

¿SUBSISTIRÁ LA TEORÍA DEL DELITO ACTUAL?

(Universidad de Córdoba, Argentina, 13 de junio de 2007)

**Sumario:** I. Introducción. II. La base del sistema. III. El fundamento normativo de la responsabilidad. IV. La distinción tipicidad/antijuridicidad. V. La distinción objetivo/subjetivo. VI. Conclusión.

**I. INTRODUCCIÓN**

Desde que en 1931 LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA impartió su lección inaugural en la entonces Universidad Central de Madrid sobre *La Teoría Jurídica del Delito*, la dogmática penal de los países hispanoparlantes se ha desarrollado en forma paralela a la alemana. La Universidad de Córdoba ha sido uno de los centros más activos de esta recepción de la ciencia alemana: aquí fructificaron antes que en ninguna otra parte, antes incluso que en España, los criterios dogmáticos expuestos por JIMÉNEZ DE ASÚA en el curso dictado en esta Universidad en 1925, curso que constituyó, probablemente, el primer escalón, seguido luego de sus cursos en Santa Fe (1929) y en Montevideo (1930), de la preparación de la lección inaugural de 1931<sup>2</sup>. Córdoba mantuvo el vínculo con la dogmática alemana a través del Instituto de Ciencias Penales de su Universidad Nacional,

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Penal; Magistrado del Tribunal Supremo de España; Doctor en Derecho por las Universidades de Buenos Aires y Complutense de Madrid; Doctor honoris causa por la Universidad Nacional de San Miguel de Arequipa, Perú; por la Universidad del Aconcagua, Mendoza, Argentina y por la Universidad de la Escuela Libre de Derecho de Costa Rica.

<sup>2</sup> Confr. E. BACIGALUPO, *Hacia el nuevo derecho penal*, Buenos Aires, 2006, ps. 69 y ss. y 625 y ss.

que proporcionó a los penalistas, incluso en los años de aislamiento de la segunda guerra mundial, el conocimiento de obras alemanas que debemos a la importante labor científica de RICARDO NÚÑEZ y a las cuidadas traducciones de CONRADO FINZI<sup>3</sup>. No fue una casualidad ni una elección caprichosa de SEBASTIÁN SOLER, que el primer tratado, en el que un derecho penal no alemán fue explicado en el marco conceptual de la ciencia jurídica alemana, haya tenido como marco teórico el sistema de la teoría jurídica del delito de los albores de la República de Weimar.

Al cabo de más de medio siglo de la publicación de ese tratado, la teoría del delito hoy dominante en Alemania es el resultado de profundas transformaciones comparada con la que inspiró los grandes tratados de JIMÉNEZ DE ASÚA, de SOLER, de NÚÑEZ y de FONTÁN BALESTRA. Sólo una parte de esas transformaciones fueron objeto de discusión en Argentina y en España en la década de los años 70 del siglo anterior, en la que irrumpió una corriente revisionista de la dogmática tradicional que afectó al concepto de acción, de culpabilidad, a la teoría del error, a la autoría y la participación y a los delitos de omisión. Parece posible afirmar que desde esa época la dogmática penal de estos países presenta dos modelos de sistema de la teoría del delito: el tradicional basado en las ideas de v. LISZT, BELING, MEZGER y RADBRUCH, cuya base filosófica fue el positivismo, primero, y el neokantismo después, y el finalista, cuya base filosófica es el ontologismo de HANS WELZEL, apoyado, en parte, en la filosofía de NICOLAI HARTMANN y MAX SCHELER. En España el sistema proveniente del finalismo, aunque ya no sea ortodoxamente finalista (BACIGALUPO, CEREZO MIR, CUELLO CONTRERAS, GARCÍA ARÁN, GIMBERNAT, GÓMEZ BENÍTEZ, LUZÓN PEÑA, MIR PUIG, MUÑOZ CONDE, QUINTERO OLIVARES, ZUGALDÍA), puede ser considerado dominante. No estoy en condiciones de saber cuál es el sistema dominante en Argentina, donde no faltan, de todos modos, exposiciones del derecho vigente basadas en el sistema finalista junto a las tradicionales.

Pienso que en los tiempos actuales, en los que desde hace más de veinte años Alemania vive una época que suele ser llamada del *post-finalismo*, puede ser de interés científico estudiar el estado

<sup>3</sup> Ibidem.

do actual de las ideas alemanas sobre el sistema de la teoría del delito. Sería erróneo suponer que esta fase del desarrollo se expresa en un retorno a las concepciones clásicas, positivistas y neokantianas, previas al finalismo. El estado de la dogmática actual no sería comprensible sin el finalismo y no constituye una restauración de concepciones del tiempo anterior. Tampoco es consecuencia de la configuración legal del derecho penal alemán: la reforma íntegra del Código Penal alemán de 1975 no afectó en lo más mínimo a la teoría del delito. La estructura básica del sistema finalista no ha sido modificada. Se mantienen las categorías de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de la teoría clásica y las distinciones finalistas de tipos penales dolosos y tipos penales culposos, entre tipos penales activos y tipos penales omisivos, entre dolo y conciencia de la antijuridicidad<sup>4</sup>; sin embargo su contenido es explicado de forma diversa.

Mi propósito, en primer lugar, no es postular que todos los penalistas deben adherirse a las doctrinas actuales de la dogmática penal, sólo quiero señalar que las teorías dogmáticas sobre el sistema han tenido en los últimos cien años una vida que en modo alguno es estática. Ello se explica por la estrecha relación de la dogmática penal alemana con su contexto filosófico, sociológico y cultural, algo que la diferencia tanto de la dogmática francesa, fuertemente ligada a la exégesis, como de la italiana y española e iberoamericana, donde la llamada "escuela técnico-jurídica" fundada por ARTURO ROCCO<sup>5</sup> ha dejado, consciente o inconscientemente, huellas muy importantes.

Por otra parte, debo adelantar que no propondré un nuevo sistema ni su reemplazo por otra forma de pensamiento dogmático, me limito a señalar sólo algunos de los problemas básicos que la aplicación del derecho penal tiene en los tiempos del post-finalismo, la dificultad de los sistemas antiguos para solucionarlos y a comprobar que nuestra tarea inmediata es la revisión del sistema de la teoría del delito. Sin embargo, la discusión sobre el sistema de la teoría del delito no ha ocupado especialmente la atención científi-

<sup>4</sup> Confr. C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, 3ª edición, 1997, ps. 145 y ss.; H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5ª edición, 1996, p. 214.

<sup>5</sup> Confr. *Opere Giuridiche*, III 1933, ps. 263 y ss.

ca desde las publicaciones de WELZEL en 1961<sup>6</sup> y de ROXIN en 1970<sup>7</sup> sino excepcionalmente<sup>8</sup>.

