peor caso a no existir, porque la narración que hacen

120 *Técnicas del juicio oral en el nuevo Sistema Penal de Nuevo León: Programa de Divulgación*, cit., p. 79.

los primeros “testigos” o personas que intervienen es ambigua, oscura, desordenada y, en no pocas oportunidades, con vacíos enormes. Pero eso no debe preocupar al abogado, para eso es la investigación; se trata de indagar hasta lograr una secuencia cronológica de los hechos.

b. Lo creíble del relato

Depende de lo capaz que sea el narrador, de su compromiso con la causa y de los intereses que representa.

Los episodios del relato deben transmitir seguridad y convicción, y esto solo se logra con un verdadero compromiso del abogado con la causa (que en ocasiones no se logra con la defensoría pública o de oficio).

No es creíble un relato que se ha elaborado sobre la base de una teoría del caso ambigua, incoherente o contradictoria. Recuérdese que la teoría del caso es única y flexible.

Ya hemos citado el ejemplo de Baytelman y Duce sobre el riesgo de mantener posiciones peligrosamente ambiguas y poco firmes¹²¹.

c. El móvil en la teoría del caso

Otro aspecto importante de la teoría del caso y de la construcción del relato es el **móvil**, porque normalmente implica para el Juez la motivación de la acción y hace de la reconstrucción de los hechos una historia más interesante y real, en la que nadie actúa de manera aleatoria, sino por motivaciones interiores y/o exteriores, motivaciones que precisamente son el móvil. Por eso es que al elaborar la teoría del caso, el fiscal no podrá olvidar el móvil y el

121 BAYTELMAN/DUCE, *Litigación penal: juicio oral y prueba*, cit., p. 94.

defensor tampoco debe perder de vista la ausencia de ese móvil, por lo que para la defensa supone un arduo trabajo de creatividad e imaginación para desvirtuar el móvil que expone la Fiscalía.

IX. ESTRATEGIAS Y TÉCNICAS PARA LA EFECTIVA COMUNICA- CIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

1. Aspectos generales

El mensaje del abogado es la teoría del caso, y el abogado mismo es el mensajero. El medio natural de la transmisión es el relato. Su objetivo es persuadir al juzgador —el receptor del mensaje— de que se trata de la versión más fidedigna de los hechos, y de la interpretación de la ley más adecuada y justa. En la comunicación efectiva hay una regla de oro: “No importa qué tan bueno o significativo sea el mensaje, si el mensajero es malo, el mensaje no llega”¹²².

2. Cómo comunicar la teoría del caso

Los abogados, para comunicar la teoría del caso de manera efectiva, debemos convertir la esencia de la teoría en una historia sencilla, coherente y convincente que se pueda transmitir de manera fácil y rápidamente.

Enseguida, veamos algunas técnicas para realizar una efectiva comunicación de la teoría del caso:

¹²² *Técnicas del juicio oral en el nuevo Sistema Penal de Nuevo León: Programa de Divulgación*, cit., p. 85.



a. El tema central y las etiquetas

Los temas y etiquetas constituyen el vocabulario que conforma el lenguaje del juicio oral, que el abogado debe utilizar para comunicar al juzgador con claridad.

El **tema** es la palabra o frase breve que resume la esencia de la teoría del caso.

Esta técnica consiste en destacar la definición de un tema que encierre lo fundamental de la teoría del caso, así como el uso de un lenguaje basado en el tema, que facilita la comunicación sucinta y convincente de dicha teoría.

Las **etiquetas** son aquellos términos favorables utilizados por el abogado para referirse a las personas, los eventos y las cosas asociadas con el juicio

b. Técnicas para contar la historia

El juez espera escuchar una historia coherente y lógica, así como una interpretación natural y racional de las normas aplicables al caso concreto.

No es conveniente invertir tiempo y recursos narrando una historia sobre los hechos no controvertidos. Debe concentrarse en transmitir su versión de las cuestiones y los hechos materiales *controvertidos*.

Comunicar una teoría del caso significa poder relatar una historia y avanzar una posición de manera persuasiva. Y como cualquier historia, su impacto depende de cómo se narra. Se ha dicho que la teoría del caso sirve de guión para organizar todas las actividades probatorias en el juicio.

El abogado debe humanizar y dramatizar su teoría del caso, con el fin de hacer una recreación convincente. En este punto es preciso recalcar que el idioma oral y el idioma corporal son fundamentales.

Hemos hablado de una historia, toda historia tiene una trama, unos personajes y unas emociones, de allí la necesidad de utilizar un lenguaje colorido, impactante, que provoque reacciones emotivas contra los *malos* (el cliente de mi contraparte) y los *buenos* (mi cliente).

c. Ayudas audiovisuales

Las ayudas audiovisuales tienen una importancia estratégica y efectiva de comunicación para transmitir información, mejor aún si se trata de procesos de alta complejidad.

Está demostrado que una persona receptora de un mensaje oral retiene más y mejor información si éste se transmite en combinación con un apoyo audiovisual.

Por ello, es recomendable que cuanto más complejo sea el mensaje, es más necesario utilizar recursos o medios audiovisuales para llegar claro a su destinatario.

En una época en que la ciencia puede ofrecer numerosos recursos tecnológicos, es posible y necesario utilizar en los juicios orales una serie de medios audiovisuales.

EJEMPLO

En el caso de un accidente automovilístico con consecuencias penales, el abogado podrá presentar fotografías, diagramas, diapositivas, cuadros, modelos, documentos magnificados y simulaciones computarizadas, que grafiquen al juzgador no sólo el lugar de los hechos sino la alineación de las calles y de los semáforos, la posición de los carros de las partes en contención los sentidos en el flujo del tráfico, etc.¹²³

123 *Técnicas del juicio oral en el nuevo Sistema Penal de Nuevo León: Programa de Divulgación*, cit., p. 88.

CASOS PRÁCTICOS

de algunos temas
desarrollados en este libro

I. ACCIÓN

1. Primer caso

Juanita conducía un vehículo por la carretera. De pronto, en un tramo, deslumbrada por la intensidad de la luz del sol, no pudo ver lo que tenía delante, a consecuencia de lo cual atropelló a Pedro, que circulaba en bicicleta por la calle, en la misma dirección, por el carril para automóviles. Pedro falleció a consecuencia del golpe con el asfalto. ¿Existe responsabilidad penal de Juanita?

