



UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

“EL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD”

TESIS

Que para obtener el Título de:

MAESTRO EN DERECHO

Presenta:

LICENCIADO GERARDO MAGAÑA RAMÍREZ

Director de Tesis:

DOCTOR EN DERECHO JOSÉ BECERRIL LEAL

Morelia, Michoacán, mayo 2015.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación está enfocado a que el operador jurídico sepa realizar un análisis jurídico de la conducta cuando se le presente una controversia jurídico penal, específicamente para que después de hacerlo con la tipicidad y la antijuricidad, lo haga con la culpabilidad, que es el reproche social hecho al agente activo derivado de actuar a pesar de que conocía de la ilicitud de su actuar, a que desprendido de su edad e instrucción conocía de las consecuencias y que la ley no le exigiera otra forma de conducirse.

Delito, Culpabilidad, Dolo, Imprudencia, Previsibilidad.

ABSTRACT

The present research is focused on the legal operator knows perform a legal analysis of behavior when given a criminal legal dispute, specifically so that afterwards with criminality and illegality, do with guilt, which is social reproach made to the active agent derived from acting even though he knew the wrongfulness of his act, which detached from their age and educational knew the consequences of his act and that the law did not require another way of behaving.

Crime, Guilt, Intention, Negligence, Foresability.

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO. GENERALIDADES DE DERECHO PENAL

1.1 Concepto	1
1.2 Ubicación del derecho penal como Derecho Público	2
1.3 El Derecho Penal como Medio de Control de la Sociedad	2
1.4 El Derecho Penal en sentido Objetivo y en sentido Subjetivo	3
1.5 La Pena y las Medidas de Seguridad como componentes del Derecho Penal	3
1.6 Responsabilidad Civil derivada del Delito	4
1.7 Las Normas Jurídico Penales	5
1.8 Función del Derecho Penal	5
1.9 El Principio de Legalidad como condición del Estado de Derecho	7
1.10 Las Medidas de Seguridad	7
1.11 El principio de utilidad de la intervención Penal	8
1.12 Principio de Subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal	9
1.13 El Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos	10
1.14 El Delito	11
1.15 Tipología del Delito	12

CAPITULO SEGUNDO TEORÍA DEL DELITO

2.1 Significado de la Teoría del Delito	15
2.2 La Teoría del Delito en el Derecho Penal de un Estado Social y Democrático de Derecho.	16
2.3 Generalidades de la Teoría del Delito	16
2.4 La Conducta	17
2.4.1 La Acción	18
2.4.2 La Omisión	18
2.5 Ausencia de conducta	20
2.5.1 Actos reflejos	20
2.5.2 Movimientos reflejos	20
2.5.3 Movimientos instintivos	21
2.5.4 Movimientos automáticos	21
2.5.5 Impedimento físico	22
2.5.6 La fuerza física superior irresistible	23
2.5.7 La fuerza mayor	23
2.5.8 El sueño o el sonambulismo y la hipnosis	24
2.6 Tipicidad	25
2.6.1 Atipicidad	26
2.7 Antijuricidad	27
2.7.1 Causas Excluyentes de Incriminación	28

CAPITULO TERCERO EL DOLO COMO FORMA DE CULPABILIDAD

3.1 El Dolo	29
3.2 El contenido de la Norma como objeto de Dolo	31
3.3 Elementos del Dolo	33
3.3.1 El Dolo como saber	33
3.3.2 El Dolo como decisión	34
3.4 El objeto del Dolo	35
3.5 Tipología del Dolo	37
3.5.1 Dolo de Intención	37
3.5.2 Dolo Directo	38
3.5.3 Dolo Eventual	38
3.5.3.1 Teoría del Consentimiento o de la Voluntad	42
3.5.3.2 Teoría de la Probabilidad o de la Representación	43
3.5.3.3 Teoría de la Indiferencia	44
3.6 El Dolo Eventual como decisión por la posible lesión de Bienes Jurídicos	47

CAPITULO CUARTO.- LA CULPA O IMPRUDENCIA COMO FORMA DE CULPABILIDAD

4.1 Noción de Delito Culposo	49
4.2 Imputabilidad	52
4.3 Naturaleza y posición sistemática de la Imprudencia	53
4.4 Concepciones de la Imprudencia de naturaleza no normativa	54
4.4.1 Teoría intelectualista. La Imprudencia como vicio de la inteligencia	55
4.4.2 Teoría del error. La imprudencia como error	57
4.4.3 Teoría de la previsibilidad. Imprudencia como no previsión del resultado previsible.	57
4.4.3.1 Representación y Previsión	60
4.4.3.2 Caso fortuito y Previsibilidad	60
4.4.3.3 Objeto de la Previsibilidad	62
4.4.3.4 Atemperaciones subjetivas	64
4.4.3.5 Categorías que imponen especiales criterios diferenciales	64
4.4.3.5.1 Menores	65
4.4.3.5.2 Enfermos Mentales	65
4.4.3.5.3 Estados Emotivos y Pasionales	65
4.4.3.5.4 Diferencias Culturales	66
4.4.3.6 El Elemento Psicológico de la Previsibilidad	66
4.5 Imprudencia de naturaleza meramente normativa	68
4.5.1 Incumplimiento de Leyes, Reglamentos, Órdenes y Normas.	69
4.5.2 Reglamentos	70
4.5.3 Ordenes	70
4.5.4 Normas disciplinarias	71
4.6 El deber de cuidado como elemento de la culpabilidad	71

4.7 El deber de cuidado como elemento de la antijuricidad	72
4.8 El deber objetivo de cuidado como causa de justificación	72
4.8.1 Causas que influyen en el elemento psíquico, en la imputabilidad y en la antijuricidad	74
4.8.1.1 Caso Fortuito y Fuerza Mayor	74
4.8.1.2 Coacción Física	75
4.8.1.3 Ignorancia y Error	76
4.8.1.4 Conducta que viola intencionalmente un precepto penal y ocasiona un resultado distinto del que buscaba	77
4.8.1.5 Causas de Legitimación y Justificación	78
4.8.1.6 Consentimiento del Titular del Derecho	79
4.9 Naturaleza de la norma de cuidado	81
4.10 Fundamentación de la doctrina de la acción final	82
4.11 Elemento psíquico del delito Culposo	84
4.11.1 Voluntad y Atención	84
4.11.2 La noción de “hecho” en relación con el elemento voluntario	87
4.11.3 Voluntariedad y conocimiento de la obligación de obrar	87
4.11.4 Noción de la voluntariedad de la conducta	88
4.11.5 Comportamiento comisivo	89
4.11.6 La noción normativa	90
4.12 Esencia del Cuidado	91
4.13 Distinción entre regla técnica y deber objetivo de cuidado	92
4.13.1 Relación entre deber objetivo de cuidado y reglas generales de cuidado	93
4.14 Funciones de las reglas generales de Cuidado	96
4.15 Poderes Individuales y Norma de Cuidado	100
4.15.1 Relación entre el concepto de injusto y los poderes individuales	101
4.15.1.1 Capacidad y conocimiento: concepto y distinción	104
4.15.1.2 El baremo del hombre medio	106
4.15.1.3 Poderes inferiores	110
4.15.1.4 Poderes superiores	111
4.16 Determinación ex ante de la infracción de la norma de cuidado en el supuesto particular	115
4.17 Modalidades del deber objetivo de cuidado	120
4.17.1 Cuidado como omisión de acciones peligrosas	120
4.17.2 Cuidado como actuación prudente ante situaciones peligrosas	123
4.17.3 Cuidado como cumplimiento de un deber de preparación e información. La negligencia profesional.	125
4.17.4 Relación entre deber de cuidado y deber de garante	129
4.18 Grado de Peligro	132
4.18.1 Teorías sobre el concepto de peligro	132
4.18.1.1 Teoría subjetiva del peligro	132
4.18.1.2 Teoría general del peligro: teoría objetiva	133
4.18.1.3 Teoría abstracta del peligro	133
4.18.1.4 Teoría (ecléctica) objetiva y subjetiva	134
4.19 Concepto normativo de peligro	134
4.20 Concepto normativo de probabilidad: probabilidad objetiva	136
4.21 Juicio de peligro	138

4.21.1 Determinación de los bienes jurídicos en peligro	143
4.22 Infracción del deber subjetivo de cuidado	156
4.23 Previsibilidad objetiva	156
4.24 Hecho cometido en estado de embriaguez voluntaria o culposa o bajo la acción de estupefacientes	157
4.25 Peligrosidad en los Delitos Dolosos y Culposos	158

CAPITULO QUINTO EL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD

5.1 Evolución Dogmática del concepto de culpabilidad	162
5.2 Concepto de culpabilidad	164
5.3 Elementos positivos de la culpabilidad	165
5.3.1 Imputabilidad	165
5.3.2 La capacidad de discernir del individuo en el momento de la comisión del delito	167
5.3.3 El conocimiento del injusto	168
5.3.3.1 El no deber con base en el contenido cultural de las normas	170
5.3.3.2 El no poder como ausencia de la facultad de autodeterminación	171
5.4 Elementos negativos de la culpabilidad	171
5.4.1 La inimputabilidad	171
5.4.2 La inexigibilidad o no exigibilidad de otra conducta	172
5.4.3 Culpabilidad disminuida	175
5.4.3.1 Delitos pasionales	175
5.4.3.2 El miedo insuperable	176
5.5 Hacia un análisis más específico de la culpabilidad	179
5.6 La certeza jurídica de la aplicación de la figura jurídica penal adecuada como una necesidad cognoscitiva del operador jurídico	180

CAPITULO SEXTO.- JURISPRUDENCIAS QUE CONTEMPLAN EL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD

182

CAPITULO SÉPTIMO.- EJEMPLOS PRÁCTICOS EN LOS QUE TIENE INJERENCIA EL ESTUDIO DEL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD

201

II. CONCLUSIONES

206

III. POSTURA DE LA TESIS

209

III. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

210

IV. GLOSARIO

218

INTRODUCCIÓN

A lo largo de los años, se ha ido evolucionando el pensamiento del derecho penal, sobre todo en cuanto al paradigma de la culpabilidad en la teoría del delito, consistente en saber argumentar el cuándo y bajo qué circunstancias se va a sancionar a una persona y cuando quedará libre de responsabilidad por no considerar su actuar de forma dolosa o culposa. Precisamente en éste último apartado en donde surge la confusión de figuras jurídicas aplicables a título de dolo e imprudencia (en sus diferentes modalidades), ya que la autoridad se limita a mencionar que teniendo los conocimientos del tipo penal y la voluntad de cometer el ilícito, o bien que siendo previsible el resultado, no se previó, pero no entra a un estudio de análisis profundo de imputación, careciendo sus autos y resoluciones, así como las actuaciones a nivel Averiguación Previa, de la motivación respectiva y consagrada por nuestra Constitución Política. El resultado del problema planteado ha traído como consecuencia sentencias injustas, figuras jurídicas que se confunden y purgación de penas indebidas, trayendo como consecuencia un sistema judicial ineficaz e ineficiente.

El presente trabajo de investigación, está enfocado al beneficio de un sector social muy importante como lo son los justiciables en materia penal, el cual se ha visto vulnerable y desprotegido ya que en las diversas instancias de impartición de justicia como lo son la Procuraduría y los Órganos Jurisdiccionales tanto del fuero común como de la federación, se siguen confundiendo, desconociendo, y mal aplicando figuras jurídicas trascendentales y fundamentales para una correcta impartición de justicia. No por menos, pretende también el hecho de dar la garantía y la certeza jurídica al indiciado e inculpado de que se le aplicarán sanciones encaminadas al delito cometido en su imputación de manera correcta y certera, ya que, hasta el día de hoy debido a los vicios anteriormente mencionados se sigue confundiendo y algunas veces ni siquiera contemplando las figuras jurídicas referidas, específicamente la culpabilidad en sus diversas formas en el delito.

Es necesario establecer un control legal por medio del cual, exista esa transparencia, fundamentación y motivación del por qué se debe sancionar a una persona cuando comete una conducta ilícita, realizando un análisis de la conducta en el momento de la imputación del resultado, siempre excluyendo el constante estigma sancionador de nuestra autoridad administrativa y judicial al momento de ejercer acción penal y juzgar respectivamente actos que deberían o no ser sancionados por ser o no ser dolosos ni imprudentes en ninguna de sus formas, las cuales se aclararán y se explicarán en el presente trabajo de investigación.

Considero así, que la solución para evitar que continúe dándose el problema planteado de manera consuetudinaria será precisamente la de instruir al operador jurídico con la teoría, con la dogmática así como el esclarecimiento del surgimiento de la legislación en base a la teoría del delito para que el Derecho Penal sea percibido y aplicado de manera distinta a como se hace en estos días.

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL

La presente tesis corresponde a un trabajo de investigación lógico inductivo, motivo por el cual, para irnos adentrando en el tema principal debemos rescatar generalidades de donde parte el abordaje del mismo, razón por la cual el estudiar el Derecho Penal desde sus generalidades, forma una parte crucial ya que a partir del mismo podremos ir elaborando el bosquejo mental para la ubicación particular del tema. En el presente capítulo se abordarán conceptos generales del derecho Penal que nos servirán para su posterior identificación en el transcurso del estudio de la tesis.

1.1 Concepto

El Derecho Penal es una parte del Derecho Público, protege los derechos fundamentales a través de la imposición de penas a quienes realizan actos u omiten acciones establecidas en la ley. Utiliza conceptos como delito, pena, medidas de seguridad para determinar su acto de competencia.

Existen muchas apreciaciones que se le pueden dar al derecho penal, por lo cual me limitaré a señalar solamente las de algunos autores:

Derecho Penal: Es el conjunto de principios y reglas jurídicas que determinan las infracciones, las penas o sanciones, y las relaciones del Estado con las personas con motivo de las infracciones o para prevenirlas.

Derecho Penal: La Ciencia que estudia el conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como infracciones (delitos o faltas) y dispone la aplicación de sanciones (penas y medidas de seguridad) a quienes lo cometen.

Derecho Penal: *“Conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena como legítima consecuencia”* (Franz von Liszt¹).

¹ VON Liszt Franz, *“Tratado de Derecho Penal”*, p.p.20-21

Derecho Penal: *“La rama del Derecho que regula la potestad pública de castigar, estableciendo lo que es punible y sus consecuencias, y aplicar una sanción o una medida de seguridad a los autores de infracciones punibles.”* (Ricardo Núñez²).

Derecho Penal: *“Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”* (Luis Jiménez de Asúa³).

1.2 Ubicación del Derecho Penal como un Derecho Público

Dentro de las ramas del derecho, podemos distinguir 3 tipos, el público, el privado y el social. El derecho penal es de índole pública ya que concierne de su conocimiento relaciones existentes entre los gobernados y el Estado a quien se le reserva estrictamente la tarea de aplicar tanto medidas de seguridad como sanciones privativas de la libertad.

1.3 El Derecho Penal como Medio de Control de la Sociedad

El derecho penal constituye uno de los medios de control social (director de las formas de comportamiento humano) existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social, pero poseen un carácter informal que los distingue de un medio de control jurídico altamente formalizado como es el Derecho penal. Como todo medio de control social, está encaminado a evitar en el individuo ciertos comportamientos considerados indeseables, so pena de la imposición de sanciones penales a quienes infrinjan con su comportamiento la norma. Así las cosas, el Derecho penal se caracteriza por prever sanciones en principio más dañosas, las sanciones y las medidas de seguridad están creadas para evitar los

² NUÑEZ Ricardo, *“Derecho penal argentino”*, p. p. 92-93

² JIMENEZ de Asua Luis, *“Tratado de Derecho Penal”*, p. 165

comportamientos que se consideran especialmente peligrosos, es decir, las conductas consideradas como delitos. Esta forma de control social lo suficientemente importante como para que por una parte, haya sido monopolizado por el Estado y, por otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal que desde la revolución francesa se considera necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano. De lo anterior se desprende el principio de legalidad, dado que el poder punitivo, reservado al Estado, solo podrá ejercerse cuando de acuerdo con lo previsto por determinadas normas legales a probar por los representantes del pueblo.

Así como el derecho penal es sancionador, el derecho administrativo adquiere dicha característica cuando sanciona determinadas conductas, sin embargo, no se equipara con el derecho penal en razón de que las normas que se emplearán en esta última rama del derecho, así como las sanciones y medidas de seguridad, se encuentran reservadas para un proceso judicial penal, con un tribunal y un juez independientes.

1.4 El Derecho Penal en sentido Objetivo y en sentido Subjetivo.

El Derecho Penal suele entenderse en dos sentidos distintos, el objetivo y el subjetivo. En este sentido objetivo, significa el conjunto de normas penales.

Es el conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica.

El Derecho Penal subjetivo también llamado “derecho a castigar” (*ius puniendi*), es el Derecho que corresponde al Estado a crear y aplicar el Derecho penal objetivo.

1.5 La Pena y las Medidas de Seguridad como componentes del Derecho Penal.

Según Santiago Mir Puig *“La pena se traduce en la sanción impuesta, es el mal con el que amenaza el Derecho penal para el caso de que se realice una conducta*

*considerada como delito*⁴”. Sea por que se crea que, con tal mal se hace justicia, sea por que con la amenaza del mismo se quiere disuadir de la comisión de delitos.