## II. LA BASE DEL SISTEMA

Hasta ahora es posible considerar dominante como idea central del sistema a aquélla según la cual el punto de partida es la distinción entre el comportamiento de un sujeto, es decir, la acción u omisión, por un lado, y las reglas jurídicas aplicables al caso por otro lado. Dicho en términos neokantianos: entre objeto de la valoración y valoración del objeto<sup>9</sup>. La consecuencia dogmática del dualismo metodológico es clara: "las consideraciones valorativas y las correspondientes al ser están en ámbitos cerrados e independientes unos de otros<sup>10</sup> la aplicación de la norma depende de la comprobación de un *hecho*, una acción o una omisión y luego de su *valoración* como típica, antijurídica y culpable".

El sistema, entonces, tiene como punto de partida la acción. Esta premisa ha sido compartida tanto por el sistema causal (v. LISZT/BELING), como por el final (WELZEL/ARMIN KAUFMANN) y por el racional funcionalista (ROXIN/SCHÜNEMANN). Está apoyada en la suposición de que acción y omisión son especies de un mismo género. Lo que varía en estos tres sistemas es el método con el que se establece la relación entre la norma y el objeto<sup>11</sup>. Causalistas y finalistas,

<sup>6</sup> Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4ª edición, 1961.

<sup>7</sup> Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970.

<sup>8</sup> Confr. B. SCHÜNEMANN, Grundfragen des modernen Strafrechtssystem, (B. SCHÜNEMANN, editor), 1984, ps. 1 y ss. y 153 y ss., así como las contribuciones de H. J. RUDOLPHI (ps. 69 y ss.), K. AMELUNG (ps. 85 y ss.), J. WOLTER (103), H. ASCHENBACH (p. 135), H. LESCH, Der Verbrechensbegriff, 1999; A. HOYER, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1997.

<sup>9</sup> Confr. A. GRÄF ZU DÖHNA, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4ª edición, 1950, ps. 11; 27. Sobre la distinción entre idea del derecho y materia del derecho que justifica esta distinción básica ver: G. RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 6ª edición, 1963, p. 97; también C. ROXIN, en Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, ps. 260 y ss.

<sup>10</sup> RADBRUCH, loc. cit.

<sup>11</sup> Aunque WELZEL introdujo una importante variante metodológica respecto de la neokantiana de RADBRUCH y DÖHNA al conectar los ámbitos del valor y el objeto de la valoración (confr. GS 103 [1933] y Naturalismus und Wertphilosophie, 1935).

desde puntos de vista diferentes, hicieron depender la configuración de las categorías normativas de consideraciones prenormativas: la causalidad o la lógica del objeto de las normas. La diferencia fundamental consistió en la noción del hecho constitutivo del delito: las teorías causales partían de un hecho *natural* y la teoría final partía de un hecho *personal humano*<sup>12</sup>. La caracterización de la acción y la omisión ha sido en todos los casos objeto de complejas elaboraciones<sup>13</sup>; dado que la pertenencia de acción y omisión a un mismo género es altamente discutible, inclusive desde los tiempos de la teoría de la imputación<sup>14</sup>. La teoría causal de la acción no pudo demostrarlo. En efecto: un elemento esencial de la acción, la causalidad, tuvo que ser reemplazado en los delitos de omisión por un concepto puramente ideal: sea un elemento análogo a la causalidad del hecho positivo<sup>15</sup>, una hipotética causalidad de la acción no realizada, etcétera. Dicho de otra manera: las omisiones no deberían ser acciones en el sentido de la teoría causal, sino sólo *suposiciones* de la posibilidad de una acción.

El problema se planteaba de otra manera para la teoría final de la acción. Pero las consecuencias eran semejantes. La teoría final parte de una diversa concepción de la causalidad, entendiéndola como una "categoría del ser" que no es una "mera conexión «mental» (*gedankliche*) de varios sucesos". Por ello, cuando WELZEL dice que "vista ontológicamente la omisión, que es la omisión de una acción, no es una acción"<sup>16</sup>, reconoce la imposibilidad concep-

<sup>12</sup> La base filosófica de esta diferencia reside, en última instancia, en la concepción del ser humano que está detrás: mientras los causalistas concebían al ser humano como el producto final de una evolución natural dentro del reino animal, los finalistas lo entendían como un ser racional y auto-consciente en el sentido de la filosofía griega (confr. M. SCHELER, *Die Stellung der Menschen im Kosmos*, 1928, p. 9 [edición de M. Frings, 1998]).

<sup>13</sup> Confr. por todos, K. KÜHL, *Strafrecht, AT*, 4ª edición, 2002, ps. 679 y ss. y 752 y ss.

<sup>14</sup> Confr. A. F. BERNER, *Imputationslehre*, 1843, p. 45 y ss.

<sup>15</sup> Confr. F. v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23ª edición, 1919, p. 133. La afirmación de v. LISZT de que "el conocimiento científico es explicación causal" (*Strfr. Vortr. U. Aufs. II*, p. 289) quedaba a salvo puesto que "la causalidad no es más que una forma de nuestro conocimiento" (*ibidem*, p. 84); no es, por lo tanto, se debe deducir, *objeto* de nuestro conocimiento.

<sup>16</sup> *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª edición, 1969, p. 200; ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, ps. 66 y ss.

tual de una única teoría del delito. Consecuentemente los delitos de omisión no se basarían en la realización de una acción, sino en la *capacidad del autor* de actuar en determinadas circunstancias.

Por lo tanto, es preciso admitir sin dramatizar que RADBRUCH tenía razón en 1904: no existe un elemento básico común del sistema de la teoría del delito<sup>17</sup>. El sistema de la acción y el sistema de la omisión deben tener diversos fundamentos. Esta es, en verdad, la conclusión con la que culminó la obra de ARMIN KAUFMANN sobre la dogmática de los delitos de omisión<sup>18</sup>. ARMIN KAUFMANN fue claro: "la capacidad de acción (...) -como toda capacidad- es una propiedad del ser humano"<sup>19</sup>. La base real de estas teorías del delito, en suma, tendría que doble: por un lado *capacidad del autor*, manifestada en la realización de una acción, y por otro lado la *capacidad del autor* de haber realizado una acción omitida<sup>20</sup>.

Pero, en verdad, estas teorías no partían de la distinción fáctica entre acción y omisión, sino que se veían obligadas a ello a partir de la comprobación de que el *sistema normativo* contenía *prohibiciones y mandatos*. Si el sistema normativo no estuviera compuesto por prohibiciones y mandatos<sup>21</sup>, los conceptos de acción y omisión carecerían totalmente de sentido. La determinación del objeto de las prohibiciones y de los mandatos, consecuentemente, era un problema generado por el sistema normativo. La afirmación de ARMIN KAUFMANN de que "los mandatos y las prohibiciones se diferencian por su objeto"<sup>22</sup> es una prueba de lo antedicho. Lo problemático es que los mandatos y la prohibiciones son sólo formas

<sup>17</sup> Confr. Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904, p. 140.

<sup>18</sup> Loc. cit..