Solución

En primer lugar, es preciso determinar si realiza una acción humana. En este sentido, es claro que conducir un vehículo requiere realizar una acción, es decir, desplegar un movimiento corporal por parte de un ser humano como tal. No se trata de un simple proceso fisiológico, sino en cuanto proceso comprensible por cualquiera, como la adopción de reglas de comportamiento, como algo que tiene su origen en un ser humano en cuanto ser libre. En este caso, Juanita puede conducir o dejar de conducir, puede conducir aquí o allí, por la izquierda o por la derecha. Entonces es posible afirmar que el proceso es susceptible de autocontrol: Juanita tiene alternativas en su actuación. Estamos por tanto ante una acción humana, una conducta.

Ahora bien, es posible que, ante una potente luz del sol, una persona deje de cerrar los párpados, pues estos *se cierran* ante un estímulo de esa naturaleza.

Esta acción (cerrar los párpados) constituye un proceso natural algo meramente instintivo, un proceso en el que Juanita carece de alternativas, un proceso que no puede controlar, a pesar de que después, voluntariamente, desee abrir los párpados. Sobre esta base, puede afirmarse que cerrar los ojos ante una fuente de luz como la del sol es un proceso que no posee el carácter de acción humana. Sin embargo, no es esto lo único que en el caso se describe, pues Juanita sigue conduciendo.

Hay que diferenciar lo siguiente: a) cerrar los ojos, o no ver por la cegadora luz del sol, no puede atribuirse como acción humana; pero como esto, desde el punto de vista del Derecho penal, es irrelevante, atípico, no es necesario analizar más detenidamente; b) pero proseguir la marcha, aun sabiendo que no ve, sí constituye acción humana, y además de acción, puede presentar después relevancia típica, puede estar prohibida por el Derecho penal. De esto sí puede decirse que constituye una acción humana.

En definitiva, Juanita sí realiza una acción humana en lo que a conducir el vehículo se refiere, siendo posible establecer responsabilidad penal mediante la constatación, en su caso, de las restantes categorías de la teoría del delito. Pero en todo caso, lo relevante es que se trata de una acción en el sentido del Derecho penal y debe ser analizada bajo las restantes categorías o presupuestos de la imputación a fin de establecer una posible significación penal de la conducta llevada a cabo por Juanita.

2. Segundo caso

Tito va conduciendo su automóvil por una calle con una pendiente elevada y con el pavimento mojado. De pronto, al intentar frenar, el mecanismo del vehículo no le responde. El vehículo no puede ser detenido con el freno, por lo que realiza una maniobra de emergencia, a consecuencia de la cual resulta muerta una persona. El peritaje practicado al vehículo demuestra que el fallo mecánico se debió a una pérdida imprevisible del líquido de frenos. ¿Cuáles son los alcances de la responsabilidad penal de Tito?

Solución

Es posible que Tito intentó frenar, pero sin éxito, porque se vio impulsado por la fuerza de la inercia del vehículo sin lograr oponerse a ella. La resistencia que un sujeto humano puede oponer a la fuerza de la inercia de un vehículo que rueda por una calle en pendiente, con pavimento mojado, puede ser suficiente si se trata de detener la marcha mediante los dispositivos de freno de un vehículo convencional en buen estado. En caso contrario, la fuerza no sería resistible. En el caso planteado, Tito se ve aparentemente impulsado por una fuerza no resistible, pero no es así: este impulso no constituye una causa suficiente para poder negar la presencia de conducta humana. En efecto, Tito se ve impelido por la fuerza, pero esta no suprime la posibilidad de conducirse como persona, pues cabe todavía interponer acciones externas: no es una fuerza irresistible; puede decirse que Tito intentó frenar y efectuó una maniobra de emergencia, que son conductas humanas. Tampoco podemos decir que obró en situación de movimiento reflejo, pues existe un mínimo de activación de la conciencia, lo cual le permite maniobrar y evitar la colisión frontal. En definitiva, estamos ante una conducta humana.

Con su conducta de intentar frenar y maniobrar ha desencadenado finalmente la muerte de un peatón. Ahora, ¿es posible atribuir esta muerte a la conducta de Tito? Para que ello sea así, debemos analizar si el resultado puede ser objetivamente imputable a la conducta de Tito: en primer lugar, existe causalidad entre su maniobra y el resultado de muerte, según la fórmula de la *conditio sine qua non*, ya que si se suprime mentalmente esta maniobra, el coche seguía su curso adecuado y nadie resultaría atropellado. Pero esto no es suficiente: dicha conducta debe generar un riesgo típicamente relevante de homicidio (artículos 106-108 CP), entre otros riesgos, pues dirigir un vehículo a considerable velocidad contra una persona viva constituye un peligro elevado de muerte; es necesario además que dicho riesgo se realice en el resultado, pues los hechos no nos dicen nada sobre si fue la propia víctima quien se arrojó a las ruedas del vehículo.

Sin embargo, habría que preguntarse si existe un factor ajeno que afecta al curso del riesgo y cuál es este factor. La respuesta salta a la vista: la falta de líquido de frenos. Si se tratara de una conducta de tercero (por ejemplo, el mecánico que había realizado la revisión del coche, que no se percató de la posible pérdida; o del enemigo de Tito, que quebró los conductos del líquido de frenos) las cosas cambiarían, pues podría atribuirse a dichos sujetos la pérdida de líquido de frenos, y con ello estaríamos ante elementos que excluirían la imputación objetiva.

Además, hay que analizar si el resultado de muerte, objetivamente imputable, puede también imputarse subjetivamente. Así, cabe distinguir si la conducta de maniobrar por parte de Tito es dolosa, pues cualquier conductor sabe lo que sucede al girar el volante; hay que preguntarse por el dolo (conocimiento) respecto a girar repentinamente y su consecuencia para un peatón.

Podría entenderse que al girar repentinamente desconoce la presencia de una persona en ese lugar, en cuyo caso apreciaríamos un error de tipo. Puede tratarse de un error de carácter vencible (artículo 14º, primer párrafo del CP), porque cualquier conductor, con las reglas adquiridas para la conducción (mirar de forma “cuidadosa” antes de girar o de cambiar de carril), debe percatarse de la presencia de un peatón en su trayectoria. Ello conduce a la aplicación del tipo de homicidio culposo (artículo 111º CP). El resultado de muerte es imputable, por tanto, subjetivamente como culpa.