Las medidas de seguridad no prevén un mal para el infractor en caso de que se cometa un delito, sino un tratamiento a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometerlo, mientras que la pena se inflige por un delito cometido, la medida de seguridad se impone como medio para evitarlo. Así las cosas las medidas de seguridad no presuponen la comisión de una conducta delictuosa, sino el peligro de un delito futuro.

1.6 Responsabilidad Civil derivada del Delito.

Además de las formas mencionadas en el párrafo que antecede, tenemos que existe una tercera consecuencia jurídica que deriva de la comisión de un delito y lo es la responsabilidad civil, para lo cual se adelantará el concepto de la misma.

La comisión de un delito puede ocasionar un daño patrimonial en la víctima u otros perjudicados. Mediante la pena no se resarce al perjudicado por dicho daño; para ello se prevé la responsabilidad civil. El autor del delito deberá reparar el daño económico causado o indemnizar los perjuicios mediante el pago de una cantidad.

Según Santiago Mir Puig *“Dependiendo del derecho positivo de los diversos territorios, así como de la legislación y la competencia en los mismos, se determinará si es un Tribunal civil, en base a un juicio diverso por el cual se tramite esta responsabilidad civil, o bien, si se tramitará dentro del mismo asunto penal que se gestione con motivo de la sanción penal”*.⁵

⁴MIR Puig Santiago, *“Introducción a las bases del derecho penal”*, p. 61

⁵ MIR Puig Santiago, *“Derecho Penal Parte General”*, p. 14

1.7 Las Normas Jurídico Penales

“Una norma jurídica es un mensaje prescriptivo, que prescribe una actuación determinada, expresado a través de diversos símbolos, normalmente consistentes en enunciados⁶.”

Los textos legales, o enunciados legales, constituyen el vehículo de expresión de las normas legales, a cuya clase pertenecen las normas jurídico-penales. El enunciado legal es un conjunto de símbolos lingüísticos que conviene diferenciar del mensaje prescriptivo que transmite, único que constituye la norma jurídica.

Suele decirse que la estructura de toda norma jurídica se halla constituida por dos elementos: un “supuesto de hecho” y una “consecuencia jurídica”. *“Esta sería pues, la estructura de las normas jurídico-penales⁷”*. Se piensa, respecto a esto último, en las normas que establecen la pena o la medida de seguridad (normas secundarias), en ellas la conducta delictiva constituye, en efecto, el supuesto de hecho y el deber de imponer la pena o la medida de seguridad en su consecuencia jurídica. Esta clase de normas suelen resultar aplicables en determinados supuestos y tienen una consecuencia jurídica que es el deber de hacer u omitir algo.

1.8 Función del Derecho Penal.

La función del Derecho penal depende de la función que se asigne a la pena y a la medida de seguridad.

La pena es un instrumento que puede utilizarse con fines muy diversos. En el estado moderno, se considera monopolio del Estado, por lo que su función dependerá de los cometidos que se atribuyan al Estado. En un Estado de base teocrática la pena podía justificarse con una exigencia de justicia, análoga al castigo divino. En un Estado absoluto erigido en fin en sí mismo, la pena es un instrumento tendencialmente ilimitado de sometimiento de los súbditos. El Estado liberal clásico, preocupado en cambio por someter el poder al derecho (en esto

⁶ MIR Puig, *“Derecho penal y Ciencias sociales”*, p. 20

⁷⁷ Muñoz Conde Francisco, *“Introducción al Derecho Penal”*, p. 14

consiste el estado de derecho), buscó la limitación jurídica de la potestad punitiva que la prevención de delitos. La limitación jurídica del Estado liberal, se basó en buena parte en principios abstractos e ideales, como el de igualdad ante la ley, tras el cual se mantenía una concepción ideal del hombre, como hombre razón.

La progresiva aparición del estado social, como estado intervencionista que toma partido en el juego social, acentuó de nuevo la misión de lucha contra la delincuencia. Se prestó atención a la función de la prevención especial, que no había podido encontrar acogida en el estado liberal clásico porque suponía admitir un distinto tratamiento penal para autores de un mismo delito, lo que chocaba con la igualdad ante la ley entendida en la forma absoluta del liberalismo. En el nuevo contexto del estado social condujo en algunos países a sistemas políticos totalitarios, lo que culminó en el periodo que medió entre dos guerras mundiales, con el paso del tiempo se hizo evidente la necesidad de un estado que, sin abandonar sus deberes para con la sociedad, es decir, sin dejar de ser social, reforzase sus límites jurídicos en un sentido democrático, dando así lugar a la concepción del Estado social y democrático de derecho. El derecho penal, en tal Estado, habrá de asumir varias funciones, correlativas a los distintos aspectos que en él se combinan. En cuanto al derecho Penal de un Estado Social, deberá legitimarse como un sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida de lo necesario para aquella protección.

El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya, varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano.

1.9 El Principio de Legalidad como condición del Estado de Derecho

En su contenido actual, el principio de legalidad se derivó de un principio de la teoría ilustrada del contrato social y presuponía la organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto, contrato social, en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del poder legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular.

El principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano, no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo.

1.10 Las Medidas de Seguridad

La función de éstas es la prevención de delitos como medio de protección social frente a un sujeto peligroso: prevención especial. Ello no significa que penas y medidas de seguridad dejen entonces de poder ser diferenciadas en cuanto a su concepto, que debe distinguirse de su función; las medidas son respuesta a la peligrosidad del sujeto, las penas al delito cometido. A diferencia de las penas, las medidas no se imponen como realización de una amenaza legal prevista para reforzar un mandato o prohibición dirigidos a los ciudadanos. La medida es un tratamiento que no responde a los mecanismos de comunicación legal, norma imperativa e infracción.

Si la función genérica de toda medida de seguridad es la prevención especial, a las distintas clases de medidas corresponden específicas funciones. Las medidas terapéuticas tienen como función básica la curación o mejora de la salud, aunque también pueden tener una finalidad aseguradora, que será la única en el caso de sujetos incurables o no mejorables pero peligrosos. Las medidas educativas, sirven a la función de reeducación, finalmente otras

medidas puramente asegurativas (como la restricción de estar en determinado lugar) cumplen la función de inocuización y, a ser posible, de resocialización. Las tres clases de medidas se justifican por la necesidad de prevención, pero mientras que las asegurativas tienen, de forma directa, puesta la mira en la sociedad, las recaudadoras y curativas atienden de forma inmediata al beneficio del sujeto a ellas.

1.11 El Principio de utilidad de la intervención Penal

Si el derecho penal de un estado social se legitima, sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. El principio de necesidad conduce pues, a la exigencia de utilidad.

Mir Puig nos dice también que *“en contra de la eficacia de la pena podrían alegarse los elevados porcentajes de reincidencia pese al cumplimiento de una pena anterior⁸”*. La eficacia de la pena no debe medirse sobre la base de los que ya han delinquido; precisamente en éstos, el hecho de haber delinquido demuestra inevitablemente que para ellos la pena ha resultado ineficaz. José Antón señala que *“La eficacia de la pena no debe valorarse por esos fracasos, sino por sus posibles éxitos, y éstos han de buscarse entre los que no han delinquido y acaso lo hubieran hecho de no concurrir la amenaza de la pena⁹”* existen ciertas experiencias históricas y presentes que ponen de manifiesto un aumento de la delincuencia cuando disminuye de forma sensible la intervención del Derecho penal: momentos de caos político, en el que el Estado pierde el control del orden público.

Sin embargo, cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve.

⁸ MIR PUIG Santiago, *“La reincidencia en el Código Penal”*, p.11

⁹ ANTÓN Oneca José, *“Parte General”*, p. 31 y p. 59

1.12 Principio de Subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal y carácter fragmentario del Derecho Penal.

El Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social. El principio de la máxima utilidad posible, para las posibles víctimas debe combinarse con el mínimo sufrimiento necesario para los delincuentes. Ello conduce a la fundamentación utilitarista del derecho penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible. Entra en juego así el principio de subsidiariedad, según el cual, el Derecho Penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado carácter fragmentario del Derecho penal constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima.

“Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada política social¹⁰”. Sólo cuando el derecho civil y administrativo hayan sido agotados y no sean suficientes, estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad, importa destacarlo especialmente frente a la tendencia que el estado social tiene a una excesiva intervención y una fácil huida al Derecho penal. Pero también el estado social puede conseguirlo si hace uso de sus numerosas posibilidades de intervención distintas a la prohibición bajo sanción.

Un segundo principio derivado de la limitación del derecho penal a lo estrictamente necesario, es el postulado del carácter fragmentario del derecho penal; significa que el mismo no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades

¹⁰ VON Listz Franz, *“Tratado de Derecho Penal II”*, p. 883.

especialmente peligrosas, como el apoderamiento subrepticio, violento o fraudulento.

1.13 El Principio de Exclusiva Protección de los Bienes Jurídicos

El Derecho penal de un Estado Social ha de justificarse como un sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que bajo su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominan “bienes jurídicos”; así las cosas el derecho penal sólo puede proteger bienes jurídicos, los cuales son en su sentido político criminal, de objeto que puede reclamar protección jurídico-penal, en contraposición a su sentido dogmático, que alude a los objetos que de hecho protege el derecho penal vigente.

No se debe caer en la confusión de que todos los bienes jurídicos deben ser objeto de protección del Derecho penal, ni que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del derecho penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente, a principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal. El concepto de bien jurídico es pues, más amplio que el de bien jurídico penal. Así mismo, los ataques a la moralidad no siempre consistirán competencia, al menos inmediata, para la aplicación de sanciones penales, esta moralidad deberá estar acompañada de algo más que los haga merecedores de la protección jurídico penal.

Un Estado social y democrático de Derecho, sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídico-penales, será preciso que tengan una importancia fundamental. Todo ello, puede verse como una exigencia del Estado social y democrático. El derecho penal de un Estado social, no ha de ocuparse en respaldar mandatos puramente formales, valores puramente morales ni intereses no fundamentales que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social.

También se considera, como último fundamento la exigencia de que sean los propios ciudadanos quienes decidan qué objetos reúnen las condiciones requeridas para constituir bienes jurídico-penales. El Estado de derecho, y el principio de legalidad material que impone, aconsejan que los últimos objetos cuya lesión pueda determinar la intervención penal se concreten en forma bien diferenciada en un catálogo de bienes jurídicos específicos correspondientes a los distintos tipos de delito, sin que baste una referencia a cláusulas generales como “perturbación del orden social” o perjuicio social.

1.14 El Delito

Etimológicamente la palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. La definición de delito ha diferido y difiere todavía hoy entre escuelas criminológicas. Alguna vez, especialmente en la tradición, se intentó establecer a través del concepto de Derecho natural, creando por tanto el delito natural. Hoy esa acepción se ha dejado de lado, y se acepta más una reducción a ciertos tipos de comportamiento que una sociedad, en un determinado momento, decide punir. Así se pretende liberar de paradojas y diferencias culturales que dificultan una definición universal. Al igual que el Derecho Penal, el delito es definido y conceptualizado por diversos autores de acuerdo a su perspectiva, por lo que citaré solo algunos a efecto de abrir un panorama en el lector.

Delito: *Acción u omisión que sancionan las leyes penales*¹¹.

Delito: Es una acción u omisión típica, antijurídica y culpable, supone una conducta infraccional del Derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley.

Delito: *“Es un comportamiento que, ya sea por propia voluntad o por imprudencia, resulta contrario a lo establecido por la ley. El delito, por lo tanto, implica una violación de las normas vigentes, lo que hace que merezca un castigo o pena.”*¹²

¹¹ Artículo 7º Código Penal para el Estado de Michoacán de Ocampo.

Delito: Es propiamente la violación de la ley penal o, para ser más exactos, la infracción de una orden o prohibición impuesta por la ley; en consecuencia, delito será todo hecho al cual el ordenamiento jurídico penal le adscribe como consecuencia una pena, impuesta por la autoridad judicial por medio de un proceso.¹³

Delito: Es toda acción u omisión punible, consistente en la manifestación de un hecho previsto en la ley penal, al cual le recae una sanción, también prevista en la misma ley penal, a fin de que inhibir al individuo a la comisión de esas conductas consideradas como delitos. En cuanto a las formas de comisión de los delitos, ya se trate de acción o de omisión, éste siempre será una conducta, es decir un hacer o un no hacer, cuyos resultados prevé la ley penal, los que tienen trascendencia en el mundo físico y en el del derecho.¹⁴

Así tenemos que todos los autores nos refieren que un delito es una conducta humana prohibida por la ley y que además es sancionable protegiendo así al bien jurídico y que suele ser restituido de dicho derecho en caso de poderse reparar.

1.15 Tipología del delito

Según la forma de la acción:

Por Comisión: este tipo de delito hace referencia a una acción producida por el sujeto. Es decir, se parte de una prohibición, la cual no es tenida en cuenta por el mismo, y de todos modos el acto es realizado.

Por Omisión: *“Como su nombre lo indica, se refiere a una abstención. Es decir, aquí el delito se lleva a cabo cuando el sujeto omite una acción que debería haber realizado.”*¹⁵

¹² GRISANTI Avelado Hernando, *“Lecciones de Derecho Penal”*, p. 93.

¹³ ARZOLA Alejandro, *“Introducción al Derecho Penal”*, p. 133.

¹⁴ OSSORIO Manuel *“Diccionario de Ciencias Jurídicas”*, p. 234

¹⁵ <http://www.tiposde.org/cotidianos/390-tipos-de-delitos/#ixzz2VIWcV4E5> Consultado 15-marzo-2014

Según la calidad del sujeto activo:

Comunes: Los delitos comunes pueden perpetrarse por cualquier persona. No incluye una determinada calificación con respecto al autor.

Especiales: Los delitos especiales tienen la particularidad de que solo pueden ser consumados por individuos con una calificación específica. Es decir, aquellos que cuenten con alguna característica especial, detallada en la ley.

Teniendo en cuenta la forma procesal:

De acción Pública: En éste no es precisa una denuncia precedente para que sean investigados.

De Instancia Privada: Estos delitos se caracterizan por la necesidad de denuncia previa e impulso procesal en carácter de querellante, por parte de la víctima.

De acuerdo al resultado:

Materiales: Aquí es ineludible la efectuación de un resultado específico. Se conforman por la acción, la imputación de carácter objetivo y el resultado.

Formales: Los delitos formales se destacan porque en ellos la consumación del delito concuerda con el último acto que conforma la acción, de esta manera, no es posible separar al resultado de la misma.

Por el daño que causan:

De Lesión: en estos delitos se presenta un daño observable del bien jurídico.

De Peligro: se cometen cuando el objeto resguardado jurídicamente es expuesto a un peligro. El mismo puede ser abstracto, es decir, cuando el la acción delictiva

incluye una conducta susceptible de peligrosidad. Y concreto, cuando la factibilidad de lesión es real.

De resultado: Requieren que la acción vaya seguida de la causación de un resultado, separable espacio-temporalmente de la conducta. Para que estos delitos se produzcan, debe darse una relación de causalidad a imputación objetiva del resultado a la acción del sujeto.

El robo es un delito de resultado, no se consuma con coger la cosa, sino con tener disponibilidad de ella, que es posterior, se diferencia en el espacio tiempo de la acción. Primero se toma la cosa y después se dispone de ella.

De mera actividad: No existe resultado, la mera acción consuma el delito.

Los Delitos de Resultado, se dividen en atención al momento consumativo:

Instantáneo: Es aquel que se consuma en el momento en que se produce.

Permanente: Aquel que necesita el mantenimiento de una situación antijurídica en el tiempo, por la voluntad de su autor (la detención ilegal por ejemplo), puesto que el delito se sigue consumando hasta que cesa.

De Estado: Aquel que crea también una situación antijurídica duradera, pero la consumación cesa desde la aparición del delito (el matrimonio ilegal por ejemplo).

CAPITULO SEGUNDO

TEORÍA DEL DELITO

Prosiguiendo con la línea lógica inductiva que se tiene, pasaremos al estudio de la Teoría del Delito, tanto desde el punto de vista tercerista como desde el punto de vista pentatónico, invocando algunas veces fracciones de algunas obras de diversos autores en los que fundamentan sus puntos de vista y que tienen injerencia dentro del estudio de fondo. Se conoce como teoría del delito a este conjunto de criterios que a final de cuentas forman parte de la construcción del capítulo referente al delito en todas y cada una de las normatividades penales; tener conocimiento acerca de este tema nos ayuda a entender la importancia de saber de dónde surgen determinadas figuras jurídicas aplicables a casos concretos, el surgimiento y la motivación de su existencia.

2.1 Significado de la Teoría del Delito

El delito y la pena, junto con el binomio peligrosidad/medidas de seguridad, constituyen los objetos centrales del Derecho penal. En su parte especial, el Derecho penal describe los elementos que diferencian las conductas para los distintos delitos, del mismo, puesto que para cada uno de ellos se señalan las diferentes penas con que se castigan. Pero existen una serie de principios y elementos que son comunes a todo delito o amplios grupos de delitos, de la misma forma que ciertas consideraciones afectan a toda pena o clases de penas. La parte General del derecho penal versa, en lo fundamental, sobre todas esas cuestiones generales acerca del delito y de la pena.