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>20</sup> ARMIN KAUFMANN, percibió el problema y propuso como solución unificar la base prejurídica del sistema en la capacidad de acción como elemento esencial del comportamiento activo, loc. cit., p. 83.

<sup>21</sup> Es mérito de la teoría de los imperativos y de la elaboración K. BINDING, Die Normen und ihre Übertretung, 4ª edición, 1922, ps. 36 y ss.; Handbuch des Strafrechts, 1885, ps. 166 y ss., haber distinguido ambas formas de normas y haberles dado un significado dogmático: "El legislador tiene que prohibir todas las acciones incompatibles con el orden jurídico y, por el contrario, ordenar todas las acciones que impulsen el derecho" (Handbuch, p. 166).

<sup>22</sup> Loc. cit., p. 6.

idiomáticas para expresar una misma función: “mandar y prohibir –decía H. KELSEN<sup>23</sup>– no son dos funciones diferentes de orden impuesto por una autoridad, sino que ambas tienen la misma naturaleza; la prohibición puede ser formulada como mandato y el mandato como prohibición (...) una acción mandada es una omisión prohibida y el mandato de omitir es una prohibición de acción”.

A partir de aquí la consecuencia debería ser clara: la distinción entre acción y omisión deviene superflua. El intento de ARMIN KAUFMANN de superar este obstáculo de su tesis y mantener una distinción conceptual de la prohibición y el mandato no es convincente. KAUFMANN estimaba que la de KELSEN era una “formulación predominantemente idiomática” y que de todos modos la prohibición se infringía actuando y el mandato omitiendo<sup>24</sup>. Sin embargo es obvio que si prohibición y mandato son intercambiables también lo serían acción y omisión y la distinción sería verdaderamente indiferente, pues también acción y omisión lo serían.

Mal que le pesara a ARMIN KAUFMANN su tesis de que la capacidad de acción es un elemento común a los comportamientos activos y omisivos tendría repercusiones posiblemente inesperadas. La relativización del concepto de acción y de omisión permitió la formulación de un concepto “negativo” de acción, de acuerdo con el cual la acción no sería sino “la evitable omisión de evitar en posición de garante”<sup>25</sup>. Lo decisivo sería “el deber de garante y la evitabilidad”, lo que significa que “también el autor activo debe ser contemplado como garante”, porque es indiferente producir un daño o no impedirlo, lo importante es si el autor tenía el deber de evitarlo y si ello era posible<sup>26</sup>. Con tales premisas sería posible pensar que el concepto básico de la teoría del delito debería ser la omisión. Sobre todo cuando se admite que “todas las acciones pue-

<sup>23</sup> Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, p. 669.

<sup>24</sup> Loc. cit., p. 2.

<sup>25</sup> R. D. HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, ps. 172 y ss.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 173. Ver también: H.-J. BEHERENDT, Die Unterlassung im Strafrecht, 1979, que también considera que el concepto fundamental del sistema dogmático del delito es la omisión y ensaya fundamentarlo psicoanalíticamente. Críticamente sobre el concepto negativo de acción: G. JAKOBS, Strafrecht, 2ª edición, 1991, ps. 143 y ss.

den ser reformuladas como omisiones (aunque a la inversa no todas las omisiones puedan serlo como acciones)<sup>27</sup>.

La teoría negativa de la acción ha sido, en general, rechazada. Pero, ha dejado huellas que se perciben especialmente en tres momentos: en la definición de la acción como comportamiento *evitable*, en la moderna teoría del tipo penal de los *delitos de resultado* y en los *delitos de infracción de deber*<sup>28</sup>.

Desde el punto de vista de la definición de la *acción como comportamiento evitable* es indiferente si el sujeto podía evitar causar activamente la muerte de otro (es decir, podía omitir lo que hizo) o si hubiera podido actuar para evitar la muerte<sup>29</sup>. En ambos casos lo decisivo es la evitabilidad del suceso.

En el ámbito de los delitos de resultado la dogmática tradicional consideraba que el autor realizaba el tipo objetivo si *causalmente* producía el resultado dolosamente. Por lo tanto: el tipo objetivo resultaba limitado por el alcance del dolo, en el tipo subjetivo, pero éste, a su vez, sólo era de apreciar si podía ser constatado que el autor había tenido una *posibilidad real de influir en el suceso (Einwirkungsmöglichkeit)*<sup>30</sup>. De esta manera, la "voluntad" del resultado (dolo) se sometía a una restricción de naturaleza *objetiva*. La negación del dolo en el caso del que envía a otro a un bosque durante una tormenta con el propósito de que lo alcance un rayo y lo mate, es ilustrativo de esta forma de ver el problema.

Esta confusión de planos tuvo una solución menos tortuosa desde la óptica de la *teoría de la imputación objetiva*, que requiere también en los delitos activos que el autor sea competente, lo que quiere decir que es preciso que le incumba *no* producir el resultado típico o que esté obligado a evitarlo, en otras palabras: es preciso que sea *garante*; pues sólo en este caso el causante del resultado

<sup>27</sup> G. JAKOBS, loc. cit., p. 776. La segunda parte de la afirmación de JAKOBS es discutible; cabe pensar en la teoría del *aliud agere*.

<sup>28</sup> En la dogmática de habla castellana ver: E. BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*, 5ª edición, 1998, p. 372; J. SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002; SILVINA BACIGALUPO, *Delitos de infracción de deber y accesoriadad de la participación* (en prensa); CARLOS M. GONZÁLEZ GUERRA, *Delitos de infracción de un deber*, Buenos Aires, 2006.

<sup>29</sup> Confr. G. JAKOBS, loc. cit., p. 143.

<sup>30</sup> Confr. H. WELZEL, loc. cit., p. 66. Si el autor debía ser consciente o no de esa posibilidad real o si ésta operaba como un correctivo objetivo no era claro.



será responsabilizado<sup>31</sup>. Aunque la ley sólo se refiera a la producción de un resultado, su realización no será fundamento suficiente de la responsabilidad del causante, dependerá de que el autor sea garante de que el resultado no se produzca. La limitación del tipo objetivo tendrá lugar, en consecuencia, en el mismo tipo objetivo. Ejemplo: en el caso del conductor del camión que circula sin luces, la responsabilidad del policía que retira la baliza de la carretera<sup>32</sup>, el problema consiste en saber quién es el garante en las circunstancias concretas. En suma: la posición de garante es también un elemento de la tipicidad en los delitos activos, no sólo en los omisivos.

Por otra parte, la distinción entre acción y omisión es indiferente en ciertos tipos penales en los que la forma de la conducta no tiene importancia, porque pueden ser cometidos tanto activa como omisivamente, toda vez que el autor aparece como garante en la descripción típica. Es el caso de los *delitos de infracción de deber*. Ejemplo: el delito de administración desleal (arts. 252 y 292 CPE y 173, 7 CPar) en el que el administrador puede infringir su deber tanto activa como omisivamente.