La conclusión es que Tito debe responder por un homicidio imprudente (artículo 111º CP), cuya pena se rebajaría en virtud de la eximente incompleta de miedo insuperable (artículo 20º, inciso 7, CP). Esto no evitaría que el condenado afronte la responsabilidad civil por daño derivado. Como se ve, el efecto de la inercia sobre el conductor no hace desaparecer todas las posibilidades de autocontrol, por lo que se puede hablar de una conducta humana. Otros factores presentes en el caso (miedo, tensión, error, etc.) pueden ser analizados en otras categorías (imprudencia, culpabilidad). Ahora, cuando se produce el hecho, el sujeto carece del mínimo de autocontrol que permitiría hablar de una conducta humana, por lo que no es posible la imputación del proceso como conducta. Mas, en algunos casos, es posible la imputación de lo sucedido: se trata de una *actio libera in causa*.

II. TIPO

1. Primer caso

Pedro, que padece una esquizofrenia paranoide caracterizada por un delirio de celos y persecución, agredió a su esposa Perla con un cuchillo de cocina y le asesta treinta y cinco puñaladas en diversas partes del cuerpo, que originaron otras tantas heridas punzantes que le afectaron el tórax, abdomen, miembro superior derecho y miembro inferior izquierdo; una de ellas afectó el corazón, siendo sus heridas potencialmente mortales. José se presentó a la Policía contando los hechos y Perla fue internada en el hospital, donde se procedió a suturar y hemostasiar las heridas, así como a la trasfusión indovenosa de suero y sangre. Carlos se acercó a la habitación, donde Perla, en estado de inconsciencia, estaba acompañada de su hermana,

buscando la tarjeta que acreditaba que Perla, como Testigo de Jehová que era, no quería se le hiciesen transfusiones de sangre. Mientras la hermana de Perla fue a buscar a la enfermera, Carlos le quitó el catéter, presionando con la mano el brazo para evitar la hemorragia. A consecuencia de lo relatado, Perla fallece aquella misma tarde por el shock hipovolémico que estaba controlado por la transfusión de sangre que recibía. ¿Cómo se aplica la responsabilidad penal en este caso?

Solución

En ninguno de los tres intervinientes (Pedro, José y Carlos) cabe hablar de causas de ausencia de conducta humana. Los tres llevan a cabo conductas humanas y externas. No concurre ningún factor que pueda excluir la conducta humana. Ni siquiera en el caso de Pedro, que al asestar las puñaladas a Perla en una situación de arrebato cabe hablar de que desaparezca la acción, debido a que se mantiene un mínimo de libertad, es decir, Pedro tenía una alternativa a su actuación.

Analicemos el caso de Pedro, que al asestar 35 puñaladas interpone un factor causal de la muerte de Perla y por ello cabe analizar la imputación objetiva en el tipo penal de dicha conducta. No está tan claro si el resultado de muerte sea objetivamente imputable a esta conducta. Mediante la fórmula de la *conditio sine qua non*, Pedro aporta un factor causal con sus puñaladas, pues suprimidas estas mentalmente no se hubiese desencadenado el resultado de muerte. Su conducta crea diversos riesgos típicamente relevantes (muerte, lesiones, daños, etc.); sin embargo, de estos riesgos, el más grave no se realiza en el resultado porque se interpone un factor distinto y ajeno, que es la conducta comisiva de Carlos al desconectar el catéter. Esta conducta es causal, igualmente por la fórmula de la *conditio sine qua non*, y crea a su vez un riesgo típicamente relevante de muerte, que sí se realiza en el resultado.

Cabe afirmar que la conducta de Pedro constituye una tentativa de homicidio (artículos 106º y 16º CP); y la de Carlos un homicidio consumado (artículo 108º CP). Junto a este riesgo, cabe entender que las puñaladas de Pedro constituyen también riesgos relevantes a efectos de otros tipos (malos tratos, lesiones, etc.), pero todos ellos quedan absorbidos (mediante el llamado concurso aparente de normas o de leyes) por la tentativa de homicidio.

En la conducta llevada a cabo por Pedro, cabe apreciar la presencia de dolo ya que, en virtud de las reglas de experiencia que cualquier persona ha adquirido mediante el cotidiano proceso de aprendizaje (casi todo el mundo alguna vez se corta con un cuchillo), se percibe la eficacia lesiva de un cuchillo de cocina empleado repetidamente con incisiones en una persona viva. No se puede hablar de un error bajo ningún motivo: ni por ausencia de reglas de experiencia, ni por falta de actualización, ni por defecto de cálculo. Queda por preguntarse, empero, si la presencia de un trastorno paranoico con delirios por celos excluye el dolo. Es posible que, suponiendo que la enfermedad de Pedro le llevara a tener representaciones defectuosas de la realidad, pueda hablarse de una situación de error, aunque esta circunstancia podría servir para afirmarlo ya que precisamente por los celos Pedro inflige varias incisiones a Perla.

El comportamiento de Pedro es doloso. Lo mismo puede afirmarse de la conducta de Carlos, porque este conoce el carácter terapéutico de la transfusión de sangre y su eficacia curativa, pero siendo miembro de los Testigos de Jehová, al desconectarla, está aplicando un riesgo del que se representa su concreta peligrosidad: tiene reglas de experiencia adquiridas que le permiten anticipar la consecuencia (muerte) de su conducta (desconectar el catéter).

En cuanto a la conducta de la hermana de Carlos, que salió de la habitación, cabría entender que es de carácter omisivo. Sin embargo, no es fácil afirmar la presencia de una estructura de comisión por omisión que permita imputar el resultado de muerte por no haberlo evitado. Hay pocos datos en el caso para considerar que se hallaba en posición de garante: podría ser por la asunción voluntaria de las tareas de cuidado de su hermana, pero no hay datos suficientes; el parentesco no es suficiente para fundamentar un riesgo prohibido, pues no parece que existan deberes legales de garantía en favor de hermanos (artículo 13º CP). Pero aunque así fuera, sabemos que eso no basta para la comisión por omisión; para hacerla posible, exigimos interpretar la posición de garante como compromiso específico de actuar a modo de barrera de contención de riesgos —como postula Silva Sánchez—; y es esto lo que puede faltar en este caso: bien podía suceder que estuviera solo en una visita, o simplemente que, estando allí para velar por su hermana enferma, no haya asumido el evitar riesgos como el de la conducta de Carlos. Aunque se afirme la existencia de un compromiso de evitar riesgos, necesario para la comisión por omisión, podría defenderse la existencia de un error.

Por último, en cuanto a la conducta de José no cabe afirmar que este no ha interpuesto ningún factor causal determinante del resultado lesivo, pese a que podría constituir una acción humana. Al contrario, aunque no existen datos acerca de la relación de parentesco que podría haber entre José y Perla, podría señalarse que aquel actuó en cumplimiento de su deber de denunciar un hecho punible (principio de solidaridad).