La teoría del delito, reúne en un sistema, los elementos que, en base al Derecho positivo, pueden considerarse comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos. La teoría del delito es obra de la doctrina jurídico-penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del Derecho penal. Es en sí, una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa de éste.

2.2 La Teoría del Delito en el Derecho Penal de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Los conceptos Estado, Derecho penal, pena y delito, se hallan en una estricta relación de dependencia. La teoría del delito constituye, en efecto, la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser permitido, prohibido y penado por el Derecho penal, y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir como mínimo y con carácter general, para que algo sea jurídico-penalmente prohibible y punible.

El entendimiento de un derecho penal en un Estado social como medio de prevención, al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, supone atribuir a las normas que castigan con una pena el delito (normas secundarias) la función de crear expectativas que motiven en contra de la comisión de delitos. Pero la función de prevención que corresponde al Derecho penal de un Estado no solo social, sino democrático y de Derecho, ha de estar sujeta, como sabemos a ciertos límites. El principio de legalidad impone, por una parte, que el delito se determine con la suficiente precisión; el delito ha de estar específicamente tipificado; y, por otra parte exige que el delito constituya infracción de una norma primaria. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos obliga a concebir el delito como un ataque a un bien jurídico penal, cuando dicho ataque no esté justificado no esté justificado por la necesidad de salvaguardia de otro bien jurídico prevalente. El principio de culpabilidad exige que dicho ataque pueda imputarse objetiva, subjetiva y personalmente a su autor en determinadas condiciones.

2.3 Generalidades de la Teoría del Delito (Teoría tercia)

*El delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea punible.*¹⁶ En la doctrina actual, van imponiéndose dos ideas fundamentales respecto a esta definición. Primera: sus dos pilares básicos son la antijuricidad, el comportamiento humano y su tipicidad pueden verse como condiciones de la antijuricidad penal y la culpabilidad.

¹⁶ VON LISZT, "Tratado de derecho Penal II", pp. 262. Que distinguió las notas de acción, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad.

Segunda: antijuricidad significa aquí objetiva contrariedad al Derecho penal, mientras que culpabilidad significa posibilidad de imputación personal del hecho antijurídico a un sujeto responsable. A partir de este punto se dividen las opiniones.

En cuanto a la antijuricidad, hoy se discute si la unidad del ordenamiento jurídico permite o no hablar de una antijuricidad específicamente penal. En derecho penal, la antijuricidad importa ante todo como una especie dentro de la antijuricidad general: como antijuricidad penal. El carácter penal de la antijuricidad nace formalmente con la tipicidad penal.

Tampoco hay acuerdo en que si la antijuricidad es un juicio de desvalor jurídico o también expresa infracción de una norma imperativa. Quien entiende lo primero, sitúa la culpabilidad en la infracción del imperativo, mientras que el segundo punto de vista elimina la anti normatividad de la culpabilidad y reduce la condición de atribución personal de la infracción de la norma.

2.4 La Conducta

Es el primer elemento a valorar cuando el operador jurídico le es presentado una controversia que verse sobre un delito.

Conducta: “La conducta está relacionada a la modalidad que tiene una persona para comportarse en diversos ámbitos de su vida. Esto quiere decir que el término puede emplearse como sinónimo de comportamiento, ya que se refiere a las acciones que desarrolla un sujeto frente a los estímulos que recibe y a los vínculos que establece con su entorno.”¹⁷

Conducta: “Se entiende por conducta la respuesta del organismo considerado como un todo, sus respuestas al medio en las que intervienen varias partes del organismo y que adquieren unidad y sentido por su inclusión en un fin.”¹⁸

¹⁷ www.Definición.de Consultado con fecha: 14-03-2014

¹⁸ DICCIONARIO DE PSICOLOGIA [www.ettoredebabel.com/Psicologia/Vocabulario /Conducta.htm](http://www.ettoredebabel.com/Psicologia/Vocabulario/Conducta.htm)
Consultado con fecha: 14-03- 2014

Así tenemos que la conducta es el primer elemento del delito a valorarse por los operadores jurídicos cuando un indiciado se ve implicado en un asunto penal, esta puede conllevar una acción corporal, o bien, una omisión de realizar algo que la misma ley lo exhorta de manera deliberada a sabiendas de que no debe omitirlo.

2.4.1 La Acción

La acción es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad. Por tanto, no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, pero tampoco los actos de una persona jurídica. No son acciones los meros pensamientos o actitudes internas, pero tampoco sucesos del mundo exterior (los movimientos reflejos o los ataques convulsivos) son sencillamente innominables para la voluntad humana.

2.4.2 La Omisión

Frente a la acción como conducta positiva, encontramos la omisión, forma de conducta negativa o inacción, consistente en el no hacer, en la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal.

Esta omisión es la conducta inactiva, es la manifestación de la voluntad exteriorizada pasivamente en una actividad; para que esta omisión le interese al Derecho Penal, debe existir el deber jurídico de hacer algo.

De lo anterior podemos decir que la omisión tiene cuatro elementos: manifestación de la voluntad, una conducta pasiva, deber jurídico de obrar, resultado típico jurídico.

La no realización de la conducta debe ser así, voluntaria y no coaccionada y el sujeto produce el resultado con su inactividad, teniendo el deber jurídico de obrar. Los delitos de omisión, al igual que los de acción, pueden lesionar bienes jurídicos tutelados por el derecho o solamente ponerlos en peligro.

La omisión puede presentar dos formas: la simple o propia que dan origen a los delitos de simple omisión y la omisión impropia que da nacimiento a los delitos de comisión por omisión.

Omisión Simple o Propia: Consiste en el no hacer voluntario o involuntario (culpa) lo que se debe hacer, violando una norma perceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición, lo que se debe hacer, con lo que se produce un delito, aunque no haya resultado, de modo que infiere una norma perceptiva.

Tiene como elementos los siguientes: manifestación del individuo de abstenerse de realizar movimientos corporales y el resultado formal o jurídico que consiste en la no alteración del mundo exterior.

Omisión Impropia: Es un no hacer voluntario culposo, cuya abstención produce un resultado material y se infringe una norma perceptiva y otra prohibitiva. La esencia de la comisión impropia también denominada comisión por omisión, se encuentra en la inactividad voluntaria al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material.

Se está en presencia de un delito de comisión por omisión cuando el agente llega a producir un resultado material típico a través de una inactividad o no hacer voluntario o culposo, con violación de una norma perceptiva y de una norma prohibitiva.

Sus elementos son los siguientes: Manifestación de voluntad del individuo, consistente en abstenerse de realizar movimientos corporales, la calidad de garante de bienes jurídicos, nexo de causalidad y un resultado material.

2.5 Ausencia de Conducta

Son reacciones producidas por la sensación y no como actos humanos voluntarios:

2.5.1 Actos Reflejos.

Para completar el tema, recordemos también los demás actos involuntarios, es decir, los instintivos y los automáticos.

La primera diferencia entre los movimientos reflejos y los automáticos se encuentra en el hecho de que los primeros representan una reacción imprevista a un estímulo externo, son una descarga nerviosa que deja fuera de su circuito las zonas corticales que rigen la consciencia. Virchow llega a afirmar que *“un recién nacido es un ser espinal, por el predominio de las sensaciones y de los reflejos, que van reduciéndose en el adulto, que es sobre todo un ser cerebral”*¹⁹; los movimientos automáticos se derivan de un acto voluntario, que también puede ser excitado por un estímulo intercerebral.

2.5.2 Movimientos Reflejos.

Son de dos tipos: 1) de acomodación al funcionamiento de algún órgano, para las necesidades de su mecanismo, como los movimientos de sus músculos para adaptar la pupila a la intensidad de la luz y a la fijación del objeto; 2) Reactivos ante un estímulo externo. Se trata, para decirlo con James²⁰, de *“una respuesta involuntaria a un estímulo sensitivo”*. Así pueden determinarse reacciones simples y complejas, las primeras a base de movimientos de escasa importancia; las segundas dan origen a reflejos localizados, pero extensos, ya que excitan el movimiento de órganos lejanos.

El movimiento reflejo no es necesariamente inconsciente, aunque sea típicamente involuntario. El sujeto puede tener consciencia del movimiento, aunque no pueda inhibirlo; por eso se afirma que hay movimientos idénticos que pueden ser voluntarios y reflejos; Nos dice Blondel *“el movimiento reflejo no puede dar lugar a*

¹⁹ VIRCHOV Theodore, “La edad mental en el individuo” p. 260

²⁰ JAMES William, “Principios de psicología”, p. 310

*la responsabilidad, que presupone voluntad y consciencia, sin embargo, es raro que la excitación determine un puro reflejo sin acompañarlo de un cortejo síquico que en las formas más simples, tiende a la acción, por aquella actividad impulsiva que representa una forma primitiva del proceso voluntario*²¹ y que, según Wundt *“funciona siempre que el motivo determinante sea único, es decir, que obra sin la oposición de estados de consciencia antagónicos”*²².

La complejidad del reflejo resulta de la variedad de las excitaciones que crean situaciones nuevas, para los cuales los reflejos compuestos de comportamiento específico no tienen inmediata respuesta apropiada, haciéndose sentir la necesidad de un juicio, que supone actividad intelectual.

Solo en ese momento tenemos el acto propiamente dicho. El cerebro ya no es únicamente un órgano de pasaje, sino que interviene con su actividad consciente a reforzar o a inhibir el estímulo, transformando la actividad motriz bruta del reflejo y en tal instante surge la posibilidad de ser uno llamado a responder su actitud.

2.5.3 Movimientos Instintivos.

Comúnmente se confunden con los reflejos, pero pueden tener mayor complejidad, por ir más allá del simple movimiento reactivo. Se derivan de la experiencia de la especie acumulada en el subconsciente y comprenden un conjunto de actitudes inspiradas en las necesidades de nuestra conservación.

2.5.4 Movimientos Automáticos.

Para fijar sus características diferenciales será útil recordar que Wundt opine que *“el reflejo es una degradación del acto voluntario”*²³, en cambio, Spencer dice que *“el acto voluntario es una degradación del reflejo”*²⁴.

Entre el acto voluntario y el reflejo hay solamente un distinto grado socio fisiológico, por lo que hay que tener bien en cuenta la diferencia entre los actos propiamente dichos, que son ciertamente originales, y de los cuales no se puede

²¹ BLONDEL Maurice, *“Correspondencia”*, p. 350.

²² Ibidem, pág 346

²³ WUNDT, *“La base de la Psicología”*, p. 128

²⁴ SPENCER, *“Principios de Psicología”*, p. 201

llegar algunas veces, con intervención de la consciencia, hasta el acto voluntario y los actos automáticos, que realmente se derivan de la repetición de actos voluntarios que han perdido su atributo de conscientes.

El movimiento automático ha sido consciente, y lentamente, al repetirse, pueden realizarse sin una intervención constante del impulso volitivo. Del movimiento voluntario se deriva, con lenta formación, la costumbre.

2.5.5 Impedimento físico.

Es el elemento negativo de la conducta, abarca la ausencia de la acción o de omisión de la misma, en la realización de un ilícito; surge al faltar cualquiera de sus elementos que la componen a saber:

a) ausencia de voluntad, b) inexistencia del resultado y c) falta de relación causal entre la acción u omisión, integrantes de la conducta y el resultado material considerado.

Hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, es decir, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son "suyos" por faltar en ellos la voluntariedad.

Existe ausencia del hecho delictivo, cuando el sujeto realiza un movimiento corporal involuntario que produce un resultado delictivo y del cual, dicho movimiento involuntario aparece como una condición causal, pero no como la causa jurídicamente eficaz.

El movimiento corporal que ejecuta el sujeto es involuntario, de ahí que la persona es un mero instrumento.

La ausencia de conducta se puede presentar de diversas formas, analizaremos cada una de las mismas a continuación.

2.5.6 La fuerza física superior exterior irresistible

Supone ausencia del coeficiente psíquico (voluntad) en la actividad o inactividad. Debe entenderse cuando existe una fuerza exterior irresistible proveniente de un ser humano, que hace que el sujeto realice o se abstenga de realizar movimientos corporales sin su voluntad.

Sus elementos son: una actuación consistente en una actividad o inactividad involuntaria. Que ésta sea motivada por una fuerza, exterior irresistible. Y que sea proveniente de otro hombre que es su causa.

De estos elementos se desprende una autonomía psíquica respecto al sujeto medio y al sujeto impulsor. La fuerza física la ejerce una persona sobre otra, la que no está en posibilidad de resistirla, de esta manera se convierte en un instrumento de aquella y produce un resultado delictivo.

2.5.7 La fuerza mayor

En la fuerza mayor se presenta similar fenómeno al de la vis absoluta: actividad o inactividad involuntaria por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza.

Se diferencia de la vis absoluta en que ésta la fuerza impulsora proviene necesariamente del hombre, mientras aquella encuentra su origen en una energía distante, proveniente de la naturaleza.

La involuntariedad del actuar al impulso de esa fuerza exterior e irresistible impide la integración de la conducta y por ellos la fuerza mayor como la fuerza irresistible conforman casos de inexistencia del delito por ausencia de conducta.

Las anteriores causas debe ser irresistibles al ser humano; en el momento que el sujeto pueda evitar aquella fuerza que lo hace obrar e determinado sentido, deja de operar el aspecto negativo de la conducta.

2.5.8 El sueño, el sonambulismo y la hipnosis.

El sueño es un estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consiente, puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos

El sonambulismo es similar al sueño, es un estado psíquico inconsciente distinguiéndose de éste en que el sujeto deambula dormido, hay movimientos corporales inconscientes y por ello involuntarios, sin que al despertar recuerde algo.

El hipnotismo constituye un fenómeno de realidad indiscutible, consiste esencialmente es una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial. El estado sonámbulo del hipnotizado se identifica por la ausencia del dolor y el olvido de los sucedidos durante el sueño hipnótico, cuando se despierta de él.

En el sueño, sonambulismo e hipnotismo, si el sujeto sabe de antemano que padece sonambulismo o quien es una persona susceptible de ser hipnotizada o que es consiente de entregarse al sueño; en estas situaciones podíamos decir que estaríamos ante una *actio liberae in causa* por no tomar las precauciones para que durante el sueño, sonambulismo o hipnotismo pueda cometer ilícitos, estos se le puede imputar a titulo culposos, por no prever siéndole posible, la producción de eventos dañosos, por lo tanto el individuo debe responder del hecho cometido.

Por ultimo existen diversos autores que señalan que estas situaciones son causas de inimputabilidad, al señalar que si existe conducta pero falta conciencia, se considera en este trabajo de investigación que es más certero clasificarlos como ausencias de conducta.

De esta forma, podemos entender, que cuando un individuo se encuentra motivado por un acto reflejo, un movimiento instintivo o automático o bien se encuentra de alguna manera manipulado por una fuerza mayor irresistible, o bien su psique se encuentra dominada por la hipnosis o ya sea que el individuo actuante padezca de algún trastorno del sueño, específicamente el sonambulismo,

dicha conducta no deriva del querer hacer o querer abstenerse de obrar, sino que simplemente el individuo no era poseedor de la facultad de distinguir lo que hace o deja de hacer con su cuerpo, razón por la cual sería elocuente el sancionar a dicha persona si partimos de la base de que la conducta es el primer elemento a valorar por el operador jurídico en el momento de la comisión del delito.

2.6 La Tipicidad.

La tipicidad es el elemento esencial para la configuración del delito, sin este elemento exterior de conducta subjetiva es imposible su existencia. Esta dentro del tipo penal toda conducta que mediante una acción u omisión se ajusta a los supuestos jurídicos establecidos como delito o falta dentro de un ordenamiento legal, para que una conducta sea típica, debe estar especificada detalladamente como delito o falta dentro de una norma penal. Se denomina tipicidad al encuadramiento de la conducta humana al tipo penal.

En apego al estudio de la tipicidad, podemos discernir que se producen algunos principios generales, entre los cuales destacamos los siguientes:

Nullum crimen sine lege. No hay delito sin ley, no hay delito sin previa ley penal escrita y estricta.

Nullum crimen sine tipo. No hay delito sin tipo, una conducta no puede ser considerada delictiva sin estar descrita por un ordenamiento penal.

Nulla poena sine tipo, No hay pena sin que exista el tipo penal.

Nulla poena sine lege. No hay pena sin previa ley que establezca la punición de un delito.

Tipicidad: Mercedes García nos dice que “*es toda conducta que conlleva una acción u omisión que se ajusta a los presupuestos detalladamente establecidos como delito o falta dentro de un cuerpo legal. Esto quiere decir que, para que una*

conducta sea típica, debe constar específica y detalladamente como delito o falta dentro de un código".²⁵

Tipicidad: Es la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Antosilei señala que "*Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito*".²⁶

Así tenemos que la tipicidad en el derecho penal, no es otra cosa más que la conformación de la conducta del activo en la ley penal establecida previamente al caso que se esté dando en el presente y que es un elemento fundamental para que se conforme el delito ya que a carencia del mismo (atipicidad, es decir que no concuerde la conducta con el tipo penal) no será posible sancionar una conducta humana.