Asimismo, una vez que el legislador ha aceptado los delitos de comisión por omisión (o la doctrina admite esta figura), prácticamente todos los tipos de la parte especial pueden ser cometidos tanto en forma activa como omisiva, *si el autor es garante*<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Confr. G. JAKOBS, loc. cit., ps. 184, 213. Con diferencia terminológica llega a la misma conclusión ROXIN, cuando considera el supuesto de "la imputación a un ámbito de responsabilidad ajeno" (*Zuordnung zum fremden Verantwortungsbereich*), que deduce del fin de protección del tipo (Strafrecht, AT, 3ª edición, 1997, p. 347).

<sup>32</sup> El caso dio lugar a la sentencia del BGHSt, 4, 360: El conductor del camión circulaba durante la noche sin luces de posición traseras. Un patrullero policial le obliga a detenerse y a su vez aparca en el arcén. El Policía colocó entonces una baliza que alertara a los conductores. Comprobada la documentación del conductor, el Policía le ordena continuar la marcha hasta la próxima gasolinera y se dispone a ir con su coche detrás del camión para evitar accidentes. Antes de partir retira la baliza y cuando se está dirigiendo al coche policial con ella, otro vehículo que circula en esa dirección se estrella contra el camión, pues al haber sido retirada la baliza no lo pudo ver. El conductor de este coche falleció a consecuencia del impacto. El BGH condenó al conductor del camión por homicidio culposo. La decisión ha sido fuertemente en la doctrina (confr. MAURACH/ZIPF, AT, 8ª edición, 18/67; FR.-K. SCHROEDER, LK, 10ª edición, § 16, 24; J. Wolter, ZStW 89 [1977], ps. 649 y ss. (689).

<sup>33</sup> Confr. T. WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, ps. 44 y ss.

La conclusión parece clara: La base del sistema ha cambiado. El fundamento de la responsabilidad no es solamente una acción o una omisión, sino que, además, debe concurrir en uno y otro caso la posición de garante del autor. Esto ya ocurre en los *delitos especiales propios*, donde la problemática del autor es, en realidad, previa a la de la acción. Dicho de otra manera: la base del sistema es la acción u omisión *en posición de garante*. La posición de garante debería, por lo tanto, adquirir una posición básica.

### III. EL FUNDAMENTO NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD

A partir de 1983<sup>34</sup> hacen su aparición en la dogmática nuevas concepciones de la posición de garante. Estas no han llegado a ser dominantes ni mucho menos, pero son objeto de fuertes discusiones. Ello justifica una exposición objetiva, como presupuesto de una valoración teórica posterior. A este respecto la situación actual tiene una cierta analogía con la que rodeó a la teoría finalista de la acción. No es posible saber si llegará a imponerse, aunque no se compartan sus bases filosóficas, como ocurrió con el finalismo.

Hasta esa fecha la base teórico-normativa de la teoría del hecho punible se limitaba a la comprobación de que las normas se manifestaban en *prohibiciones* y *mandatos*<sup>35</sup>. Ya ha sido considerado el carácter intercambiable de mandatos y prohibiciones señalado por Kelsen en 1911, que —como se vio— ARMIN KAUFMANN no contradujo convincentemente. El punto de vista de la posible transformación lingüística de los mandatos en prohibiciones vuelve a tomar cuerpo en la actualidad<sup>36</sup>, pero adquiriendo una mayor complejidad. JAKOBS<sup>37</sup> propone distinguir, además de la acción y la omisión, otros dos fundamentos, concurrentes con los anteriores, de la

<sup>34</sup> Es la fecha de la publicación de 1ª edición del *Strafrecht* de JAKOBS.

<sup>35</sup> ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik*, p. 3; *Lebendiges und Totes in Bingings Normtheorie*, 1954, p. 103; sobre la tesis de KAUFMANN, A. HOYER, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1997, ps. 364 y ss.

<sup>36</sup> Confr. G. JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, p. 25 y ss.

<sup>37</sup> *Loc. cit.*, p. 220. Ver también: M. PAWLK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999.

responsabilidad penal: la *responsabilidad por la propia organización*, como contrapartida del derecho a la libertad que el Estado garantiza, y la responsabilidad proveniente del incumplimiento de *deberes institucionales*, impuestos a los ciudadanos por el Estado. La contrapartida de la libertad son los *deberes negativos*, no dañar a otro (*nieminein laedé*); los deberes emergentes de las instituciones son *deberes positivos*, que imponen una prestación en beneficio de la sociedad fundamentada en la solidaridad<sup>38</sup>. Por *instituciones* se entienden las fuentes de deberes que son determinantes para la identidad de la sociedad. Son elementos de la configuración de la sociedad, junto a la responsabilidad basada en el simple abuso de la libertad<sup>39</sup>.

Esta nueva distinción en el ámbito de las prohibiciones y los imperativos proviene de una consolidada tradición liberal. En efecto, JOHN STUART MILL, que puede ser tomado como ejemplo a este respecto, dice en su ensayo sobre la libertad<sup>40</sup>: "El único fin que justifica la intervención, colectiva o individual, de la especie humana en la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes es su propia protección. El único propósito que justifica el uso del poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás"<sup>41</sup>. Y agrega: "Hay también muchos actos positivos para beneficio de otros, que el individuo puede ser obligado jurídicamente a realizar, tal como atestiguar ante un tribunal de justicia, asumir el papel que le corresponda en la defensa común, o en cualquier otro trabajo de equipo necesario en interés de la sociedad de cuya protección disfruta, asimismo llevar a cabo ciertos actos de beneficencia individual, tales como salvar la vida de un semejante, o interponerse para proteger a indefensos maltratados; cosas por las que, en tanto constituyen obviamente deberes del hombre cumplirlos, permiten hacerle jurídicamente responsable ante la sociedad si no lo

<sup>38</sup> Confr. G. JAKOBS, loc. cit., p. 783. J. SÁNCHEZ-VERA, loc. cit.

<sup>39</sup> Confr. G. JAKOBS, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassung, 1996, p. 32, entre otras publicaciones del autor. Similar es el esquema normativo propuesto por U. KINDHAUSER, Strafrecht, BT II, 1, 1998, ps. 33 y ss.

<sup>40</sup> J. STUART MILL, On liberty, 1859, cit. según la edición de D. NEGRO PAVÓN, 1991.

<sup>41</sup> Ibídem, p. 74, similar ps. 172 y ss.

hace"<sup>42</sup>. Finalmente concluye: "hacer a uno responsable por el mal que haya causado a otros constituye la regla general; hacerlo responsable por no haber impedido el mal es, comparativamente hablando, la excepción"<sup>43</sup>.

Traducido a términos penales: en una sociedad basada en el libre desarrollo de personalidad, la libertad sólo puede ser limitada legítimamente de dos maneras diversas: por un lado a través del deber general de garante que surge como contrapartida de la libertad, que se extiende hasta donde comienza el derecho de los otros, y, por otro lado, mediante deberes de garante que surgen de la posición jurídica del sujeto en el marco de una institución y que limitan la libertad por razones de solidaridad.