2. Segundo caso

A las siete de la noche del 21 de agosto, Juana ingresó a un edificio con la intención de ir a buscar a un amigo en el segundo piso, momento en que se encuentra con Carla en el ascensor, quien le dijo que no lo utilizara; Juana insiste en subir y Carla persiste en su actitud. Ambas forcejean y debido a la superioridad física de Carla, Juana le rocía con el líquido de una botella que llevaba en las manos, que había adquirido en una droguería, mojándole la cara, cuello, cuero cabelludo y ambos pabellones auriculares. En vez de limpiarse de inmediato y solicitar auxilio, Carla sigue ocupándose de sus actividades con el líquido encima. Poco después de ocurridos los hechos, Juana llamó a la Policía para dar cuenta de lo sucedido. Al llegar la Policía, Juana les relata lo sucedido y señala a Carla, quien se negó en principio a ser conducida a un centro médico, pero cuando finalmente es conducida e ingresada, a las nueve de la noche, en el hospital se le apreciaron quemaduras de tercer grado, ocasionadas por sustancia cáustica, en cuello, tórax, cara y ambos pabellones auriculares, siendo ingresada desde el 21 al 28 de agosto y sometida a una primera intervención quirúrgica días después. En los análisis que se realizan del líquido con que se le roció no se pudo comprobar su composición química, solo que se trataba de un desengrasante para la cocina que se disuelve con agua y que no produce quemaduras si la piel en contacto con él se lava inmediatamente con agua. ¿Existe responsabilidad penal de Juana?

Solución

1. Juana lleva a cabo una conducta humana de carácter externo, pues no son meros pensamientos ni operaciones fisiológicas. No puede entenderse que una persona humana en el curso de una discusión, por muy acalorada que esta sea, se vea impulsada a actuar violentamente. Juana obra conforme a pautas o reglas de comportamiento: es decir, su conducta es interpretable por otros sujetos como parte de la interrelación social. En efecto, mantener una discusión con una persona exige necesariamente guiarse por pautas o reglas de comportamiento (expectativas de conducta), pues discutir exige aportar expresiones en la conversación tendentes a negar o rechazar las afirmaciones del adversario. Así, quien discute, debe conocer lo que se le dice, tener alternativas a su actuar, aportar algo para oponerse. Es decir, nadie puede discutir movido por una fuerza irresistible. En cuanto a la secuencia de los hechos consistente en arrojar parte del contenido de la botella sobre Carla, hay que decir igualmente que este acto se comprende como ejercicio y desarrollo de pautas o reglas de conducta: para acabar venciendo a su adversario, no con palabras sino con hechos (al parecer, darle un escarmiento). En conclusión, Juana lleva a cabo una conducta humana externa y regida por reglas de comportamiento.

2. Comprobemos ahora si esa conducta realiza algún tipo penal. ¿Cabe imputar las quemaduras a la conducta de Juana?, ¿es posible imputar algo más? Para ello, debemos analizar los elementos de la llamada imputación objetiva: en primer lugar, si existe causalidad entre el arrojar el líquido y el efecto de las quemaduras. Según la fórmula de la *conditio sine qua non*, suprimido mentalmente el lanzamiento del líquido, desaparece el resultado de las quemaduras. En consecuencia, puede afirmarse la causalidad de su conducta respecto al resultado lesivo producido.

Pero con esto no basta: debemos comprobar si dicha conducta genera además un riesgo (penal) típicamente relevante y de qué clase. Pues bien, no puede descartarse que arrojar un líquido de uso doméstico como desengrasante constituya un riesgo de lesiones, pues su uso como tal incluye una potencialidad corrosiva —y por tanto lesiva— que es precisamente la propiedad de ese líquido y la razón por la que se comercializa (por ejemplo, en lejías). Que se adopten ciertas medidas precautorias en el comercio de tales sustancias no hace sino probar este carácter potencialmente lesivo (riesgoso). Es posible que se trate de un riesgo de homicidio (artículos 106º-111º CP), y también de lesiones. Arrojar un líquido cuyo uso es de limpieza, encierra riesgos de lesionar aunque sea levemente si perdura la acción del líquido.

Lo que destacamos es que nos encontramos con el dato de que la propia víctima contribuyó a las quemaduras de una manera relevante —imputación a la víctima—. Esto porque al no acudir a lavarse, permitió que la potencialidad corrosiva del líquido pasara a ser actual y dañino, afectando a la piel. Su contribución constituye una aportación omisiva de un riesgo (do-

loso o imprudente). Hay que plantearse si dicho riesgo llega a interrumpir la relación de imputación objetiva, al no estar contenido o ser expresión del comportamiento desplegado por Juana. Es decir, aunque Juana sea un factor causal de las quemaduras, su conducta despliega un riesgo que es fácilmente neutralizable (basta con lavarse). Es la propia víctima quien aportó un factor de riesgo al no suprimir la eficacia del riesgo inicial. ¿Debe correr entonces la propia víctima con las consecuencias de su omisión (poena naturalis)? Que la víctima, además de ser causal de las lesiones, haya creado un riesgo para su propia salud no significa que se interrumpa la relación de imputación objetiva del resultado a la conducta de Juana. Se trata de un riesgo para la propia salud creado de forma imprudente por la víctima. Sin embargo, no se excluye la imputación objetiva del resultado, pues toda persona debe responder (principio de autorresponsabilidad) por las consecuencias lesivas de su conducta, aun cuando su actuación se haya basado en una mera cognoscibilidad (posibilidad de conocimiento) del curso real de los acontecimientos posteriores a la acción desplegada.³ En cuanto a la imputación subjetiva, podemos decir que la producción de las lesiones ha sido abarcada por el dolo del agente. Llegamos a esta conclusión al apreciar que si Juana venía de la calle tras comprar en una droguería un líquido de eficacia corrosiva de uso doméstico, conocía qué clase de líquido era. Hay que precisar que no es necesario conocer la concreta composición química, pero sí que tenía en sus manos un líquido con capacidad corrosiva: no es preciso saber que la lejía se basa en ácido clorhídrico, pero sí que líquidos de esta clase son “desengrasantes” y tienen un efecto nocivo para la salud. Además, conoce el concreto curso de riesgo que se encierra en la conducta de arrojarlo a una persona pues, como cualquier persona, conoce que el líquido corrosivo “que-ma” la ropa, el suelo, la piel, etc. Podemos deducir que ella lo conoce, porque si emplea dicho líquido en la limpieza, pone cuidado por su parte para no mancharse, etc. Esto por lo que se refiere a las lesiones.