2.6.1 La Atipicidad

Si la tipicidad es un elemento positivo del delito, la atipicidad entonces se traduce en un elemento negativo, y es fácil concluir que se da cuando un hecho atribuido a un sujeto no puede ser objeto de sanción por no encajar dentro de una descripción penal.

Concorre la atipicidad, porque la ley describe en los preceptos legales la conducta que por sus causas de origen sea antijurídica y sancionable, singulariza un supuesto por medio de elementos que deben de constituir un delito; el cual al no cumplir con lo establecido por la ley (tipo), automáticamente constituye una conducta atípica y por ende la esencia del mismo (tipicidad) no encuadra en el delito en estudio y sin estos dos elementos el mismo no existe, aunado a que en las conductas del sujeto activo y el pasivo la tipicidad está ausente en virtud de que dichas conductas no se ajustan a los descritos por la ley, por lo que se está a aplicar las causas de exclusión del delito.

²⁵ GARCIA Mercedes. "*Derecho Penal. Parte General*", p. 251.

²⁶ ANTOSILEI, "*Manual de Derecho de Penal*", p. 101.

Lo anterior implica, el operador de la norma tiene comprobado un hecho, aprecia la conducta a partir de la hipótesis abstracta que la ley señala y concluye que uno de los elementos y todos no concurren en el caso concreto, entonces, necesariamente debe absolver, pues la atipicidad como tal se encuentra considerada en nuestra legislación como una causa de exclusión del delito, concretamente en el artículo 15, fracción II, del Código Penal Federal.

Es ahí donde se hace efectiva la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, porque si el juzgador concluye que no se reúnen los supuestos que se establece en el tipo, entonces, se encuentra obligado a absolver, al tener prohibición de sancionar por analogía o mayoría de razón.

2.7 Antijuricidad.

Es uno de los elementos considerados por la teoría del delito para la configuración de un delito o falta. *Se le define como aquel desvalor que posee un hecho típico que es contrario a las normas del Derecho en general, es decir, no sólo al ordenamiento penal.*²⁷

La antijuricidad es la contradicción con el Derecho que genera una conducta típica. La tipicidad solo aporta un indicio de antijuricidad. Se tiene que comprobar primero que la conducta es típica. En el segundo nivel se confronta esa conducta con el valor de adecuación con todo el ordenamiento; se determina si, de acuerdo a la normas, la conducta está desaprobada. El juicio de comprobación se valora de manera negativa, verificando si opera una causa de justificación que configure como antijurídico el hecho, a pesar de la tipicidad. *Cuando la conducta no es antijurídica a pesar de ser típica, la conducta es lícita.*²⁸

²⁷ <http://es.wikipedia.org/wiki/Antijuridicidad> Consultado con fecha: 16-04-14

²⁸ <http://facultad.zzl.org/areas/penal/antijuricidad.html> Consultado con fecha: 16-04-14

2.7.1 Causas Excluyentes de Incriminación

Las causas de justificación son situaciones reconocidas por el Derecho en las que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitido, es decir, suponen normas permisivas que autorizan, bajo ciertos requisitos, la realización de actos generalmente prohibidos.

Son situaciones concretas que excluyen la antijuridicidad de un determinado comportamiento típico que, a priori, podría considerarse antijurídico. Por ello, se afirma comúnmente que la teoría de la antijuridicidad se resuelve en una teoría de las causas de justificación.

Entre las causas de justificación más habituales, reconocidas por los diversos ordenamientos, se encuentran las siguientes:

Consentimiento del titular o interesado: conducta realizada con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se cumplan ciertos requisitos (bien jurídico disponible, capacidad jurídica del titular y consentimiento expreso, tácito o presunto).

Legítima defensa: Ejecución de una conducta típica para repeler o impedir una agresión real, actual o inminente, e ilegítima, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, existiendo necesidad racional de defensa y de los medios empleados.

Estado de necesidad justificante: daño o puesta en peligro un bien jurídico determinado con el objetivo de salvar otro bien jurídico de igual o mayor entidad o valoración jurídica.

*Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber*²⁹.

²⁹ http://es.wikipedia.org/wiki/Antijuridicidad#Ausencia_de_antijuridicidad Consultado con fecha: 14-04-14

CAPITULO TERCERO

EL DOLO COMO FORMA DE CULPABILIDAD

Dentro de las formas en las que se puede dar el delito distinguimos el dolo y la culpa; en este capítulo únicamente nos enfocaremos al estudio del primero con la intención de hacer un énfasis en dicha figura jurídica resaltando además que muchos de los tipos penales que contempla nuestra legislación vigente, se encuadran como dolosos, así mismo entraremos al estudio de sus elementos ya que a falta de uno de ellos, no podría imputarse el delito en el análisis de culpabilidad del acto, trayendo como consecuencia, sentencias absolutorias, autos de archivo de carpetas de investigación o bien reposiciones de procedimiento en amparos para efectos.

3.1 El Dolo

El dolo como figura legal tiene diversos significados dependiendo de la subdivisión de derecho de que se trate, empero, en la presente tesis nos vamos a enfocar únicamente a lo concerniente a la materia penal.

Partiendo de la Estructura final del actuar humano, en el sentido de la actividad orientada a fines, Welzel desarrolló la teoría final de la acción, según ello, el actuar humano es intencional: el hombre puede ponerse fines conforme ha sentido y realizarlos conduciendo la acción de modo final, sobre la base de su prevención causal.

Las normas pueden prohibir o mandar sólo un actuar orientado a fines³⁰. Por consiguiente el contenido de la norma y el objeto del juicio de desvalor en el acto final dependen de ellas. El aporte más importante de la teoría del ilícito personal es la separación entre la conducción de la acción y la conducción del impulso, formulado de otra manera, en el sentido de la teoría de la culpabilidad; la

³⁰ WELZEL Hans, "La Nueva Imagen del Sistema de Justicia Penal", p.4.

*separación de dolo e imprudencia como elementos del ilícito, por un lado, y la consciencia del ilícito como elemento de la culpabilidad, por otro lado*³¹.

El tipo penal define el contenido del dolo, el alcance de su captación de sentido o, si éste está definido jurídicamente, de su normatividad. En esa medida, el tipo define el contenido del dolo, el alcance de su captación de sentido o, si éste está definido jurídicamente de su normatividad.

Como consecuencia del ilícito personal es un acto final, es decir, una conducta contraria a la norma siempre es una conducta “final”, con “intención de sentido”. Si un tipo penal menciona la situación de hecho a la que tiende la acción contraria a la norma, entonces, el autor se comporta, en esa medida dolosamente; si en cambio, en un tipo penal no está mencionada la acción prohibida, sino que únicamente se señala el bien jurídico a proteger o el riesgo a evitar, entonces, la norma y, con ello, la materia de la prohibición, no está definida por la ley, de modo que la conducta no puede ser caracterizada como dolosa, pero no por ello será menos final o intencional conforme a sentido. Los tipos penales de imprudencia no describen acciones prohibidas, dicha tarea debe ser descrita en la jurisprudencia y la lesión al deber jurídico de cuidado.

Retomando el dolo, la cuestión de si el conocimiento de las “circunstancias de hecho” le despierta o puede despertarle al actuante un motivo para la omisión que fundamente su culpabilidad, depende solamente del valor de esta norma de conducta y de su internalización.

Para Jiménez de Asúa³² *“existe dolo cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.”*

³¹ ZIELINSKI, “Acción y omisión concepto jurídico”, p. 84.

³² JIMÉNEZ de ASUA, Luis. “Lecciones de Derecho Penal” p. 97

Por su parte, Grisanti lo define como “la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley prevé como delito³³”.

En los códigos penales se utilizan expresiones sinónimas, tales como “malicia”, “intención”, “propósito”, entre otras.

Como menciona Fontán: “El dolo es la voluntad deliberada (elemento volitivo) de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud (elemento intelectual, intelectual o cognitivo).”³⁴

En el lenguaje ordinario, la ausencia de intención constituye una excusa, es decir tiene por función disminuir el reproche. Por supuesto, existen razones para reprochar jurídica y moralmente a un sujeto por las consecuencias de desvalor de su conducta, con independencia de que ellas sean intencionales

3.2 El contenido de la Norma como objeto de Dolo.

La norma de conducta respectiva define el contenido del dolo, esto es, en los delitos dolosos, la norma de determinación derivable a partir del respectivo tipo penal formulado por la ley: la prohibición o el mandato de ejecutar una acción determinada. Si la intención de sentido del auto agente se corresponde con la materia de la prohibición descrita en la norma de conducta, entonces, el autor actúa dolosamente. Se comporta dolosamente quien, presupuesto un motivo, podría cumplir la norma, sin embargo, no lo hace.

Actúa dolosamente quien realiza su proyecto de acción en conocimiento de circunstancias de hecho o de consecuencias del hecho, si un tipo penal, rigurosamente formulado, prohíbe este proyecto de acción (o lo manda en caso de omisión). Tipos penales rigurosamente formulados, en ese sentido, son sólo delitos dolosos descritos legalmente.

³³ GRISANTI Alevedo Hernando, “Lecciones de Derecho Penal: Parte General”, p 268.

³⁴ FONTÁN Balestra, Carlos (7/2002). “Derecho penal parte general” . p. 314

A efecto de que el lector de este trabajo de investigación, tenga una mejor percepción del dolo, realizaré una comparación en el ámbito de la tipicidad pero en comparación con la imprudencia, sin embargo ahondaré más en la explicación, en el apartado propio para ello con posterioridad en el análisis de la culpabilidad.

Los delitos de Imprudencia legislados, precisamente no contienen tipos penales rigurosamente formulados, en los cuales esté descrita la acción prohibida, es algo que debe ser descubierto recién por la construcción de la norma jurídica para determinar cuáles delitos fueron cometidos de forma “imprudente” en base a haberse actuado “contrario al cuidado”.

Ante este trasfondo, el dolo indica una mayor culpabilidad que la imprudencia, dado que en el caso del delito doloso, el autor presupuesta la fidelidad al derecho, puede reconocer más fácilmente la contrariedad a la norma de su proyecto de acción.

Si se entiende el concepto de norma, no como una prohibición o mandato de acción dirigido al autor, sino como expectativas de conducta jurídicamente garantizadas, así entonces, según Jackobs, *“se puede describir la materia de la prohibición como evitabilidad individual de la causación de un resultado”*.³⁵

En esta parte conviene hacer hincapié en dos conceptos que si bien pareciera que fueren iguales, son distintos, me refiero precisamente al conocimiento y la conocibilidad; “la capacidad de evitación” y el “poder de conducción” lo confiere directamente lo confiere directamente, presupuesto el motivo para evitar, solo el “conocimiento”; en el caso de la “conocibilidad” el motivo para evitar conduce, en principio sólo a esforzarse. Pero dado que, también según Jackobs *“no es deber del autor con imprudencia el anticipar las supuestas consecuencias de su conducta para hacerse capaz de evitación, sino omitir la conducta que pone en peligro el bien jurídico.”*³⁶

³⁵ JACKOBS Günter, *“La Imputación Objetiva en Derecho Penal”*, p. 39.

³⁶ Ob cit. p. 32.

3.3 Elementos del Dolo

En general, se distingue entre el elemento intelectual (el saber) del dolo, y el elemento volitivo (el querer), siendo que preponderantemente, se le atribuye al querer el peso decisivo sólo para delimitar dolo eventual de imprudencia (consciente).

3.3.1 El Dolo como saber

El dolo exige el conocimiento de todas las circunstancias constitutivas del ilícito típico. Este saber, nos dice Rudolphi *“tiene que existir en el momento de la decisión al hecho; ni un saber anterior, no actualmente existente en el momento del hecho (dolus antecedens) ni un conocimiento obtenido con posterioridad (dolus subsequens), pueden motivar la decisión de ejecutar el hecho”*.³⁷ Nos comenta también que *“El momento determinante no es el de la planificación de un proyecto de acción complejo, sino el de la ejecución de la acción típica, o bien (en hechos dilatados en el tiempo) de la realización de los elementos individuales del tipo”*³⁸. No son imputables, por eso, las partes del tipo objetivo realizadas inconscientemente, o con independencia del actuante, a las que vincule una decisión subsiguiente al hecho, por ello no puede haber una autoría sucesiva.

Para el “saber” relevante para el dolo es innecesario que él se refiera a las consecuencias principales, esto es, aquellas que le importan al actor, a las consecuencias colaterales (que no le interesan al autor) o a las modalidades de la acción.

Si la norma prohíbe ya la creación de un determinado riesgo o incluso de cualquier riesgo, entonces actúa dolosamente quien, en conocimiento del peligro, proveniente de su proyecto de acción, realiza su decisión al hecho.

³⁷ RUDOLPHI, *“El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal”*, p. 289

³⁸ Idem.

La intensidad de conocimiento depende de la relevancia del objeto del conocimiento para la motivación del autor a la decisión de actuar; así como su significación para la conducción de la acción. Para el dolo alcanza, simplemente con que el autor experimente conscientemente una imagen de representación de su acción que coincida con la imagen de acción descrita en el tipo. *La imagen de representación rectora de la acción no es el resultado de operaciones mentales racionalistas, sino un proceso vital unitario que se desarrolla según las reglas de la psicología de la percepción, en el cual influyen en conjunto, de modo inseparable, experiencias, conocimientos previos, intelectuales y normativo-sociales, motivaciones actuales y actitudes.*³⁹

A este respecto Gunter Jackobs comenta que *“como regla general, también están la co-consciencia, en este sentido, las personales cualidades del autor referidas a un rol cuando el hecho es cometido en un contexto específico del rol”*⁴⁰. Solo si el autor es consciente de este contexto, se puede deducir de su conocimiento previo que él ha sentido la imagen de su propio rol.

La pérdida del juicio por situaciones emocionales o por el alcohol, puede impedir que el autor sea consciente de la imagen del hecho relevante para el tipo, y con ello, el dolo. Las situaciones de excitación de gran intensidad pueden conducir a una reducción extrema del campo de percepción.

Para el dolo no importa la evitabilidad, motivacional, basta con que el autor haya tenido la imagen de las circunstancias y las consecuencias previstas de su acción, que las haya tenido presentes, y que, por ello, presupuesta la capacidad de motivación, hubiese podido evitarlas.

3.3.2 El Dolo como decisión

Rudolphi comenta que *“El llamado elemento volitivo del dolo tiene una existencia teórico (de los libros de texto), pero no desempeña ningún papel en la práctica*

³⁹ROXIN Claus, *“Derecho Penal, Parte General”* p. 48

⁴⁰JACKOBS Günter, *“Estudio sobre parte general del Código Alemán”* p. 25.

judicial".⁴¹ En el caso del dolo eventual, la culpa consciente y el dolo directo de segundo grado, el autor no quiere realmente el resultado, simplemente lo asume como posible.

El querer tiene importancia solo para que el autor actúe, de manera penalmente relevante, y que su cuerpo no reaccione únicamente por acto reflejo, de manera penalmente irrelevante. La conducta que puede ser influida por la motivación, en este sentido querida; son las condiciones de la reprochabilidad (culpabilidad). El contenido del querer es siempre idéntico al conocimiento de las circunstancias de la acción y de sus consecuencias.

Sigue aludiendo Rudolphi: *"cuando se dice que es el mero "desear" o "esperar", en conexión con una decisión de acción, no alcanza para el dolo"*⁴², ello no es una cuestión del querer sino del objeto del dolo.

3.4 El objeto del Dolo

La pregunta del dolo puede ser contestada sólo en vista de un tipo penal determinado, la cual reza ¿Realiza en autor su proyecto de acción, con consciencia de que existen, con una probabilidad relevante, aquellas circunstancias de acción y con y con consciencia de que se producirán con probabilidad relevante, aquellas consecuencias que define el tipo penal respectivo como los requisitos de la punibilidad, o que describe, formulado con mayor precisión dogmática, como materia de la prohibición o del mandato de la conducta contraria a la norma?

La presunción de que el dolo exige el conocimiento de todas las circunstancias descritas en el tipo objetivo suele ser fuente de malentendidos, en el sentido de que el tipo objetivo, especialmente en los delitos de lesión, describe un suceso concluido, mientras que el dolo se refiere necesariamente a un suceso futuro.

⁴¹ RUDOLPHI, *"El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal"*, p. 330.

⁴² Idem

El autor nunca puede tener una imagen de representación completa, ni siquiera respecto de las circunstancias de hecho actualmente existentes. Ya por razones de teoría del consentimiento y de psicología de la percepción, es imposible una reproducción completa de la realidad respecto de contenidos de representación mentales, conceptuales, lingüísticos, ricos en imágenes. Es decir, que el actuar con información incompleta es el caso normal, precisamente del actuar doloso.