Esta diversa configuración de los deberes tiene consecuencias dogmáticas que se manifiestan, en primer lugar, en la *noción de autoría*. En los *delitos de abuso de la libertad*, que infringen el *neminem laede* la autoría se define por el dominio del hecho (dominio de la propia organización, es decir de la forma en la que el autor se relaciona con el mundo de los demás), se trata de *delitos de dominio*. En los *delitos de incumplimiento de deberes institucionales* la autoría se define por la infracción del deber: son delitos de *infracción de deber*<sup>44</sup>. Ambas categorías deben tener un régimen especial de *accesoriedad*: mientras en los delitos de dominio la participación es accesoria del hecho del que obra con dominio del hecho, en los delitos de infracción de deber la participación es accesoria del hecho del titular del deber que lo infringe, aunque éste no tenga el dominio del hecho que produce materialmente el resultado<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, ps. 76 y ss.

<sup>43</sup> *Ibíd.*, p. 77. Similar G. JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, citado.

<sup>44</sup> La categoría de los delitos de infracción de deber ha sido formulada por primera vez por C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª edición 1963, 2ª edición 1967, ps. 352 y ss. ROXIN definió los delitos de infracción de deber como aquellos que los que el tipo penal contiene la infracción de un deber extra-penal. JAKOBS por el contrario, los define como delitos en los que el autor infringe un deber institucional, independientemente de la estructura del tipo (confr. SÁNCHEZ-VERA, *loc. cit.*, ps. 27 y ss., 37 y ss.; S. BACIGALUPO, *loc. cit.*)

<sup>45</sup> Confr. S. BACIGALUPO, *loc. cit.*

En segundo lugar la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber implica una diferenciación de las fuentes de los deberes en los *delitos de omisión*. En estos delitos la responsabilidad se configura restrictivamente: requieren un fundamento jurídico especial, es decir, un expreso mandato de acción. Estos mandatos de acción también deben ser distinguidos según que sean consecuencia del *neminem laede* o de la *solidaridad*. En todo caso, la responsabilidad, por acción o por omisión, tiene un mismo fundamento jurídico; que quien tiene la obligación jurídica de alimentar a otro tenga prohibido quitarle los alimentos o esté obligado a proporcionárselos, "no es una cuestión del fundamento jurídico, sino un estado casual de la exterioridad de las cosas" <sup>46</sup>.

Los deberes de actuar que provienen del *neminem laede* no se fundamentan en la solidaridad, sino, como en los delitos de dominio, en la consideración y el respeto que merecen las otras personas<sup>47</sup>. Por consiguiente, en el ámbito de los delitos de dominio los deberes de actuar surgen, por un lado, del deber general de evitar o de controlar peligros generados por los objetos propios, las propias empresas etcétera (se trata de deberes generales de seguridad de los bienes ajenos en las relaciones con otros sujetos de derecho). Por otro lado, el deber de actuar se fundamenta en la *injerencia*, es decir en la obligación que genera haber creado con la propia conducta un peligro para bienes ajenos<sup>48</sup>.

No todas las instituciones en un sentido jurídico corriente fundamentan imperativos cuya infracción da lugar a delitos de infracción de deber. Aquí se señalan en primer término los *deberes estatales*, algunos de los cuales tienen cierto paralelismo con el *neminem laede*, es decir con el cuidado que el que ejerce las funciones del Estado debe observar respecto de los bienes ajenos. Pero, en general se trata de deberes de garantía de la institución, por ejemplo, la justicia, en cuyo ámbito destacan deberes como los que fundamentan el delito prevaricación. Asimismo se consideran en este ámbito los deberes recíprocos que caracterizan la *relación padres e hijos* y los casos de relaciones basadas en una *especial con-*

<sup>46</sup> G. JAKOBS, Die strafrechtliche Zurechnung..., p. 37.

<sup>47</sup> Confr. G. JAKOBS, Strafrecht, cit., ps. 782 y 783.

<sup>48</sup> Ibídem, ps. 802 y ss.

fianza. Entre estas cuenta ejemplificativamente la relación del médico y su paciente, así como casos en los que rige un mandato de "comportamiento conforme al rol".<sup>49</sup>

La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, a la que necesariamente conduce la nueva sistematización de los mandatos y prohibiciones, tiene una cierta aceptación en el campo de la omisión.<sup>50</sup>

¿Qué se deduce de todo ello? El sistema debería distinguir dos categorías básicas: los delitos de responsabilidad por la propia organización y los de responsabilidad institucional. Este punto de vista referente a la distinción inicial del sistema debería reemplazar a la actual distinción entre delitos activos y omisivos. Hasta ahora no ha terminado de imponerse totalmente, aunque las críticas a mi modo de ver no son ni muy profundas ni verdaderamente inquietantes.<sup>51</sup>

#### IV. LA DISTINCIÓN TIPICIDAD/ANTI JURIDICIDAD

También el tipo penal ha experimentado una fuerte transformación respecto al estado que había alcanzado con el finalismo. En realidad, la teoría finalista no modificó sustancialmente el tipo objetivo, causalmente concebido por las teorías positivistas y neokantianas, sino que en el delito doloso lo completó mediante el tipo subjetivo, que operaba —como se vio— como un elemento limitador de la extensión de la causalidad. En el caso del tipo imprudente, por el contrario, la limitación del aspecto causal de la infracción del deber de cuidado se logró mediante reglas incipientes de imputación objetiva.<sup>52</sup> Pero, la innovación fue más profunda:

<sup>49</sup> G. JAKOBS, Die strafrechtliche Zurechnung, cit. p. 35, ff. 131-132.  
<sup>50</sup> Confr. G. FREUND, Strafrecht, AT, 1998, p. 334; H. OTTO, Grundkurs Strafrecht, AT, 5ª edición, 1996, 21/37; P. CRAMER/G. HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 26ª edición, 2001, Vorb. § 25, 104 y ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, Strafrecht, AT I, 5ª edición, 2004, ps. 274 y ss.

<sup>51</sup> M. KÖHLER, Strafrecht, AT 1996, p. 497; MAURACH/GÖSSEL/ZIPP, Strafrecht, AT-2, 5ª edición, 1978, ps. 191 y s.; MURMANN, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, 1993, p. 181; G. FREUND, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, ps. 177, 274.

<sup>52</sup> Confr. H. WELZEL, loc. cit., p. 131.

WELZEL introdujo, además, un elemento común a ambas especies de tipos: la *adecuación social*<sup>53</sup>. De esta manera, no obstante la aparente diferencia existente entre los tipos del delito doloso y del imprudente, ambos tenían una función común: alcanzar sólo las conductas incompatibles con el orden jurídico. Socialmente adecuada es toda conducta ejecutada dentro de los límites del riesgo permitido, con palabras de WELZEL: una conducta que se desarrolla en "el marco de la libertad de acción"<sup>54</sup>.