Juana debe responder por un delito de lesiones (artículo 121º CP). Esta solución no le liberaría del deber de afrontar la responsabilidad civil por los daños derivados de su conducta.

III. ANTIJURIDICIDAD

1. Primer caso

Siendo las 20 horas del día 16 de mayo de 2001, Juan Miguel junto con su amigo José Ignacio acudieron has-

ta la discoteca Utopía y encontrándose en la barra el acusado Aurelio, se dirigieron a éste y agarrándole del cuello lo sacaron de forma agresiva y violenta fuera de la discoteca. Una vez en el exterior tuvo lugar un altercado, en el que Aurelio saca una navaja del chaleco y extiende su brazo blandiendo el arma pero sin intención de matar a José Ignacio ni de dirigirla a ningún sitio concreto; únicamente tiene la intención de defenderse. Pero después de realizado este acto, el polo que llevaba José Ignacio aparece agujereado por la navaja utilizada por Aurelio. El mismo Aurelio sufre una herida a la altura de la ceja izquierda producto de la agresión de José Ignacio. Sin embargo, este último sufre una herida mortal en la región occipital (parte trasera de la cabeza), al caer desplomado, luego que Aurelio le clavara su navaja, falleciendo a consecuencia de esa caída. Cabe resaltar que un día antes de que ocurrieran los hechos, Aurelio había sido objeto de amenazas de muerte, tanto verbales como por escrito, por parte de Juan Miguel; incluso había llegado a amenazar a Aurelio con una navaja. Ahora, en el momento de clavarle la navaja a José Ignacio, Aurelio estaba siendo agredido por este y su amigo Juan Miguel, y asestó la puñalada con el único fin de repeler y evitar que la agresión continuase, con la única voluntad de defenderse. ¿El uso de la navaja por Aurelio era necesario y adecuado para repeler o impedir los golpes que estaba recibiendo?

Solución

Partiendo de que estos hechos son como se describe, cabe afirmar lo siguiente: existe un acto humano, pues el altercado (sacar un arma, rechazar los golpes) pone de manifiesto que Aurelio tenía algunas alternativas, que evidencian autocontrol. A pesar que durante el altercado no pudiera huir, porque se hallaba rodeado, o agarrado por los agresores, no quita que tuviera alternativas a su actuar. Existe el mínimo de opciones que permite hablar de una conducta humana.

Veamos si la conducta de Aurelio es además típica. En concreto, hay que preguntarse si el navajazo constituye el tipo de “homicidio”. Que el navajazo es causal de la muerte puede determinarse mediante la supresión mental de tal factor (*conditio sine qua non*). Pero, hay que analizar si es típico: asesinar un navajazo contra una persona viva despliega varios riesgos: homicidio (matarla) y lesiones (menoscabar su salud). Entre estos riesgos, nos vamos a centrar ahora en el de homicidio, cuya sanción, por ser mucho más grave, absorbería la de las otras infracciones. Que un navajazo sea mortal puede argumentarse si se tiene en cuenta la potencialidad lesiva de un cuchillo al atravesar partes vitales (en el tórax, pues se agujereó la camiseta), y riesgos como estos son los que la norma del homicidio (artículo 106º CP) pretende prevenir. Dicho riesgo se realiza en el resultado, por cuanto a la herida sigue la producción de un resultado sin que otros factores de riesgo se hubieran interpuesto. Por tanto, el riesgo de matar se realizó en el resultado, por lo que podemos concluir afirmando que la conducta despliega un riesgo propio del tipo de homicidio (artículo 106º CP). Esto, de momento, y a reservas de considerar después si concurre además el tipo de una causa de justificación.

Analicemos a continuación si se puede imputar subjetivamente. Aurelio es consciente de que lleva una navaja, de que la saca, la abre, la exhibe ante sus agresores. Que hubiera sacado él su propia arma permite afirmar que sabe que lleva un arma blanca. Pero más relevante es constatar que la saca y la abre en presencia de los agresores, conociendo esto, la dirige contra uno de ellos: si sabe que una navaja es instrumento punzante y cortante, que la acaba de abrir y la lleva en la mano, y que la dirige contra una persona viva, a la que atraviesa, conoce el riesgo propio del delito de homicidio. Luego se realiza el tipo subjetivo del homicidio.

Se presentan problemas en cuanto a la concurrencia o no de una norma facultativa que dé lugar a aplicar el tipo de una causa de justificación. En efecto, Aurelio está siendo agredido, y es durante la agresión, y para repeler esta, cuando hace uso del arma. El ordenamiento prohíbe matar, pero no a costa de perder la propia vida frente a un agresor injusto. Los agresores han forzado a Aurelio, le han sacado a la fuerza, le rodean y golpean. Todo ello crea

una situación de peligro para su propia vida, además de su integridad física, que le ponen en posición beneficiosa desde el punto de vista de la tutela que dispensa el ordenamiento para los bienes jurídicos: queda en casos extremos facultado el defenderse, aunque para eso sea preciso dar muerte al agresor. Como ante una agresión dolosa grave e idónea, las facultades de obrar son amplias, son también estrictos los requisitos exigidos. En concreto, el ordenamiento prevé que se dé una situación de agresión ilegítima previa: en este caso, se da, por los numerosos golpes de los agresores. Se trata además de una agresión dolosa, por parte de ellos contra Aurelio, como parece obvio; no se trata de una riña mutuamente aceptada, sino de una agresión unilateral de varios contra uno; además, es mientras dura esta agresión múltiple cuando Aurelio decide poner fin a la situación. Es decir, la agresión es grave, dolosa e idónea para lesionar o incluso matar, y además actual. Se cumple el primer requisito propio de una defensa legítima (*agresión ilegítima*). Ante dicha situación, el ordenamiento considera que debe ser necesario defenderse: y esta necesidad de defenderse existe también por cuanto no hay deber de tolerar una agresión de esas características, sino que hay facultad de repelerla. Además, repeler una agresión así, haciendo uso de la navaja, parece ser necesario en términos concretos, por cuanto se presenta como un medio racionalmente requerido por la particular situación en la que se halla: múltiples agresiones, provenientes de una pluralidad de agresores, con amenazas de muerte previas. Se da, por tanto, el segundo requisito para que la defensa sea legítima (*necesidad racional del medio empleado*).

Además, en tercer lugar, no tiene Aurelio un deber de tolerar aquello, porque no es él quien ha provocado previamente la situación, sino que fue él la víctima de un traslado forzoso fuera del local, seguido de varias agresiones, por lo que concurre el requisito final para hacer legítima una defensa (*falta de provocación suficiente*). En conclusión, se dan los elementos para la legítima defensa (artículo 20º, inciso 3 CP): se cumplen los presupuestos objetivos de la legítima defensa.