Podrá considerarse que hay error solo si la representación del autor no se corresponde con los factores esenciales del riesgo, presupuestos por la prohibición o el mandato de la acción. Pues esta representación también es necesariamente suficiente para que el autor, presupuesto un motivo, pueda decidirse a evitar la conducta rigurosa mencionada por la norma, o bien, ejecutar la conducta que abra posibilidades de salvamento mencionada por la norma. Por ello, es imputada como dolosa toda realización de un riesgo que se corresponda por el riesgo reproducido en la representación del autor, es decir, aquella que, en base a la prohibición de la acción, no debería realizarse.

Si una conducta revela todos los elementos que describe un tipo penal como elementos de un delito, entonces la conducta es típica. Ella está cometida dolosamente, cuando el autor ha actuado en conocimiento de la existencia de estos elementos. Estos elementos del tipo describen el objeto de la acción, las modalidades de la acción y sus consecuencias previstas, incluidos los presupuestos de la imputación objetiva. Ellos describen al autor, en la medida en que esté en una relación específica con el objeto de la acción, o en tanto su posición describa la situación relevante para cada acción, no así, describen la existencia de la prohibición, las valoraciones que subyacen a su sanción, la punibilidad de su infracción, las razones de la reprochabilidad de su infracción, las condiciones de que dieron motivo a su infracción.

Por medio de la interpretación de los tipos penales de la parte especial, se debe averiguar en cada caso, qué elementos de una ley penal integran la descripción de la conducta prohibida y por qué tienen que ser abarcados por el dolo.

3.5 Tipología del Dolo

Para su mejor estudio, se ha dividido al dolo en ciertos tipos atendiendo a diversos criterios.

3.5.1 Dolo de Intención

Bajo intención, según Rudolphi: *“se entiende una actitud subjetiva del autor respecto de su objeto, según la cual, el autor le interesa su realización, en el sentido de alcanzar una meta (o como meta intermedia); es indiferente que él considere seguro o solo posible alcanzar la meta, en tanto y en cuanto el riesgo creado para el bien jurídico sea socialmente inadecuado, por tanto, típico”*⁴³. Es indiferente que el objeto de la intención sea deseado por el autor o que incluso, represente el motivo de su hecho; basta con que, para el autor, sea irrenunciable alcanzarlas, para alcanzar su meta final. Si una consecuencia del hecho es solamente una consecuencia colateral inevitable prevista, por tanto, innecesaria para alcanzar la meta final, entonces, al autor no le interesa esta consecuencia del hecho.

La ley emplea la palabra intención, o formas lingüísticas equivalentes, para la descripción de motivos. Si en estos casos, el autor tiene que interesarle la realización del objeto de su intención, o, si, en cambio, basta con el simple dolo o dolo eventual, solo se puede averiguar mediante la interpretación del tipo penal respectivo. El criterio esencial a este respecto es la distinción entre consecuencias del hecho neutrales al bien jurídico. En tanto sean criminalizadas (o calificadas) lesiones del bien jurídico solo bajo el presupuesto de que ellas sean cometidas por un motivo determinado o con un fin determinado, sin que el motivo o el fin mismo sea antijurídico, la “intención” describirá un elemento del hecho punible de delitos especialmente graves y, por ello, merecedores de la pena.

La meta de la acción misma es, incluso en los casos de asesinato, no delictiva; pero es peligroso que, para su alcance, sean empleados medios delictivos. En

⁴³ RUDOLPHI, *“El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico- penal”*, p. 332.

este orden de ideas, *“no son delitos de intención los delitos de tentativa, en los cuales, para la punibilidad por consumación, basta con una realización parcial de la lesión del bien jurídico en caso de que exista simultáneamente el dolo de realizar la lesión completa del bien jurídico o del dolo de otra lesión.”*⁴⁴ En estos casos, en que se reserva la realización del delito, *basta, en principio, como en todos los delitos, con el dolo simple o eventual, por ello basta con que la realización parcial del tipo ocurra con consciencia de la relación de riesgo respecto de la ulterior lesión del bien jurídico, sin que esto tenga que ser “propuesto intencionalmente”*.⁴⁵

3.5.2 Dolo Directo

Con dolo directo, (dolo directo de segundo grado) se alude al actuar a sabiendas: el autor sabe que su proyecto de acción realizará “con seguridad” todos los elementos del tipo. Esta representación del autor del acontecer proyectado del hecho, considerada como forma normal del dolo, aparece en la práctica, con relativa rareza, porque será en los casos más extraños que una persona actúe con completa seguridad subjetiva de que están dadas todas las condiciones de la posibilidad de la meta de la acción y que logrará conducir a ésta exitosamente.

3.5.3 Dolo Eventual

Antes de hacer referencia a cualquier situación relacionada con el dolo, en esta modalidad, daré a conocer el significado y la definición de la palabra Eventual.

Eventual: *Que no es fijo ni regular o que está sujeto a ciertas circunstancias*⁴⁶.

Eventual: Es un adjetivo calificativo que se le da a todo aquello cuya característica principal es que se da ocasionalmente, es decir, que no es una generalidad y que concurre solo bajo circunstancias específicas.

Citaré en este apartado las concepciones de varios autores con la finalidad de que las mismas sean consideradas por el lector y así mismo se distinga la semejanza

⁴⁴ JACKOBS Gunter, “*Estudio sobre parte general del Código Alemán*”, p. 93

⁴⁵ GEHRIG, “*Parte General de Derecho Penal*” p. 32

⁴⁶ <http://es.thefreedictionary.com/eventual> consultado con fecha 10-marzo-2014

entre cada una de ellas, posteriormente, en el apartado de conclusiones daré la propia.

El dolo eventual significa que el autor considera seriamente como posible la realización del tipo penal y se conforma con ella. El contenido del injusto del dolo eventual es menor que en el de las otras dos clases de dolo (dolo directo y dolo indirecto o de consecuencias necesarias), porque aquí el resultado no fue ni propuesto ni tenido como seguro, sino que se abandona al curso de las cosas. Pertenecen al dolo eventual, de un lado la conciencia de la existencia del peligro concreto de que se realice el tipo, y de otro, la consideración seria de este peligro por parte del autor. A la representación de la seriedad del peligro debe añadirse además, que el autor se conforme con la realización del tipo. Al respecto dice Jescheck *“se entiende por ello que se decida, para el logro de la meta de la acción que se propuso, por asumir la realización del tipo y soportar el estado de la incertidumbre existente al momento de la acción”*⁴⁷.

El término dolo eventual, de todas formas es reconocido por gran parte de la doctrina como incorrecto, ya que el dolo, como voluntad de acción realizadora del plan, precisamente no es “eventual” sino por el contrario incondicional, puesto que el sujeto quiere ejecutar su proyecto incluso al precio de la realización del tipo. Roxin dice que *“únicamente la producción del resultado, y no el dolo, depende de eventualidades o condiciones inciertas”*⁴⁸. Sería por lo tanto más correcto hablar de un dolo, sobre la base de los hechos de cuya inseguridad se es consciente. La diferencia de índole punitiva que separa al dolo eventual de la culpa consciente es quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma se disuada de su plan, se ha decidido conscientemente, aunque sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo, en contra del bien jurídico protegido y esta decisión por la posible lesión de bienes jurídicos, es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente y la que justifica su más severa punición.

⁴⁷ JESHECK, *“Tratado de derecho Penal, Parte General”*. p. 214

⁴⁸ ROXIN Claus, *“Derecho Penal, Parte General”* p. 237

Según el jurista Muñoz Conde⁴⁹ nos dice: *“El sujeto se representa el resultado como de probable producción y aunque no quiere producirlo, sigue actuando admitiendo su eventual realización”*; al igual que él, el profesor Santiago Mir Puig⁵⁰ nos dice: *“Si en el dolo directo, de segundo grado el autor se representa el delito como consecuencia inevitable; en el dolo eventual(o dolo condicionado) se le aparece como resultado posible (eventual)”*.

Para José Cereso Mir⁵¹ *“el dolo es la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo, se distingue un elemento intelectual y un elemento volitivo”*; esta definición nos ayuda mucho a apreciar que el dolo lleva consigo un conocimiento y una voluntad de producir el daño; por parte del concepto de culpa este sería una transgresión a la norma de cuidado sin una representación del resultado, aquí hay una carencia de conocimiento de los elementos del tipo, no hay una voluntad por realizar un acto delictivo.

Gunter Jackobs⁵² en su tesis por tratar de resolver este problema nos dice: *“que el dolo es el conocimiento con un valor de juicio y no es un mero pensar u ocurrirse sin cualidad de juicio”*, y en esto Jackobs encuentra la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente. Claus Roxin⁵³ nos habla sobre **la teoría de la de la decisión por la posible lesión de los bienes jurídicos**, esta teoría nos dice: *“va a haber dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido y por otra parte uno va a actuar con culpa consciente quien advierte la posibilidad de producción del resultado pero no lo toma en serio y por lo tanto confía negligentemente en la no realización”*. En este punto hay que tomar en

⁴⁹ MUÑOZ Conde, Francisco.- *“Derecho Penal”* p. 308.

⁴⁸ MIR Puig, Santiago.- *“Derecho Penal”* Barcelona p. 245.

⁴⁹ CERESO Mir, Jose.- *“Curso de Derecho Penal”* p.131.

⁵⁰ JACKOBS, Gunter.- *“Derecho Penal”* p. 316.

⁵¹ ROXIN, Claus.- *“Derecho Penal”* p. 427.

cuenta como el mismo Roxin nos dice: *“Debe distinguirse entre la confianza y la mera esperanza; quien confía en un desenlace airoso no toma seriamente en cuenta el resultado delictivo y por tanto no actúa dolosamente; sin embargo, quien toma en serio la posibilidad de un resultado delictivo y no confía en que todo saldrá bien puede en cualquier caso seguir teniendo la esperanza de que la suerte este de su lado y no pase nada”*⁵⁴.

El maestro Muñoz Conde⁵⁵ nos habla que *“el verdadero problema del dolo eventual desemboca, a la larga, en la identificación de los indicadores externos idóneos para demostrar, en sede judicial, la existencia o no del necesario elemento volitivo respecto al concreto resultado producido; en la medida en que la constatación de la representación de su probable producción (esto es el elemento cognitivo) deviene insuficiente a la hora de afirmar o negar que el comportamiento fue doloso, y ello con independencia de la naturaleza del delito cometido: ya sea este de lesión o de peligro(concreto o abstracto)”*.

En la sentencia del RGS t,t 67, pp. 424 y ss. Del 14/12/1933 se hace alusión a que *los acusados de la comisión de un delito por dolo eventual deben de “querer” y “aprobar” el resultado así como la voluntad de provocar, mediante la acción el mismo viéndolo como posible desde el principio y no obstante ellos se actúa.*⁵⁶

En otra de las sentencias el fallo sostiene que *“...para afirmar el dolo eventual... no es suficiente con que el acusado haya contado con la posibilidad del resultado jurídico-penalmente relevante y que lo haya “aceptado resignadamente” (in Kauf genommen)*⁵⁷; antes bien, es además necesario que aquel haya aprobado internamente (Innerlich gebilligt) ese resultado y que, con ello, para el caso de que se produjera, lo haya querido, haya estado de acuerdo con él”.

⁵⁴ ROXIN Claus, “Derecho Penal, Parte General” p.207

⁵⁵ MUÑOZ Conde, Francisco.- *“Derecho Penal”* p. 310.

⁵⁶ Ídem

⁵⁷ Sobre las dificultades de traducción de la expresión alemana in Kauf nehmen, así como el origen de dicha expresión, se ha pronunciado la literatura de habla hispana ya varias veces. Hoy hay acuerdo general en traducir dicha expresión como “aceptar” o “aceptación”, según el contexto.

Haré hincapié en el apartado siguiente a algunas teorías alusivas al tema del dolo eventual para posteriormente rescatar una y sea ésta la que auxilie en mi postura al momento de definirla en la propuesta del presente trabajo de investigación.

3.5.3.1 La Teoría del Consentimiento o de la Voluntad

En el hecho concurre el dolo eventual cuando el sujeto piensa que es posible que se del elemento objetivo del tipo, y, además se dice: “Aun cuando fuese seguro, actuaría”.

La Teoría Dominante del Conocimiento, exige, de alguna manera la “aprobación”, la “aceptación”, exige en definitiva “querer” el resultado. “¿Cómo se habría comportado el autor, si hubiese sabido con seguridad que con el resultado perseguido se produce necesariamente el resultado antijurídico? Si a pesar de ello, hubiese actuado. Según esta formulación, al sujeto se le imputará el hecho como doloso sólo si se hubiere comportado de la misma manera en el caso de saber con seguridad que se daba el elemento del tipo. Si el autor se dice: suceda así, o de otra manera: sea estilográfica mía o ajena, haya o no causado una víctima, se produce el resultado dolosamente en su forma eventual.

Maruach expone la teoría del consentimiento argumentando que para la misma *“tiene que existir, en el caso de producción del resultado, una determinada relación de voluntad entre éste y el autor, estos es, el autor tiene que declararse de acuerdo con la producción del resultado, prefirió la ejecución de la acción peligrosa a renunciar por completo a la acción”*⁵⁸.

Existe quien expresa que la teoría del consentimiento se formaliza al decir que existe dolo eventual cuando el autor “toma en consideración” o “se resigna con” la producción del resultado. Muy cercana a esta anterior se encuentra la de conformarse, es decir, actúa dolosamente el que considera posible la realización y se conforma con ella. Tanto “resignarse” como “conformarse” con el resultado, quieren decir, en definitiva, que el autor, que no está seguro que va a producir el resultado, actuaría a pesar de todo, aun cuando supiese con seguridad que lo iba

⁵⁸ MARUACH Reinhart, “Derecho Penal, Parte General”, p.226.

a causar: se “resigna” o se “conforma”, aprueba con desgana la producción del resultado.

Robert Von Hippel nos dice que: “*se da dolo eventual cuando el autor prefirió la producción del resultado antijurídico representado como posible a renunciar a su comportamiento*”; expresándolo con otras palabras: aunque el autor hubiese sabido con seguridad que se iba a producir el resultado representado como posible, habría actuado; en última instancia, pues, consintió en ese resultado.

Jiménez de Asúa piensa que “*hay dolo eventual cuando al sujeto se le representa la probabilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción consciente, en última instancia, corriendo el riesgo con tal de obtener el efecto que quiere ante todo*”.⁵⁹

La Teoría del consentimiento descubre la voluntad en el dolo eventual, seleccionando así, cuales son los hechos que deben ser considerados como dolosos y fundamentando y justificando su punición como tales. Así esta teoría pretende castigar como dolosos comportamientos, que no lo son al prescindir el enlace volitivo entre el autor y el elemento típico.

3.5.3.2 La Teoría de la Probabilidad o de la Representación

Se conforma con menos exigencias para afirmar la existencia del dolo eventual, nos dice que el agente actúa con dolo cuando cuenta con la producción o concurrencia del elemento del tipo, cuando ello le parece “probable”. Es decir, como señala Enrique Gimbernart “*existe una representación mental de que muy posiblemente se va a producir el resultado, sin embargo el agente actúa ya que le es indiferente el resultado*”.⁶⁰

Para esta doctrina hay que afirmar la existencia de dolo cuando las posibilidades de que el resultado se produzca a consecuencia del comportamiento han alcanzado un determinado nivel; no importa en cambio, el que el autor esté o no de acuerdo con el resultado ni el que consienta o no consienta en él; esta teoría se

⁵⁹ JIMÉNEZ de Asúa, “*Tratado de Derecho Penal*” p. 585.

⁶⁰ GIMBERNART, Ordeig Enrique, “*Estudios de Derecho Penal*”, p. 244.

basta con que al autor, la producción del resultado le parezca probable pero no pregunta cuál es su situación interna ante ello.

English afirma que existe dolo cuando el autor *“considera sumamente probable que realice el tipo mediante su comportamiento o a raíz de la producción del resultado perseguido”*.⁶¹

Shmidhauser nos dice que *“existe dolo eventual cuando el autor actúa consciente de la posibilidad concreta de una producción del resultado, cuando piensa que su acción puede producir el resultado, cuando al comportarse es consciente del peligro concreto para el bien jurídico en cuestión”*.⁶²

La Teoría de la Probabilidad o de la representación no enfrenta al sujeto con el resultado, sino con la situación peligrosa, en cambio la Teoría del Consentimiento va más allá de la situación peligrosa y confronta al delincuente con el resultado, imaginándole como efectivamente acaecido.

3.5.3.3 La Teoría de la Indiferencia

Atiende a la actitud interna del sujeto frente a la previsible producción del resultado lesivo. La misma se interesa por la situación emocional del sujeto, y sobre la base de la indiferencia ante la probable producción de un resultado penalmente relevante, afirma la existencia del dolo. La crítica que se le hace a esta postura es que va más allá del “querer”, que tiene una acepción más neutra respecto de la psique del autor ya que se puede querer un resultado, aun cuando este nos desagrade, del mismo modo que, se puede o no querer el resultado, pero sernos éste indiferente. En definitiva, la indiferencia respecto a la producción o no del resultado no nos dice nada sobre el elemento volitivo del dolo, aunque como bien afirma Roxin *“si hay que valorarle a esta doctrina que la indiferencia actúa como un indicio seguro de que el sujeto se ha resignado al resultado y actúa en*

⁶¹ ENGLISH, *“Estudios sobre la intención”*, p. 175

⁶² SCHMIDHAUSER, *“El concepto de dolo eventual en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, 352p.