A partir de aquí se plantea la necesidad dogmática de distinguir entre la autorización de acciones peligrosas excluyentes de la tipicidad y las autorizaciones de acciones típicas (por lo tanto peligrosas) pero permitidas, es decir, entre autorizaciones que excluyen la tipicidad y autorizaciones que excluyen la antijuridicidad (causas de justificación)<sup>55</sup>. La cuestión es más aguda en el caso del estado de necesidad, en el que la justificación es consecuencia de una ponderación del riesgo para un determinado bien. La cuestión es especialmente difícil cuando se afirma a la vez que el error sobre el peligro permitido, no constituye un error de tipo, sino un error sobre la antijuridicidad<sup>56</sup>. Piénsese además que WELZEL llegó a considerar, al menos desde la 4ª a la 8ª edición de su *Deutsches Strafrecht*, la adecuación social como una causa de justificación emergente del derecho consuetudinario y que una parte de la doctrina la entiende todavía hoy como tal<sup>57</sup>.

La diferenciación entre tipo y antijuridicidad, en realidad, era ya problemática desde que se introdujeron en el tipo los elementos de culpabilidad.

<sup>53</sup> Ibidem, ps. 55 y ss., 132 y ss. WELZEL consideraba que la noción de adecuación social "tenía efectos sobre la interpretación de los tipos, que bajo el influjo de la teoría causal de la acción, que quedaba corta al ver la esencia del tipo penal en la causación de una lesión del bien jurídico" (p. 55). Confr. C. ROXIN, en *Fest. f. U. Klug*, II, 1983, p. 303 y ss.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>55</sup> La supuesta identidad de la adecuación social y la justificación se utilizó ocasionalmente para combatir la teoría estricta de la culpabilidad en el error de prohibición.

<sup>56</sup> Confr. WELZEL, loc. cit., p. 168. En el mismo sentido en *ZStW* 58 [1939], p. 491 y ss. (citado según *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, ps. 120 y ss., 142 y ss.).

<sup>57</sup> Confr. *Das Deutsche Strafrecht*, 7ª edición, 1960, p. 76; este punto de vista fue mantenido hasta la 8ª edición; H. OTTO, *Grundkurs*, cit. p. 78; EB. SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, AT, 2ª edición, 1975, ps. 298 y ss.

*mentos normativos del tipo*, es decir, desde que tipo y antijuridicidad ya no pudieron ser entendidos como manifestaciones de la descripción y de la valoración de la conducta respectivamente, dado que los elementos normativos se definieron como "impropios elementos del tipo y auténticos elementos de la antijuridicidad"<sup>58</sup>.

Sin embargo, en la teoría finalista, y aun después de ella, insistió en la necesidad dogmática de distinguir entre tipo y antijuridicidad<sup>59</sup>. En gran medida la distinción resulta ser un presupuesto en el que se apoya la teoría del error, construida sobre la misma. Pero, la introducción de la teoría de la imputación objetiva agudizó el problema de la distinción entre tipicidad y antijuridicidad. LESCH estima que "la llamada «teoría de la imputación objetiva» ha perdido toda posibilidad de mantener como dos «niveles de valoración» enfrentados al «nivel del tipo» y al «nivel de la antijuridicidad»"<sup>60</sup>.

Son varios los intentos de salvar esa distinción. Por un lado, se piensa que la diferencia entre la autorización de la acción peligrosa y la de la justificación es una consecuencia de que la primera se desarrolla en el ámbito de libertad, mientras que la segunda justifica una acción socialmente inadecuada<sup>61</sup>.

El punto de vista de JAKOBS no se diferencia esencialmente del sostenido por WELZEL, pero es expuesto en el marco de la lógica de la comunicación: "lo que sin considerar el contexto -dice- no defrauda una expectativa, ya no realiza el tipo"<sup>62</sup>. "Sólo cuando se ha superado el límite del riesgo [permitido] serán jurídicamente relevantes las cuestiones del dolo, la imprudencia y, en su caso, del contexto justificante"<sup>63</sup>.

Menos clara es la tesis de ROXIN, que afirma que el riesgo permitido es, por regla, una circunstancia que excluye la tipicidad,

<sup>58</sup> Confr. M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 2ª edición, 1923, p. 182 y ss.

<sup>59</sup> Confr. la crítica de W. GALLAS a la construcción de la adecuación social de Welzel, en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, ps. 37 y ss.

<sup>60</sup> *Der Verbrechensbegriff*, 1999, p. 269.

<sup>61</sup> WELZEL, loc. cit., 11ª, p. 57.

<sup>62</sup> Loc. cit., p. 203.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 202.



pero que excepcionalmente puede configurar un supuesto de justificación, por ej. en los casos de consentimiento presunto<sup>64</sup>.

Las tres tesis expuestas han sido cuestionadas recientemente por un discípulo de JAKOBS. Desde la misma perspectiva del carácter constitutivo de la comunicación respecto de la conducta social de la que parte JAKOBS, sostiene H. LESCH que también el peligro permitido depende del contexto en el que se realiza la acción, contexto en el que se debe considerar "la persona del agente, el consentimiento de la víctima y aquellas circunstancias que manifiestan la adecuación al rol de la conducta del autor (prohibición de regreso), la autoresponsabilidad de la víctima (auto puesta en peligro) o la confianza justificada, que cumplen con los elementos del tipo de una llamada «causa de justificación» (...)"<sup>65</sup>. Consecuencia de esta manera de ver las cosas es el rechazo de la distinción entre tipo y antijuridicidad y la separación de los problemas de la teoría del dolo y del error de esa distinción<sup>66</sup>.

Resumiendo: la teoría del delito se encuentra ante un dilema. Renunciar a la teoría de la imputación objetiva, para facilitar la distinción tradicional entre tipo y antijuridicidad, implicaría una limitación indeseable de la libertad, toda vez que el tipo adquiere una amplitud inadecuada a la idea de una sociedad libre. Pero, no parece necesario renunciar a la distinción entre tipicidad y antijuridicidad. Es cierto que tanto el riesgo permitido como las causas de justificación dependen de su contexto. Pero no es menos cierto que ambas categorías tienen diversos contenidos comunicativos: el que obra dentro del riesgo permitido no pone de manifiesto una norma de conducta incompatible con el orden jurídico, como ocurre en el caso del que obra típica y antijurídicamente. Esta diferencia es la que permite mantener la distinción entre tipicidad y antijuridicidad.

## V. LA DISTINCIÓN OBJETIVO/SUBJETIVO

La teoría del hecho punible clásica heredó de la teoría de la imputación la idea de que "sólo la relación subjetiva entre el he-

<sup>64</sup> Strafrecht, AT, 3ª edición 1997, p. 695.