Pero es necesario además constatar que se da el tipo subjetivo: es preciso conocer lo que el tipo objetivo contiene. Y en este caso, el tipo describe una situación de agresión ilegítima previa, cosa que Aurelio percibía sin error alguno por su parte. Además, ha de representarse que actúa frente a la agresión y mientras esta dure, cosa que sí conoce, pues saca el arma, la abre, la exhibe y la usa, como ya quedó argumentado más arriba. Todo lo cual abona la existencia del conocimiento requerido para una causa de justificación como la de legítima defensa. Se cumple, por tanto, el tipo subjetivo del tipo de la causa de justificación denominada "legítima defensa". Luego, si la conducta queda amparada por una causa de justificación, la de legítima defensa (artículo 20º, inciso 3, CP), no es finalmente antijurídica. El tipo objetivo y subjetivo de homicidio, inicialmente argumentado, se ve después justificado por la presencia de esta causa de justificación. Siendo esto así, no procede preguntarse por la culpabilidad ni punibilidad de Aurelio.

2. Segundo caso

En el marco de una discusión entre Gonzalo y Fernando, el primero hizo ademán de coger algo del suelo dirigiéndose a Fernando. Creyendo este último que iba a ser atacado, le propinó un fuerte golpe con la mano, sin otra intención, derribándole al suelo. Resultó que el pavimento en el que cayó Gonzalo era de cemento, rompiéndose la cabeza y produciéndose graves traumatismos craneales que le produjeron la muerte. Analizar la conducta de Fernando.

Solución

La existencia de una discusión y el que Gonzalo se agachara hacia el suelo ponen de manifiesto la existencia de una conducta humana, y no de un mero acto del hombre. Fernando lleva a cabo una conducta humana.

Para analizar la tipicidad de la conducta de Fernando, es preciso distinguir lo que se refiere a una norma prohibitiva (la del homicidio, lesiones, etc.), y la de una norma facultativa (legítima defensa, etc.). En cuanto a la posible norma prohibitiva, y los tipos comisitos respectivos, cabe afirmar que el empujón a Gonzalo es causal de la muerte, pues suprimido mentalmente hay motivos para dudar seriamente de la producción del resultado de muerte. Pero un empujón de una persona que no se percibe como desvalida, débil o vulnerable, no parece que constituya un riesgo de muerte. De lo contrario, los múltiples empujones que se reciben en el deporte, transportes, etc., deberían contemplarse como homicidas, cosa que no sucede. No parece que el empujón cree un riesgo de muerte de los que el tipo de homicidio pretende evitar. Dicho con otras palabras: el precepto que castiga el homicidio no viene a prevenir toda muerte incluso proveniente de terceros, sino aquellas que creen un riesgo de cierta relevancia. Pero tampoco se trata de un riesgo inocuo, sino relevante a efectos de otros tipos (el de lesiones, por ejemplo). En efecto, empujar y derriba a alguien puede causarle al menos alguna lesión, que el tipo respectivo (artículo 121º CP) pretende prevenir. Y dicho riesgo (empujón) sí se realiza en el resultado (lesión en la cabeza), por lo que cabe afirmar la faceta objetiva del tipo de lesiones (artículo 121º CP). En el lado

objetivo, cabe imputar esas lesiones a título de dolo, porque Fernando es consciente, según se nos dice en los hechos, de que empuja a Gonzalo, precisamente cuando este se agacha. Concorre el conocimiento del riesgo suficiente para que podamos hablar de lesiones dolosas, a reservas de lo que se pueda decir sobre las eventuales causas de justificación.

En cuanto a la posibilidad de que concurra una norma facultativa (causa de justificación), puede afirmarse lo siguiente: Fernando ha lesionado, y lesionado con dolo, pero su conducta, a efectos del análisis de la tipicidad no queda completa si no se tiene en cuenta además el de un tipo de una causa de justificación. En este caso, el movimiento de Gonzalo da pie a Fernando a rechazarle, por lo que podemos tratar de una posible legítima defensa. En su faceta objetiva, el tipo de esta causa de justificación exige la presencia de una agresión ilegítima. Parece que motivos tenía Fernando para creerlo así, para creerse agredido, debido a la discusión previa. Pero dicha agresión fue imaginada y no real, por lo que reacciona representándose la agresión previa, reacciona creyendo que sus golpes son constitutivos, no de unas lesiones, malos tratos o cualquier infracción, sino de una “defensa”. Se ve así que Fernando yerra sobre los elementos fácticos (agresión ilegítima, en este caso) que darían lugar a una causa de justificación de legítima defensa.

Dicho error es una divergencia entre su representación de la situación *ex ante*, y la realidad *ex post* de esa situación, y da como resultado que lo subjetivo queda por debajo de lo objetivo: en efecto, no se representa lo que realmente estaba sucediendo, que Gonzalo se agachaba quizá porque se sentaba, o porque se iba a atar los zapatos, o por lo que fuera, todo menos que lo fuera a agredirle. Esto es, Fernando no se representa el *carácter agresor* de su conducta, sino que se la representa como una conducta *de defensa*. Dicha situación da lugar a un error sobre un elemento del tipo de una causa de justificación (la existencia de una agresión ilegítima), por lo que dará lugar a lo propio de un error sobre dichos elementos. En concreto, se trataría como un error de tipo (del tipo de una causa de justificación), y dará lugar al régimen de dichos errores. Así, si el error es vencible (cosa que habrá de decidirse en función de lo que cualquier persona en su situación, y lo que él, con los antecedentes que tenía, se hubiera representado). De tratarse de un error que se considera vencible, y al estar prevista la modalidad culposa de las lesiones (artículo 124º CP), sería posible la sanción de la conducta de Fernando como lesiones culposas o imprudentes. En conclusión, las lesiones causadas por Fernando constituyen delito de lesiones consumadas imprudentes.

IV. CULPABILIDAD

1. Primer caso

Mario y otro individuo, llamado Alcides, el día 11 de abril de 1996, siendo las 14.50 horas, entraron en la Farmacia Basa de la Avenida Aviación N° 1124 de San Borja, y después de mostrar un cuchillo de grandes dimensiones, obligaron a Bertha y Enrique a pasar a otro ambiente, y a la farmacéutica Gisella a entregarles 50.000 nuevos soles que había en la caja. Con el dinero en su poder se dieron a la fuga en un automóvil. Pero a las 18.30 horas de ese día fueron detenidos en Pueblo Libre por una patrulla policial, la cual intervino en el interior del vehículo dos gorras y gafas de sol, prendas que portaban los autores de los hechos relatados.