*consecuencia con dolo, pero no es acertada su apreciación en cuanto a que la falta de indiferencia sea pauta excluyente del dolo*⁶³.

Es importante resaltar en este apartado, que la intensión del presente trabajo de investigación es resaltar cual es la diferencia entre figuras jurídicas muy semejantes (como posteriormente se observará en el estudio de la imprudencia consciente) de tal suerte que tenemos que en el agente se representa un posible resultado, el cual al mismo le parece indiferente y se conforma con él, dicha conducta llevada a cabo será más sancionable que si en un momento dado, de haber dilucidado el resultado, se hubiese abstenido de la acción.

Actuar con inseguridad significa que el autor no está seguro de la realización del tipo, solamente la considera posible, es caracterizado como dolo eventual, únicamente cuando la inseguridad se refiere a consecuencias colaterales del hecho: el autor, en esa medida, no le interesa la realización del tipo, si al autor no le interesa la realización del tipo considerada sólo posible, entonces, la previsión no segura debe ser imputada a título de dolo, solo cuando el autor o bien adopta adicionalmente una posición valorativa frente a la consecuencia del hecho considerada como posible, o bien, si no, la previsión, o el considerar dadas las circunstancias del hecho, alcanza un determinado grado de seguridad.

*La ciencia del derecho penal, se ha ocupado de pocas cuestiones dogmáticas de manera tan persistente como de la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente.*⁶⁴ *El estado de la discusión, especialmente sobre la teoría del consentimiento defendida por la jurisprudencia, sobre las diversas teorías de la probabilidad y de la posibilidad defendidas en la doctrina, está documentado suficientemente en tratados y comentarios*⁶⁵.

Según el punto de partida de la teoría de la culpabilidad, aquí defendido, el dolo es la decisión en favor de un proyecto de acción, en conocimiento de las modalidades típicamente relevantes y de las consecuencias de la acción, en otras palabras,

⁶³ ROXIN, Claus.- “Derecho Penal” p. 427

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Cf. JACKOBS Günter, “La Imputación Objetiva en Derecho Penal”, p. 22..

obrar en conocimiento del riesgo típico. *La cuestión de si el autor “aprueba” la realización del tipo, la asume “aprobándola” o si ella le resulta “indiferente” solo puede ser resuelta recorriendo a las representaciones valorativas del autor respecto de los bienes afectados por la decisión del autor, pero no el contenido de la norma, la cuestión de si esta acción está prohibida*⁶⁶.

Bajo el nombre de imputación objetiva, la dogmática penal ha dedicado intensamente a la cuestión del objeto de la prohibición, de la materia de la norma, después de que la discusión en torno al finalismo había conducido al reconocimiento de la acción, es decir, la conducta orientada a una meta, asentada sobre el conocimiento y las capacidades del autor, representaba el centro del ilícito. Para esto en breve, no es lo típico lo que daña el bien jurídico, sino el actuar que pone en peligro el bien jurídico, el riesgo para los bienes jurídicos, inherente a una acción, justifica la prohibición. La cuestión de si el riesgo así creado se realiza efectivamente en consecuencias lesivas o no es indiferente para el juicio del ilícito sobre la acción.

*Si la conducta típica está caracterizada por el riesgo socialmente inadecuado para el bien jurídico, entonces, el objeto del dolo es, igualmente, este riesgo, y no la prevista lesión del bien jurídico como tal*⁶⁷. Según esto, una acción es típica cuando el autor crea un riesgo percibido por él para el bien jurídico, intolerable según parámetros normativo. Actúa dolosamente quien se decide en favor de su proyecto de acción, en conocimiento de un riesgo de esa índole.

El conocimiento necesario para el dolo sólo existe cuando el conocimiento de las modalidades o consecuencias de la acción típica fue relevante para la decisión del autor. Sólo si, al decidirse al hecho, él ha tenido actualmente el pensar sobre las consecuencias del hecho a que se arriesgaba a través de su proyecto de acción, puede haber un motivo actual. El conocimiento puede llegar a regir la acción sólo con relación a un motivo para actuar. Solo el conocimiento actualmente presente

⁶⁶ Cf. KAUFMANN Armin, “*Nociones de Derecho Penal*”, p. 143

⁶⁷ Cf. JESHECK, “*Tratado de derecho Penal, Parte General*” p. 574

sobre una situación de acción puede ser empleado de modo útil para fijarse metas antepuestas por un motivo.

Si el peligro manifiesto es percibido vagamente, y no alcanza a entrar en la consciencia actual a consecuencia de distracción, esparcimiento, miedo, represión o indiferencia, éste saber no puede llegar a ser rector de la acción; falta la consciencia del riesgo necesaria para el dolo.

3.6 El Dolo Eventual como decisión por la posible lesión de Bienes Jurídicos

La cuestión de cómo se ha de determinar y cómo se ha de delimitar el dolo eventual frente a la imprudencia (consciente) no sólo posee una extraordinaria importancia práctica, sino que es considerada también "una de las cuestiones más difíciles y discutidas del Derecho penal".

Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo, en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta "**decisión por la posible lesión de bienes jurídicos**" es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente y la que justifica su más severa punición.

En la figura de la imprudencia consciente, la confianza en un desenlace airoso, que es más que una débil esperanza, no permite llegar a una decisión en contra del bien jurídico protegido. Sin duda se le puede reprochar al sujeto su descuidada negligencia o ligereza y castigarle por ello, **pero como no ha tomado decisión alguna en contra de los valores jurídicos típicamente protegidos**, aquel reproche es más atenuado y merece sólo la pena de la imprudencia.

Hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así, sea de buena o de mala gana, a la eventual realización de un delito, se conforma con ella. En cambio, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de producción del resultado,

pero no se la toma en serio y en consecuencia tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo. Al respecto debe distinguirse entre la "confianza" y una mera "esperanza". Quien confía a menudo por una sobrevaloración de la propia capacidad de dominar la situación en un desenlace airoso no toma seriamente en cuenta el resultado delictivo y por tanto no actúa dolosamente. Sin embargo, quien toma en serio la posibilidad de un resultado delictivo y no confía en que todo saldrá bien puede en cualquier caso seguir teniendo la esperanza de que la suerte esté de su lado y no pase nada. Esta esperanza no excluye el dolo cuando simultáneamente el sujeto "deja que las cosas sigan su curso".

CAPITULO CUARTO

LA CULPA O IMPRUDENCIA COMO FORMA DE CULPABILIDAD

Un delito imprudente y su imputación vienen a formar parte de una gran diversidad de criterios por la doctrina existente, veremos y confrontaremos algunos de ellos con la finalidad de que el lector pueda darse una idea del surgimiento de la norma tanto del fuero común como federal que comprende dicha figura jurídica, del mismo modo se entrará de lleno al estudio del elemento de la previsibilidad en el actuar o en el omitir del sujeto activo, pues esta concepción es fuente de imputación en los razonamientos lógico jurídicos en la procuración y en la impartición de justicia.

4.1 Noción de delito culposo

Dado el sentido técnico de la palabra culpa (*Fharlassigkeit*, de los alemanes), y por faltar una expresión más amplia que indique culpa en cierto lato, se ha recurrido a la palabra culpabilidad para poder resumir en un término que tenga también colorido moral, todos los elementos que la punibilidad penal requiere, y para distinguirla de aquella peligrosidad que se realza con el pensamiento positivista. La culpabilidad es el juicio de valor individualizado que se le hace a la persona que comete un delito para reprocharle su comportamiento; a esto le sigue el sentimiento de reprobación de la sociedad contra este autor, este juicio de valor puede ser utilizado para el dolo y para la culpa, sancionando con él al que intencionalmente tendió a ocasionar un resultado, para impedir la realización del cual se dirigía el precepto y que ha observado una conducta en desacuerdo con preceptos específicos y normas generales de vida civil, conducta que tiene capacidad causal de daños o de estados de peligro, aunque uno no quiera producirlos. *Se requiere de un elemento sicológico, por no ser suficiente afirmar que el delito es un hecho dañoso⁶⁸, violador de alguna norma de conducta⁶⁹, revelador de una conducta contraria al deber⁷⁰ y ocasionador de un resultado⁷¹.*

⁶⁸ ANTOLISEI, "Lesiones y daño de la delincuencia", p. 41

⁶⁹ VANNINI, "Lineamientos de Derecho Penal" p. 219

⁷⁰ KALLAB, "Contribución a la Teoría de la Culpa, Parte General." p. 160

Frank dice que “en el juicio de culpabilidad, no deben olvidarse dos averiguaciones: la “normalidad subjetiva”, es decir, “la imputabilidad” y la normalidad de las circunstancias en que el sujeto ha obrado, lo cual nos lleva a la teoría de la exigibilidad⁷², que reconoce a un individuo, en determinadas circunstancias, **no se le puede exigir distinta conducta**”.⁷³

Petrocelli señala “Para que el agente sea culpable desde el punto de vista jurídico-penal, tienen que realizarse en él, de modo positivo, ambas situaciones: la existencia de la capacidad de entender y querer, dentro de los límites establecidos por la ley, y la manifestación de esa capacidad en un acto voluntario concreto. No culpable sería, no tan solo el agente no imputable, sino también el agente que, aun siendo imputable, no ha podido formar y manifestar su voluntad, libre y normalmente, por violencia, por error, etc”. y esto implica: a) normalidad síquica, en función del presupuesto del delito⁷⁴, es decir, de estado preexistente a la consumación del delito; b) manifestación externa, consciente y autónoma, de la voluntad, respecto a los fines a que ella encamina el movimiento físico; y c) que por parte del Estado se exija una conducta distinta.

En razón de que el derecho penal no sanciona actos jurídicos, sino que es mas exhaustivo el estudio para la individualización de la sanción y evitar con ello, “la peligrosidad de un sujeto a quien pretende atribuírsele un resultado en aras de la función preventiva se debe estudiar el acto en relación con la personalidad de su autor”⁷⁵, “sin limitarnos a indagar sobre la normalidad mental y de la autonomía del proceso síquico mirado respecto a lo exigible que fue la conducta, sino preocupándonos, según distintos criterios, por penetrar en la personalidad del imputable y del no imputable”⁷⁶.

⁷¹ GRAF ZU DONHA, “Los elementos del concepto de la deuda” p. 304

⁷² FREDENTAL, “Deuda y Denuncia” p. 92

⁷³ ALTAVILLA, Enrico “Suicidio en psicología, para investigar la ley judicial” p. 231

⁷⁴ ALTAVILLA, Enrico “Teoría subjetiva del delito” p. 147

⁷⁵ RANIERI, “Personalidad y Culpa” p. 356.

⁷⁶ ALTAVILLA, Enrico “Teoría subjetiva del delito”, p. 129

Kantorowicz afirma que *“la culpabilidad no debe referirse al hecho, sino mirarse como una cualidad del agente”*⁷⁷; lo cual llevó a Ranieri a opinar que *“para los fines de la culpabilidad, debe entrar en consideración el carácter del agente”*⁷⁸.

Bettioli nos dice que *“el juicio de culpabilidad, es condicionado, de modo que afirmamos que la culpabilidad tiene naturaleza mono dimensional, en el sentido de que debe eliminarse de ella todo elemento que no pueda estar implicado en un juicio de reprobación, como las anomalías congénitas o adquiridas, las desviaciones físicas y síquicas, ante las cuales el individuo no puede hacer nada”*⁷⁹. En esta reflexión se realza la importancia del disentimiento, de la capacidad de discernir, es decir, en poder separar del núcleo de la personalidad humana una actitud momentánea, esforzándose por olvidar el conjunto de los cuales ella se deriva, ante la preocupación de que el conocimiento de los mismos empeñe el juicio sobre la culpabilidad.

Continúa Bettioli: *“Especular que es posible dirigir reproches a “un segmento, a un fragmento de la vida de un hombre”*⁸⁰, soñar que los criterios relativos a la personalidad *“no tienen nada que ver con el nexo psicológico entre la acción y la mente del sujeto”*⁸¹ es ir, en contra de una realidad que trastorna la ciencia criminal, que el conocimiento exacto de un fenómeno reemplace la reprobación por la culpabilidad con la piadosa comprensión derivada de la comprobación de la anomalía.

La noción de delito culposo sufrió una modificación profunda al decir que *“Es culposo o contra intencional el delito cuando no se ha querido el resultado, aunque se haya previsto”*, de esta forma deja fuera el delito producido de forma indiferente, en las relaciones de producción del resultado; y es limitada su extensión, porque la involuntariedad en relación con el resultado, sin embargo, de modo muy excepcional, *es posible que el efecto de la conducta ilícita haya sido*

⁷⁷ KANTOROWICZ, *“Hacer y Culpar”*, p. 428.

⁷⁸ RANIERI, *“Derecho Penal, Parte General”*, p. 210.

⁷⁹ BETTIOLI, *“Derecho Penal Parte General”*, p. 250

⁸⁰ Idem pág. 224.

⁸¹ Idem pág. 239.

*querido y a pesar de esto, la índole jurídica del hecho siga siendo la de delito culposo*⁸². Referido lo anterior se hacían tres hipótesis: a) delitos cometidos en estado de embriaguez; b) delito excusable; c) error culposo acerca de la existencia de circunstancias que excluyan la responsabilidad.

4.2 Imputabilidad

En materia culposa están vigentes los criterios generales fijados por la legislación vigente al tratar de la imputabilidad. Del vicio mental y de la minoría de edad hablaremos después con más extensión; ahora nos limitaremos a decir que los criterios en materia culposa deben ser mucho más amplios, porque una perturbación que no sea suficiente para hacer que se declare alguno irresponsable de un delito doloso, puede hacerlo incapaz de la diligencia y de la prudencia impuestas por las exigencias de la vida civilizada.

Mas la plena madurez psicológica, capaz de adaptarnos a las necesidades de la vida civilizada, se adquieren muy tarde.

En cuanto a los estados de inconciencia transitoria (como el sueño, los accesos epilépticos, etcétera.), Se ha observado que el estado de imputabilidad se requiere como regla general; pero buscarla en el momento en que se ha cometido el hecho, nos llevaría concluir que jamás habría que responder a título de culpa de lo que se realiza en ese estado de inconsciencia.

En este caso se impone de manera útil la indagación que podemos llamar del momento anterior, pues en algunos casos es preciso averiguar si hubo culpa, por no haber tenido las precauciones necesarias para prevenir la peligrosidad que se revela en este estado, por ejemplo, teniendo guardado el revólver cargado, de modo que no poderlo encontrar al alcance de la mano, en condición de ocasionar daños, al sobrevenir posiblemente un estado de sonambulismo.

Por consiguiente, no podemos estar de acuerdo con quien hace diferencia entre el epilepsia, la embriaguez y el sueño, cuando opina que jamás puede haber responsabilidad para el epiléptico, "porque su negligencia no produce de ninguna

⁸² DEL GIUDICE Goicochea Carlos, "*El Delito Culposo*", p. 120

manera el ataque de ese mal”, y por esto se refleja en el resultado, pero a través de una causa eficiente absolutamente fortuita. Mas el criterio que debe inspirarnos no es el de causa de la inconsciencia, sino el conocimiento de la posibilidad de que sobrevenga el ataque, lo cual haría emplear precauciones oportunas. El epiléptico con frecuencia está lúcido, de modo que puede prever la posible llegada de un estado peligroso de inconsciencia; de la misma manera que puede responder de homicidio culposo la nodriza que, dormida, ahoga al niño, porque, en estado de vigilia, podía haber previsto ese resultado.

4.3 Naturaleza y posición sistemática de la Imprudencia

Dentro de las Teorías que adscriben la imprudencia y el dolo a la culpabilidad, existen diferencias sustanciales en cuanto a la naturaleza de la imprudencia y, por consiguiente, también respecto al papel que ésta juega en la culpabilidad. Tal como sucede con la concepción psicológica y normativa de la culpabilidad.

Otras posiciones doctrinales persiguen la búsqueda de los elementos que fundamentan la calificación de un hecho como doloso o imprudente en la acción, ya sea a través de las distintas teorías de la acción o por la vía de concebir la imprudencia como un momento omisivo.

Entre los autores que adscriben la imprudencia, como un elemento normativo de infracción del deber objetivo de cuidado al injusto, hay quienes circunscriben al tipo objetivo, al tipo subjetivo, al injusto, a la antijuricidad o a las causas de justificación.

4.4 Concepciones de la Imprudencia de naturaleza no normativa.

En general, *los autores que conciben la imprudencia como algo no normativo mantienen la concepción psicológica de la culpabilidad*⁸³, siendo la imprudencia culpa, *la segunda forma de culpabilidad*⁸⁴.

⁸³ MIR PUIG, “Derecho penal, Parte General”, p. p 467-451.

⁸⁴ MIR Puig Santiago, “Derecho Penal, Parte General” p. 467

Para la concepción psicológica de la culpabilidad, “la culpabilidad es aquella relación subjetiva del autor con el resultado antijurídico producido, a la cual se asocia la responsabilidad jurídica”.