<sup>65</sup> Der Verbrechensbegriff, 1999, p. 269.

<sup>66</sup> Ibídem, p. 280.

cho y el autor"<sup>67</sup> expresa el sentido total del hecho. En la práctica esto significó que la existencia del delito dependía de la comprobación de un *hecho psíquico*, concretamente la *voluntad* del autor de ejecutar la acción típica. La noción de culpa fue siempre extraordinariamente problemática a partir de esta premisa<sup>68</sup>. Pero, el carácter de suceso psíquico de la voluntad que fundamenta la responsabilidad penal fue cuestionado metodológicamente desde principios del siglo XX. KELSEN sostuvo en 1911 que el concepto psicológico de voluntad es ajeno a las ciencias normativas<sup>69</sup>.

El elemento subjetivo del delito sufrió un proceso escalonado de normativización y objetivación que llega hasta hoy. El primero de ellos en el ámbito del delito culposo. Por lo menos desde la década de los años 30 del siglo anterior la imprudencia fue concebida normativamente, como la infracción de un deber de cuidado<sup>70</sup>. El segundo momento de la normativización es llevado a cabo por la teoría finalista y tiene lugar cuando se reconoce relevancia a la *conciencia de la antijuridicidad*<sup>71</sup>. Pero la teoría final mantuvo el carácter *psicológico* del dolo<sup>72</sup> al mismo tiempo que *normativizó* el conocimiento de la antijuridicidad. Ello le permitió regir ambos elementos subjetivos por distintos principios: mientras en el ámbito del dolo se aplica el *principio del conocimiento*, en el de la conciencia de la antijuridicidad se aplica el *principio de la responsabilidad*<sup>73</sup>. De esta manera la comprobación de la última se convierte,

<sup>67</sup> F. V. LISZT, loc. cit., p. 159.

<sup>68</sup> Confr. el amplio desarrollo de la discusión en: F. EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910.

<sup>69</sup> Confr. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 162: "El concepto de voluntad en sentido ético-jurídico significa algo completamente diverso de lo que el concepto de la psicología referido a un suceso anímico real (...) por el contrario, debe ser entendido como una construcción realizada con la finalidad de la imputación". Críticamente sobre la tesis de KELSEN: J. GOLDSCHMIDT, en *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, año XII, 1938, n° 1, p. 55 y ss.

<sup>70</sup> Confr. R. FRANK, loc. cit., ps. 137 y ss.; E. Mezger, loc. cit., p. 349; v. LISZT/SCHMIDT, loc. cit., p. 273: "La culpa se diferencia del dolo en sentido psicológico".

<sup>71</sup> Confr. A. GRAF ZU DOHNA, *Recht und Irrtum*, 1925, p. 17 y ss. V. LISZT negaba radicalmente esa relevancia. Confr. loc. cit., ps. 180 y ss.

<sup>72</sup> Confr. H. WELZEL, loc. cit., p. 64.

<sup>73</sup> *Ibidem*, ps. 163 y ss. Las razones que han permitido normativizar la conciencia de la antijuridicidad tienden a imponerse también en el ámbito del dolo en la medida en

en realidad, en un juicio sobre la *evitabilidad del desconocimiento*, es decir, en un juicio puramente normativo referido a la situación concreta en la que el autor ejecutó la acción. En los últimos veinte años asistimos a un tercer momento de normativización del elemento subjetivo que se manifiesta en las nuevas concepciones del *dolo*, que se expresa en la *objetivación* de las circunstancias que revelan la mayor gravedad relativa del mismo en relación de la imprudencia<sup>74</sup>. Se trata de una dirección cuyo inicio puede ser situado en las tesis de ARMIN KAUFMANN sobre el *dolo eventual* en las que sostuvo que la "voluntad de ejecutar" sólo debía ser excluida cuando el autor había "empleado realmente contrafactores para impedir el resultado accesorio"<sup>75</sup>. Probablemente se justificaría preguntar: ¿es el tipo subjetivo actualmente verdaderamente subjetivo? A mi modo de ver este proceso no debe ser entendido como una forma de objetivación de la responsabilidad, sino como la manifestación del interés teórico en justificar la posibilidad de que el *dolo* pueda ser tratado como una cuestión de derecho en el marco del recurso de casación<sup>76</sup>. Ejemplo de ello es la afirmación de M. KÖHLER en la que reconoce que "en la práctica la aceptación del *dolo* se limita a constelaciones objetivas de casos con un alto grado de peligro concreto (o de resultados característicos)"<sup>77</sup>. HASSEMER, HRUSCHKA y SCHÜNEMANN, entre otros, han propuesto una sistematización de los elementos objetivos que pueden actuar como indicadores del elemento subjetivo. "Sólo las circunstancias «exteriores» del hecho -dice HRUSCHKA- pueden configurar esos elementos fácticos que proporcionan fundamento -excluida la arbitrariedad- para la imputación del *dolo* del hecho, que en sí mismo no es un hecho"<sup>78</sup>.

la que el elemento cognitivo del mismo es concebido como la actitud de indiferencia del autor respecto del conocimiento de los hechos.

<sup>74</sup> Confr. E. BACIGALUPO, en Homenaje a G. Rodríguez Mourullo, 2005, ps. 63 y ss. con mayores informaciones bibliográficas, [78 y ss.] y Homenaje a Cobo del Rosal, 2005, ps. 33 y ss.

<sup>75</sup> En ZStW 70 [1958], ps. 64 y ss., recogido en Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, p. 68.

<sup>76</sup> Confr. E. BACIGALUPO, H. a R. Mourullo, cit., p. 79.

<sup>77</sup> Strafrecht, AT, 1997, ps. 166, 168.

<sup>78</sup> J. HRUSCHKA, en Fest. f. Kleinknecht, 1985, ps. 191 y ss. [201]. La idea de que el *dolo* no es un hecho fue el fundamento con el que la jurisprudencia del Tribunal

Este proceso de objetivación de los elementos subjetivos del delito tiene que favorecer una mayor seguridad en la aplicación de la ley, pues permite establecer claramente en qué se apoya la inferencia y la imputación de un elemento que no es posible percibir directamente y muy difícilmente demostrable en el proceso.

La normativización del dolo se manifiesta también en relación con el llamado elemento volitivo del dolo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo de España<sup>79</sup> y una parte considerable de la doctrina<sup>80</sup> consideran prescindible el elemento volitivo del dolo, elemento que, en realidad, sólo se podía constatar en el dolo directo<sup>81</sup> y no era como probable en la forma "dolosa" de los delitos de omisión<sup>82</sup>. El concepto de dolo basado en el conocimiento del peligro concreto ocasionado por la acción o por el conocimiento del "riesgo típico"<sup>83</sup> es sin duda el producto de la normativización del concepto de voluntad, cuyo contenido nunca ha sido aclarado suficientemente. De esta manera, no es necesaria la búsqueda de la voluntad en el dolo eventual, es decir donde no la hay. El dolo eventual es, de esta manera, el género y el dolo directo o intención es una especie.