De las dos personas que ingresaron a la farmacia sólo se ha identificado a Mario, que además presenta un trastorno antisocial de la personalidad y una dependencia de larga duración a sustancias tóxicas, principalmente a la heroína, por lo que nos preguntaremos si esta situación afecta a la culpabilidad.

Solución

No hay ningún indicio para dudar de la existencia de una conducta humana en las secuencias siguientes: el entrar en la farmacia, pero sobre todo el hacer que otras personas sigan las órdenes que se les van dando (pasar a otro ambiente, entregar el dinero). Esto último sólo es posible si se entiende como actos humanos que siguen pautas de conducta, esto es, cuando son susceptibles de autocontrol. Hay conducta humana en ambos sujetos. Nos

preguntamos ahora si el exigir que las empleadas de la farmacia pasen a la rebotica contra su voluntad y que la farmacéutica les haga entrega del dinero colma la tipicidad de un delito. Nos referimos a las coacciones y al robo agravado.

El dolo exigido para ambos delitos dependerá de si el sujeto agente se representa el riesgo de su propia conducta. En este caso, todo indica que una persona adulta en nuestro país se representa el mal que con un cuchillo se puede realizar contra otra persona. Además, es difícil ignorar que entran en un establecimiento y que aprovechan la superioridad de fuerzas creada en ese contexto para exigir conductas ajenas, una de ellas la entrega del dinero, y otra el permanecer en un lugar. Todo indica, por tanto, que los dos agentes se representan el riesgo de su conducta para condicionar conductas ajenas: en consecuencia, su conducta es además subjetivamente típica.

No hay ningún dato para dudar de la antijuricidad de su conducta. Distinto es por lo que se refiere a la culpabilidad de los sujetos. Ahora sí surgen problemas que parecen hacer dudar de la imputación del hecho a esos sujetos como culpables. En concreto, nos referimos a la imputación del hecho típicamente antijurídico de amenazas y robo a Mario como culpable (del otro sujeto no se supo más, por lo que ahora prescindimos de referirnos a él). Para que un sujeto sea responsable (culpable) de un hecho antijurídico se precisa que sea *imputable*, *conozca la norma* y le sea *exigible* obrar conforme a esta.

La imputabilidad es la condición de un sujeto que le hace capaz de acceder a las normas de conducta, la capacidad de comprender que algo es ilícito y de obrar conforme a esa comprensión. La capacidad de guiarse mediante normas, el ser libres, es lo que posibilita que las personas sean culpables. En este caso, pueden surgir dudas respecto a este primer requisito –y no respecto de los otros dos–, de los que por tanto ahora no se tratará.

Se nos dice en el caso que Mario presenta un trastorno antisocial de la personalidad y una dependencia de larga duración a sustancias tóxicas, principalmente a la heroína. Un trastorno, o una adicción a sustancias psicotrópicas, no constituye por sí mismo un factor que haga desaparecer la imputabilidad. Ésta requiere la capacidad de comprender las normas y de obrar conforme a esa comprensión; luego se precisa que la adicción o el trastorno produzcan el efecto de incomprensión de las normas o de imposibilidad de obrar conforme a esta (artículo 20º, inciso 1, CP). Esta capacidad de comprender la ilicitud de la conducta y de obrar conforme a esa comprensión puede desaparecer en algunos sujetos (y en algunos casos), pero puede también verse simplemente disminuida (artículo 20º, inciso 1, CP). Desaparecería la imputabilidad si el sujeto desconoce absolutamente la ilicitud o es absolutamente incapaz de, aun conociéndola, obrar conforme a las normas y abstenerse de realizar la conducta. No parece que en este caso dicha conciencia de la ilicitud se vea afectada hasta el punto de que desaparezca por completo, sino que más bien estamos ante un caso de disminución, o de capacidad redu-

cida. Hay indicios para pensar que Mario no carece de esa conciencia de la ilicitud que la imputabilidad exige, pero tampoco parece fácil afirmar que al Derecho le resulte indiferente su trastorno antisocial, unido a la larga dependencia de drogas. A pesar de que sería oportuno contar con más datos sobre los concretos efectos de ese trastorno y de la dependencia (que los hechos probados no nos facilitan), consideramos defendible una reducción de la imputabilidad. De forma que, aun siendo culpable de su hecho, se haría merecedor de una penalidad reducida respecto a lo que correspondería a un agente totalmente culpable. No hay elementos que afecten a la punibilidad de la conducta de Mario.

En definitiva, Mario es culpable de una conducta típicamente antijurídica de coacciones y robo agravado, en concurso real. Sin embargo, por padecer un trastorno de la personalidad, unido a una dependencia de las drogas, disminuye su culpabilidad respecto a dichas conductas. Esta disminución se debe tener en cuenta en el Código Penal mediante la disminución a que puede dar lugar una eximente incompleta (artículo 20º, inciso 1, CP).

Los casos de ausencia de culpabilidad por falta de conocimiento de la norma, o por falta de la posibilidad de obrar conforme a ella, suelen referirse a supuestos de enfermedades psíquicas, intoxicaciones, etc. Pero lo determinante no es la enfermedad en sí, sino su efecto en la libertad: que la patología o la intoxicación den lugar a desconocer la norma (que produzca desconocimiento del sentido normativo, del valor, de la conducta) o que hagan imposible obrar conforme a la norma (cuando se conoce el sentido normativo, pero el agente no es capaz de actuar conforme a él). Dichos efectos pueden darse aun sin padecer el agente una enfermedad, sino también por intoxicación o por otros factores del entorno.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Grijley, Lima, 2004.
- ANARTE BORRALLA, Enrique, *Causalidad e imputación objetiva en derecho penal. Estructura, relaciones y perspectivas*, Universidad de Huelva, Huelva, 2002.
- BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Juricentro, San José, 1985.
- BACIGALUPO, Enrique, *Manual de derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1996.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi; Buenos Aires, 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, presentación y notas de Percy García Caveró, Ara, Lima, 2004.
- BAYTELMAN A., Andrés y Duce J., Mauricio, *Litigación penal: juicio oral y prueba*, Edición Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, "El contenido del tipo del injusto", en *Temas de derecho penal*, Cultural Cuzco, Lima, 1993.
- BERGMAN, Paul, *La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995 (trad. del inglés: *Trial Advocacy in a Nutshell*, West Publishing, St. Paul [Minnesota], 1989).
- BLANCO SUÁREZ, Rafael; DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio; MORENO HOLMAN, Leonardo; ROJAS CORRAL, Hugo, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2005.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de derecho penal. Parte general*, Editorial Santa Rosa, Lima, 2000.
- BURTON, William, *Hacia un pensamiento eficaz*, Troquel, Buenos Aires, 1965.