Von Litz nos remarca la diferencia existente entre el concepto de culpabilidad en sentido estricto y el contenido material del concepto de culpabilidad, *radicando en el carácter asocial del autor, cognoscible por el acto cometido (conducta antisocial) como medio que permite otorgar a la culpa cualidad de forma de culpabilidad*⁸⁵.

Existen complejidades derivadas de esta percepción absolutamente subjetiva de la culpabilidad, para suponer de ella una imprudencia, “que se acredita insalvable en su modalidad de culpa consciente”. El entendimiento subjetivo de la culpabilidad como consciencia de lo injusto lleva a algunos autores a negar el carácter delictivo de la imprudencia por ausencia de culpabilidad o a entender que la culpabilidad de la culpa se convierte en responsabilidad objetiva.

4.4.1 Teoría Intelectualista; Imprudencia como vicio de la inteligencia.

Baldo entiende la culpa como defecto del conocimiento debido a un vicio de la inteligencia; posteriormente Decianus perfecciona este punto de vista realizando un paralelismo entre dolo e imprudencia, al primero le atribuye el carácter de vicio de la voluntad, mientras que la característica propia de la culpa descansa en un vicio de la inteligencia y memoria, sin embargo y pese al paso del tiempo, en la aplicación del derecho y la jurisprudencia, hasta épocas recientes, no se hace tal diferenciación, por lo que conviene hacer una breve referencia a la culpa de carácter cuyo origen se encuentra en Von Litz; para este autor, *el contenido material del concepto de culpabilidad radica en el “carácter asocial del autor”*⁸⁶.

⁸⁵ VON Liszt Franz, “*Tratado de Derecho Penal*” p. 132.

⁸⁶ QUINTANO Ripollés, “*Derecho penal de la culpa*”, p.p.235-254.

4.4.2 Teoría del Error. Imprudencia como error.

Constituye una teoría que se apoya en dos conceptos: *“que una falta en el saber ha de derivarse necesariamente en el error y; que tal error ha de ser evitable para trascender en lo penal”*.⁸⁷ Esta teoría afirma, del mismo modo que la imprudencia es un caso del error, es decir, de exclusión de dolo, basando la existencia o no de imprudencia en la evitabilidad o no del error”, Ferrer Sama análogamente distingue *entre error vencible e invencible como fundamento, respectivamente, de culpa o caso fortuito*⁸⁸. Esto último podrá ser una unión ya que el error, entendido en el sentido de los defensores tradicionales de la teoría, es un error en “la realización de la conducta”, mientras que para Sauer se trata *ya de un error subjetivo con salvedad, respecto a las actuales doctrinas de que se subsume todo el contenido de la imprudencia en el error “imprudencia es el conocimiento del injusto, cuando se debe conocer”*.

Quintano resalta la diferencia que existe entre apreciar la existencia de un error en la imprudencia y en la equiparación de imprudencia a error; *si entendemos que la imputación al agente se hace “no por causa de su error, sino a pesar de su error” lo que lo conduce a no asimilar culpa y error como habían pretendido los otros autores, con ello, nos dice también que censurar la teoría del error no quiere decir que no se reconozca su presencia en múltiples ocasiones, por no decir en todo caso, sino el hacer del error la naturaleza de la culpa*⁸⁹.

Quintano parte de una concepción del injusto que *no tiene en cuenta el desvalor de la acción, mientras que la actual doctrina mayoritaria trata la distinción entre dolo e imprudencia como un problema de tipo subjetivo. El error en la imprudencia lo es en la realización de la conducta, no en el conocimiento, es siempre en base a un actuar equivocado*⁹⁰.

⁸⁷ KOSTLIN Reinhold, *“Sistema de Derecho Penal Alemán”*, p. 165.

⁸⁸ FERRER Sama, *“El error”* p. 27

⁸⁹ QUINTANO Ripolles Antonio, *“Derecho penal de la culpa”* p. 186

⁹⁰ Op.cit.

Tendremos que distinguir cuando se actualiza una conducta lícita y cuando una figura culposa para lo cual es básico conocer la distinción entre error vencible y el error invencible.

El error culposo, se actualiza cuando se encuentra en el mismo una dosis de imprudencia o negligencia, sin las cuales no se habría realizado; lo cual implica un error que puede ser vencido por una atención más vigilante. Luego cuando el error no es absolutamente vencible con sagacidad mayor, no se podrá hablar de culpa en manera absoluta.

Para este concepto de vencibilidad, no es posible referirse al culpable, sino a un hombre medio lo cual nos señala el camino de un asunto todavía más delicado, como es el relativo a la ignorancia.

Es evidente que el error derivado de la falta de conocimiento es invencible, pues no hay una atención concentrada que, de las tinieblas de la ignorancia de una capacidad causal, pueda sacar la posibilidad de prever las consecuencias de nuestra conducta.

Pero si nos referimos a un criterio de término medio, es decir, a las nociones que debe poseer todo hombre para adaptarse a la vida social, llegaremos a poder suponer una culpa derivada de ignorancia, como forma de inferioridad social.

Frosali argumenta: *“La culpa y el error (sea o no vencible) son entidades distintas, pues la primera es un atributo de comportamiento que, como nota constante, indica una deficiencia en la vida social; culpa es una expresión sintética que designa el conjunto de elementos que la ley considera aptos para mostrar en el sujeto incapacidad social, alguna anormalidad especial, el no haber sabido hacer lo que debía y podía para que el daño no se realizara”*⁹¹. En cambio, la ignorancia y el error son estados configurables respecto a la actividad intelectual, por deformidad de una noción considerada como exacta, o por falta de esa noción, sin depender de un juicio ajeno de apreciación sobre la anormalidad y peligrosidad

⁹¹ FROSALI Raul Alberto, “El error en la teoría del derecho penal” p. 176

social que estos estados revelan. Para aclarar, el error excusable, no se refiere a un simple error de cálculo, respecto de las consecuencias de la propia acción, error que se encuentra siempre en el delito culposo, sino debe ser un elemento de hecho que recae necesariamente sobre la previsibilidad del resultado.

4.4.3 Teoría de la previsibilidad. Imprudencia como no previsión del resultado previsible.

En concepto formal de culpa en Von Liszt⁹² se centra en la previsibilidad del resultado: *“La culpa es la no previsión del resultado previsible en el momento en el que tuvo lugar la manifestación de la voluntad”*. Cabe destacar que esta teoría es recogida por la legislación vigente para el Estado de Michoacán de Ocampo que a la letra dice: *El delito es culposo cuando habiéndose previsto el resultado, se confió en que no se produciría; cuando no se previó siendo previsible*⁹³. De ello cabe decir que el error no es sólo un elemento “subjetivo” sino la propia esencia de la imprudencia. Negar que la previsibilidad constituye un núcleo fundamental de la imprudencia no significa, como ya puntualizamos en el caso del error, negar su valor en el examen del hecho imprudente. La previsibilidad de la lesión del bien jurídico no puede ser tratada de forma indiferenciada, como una abstracción, por lo que hay que distinguir entre previsibilidad objetiva *ex ante* y *ex post* y previsibilidad subjetiva. La previsibilidad es un elemento constitutivo del delito imprudente.

La doctora Mirenxu Corcoy Bidasolo en su tesis doctoral señala que *“la previsibilidad objetiva ex ante, es decir, la posibilidad advertida ex ante lesione un bien jurídico constituye un elemento esencial para poder afirmar que la conducta crea un peligro penalmente relevante”*⁹⁴. Jescheck por su parte comenta que *“la previsibilidad subjetiva se tendrá en cuenta ex ante en el ámbito del tipo subjetivo y en relación con el error que ha de existir, en el hecho imprudente, en la consciencia del autor sobre la efectiva peligrosidad de su conducta”*⁹⁵. Por último

⁹² VON LISZT Franz, *“Tratado de Derecho Penal II”*, p. 430.

⁹³ Artículo 7º del Código Penal para el Estado de Michoacán de Ocampo.

⁹⁴ CORCOY Bidasolo Mierntxu, *“El delito Imprudente”*, p. 19.

⁹⁵ JESCHECK, *“Tratado de Derecho Penal”*, p. 779.

la previsibilidad objetiva ex post forma parte del nivel de la imputación objetiva, por lo cual será analizada dentro del análisis de la relación del riesgo.

Fue acogida por el Derecho Romano bajo la frase “hay culpa por que aquello que no se previó aquello que con diligencia hubiera debido preverse.

Nicolinni observa que “*el hombre tiene razón previsoría de lo futuro y por lo tanto está obligado a calcular y prevé*”⁹⁶. Según Ortolan, “*dios para prever y discernir, de modo que la responsabilidad debe buscarse en el mal uso que hacemos de estas facultades cuando era posible servirse de ellas*”⁹⁷.

Carmignani habla de “*un hábito de la voluntad por el cual el agente no hace uso de su entendimiento para conocer los posibles efectos de sus acciones, contrarios a la ley*”⁹⁸. Rossi medía la culpa “*en razón directa de la posibilidad de que el suceso se verifique y de la facilidad que para preverlo tenía el agente*”⁹⁹. Carrara nos habló de una “*voluntaria omisión de diligencia para calcular las consecuencias posibles y previsibles de los propios hechos*”. Posteriormente en Alemania, bajo el pensamiento de la tercera escuela se unieron al concepto de culpa varios autores como Liszt define la culpa como “*la imprevisión del resultado previsible en el momento en que la voluntad se manifiesta*”¹⁰⁰. Mezger nos dice que “*para que se de esta figura, se requiere que el agente esté en posibilidad de prever la realización del resultado*”. Si el curso causal era de alguna manera extraordinario e imprevisible, entonces falta la causalidad adecuada y por ende, la punibilidad”. Carnelutti nos habla del caso fortuito admitiendo que “*la noción de previsibilidad se refiere a la distinción entre culpa y caso fortuito.*”

La escuela positivista se encuentra conforme cuando uno de sus máximos expositores Enrico Ferri nos dice: “*La culpa consiste, de modo innegable, en un estado de desatención y de imprudencia, y es un error excluir la previsibilidad del resultado de la noción de la culpa, para reducirla a causalidad voluntaria*”.

⁹⁶ NICOLINNI Nicola, “*Puntos de la Ley*” p. 186

⁹⁷ OTROLAN, “*Elementos del Derecho Penal*” p. 110

⁹⁸ CARMIGNANI, “*Elementos del Derecho Penal*”, p. 38

⁹⁹ ROSSI Pellegrino, “*Tratado de Derecho Penal*”, p. 275

¹⁰⁰ VON Liszt Franz, “*Tratado de Derecho Penal*”, p. 250

Battaglini nos dice que *“la imprudencia implica forzosamente la previsibilidad, pues de otra manera se llegaría a castigar el caso fortuito”*¹⁰¹. Antolisei acaba por reconocer que la previsibilidad en relación con la negligencia y la imprudencia, *“es el mejor guía” ya que sostiene que “la previsibilidad no puede constituir la esencia de la culpa, la cual, como forma de voluntad culpable, no debe ser una actitud del querer del sujeto, manifestado en la realidad”*¹⁰², ya que *“este querer” toma caracteres asociales, cuando pone en acción una conducta que puede preverse como nociva al derecho tutelado de los demás*. Arturo Rocco llegó a reconocer en actas legislativas que *“por regla general, el resultado general, tiene que ser al menos previsible, en materia de culpa, y de haber siempre la posibilidad de representarlo y preverlo, que es operación del entendimiento”*¹⁰³.

La jurisprudencia española no deja de tocar el tema relacionado con esta teoría al citar: *“La previsibilidad, es decir, la posibilidad de representarse el resultado como consecuencia de la propia conducta, es el elemento de la culpa en las formas de la negligencia y la imprudencia”*; y aún *“La imprevisión que constituye la culpa penal no puede subsistir sino de un modo relativo a cuando es previsible por la normalidad”*; y todavía más: *“la imprevisibilidad del resultado excluye la voluntad de omitir las precauciones debidas”*.

La previsibilidad suele estar adoptada en la legislación a través del derecho positivo, la culpa está constituida, hablando estrictamente de la inclusión del derecho positivo, no por la previsibilidad ni por la falta de previsión del resultado, sino por la imprudencia o negligencia, inobservancia de reglas específicas de la conducta que ha producido un resultado involuntario, posteriormente ya se habría que referir a la previsibilidad, lo cual demuestra que la previsibilidad del resultado es indispensable para la noción de la culpa. Cabe destacar que previsibilidad y previsión no son la misma cosa, la previsión se refiere a la imprevisión de lo previsible, que representa la esencia de la culpa no agravada; por lo tanto la

¹⁰¹ BATTAGLINI G., *“Derecho Penal, Parte General”*, p. 46

¹⁰² ANTOSILEI *“Manual de Derecho de Pena”* p. 429.

¹⁰³ ROCCO Arturo, *“El Objeto de la infracción”*, p.131.

posibilidad abstracta de prever está en función del elemento constitutivo y la previsión concreta, en función de la circunstancia agravante.

4.4.3.1 Representación y Previsión

Si en el dolo se habla de representación y en la culpa de previsión, se hará notar la diferencia entre una y otra.

Al respecto comenta Enrico Altavilla: *“la representación se reduce a la visión interior, no en el sentido de una avocación que haga surgir alguna percepción anterior, activando sus huellas mnemónicas, sino en un significado de fenómeno constructivo de un suceso posible, del que a veces se logra tener alguna visión interior; es un fenómeno imaginativo pero que se compone siempre de elementos ya percibidos, que no se reactivan mecánicamente, sino que se deforman y se transforman en la complejidad de la imagen”*¹⁰⁴. De la representación se origina un juicio sobre la posible derivación causal de un hecho que muestra una conducta; y este juicio es la sustancia de la previsión, de esta manera la previsión es algo más que la representación, porque no solo es un fenómeno de idea, sino un juicio de posibilidad, de probabilidad o de certeza acerca de una derivación causal, respecto a acciones particulares. Así mismo, la previsión es algo menos que la intención, que a ese juicio le agrega la convergencia volitiva que pone en acción nuestros movimientos musculares, para transformar la posibilidad en realidad; por lo tanto, el resultado no es simplemente previsto, sino querido.

4.4.3.2 Caso Fortuito y Previsibilidad

El desarrollo de los fenómenos obedece a leyes naturales para los que todo efecto, es consecuencia necesaria de sus causas. Por lo tanto, podemos decir que objetivamente no existe lo fortuito, pues lo que sucede tenía que suceder. Lo que pasa es que dichas leyes no son siempre conocidas por el hombre o por la mayor parte de los hombres y así se crea, en cuanto atañe al proceso causal, una diferencia entre lo conocido y lo desconocido.

¹⁰⁴ ALTAVILLA Enrico, *“Teoría subjetiva del delito”*, p. 112

Cuando no se conoce, ni puede conocerse, una relación causal, es evidente que no podemos abstenernos de una conducta peligrosa, pues no es posible prever sus consecuencias.

Rocco nos dice: *“La posibilidad, lo mismo que la probabilidad, tienen una existencia objetiva, un hecho, una realidad concreta, no un ente imaginario, ens imaginationis, o sea un non ens. Mas la posibilidad y la probabilidad, aunque tengan existencia objetiva, no se revelan por sí mismas: necesitan un proceso lógico derivado de nuestros conocimientos, lo cual implica un juicio relacionado con alguna futura producción causal, según aparezca posible, probable o cierta*¹⁰⁵. En esta parte es importante diferenciar. Dice Petrocelli: *“El peligro resulta constituido por un elemento objetivo y por un elemento subjetivo; uno es el factor causal, y como tal existe, bajo la influencia de condiciones idóneas, en el mundo exterior; el otro es el juicio que relaciona dicho factor con el resultado temido, al establecer la importante posibilidad de la producción de ese mismo resultado*¹⁰⁶”.

Es importante observar que la relación entre la existencia del peligro y el juicio acerca de éste puede referirse, tanto a una conducta genéricamente peligrosa, como a una conducta que cree un peligro concreto. Sentadas estas premisas, diremos que la previsibilidad necesariamente tiene que referirse a nuestros conocimientos y a los de la mayoría de los hombres, fuera de la cual ya hay que hablar de caso fortuito, que es, por lo tanto un fenómeno subjetivo, pero que se vuelve objetivo al referirse al criterio de la mayoría, y así, cuanto mayor sea la cultura o la experiencia de una época o de un hombre, tanto más estrecho se hace el ámbito de lo fortuito.

Por consiguiente, lo importante no es quien o que cosa han activado una serie causal; lo que interesa es el **estado de ignorancia justificable**.

El hombre puede concurrir a la producción del resultado, sin poder prever que este podrá derivarse de su propia conducta, pues no conoce ni podía conocer la ley física que crea la derivación causal.

¹⁰⁵ ROCCO Arturo, *“El Objeto de la infracción”*, p. 233

¹⁰⁶ PETROCELLI, *“La dirección jurídica italiana en la ciencia del Derecho Penal”* p. 426.

La ley penal se basa en criterios de término medio, y por lo tanto tenemos que referirnos a ese curso necesario de la vida civilizada, que paralizaría si cada acción hubiera de realizarse con todas las precauciones necesarias para impedir consecuencias excepcionales.