Supremo justificaba que podía ser objeto del recurso de casación. Hace cerca de 20 años el TS afirmaba que se trataba de un juicio de valor. Esta forma de entender el problema fue cuestionada por L. BENEYTES MERINO, en Revista del CGPJ, y las sentencias actuales ya no recurren a esta terminología, que si bien no es correcta, pone de manifiesto se trata de una cuestión de imputación y no de la comprobación de un hecho psicológico.

<sup>79</sup> Confr. SSTS de 23.4.1992; 123/2001; 1269/2004; 1377/2004; 1526/2005; 1064/2005; 21/2007

<sup>80</sup> Confr. E. BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*, 5ª edición, 1998, ps. 224 y ss.; C. PÉREZ DEL VALLE, en Rev. de Der. Procesal, 1994, p. 413; PATRICIA LAURENZO, *Dolo y conocimiento*, 1999; R. RAGUÉS Y VALLÉS, *El dolo y la prueba en el proceso penal*, 1999; B. FELIÓ SÁNCHEZ, en CPCr. 65, 1998, 271; I. RAMOS TAPIA, en J. M. ZUGALDÍA ESPINAR (Director), *Derecho penal*, PG, 2ª edición, 2004, ps. 486 y ss. Los argumentos basados en la definición de la tentativa en el texto del art. 16 CP, carecen de consistencia, dado que ignoran que la voluntad puede ser definida sin recurrir al elemento volitivo tradicional, que, por otra parte, no se da ni en el dolo indirecto ni en el dolo eventual, que también permiten la tentativa.

<sup>81</sup> Confr. por todos: K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, 188. En la bibliografía moderna: W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983.

<sup>82</sup> Confr. un mayor desarrollo de estas cuestiones en E. BACIGALUPO, en H. a R. Mourullo, cit.

<sup>83</sup> Así D. ZIELINSKI, en AE-StGB, 1, 1990, p. 473.

## VI. CONCLUSIÓN

Todo lo anterior pone de manifiesto que la teoría permanecerá, como expresión del pensamiento sistemático, pero, aún manteniendo el esquema básico de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, dispondrá de una diferente explicación de esas categorías, al incorporar el desarrollo de la dogmática en los últimos veinticinco años. La evolución del sistema actual se caracteriza, sobre todo, por el desplazamiento de elementos que tradicionalmente pertenecían sólo a los delitos culposos y a los de omisión al ámbito del delito activo doloso. En otras ocasiones he tratado de explicar la dinámica del sistema como el de un cambio del *paradigma básico* de la teoría del delito o, si se quiere, de "preconceptos hermenéuticos de la teoría del hecho punible"<sup>84</sup>. Las teorías clásicas, hasta el finalismo inclusive, tomaron como base de la elaboración del sistema el delito *doloso de comisión y de resultado consumado*. El desarrollo del sistema tiende al reemplazo de este paradigma del hecho punible por el delito *imprudente de omisión*<sup>85</sup>. Esta tendencia, no siempre suficientemente percibida, explica la necesidad del tránsito desde una dogmática ontologisista, como la del causalismo y el finalismo, hacia una dogmática normativista o, por lo menos, en la que predominan estos aspectos.

Sin desconocer la inseguridad de los juicios sobre el futuro, es posible suponer que esta dirección se mantendrá muy probablemente durante los próximos años, dado que los tipos penales que concentran la atención de los penalistas no responden a la estructura de los forjados sobre la producción activa de una modificación del mundo exterior, que, en verdad, son reducidos<sup>86</sup>. Por lo tanto, la

<sup>84</sup> E. BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*, 5ª edición, 1997, ps. 137 y ss.

<sup>85</sup> Confr. R. D. HERZBERG, en JuS 1966, p. 105, considera que el modelo básico debería ser el "delito tentado, imprudente y de omisión". Otra opinión: KR. KOHL, *Strafrecht*, 4ª edición, 2002, p. 2. En la dogmática del derecho penal también tienen un papel otros preconceptos hermenéuticos, como la concepción del delito como violación de deberes ético-sociales, como un hecho socialmente dañoso o como la expresión de un sentimiento jurídico depravado, propio del derecho penal de autor (confr. E. BACIGALUPO, loc. cit., ps. 137 y ss.)

<sup>86</sup> La estafa, la administración desleal, la falsedad documental, los delitos contra el honor, el blanqueo de dinero, los delitos fiscales, el robo, el hurto, etcétera, no están estructurados sobre una relación de causalidad material. Cuando en alguno de ellos

necesidad dogmática de una distinción precisa entre acciones y omisiones podría perder importancia. Acaso podría también determinar un regreso de la relación de causalidad a la parte especial, como una cuestión particular de algunos tipos penales, como el homicidio, las lesiones corporales, los daños<sup>87</sup>. Todo ello conduce a una pregunta básica, que en el día de hoy, lamentablemente, no es posible abordar: ¿es el sistema dogmático de la teoría del delito un orden lógico de niveles valorativos independientes y por sí mismos jurídico-penalmente relevantes o es sólo un orden de la subsunción para la solución práctica de los problemas de aplicación de la ley?<sup>88</sup>

El único objetivo de la teoría del delito es la aplicación de la ley penal. El orden de la subsunción para la solución práctica de los problemas de aplicación de la ley es el único orden lógico de niveles valorativos independientes y por sí mismos jurídico-penalmente relevantes.

La idea de la causalidad como elemento general de delitos proviene, probablemente, de v. LISZT que postulaba que "conocimiento científico es explicación causal" (confr. Strfr. Vortr. U. Aufs. II, citado, p. 289) y que todo delito, en tanto acción, consistía en una transformación sensible del mundo exterior (Lehrbuch, citado, p. 123. Si estas premisas se ponen en duda, la generalidad de la relación de causalidad carecerá de soporte.

se habla de "causalidad" es para explicar una relación de otra naturaleza. La idea de la causalidad como elemento general de delitos proviene, probablemente, de v. LISZT que postulaba que "conocimiento científico es explicación causal" (confr. Strfr. Vortr. U. Aufs. II, citado, p. 289) y que todo delito, en tanto acción, consistía en una transformación sensible del mundo exterior (Lehrbuch, citado, p. 123. Si estas premisas se ponen en duda, la generalidad de la relación de causalidad carecerá de soporte.

<sup>87</sup> Confr. BERNER, A. F., loc. cit., ps. 507, 524 etcétera.  
<sup>88</sup> Confr. LESCH, loc. cit., p. 280; BACIGALUPO, E., *Principio de derecho penal*, 5ª edición, 1997: "la teoría del delito es una teoría de la aplicación de la ley penal" (ps. 132 y ss); NAUCKE, W., *Grundlinien einer rechtsstaatlichen praktischen allgemeinen Straftatlehre*, 1979; HASSEMER, W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, ps. 188 y ss.