- BUSCH, Richard, *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, 3ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan / LARRAURI PIJOÁN, Elena, *La imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1996.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas*, T. I (*Derecho penal. Parte general*), Ara, Lima, 2004.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, "Aproximación a la teoría de la imputación objetiva", en *El derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, T. I, Ara, Lima, 2006.
- CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003.
- CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2000.
- COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, TOMÁS S., *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- COLLE, Raymond, "La dimensión fáctica del discurso y su evaluación", en *Revista Latina de Comunicación Social*, N° 10, Santiago de Chile, 1998.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "Relación entre causalidad e imputación objetiva. Repercusiones procesales y materiales de la 'sustitución' de la causalidad por la imputación objetiva", en *El derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, T. I, Ara, Lima, 2006.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El derecho penal español. Parte general*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2002.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en derecho penal*, Grijley/Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2002.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal fundamental*, 2 vols., 2ª ed., Temis, Bogotá, 1995.
- FRISCH, Wolfgang / JAKOBS, Günther / KÖHLER, Michael / ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Civitas, Madrid, 2000.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Bosch, Barcelona, 1999.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*, Universidad de Piura/Ara, Lima, 2003.
- GARCÍA CAVERO, Percy, "La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú", en *Los desafíos del dere-*

BIBLIOGRAFÍA

- cho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*, Ara, Lima, 2005.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España, 1994.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Qué es la imputación objetiva?”, en *Estudios Penales y Criminológicos X*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1987.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1993.
- GRACIA MARTÍN, Luis, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Idemsa, Lima, 2005.
- HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, traducción del alemán por Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- HIRSCH, Hans Joachim, “Peligro y peligrosidad”, en *ADPCP*. T. XLIX, Fasc. II, Madrid, 1996.
- HIRSCH, Hans Joachim, “Acerca de la teoría de la imputación objetiva”, en *Nueva Doctrina Penal 1998/A*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado”, en *Derecho penal y criminología*, Vol. XI, Núm. 39, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1989.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “Imputación objetiva y principio de lesividad”, en *El nuevo Código Penal. Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor doctor don Ángel Torio López*, Comares, Granada, 1999.
- HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005.
- JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. del alemán de Joaquín Cuello Contreras, y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

- JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- JAKOBS, Günther, *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, Palestra, Lima, 2000.
- JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Grijley, Lima, 2001.
- JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., DeGruyter, Berlin/New York, 1991.
- JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5ª ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, Ts. I, III y V, 4ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito. Principios del Derecho penal*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.
- KAUFMANN, Armin, "¿'Atribución objetiva' en el delito doloso?", en *ADPCP*, T. XXXVIII, Fasc. III, set.-dic., Madrid, 1985.
- KINDHÄUSER, Urs, *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios*, Grijley, Lima, 2007.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción de Rodríguez Molinero (de la 4ª edición alemana, 1979), Barcelona, 1994.
- LARRAURI PIJOAN, Elena, "Introducción a la imputación objetiva", en *Nuevo Foro Penal*, N° 46, Bogotá, 1989.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, *El resultado en derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1992.
- LISZT, Frank von, *La idea del fin en el derecho penal*, Temis, Bogotá, 1990.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- LÓPEZ PEREGRIN, M. Carmen, *La complicidad en el delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I*, Universitas, Madrid, 1999.
- MANTILLA PINEDA, Benigno, *Filosofía del derecho*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996.

BIBLIOGRAFÍA

- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *Imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992.
- MAUET, Thomas A., *Trial Techniques*, 5ª ed., Aspen Law & Business, Gaithersburg/New York, 2000.
- MAURACH, Reinhard / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, T. I, traducción de la 7ª ed. Alemana, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MEZGER, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.
- MIR PUIG, Santiago, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Reppertor, Barcelona, 2002.
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, 2ª ed., reimpr., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 4ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- PARMA, Carlos, *El pensamiento de Günther Jakobs. El derecho penal del siglo XXI*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Grijley, Lima, 1999.
- PEÑARANDA RAMOS, E.; C. SUÁREZ GONZÁLEZ y M. CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Grijley, Lima, 2004.
- PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*, Comares, Granada, 2001.
- PUPPE, Ingeborg, *La imputación del resultado en derecho penal*, Ara, Lima, 2003.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Tipicidad*, 6ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1989.

- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994.
- ROJAS VARGAS, Fidel S., *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Jurista, Lima, 2004.
- ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1972.
- ROXIN, Claus, *Imputación objetiva en el derecho penal*, Idemsa, Lima, 1997.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus, *Problemas actuales de dogmática penal*, Ara, Lima, 2004.
- ROXIN, Claus/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros, Lima, 2000.
- SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de derecho penal. Parte general. Introducción*, reimpresión [1981], Barcelona, Bosch, 1980.
- SCHÜNEMANN, Bernd, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Tecnos, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Estudios de derecho penal*, Grijley/Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2000.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 4ª ed. totalmente reelaborada, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- Técnicas del juicio oral en el nuevo Sistema Penal de Nuevo León: Programa de Divulgación*, Comité Organizador de los Trabajos para la Reforma al Sistema de Justicia de Nuevo León, Monterrey (México), 2004.
- TIEDEMANN, Klaus, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Idemsa, Lima, 2000.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel, "Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva", en *ADPCP*, T. XXXIX, Fasc. I, ene.-abr., Madrid, 1986.
- VEHLING, K.-H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1991.

BIBLIOGRAFÍA

- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 2002.
- VIAL CAMPOS, Pelayo, *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2006.
- VILLA ALZATE, Guillermo, *Fundamentos metodológicos de la nueva teoría del delito*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1991.
- VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 2008.
- VILLAVICENCIO, Felipe, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Cultural Cuzco, Lima, 1990.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Manual de derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2005.
- VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- WALTER, Jürgen, *Sistema integral del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 3ª ed. (trad. de la 12ª ed. alemana), Editorial Jurídica Chile, Santiago, 1987.
- WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Editorial Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2002.
- WELZEL, Hans, *Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal. Parte general*, 4ª reimpre-
sión de la 2ª edición, Cárdenas, México D.F., 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

Esta obra se terminó
de imprimir el 2 de febrero
del 2010