La vida civilizada requiere desenvuelta compostura, y muchas veces rapidez de movimientos; pero se estancaría en el más dañoso de los estatismos, si cualquier posibilidad lejana hiciera que nos abstuviéramos de obrar; por esto es necesario que el resultado nos parezca concretamente posible.

Cuando en un ordenamiento legal como bien puede ser un código penal se nos enuncian las órdenes o las normas entre los preceptos que pueden imponer alguna conducta especial, de cuya inobservancia se derive responsabilidad a título de culpa, se refiere a actividades especiales que requieren también modos de obrar excepcionalmente prudentes y diligentes, al referirse a resultados que, por ser excepcionales, es preciso prevenir; y si la orden tiende a evitar el resultado atípico, que una prudencia común no podría prever, solamente en el caso de que el resultado se produzca, habrá responsabilidad por culpa.

Ranieri contempla: *“El criterio del término medio, no puede, por consiguiente, ser seguido en situaciones especiales que imponen excepcional prudencia, por tener en sí mismas un peligro constante”*¹⁰⁷, que se derivan de las contingencias multiformes y raras, que hacen que se amplíen los criterios de lo previsible, restringiendo los de lo fortuito.

4.4.3.3 Objeto de la Previsibilidad

La previsibilidad no ha de entenderse en exclusiva relación con el resultado causado, sino con un criterio genérico de previsibilidad de la propia conducta, respecto a resultados homogéneos.

Lo que es importante resaltar, es que el delito culposo, lo mismo que las contravenciones, está generalmente constituido por una conducta que puede ser peligrosa, genéricamente, para un número indeterminado de personas,

¹⁰⁷ RANIERI, *“Causalidad en el Derecho Penal”* p. 122

transformándose en daño para una de ellas, con el concurso de un especial factor ocasional o concausal.

La teoría objetiva de la previsibilidad refiere al deber social de prever, en cuya violación hay delito culposo. La ley penal tiene que crear motivos de conducta en los asociados, estimulando alguna situación psicológica en la que la previsión aparezca, lo cual significa que hay que precisar cuándo se impone el deber de prever. Por esta razón se ha creado una teoría objetiva de la previsibilidad.

Rocco fue quien le dio a esta teoría una formulación más exacta que otros autores, *la previsibilidad del daño, según el juicio común, es decir, según la existencia de un juicio social de peligro, es lo que se requiere para la existencia de la culpa; no un juicio suyo acerca del peligro*¹⁰⁸. Santoro aclara más aún: *“La previsibilidad, en cuanto se refiere al sujeto agente, implica, no un juicio concreto que este haya formulado, sino la posibilidad de un juicio”*¹⁰⁹. Lo cual significa representatividad de un proceso causal.

La previsibilidad consiste en la posibilidad genérica de un hombre de mediana inteligencia y cultura, en determinado momento histórico, para prever el resultado como consecuencia de su propia conducta.

Para aclarar los dominios de lo que es previsible y a quien se le debe aplicar, hemos de referirnos, no a la capacidad previsora del imputado, sino a la que debería tener, dada su edad, su estado de salud, la clase social a la que se pertenece; así, no es exigible la misma conducta a una persona que vive en el medio rural respecto a su modo de actuar en base a la previsibilidad que si podría exigírsele a un individuo con cierta instrucción que vive en la ciudad y que puede exigírsele también a las personas que cohabitan con él en dicha ciudad y en su mismo ambiente.

¹⁰⁸ ROCCO Alfredo, *“El Objeto de la infracción”* p. 114.

¹⁰⁹ SANTORO Arturo, *“El Caso Fortuito”*, p. 10.

4.4.3.4 Atemperaciones subjetivas

Grispigni nos conduce a una solución justa cuando sostiene que *“es preciso referirse a la capacidad normal de prever que tiene la clase social o profesional a que uno pertenezca. Sin embargo, también es preciso que hay que tener en cuenta los factores psicológicos, es decir, la edad, las condiciones de salud y el sexo. Así mismo, también tenemos que examinar una atemperación al carácter absoluto del concepto de previsibilidad, que, por lo demás aunque se refiera a la normalidad media de los procesos psicológicos, no prescinde de alguna indagación individual, por ser un indiscutible presupuesto subjetivo”*¹¹⁰.

Para aclarar los dominios de lo que es previsible y a quien se le debe aplicar, hemos de referirnos, no a la capacidad previsor de del imputado, sino a la que debería tener, dada su edad, su estado de salud, la clase social a la que se pertenece; así, no es exigible la misma conducta a una persona que vive en el medio rural respecto a su modo de actuar en base a la previsibilidad que si podría exigírsele a un individuo con cierta instrucción que vive en la ciudad y que puede exigírsele también a las personas que cohabitan con él en dicha ciudad y en su mismo ambiente.

4.4.3.5 Categorías que imponen especiales criterios diferenciales

Algunos autores de hechos que podrían integrar delitos culposos, pueden carecer de madurez o de normalidad síquica o de normalidad síquica suficientes, lo cual hace que no nos quedemos dentro de los límites de una indagación sobre de inimputabilidad, sino que nos lleva a indagar acerca de los elementos síquicos, ya que a dichos individuos les falta la capacidad de prever las consecuencias de su propia conducta, y por lo tanto el resultado no es previsible, dada su personalidad síquica.

Así, se trata acerca de las categorías en que el criterio medio de la previsibilidad es variable.

¹¹⁰ ALTAVILLA Enrico, *“Teoría Subjetiva del Delito”*, p. 165.

4.4.3.5.1 Menores.

La ley establece normas idénticas para el delito doloso y el culposo en relación con la edad, de modo que a los catorce años ya uno es imputable, aunque la pena se disminuye, y a los dieciocho años se alcanza la imputabilidad plena. *Por esa razón hay que entender que la capacidad de discernir hay que entenderla en relación, no con el estado de salud mental, para que, aun respecto de los menores, sino con el estado de madurez. Y esto nos lleva a indagar si el desarrollo alcanzado por el menor era suficiente para darle esa previsibilidad media que presupone un desarrollo psicológico que lo haga capaz de prever*¹¹¹.

Dice Manzini: “no basta que se trate de un menor, capaz de derecho penal, para tenerlo como responsable de un delito culposo; también hay que comprobar si su edad permitía tener diligencia, prudencia, es decir, si su edad “le daba la capacidad de prever”¹¹². Y la Casación: “El juez, en tratándose de un hecho cometido por imprudencia o por negligencia, no puede omitir la averiguación, si la edad menor es tal que implique la diligencia y la prudencia correlativas”.

4.4.3.5.2 Enfermos Mentales.

También la exclusión de la capacidad de entender y de querer, y la imputabilidad, deben ser miradas, en materia culposa, con especial criterio. Manzini escribe: “No es preciso que se trate de enfermedad mental para eximir el hecho culposo, basta que se tenga una forma cualquiera de alteración síquica, aunque no se concrete en ninguna forma clínica, como la amnesia, la paragrafía, etc.”

4.4.3.5.3 Estados Emotivos y Pasionales.

Ninguna norma impide examinar si estos influyen sobre el elemento psíquico del delito, y por consiguiente sobre la previsibilidad en materia culposa. *Existen perturbaciones tan severas, que acaban con el proceso asociativo y no permiten seguir aquellas normas de diligencia o de prudencia que se inspiran en la*

¹¹¹ ALIMENA, “La Culpa”, pág 51

¹¹² MANZINI, “Tratado de Derecho Penal”, p. 665

*posibilidad de prever las consecuencias de la propia conducta*¹¹³. Mas adelante se entrará a un estudio más específico de lo que son estos estados, únicamente los introduje dentro del presente a manera de hacer mención de los mismos con objeto de que se encuadren en el tema.

4.4.3.5.4 Diferencias culturales.

La subjetivación del criterio de previsibilidad respecto a la profesión y a la preparación cultural, da lugar necesariamente a una superación de los criterios medios. El término medio implica un mínimo de previsión impuesta a cada hombre, pero si en un caso particular alguno supera ese término medio por su preparación cultural, su experiencia y su inteligencia, es evidente que hay derecho para exigirle a ese individuo que prevea lo que otro no sería capaz de prever.

4.4.3.6 El Elemento Psicológico de la Previsibilidad

*Al tratar la inimputabilidad de la culpa tenemos que referirnos a algún defecto de la voluntad*¹¹⁴ *o de la inteligencia*¹¹⁵.

La esencia de la culpa la hallaremos en un fenómeno puramente intelectual, y con más precisión, en una falta de pensamiento asociativo. Se prevé lo previsible, en cuanto meditamos sobre el modo como nuestra conducta se proyectará sobre el mundo externo produciendo fenómenos especiales, sin haber esforzado nuestros recuerdos.

Se habla sobre impericia e inobservancia de leyes, reglamentos y normas disciplinarias.

a) Inobservancia de un mandato. Cuando el resultado dañoso es consecuencia de la violación de una ley o de un reglamento, de una orden o de una norma, la conducta del trasgresor debe considerarse por sí misma antijurídica y culposa, ya que la ley, el reglamento, la orden y la norma disciplinaria se han dado

¹¹³ F. ALIMENA, "La Culpa en la Teoría del delito", p. 63

¹¹⁴ DEL GIUDICE, "El Delito Culposo", p. 72;

¹¹⁵ BIANCHEDI, "Derecho penal", p. 127

precisamente en previsión de la posibilidad de los años que impone su inobservancia.

El cálculo de previsibilidad funciona, a priori, por obra del legislador y no se le confía a posteriori a los jueces. Los reglamentos, las ordenes, las normas disciplinarias contienen en sí mismas el cálculo de la previsibilidad del resultado.

Vannini nos dice: “*Presunción de culpa significa que la acción contraria a la regla, disposición etc., es culposa aunque en ella falten, en un caso concreto, la imprudencia o la negligencia; pero no significa que ha de considerarse culposa aun y cuando se demuestre que precisamente las buenas reglas impusieron su ejecución*”¹¹⁶.

Mientras haya una conducta que viole un precepto que tienda a evitar un daño, y este sea causado, tendremos que examinar una *presumptio juris et de jure*, ya que, se repite, toda indagación se le ha adjudicado al legislador, al declarar peligrosa una conducta determinada; mas si esta fuera impuesta por determinadas circunstancias, valdrán todas las normas que no hacen punible una contravención, y podrán valer diversas eximentes pero en tal caso, la legitimación o la justificación de la conducta contravencional impondrá la averiguación de si hay otro elemento sobre el cual, se pueda apoyar alguna responsabilidad a titulo de culpa.

b) Impericia. Se ha observado que para la impericia no es posible ningún cálculo de previsibilidad, por estar constituida por una inferioridad técnica que no da la capacidad de prever. Aunque la habilidad no sea un deber, cuando se trata de operaciones para las cuales se requiere un arte técnico, una habilidad especial, el agente que no posea ese arte y esa habilidad, será responsable de culpa, pues no debería acometer cosas que no sabía hacer.

En la impericia encontramos una noción aparte, que, como ya lo observamos, entra en la de delito propio, en el sentido de que se trata de delitos que no puede cometer cualquiera, pues se requiere un presupuesto personal para ejercer

¹¹⁶ VANNINI, F. “*El juicio penal en ausencia y el derecho a la libertad durante el proceso desde las normas constitucionales*” p. 10

profesiones u oficios particulares para los que se necesita especial capacidad técnica. Por lo consiguiente, la indagación es esencialmente distinta; mientras en los demás casos uno es responsable por no haber previsto lo que podía preverse, en la impericia uno es culpable por ejercer una profesión o un oficio, sin tener la capacidad de prever lo que la preparación media de un profesional debería hacer previsible.

La ley exige que cada hombre se esfuerce en medir sus propias fuerzas, su propia preparación técnica, y que limite su propia actividad a lo que sepa hacer; de donde se deriva una previsibilidad genérica que va más allá de dicha capacidad.

La única teoría que le da a la punibilidad del delito culposo un fundamento justo, y que obedece a un fin de defensa social, es la teoría de la previsibilidad por dos motivos importantes a saber:

a) Permite atenuar las exageraciones de la teoría de la causalidad eficiente, que lleva a las más absurdas e inicuas decisiones.

b) Es la única que admite indagaciones sobre la peligrosidad, entendiéndola más que una anti socialidad, es decir, como inferioridad para un especial deber social. En un hombre medio se presupone el conocimiento de determinados desarrollos causales, y de ese conocimiento se deriva la posibilidad de prever las consecuencias dañosas o peligrosas de determinada conducta; cuando esta capacidad no funciona, el hombre se muestra incapaz para sus deberes sociales y, es por tanto, peligroso.

4.5 Imprudencia de naturaleza meramente normativa.

El catedrático Santiago Mir Puig señala que *“el carácter normativo de la imprudencia determina la situación de la concepción psicológica de la culpabilidad por una concepción normativa de la culpabilidad”*.¹¹⁷

En la imprudencia, el momento de deber, propio de toda concepción normativa, se entiende constituido, para la doctrina mayoritaria, por la infracción del deber de

¹¹⁷ MIR PUIG, *“Derecho Penal, Parte General”* Pp. 225-228 y pp. 468-469

*cuidado*¹¹⁸. La esencia de la imprudencia es, por tanto, la infracción del deber objetivo de cuidado o mejor, la infracción de una norma de cuidado. Precisamente al análisis del contenido y determinación de la norma de cuidado y de su infracción dedicaremos esta parte del trabajo; para llevarlo a cabo, creo conveniente empezar por una sucinta relación de los avatares sufridos por el elemento normativo del delito imprudente, el deber objetivo de cuidado, en la doctrina y en la jurisprudencia penal.

4.5.1 Incumplimiento de Leyes, Reglamentos, Órdenes y Normas.

En el artículo séptimo de Código Penal para el Estado de Michoacán de Ocampo se señala que “*el delito culposo puede provenir de una ley, de un reglamento, de una orden o de una norma, al decir que siendo previsible el resultado no se previó*”¹¹⁹, es decir que nos remite a dichos ordenamientos jurídicos en los cuales encontramos normas de comportamiento que se deben de vigilar para no poner en riesgo el bien protegido por la ley, es clara la referencia a preceptos contenidos en otras normas. Las leyes y los reglamentos tienen un número de destinatarios mucho más grande que las órdenes y las normas, pero todos se dirigen a especiales categorías de personas o individuos determinados, ya que solo en abstracto la ley obra *erga omnes*, pues en concreto se dirige a sujetos particulares.

Aquí se habla de ley en su significado más amplio, incluyendo las leyes formales que comprenden toda manifestación de voluntad del Estado que tenga por contenido una norma jurídica y emanada de los organismos constitucionalmente encargados de las funciones legislativas, y las leyes sustanciales o delegadas, que tienen la misma eficacia que las formales, aunque no procedan de organismos legislativos.

La ley puede ser civil, administrativa y penal. En cuanto a la ley civil y a la administrativa, sin duda alguna tiene mucho mayor importancia esta última, por ser la que reglamenta modos de obrar que pueden ser peligrosos. La violación de

¹¹⁸ QUINTANO Ripollés, “*Derecho Penal de la Culpa*”, p. 266

¹¹⁹ Artículo 7º Código Penal para el Estado de Michoacán de Ocampo.

simples disposiciones administrativas, reglamentos de sanidad, reglamentos de ayuntamiento, puede desembocar en sanciones penales por ser una desobediencia a algún acto de la autoridad.

4.5.2 Reglamentos

Algunos identifican los reglamentos con las leyes sustanciales, y los dividen en dos categorías básicas:

- a) De Ejecución, dirigidos a dictar las normas necesarias para la ejecución de leyes formales.
- b) Autónomos e independientes, que constituyen una autodisciplina del poder discrecional del Estado, en su función administrativa, y en las entidades públicas subalternas.

A los reglamentos se aproximan las llamadas instrucciones, que regulan determinados servicios; de modo que uno puede incurrir en culpa por haber violado alguna instrucción la persona que no haya acatado alguna de ellas.

4.5.3 Ordenes

Constituyen el medio para ejercer una actividad administrativa, basándose en normas que imponen actividades vinculadas o que conducen facultades discrecionales. Como no se pueden crear normas estables que deriven de condiciones normales de vida, que permitan la promulgación de mandatos duraderos, el Estado les confía a las autoridades públicas, o a algunos particulares, la facultad de dirigir la conducta ajena, impartiendo disposiciones especiales.

Así nos encontramos, ante todo, con aquellas actividades policiales que se despliegan limitando o reglamentando la actividad de los individuos, para poder evitar que esta ocasione determinados daños y por consiguiente, dichas actividades policiales contienen un mandato que es dado por una autoridad desplegada por el Estado para impartir órdenes.

Las necesidades de convivencia civil crean particulares jerarquías, que pueden darles a algunos funcionarios públicos y a personas particulares la facultad de reglamentar la conducta de sus dependientes. La orden, podrá dirigirse a todos los ciudadanos, y entonces habrá ordenanza; pero también puede haber ordenes de policía o de servicio, que reglamenten tan solo una rama de las actividades individuales y sociales, y que, cualesquiera que sean las fuentes de donde proceden, tengan eficacia coactiva.

Por último, la orden puede darse a una persona, sobre la cual se tiene el poder de dirección y vigilancia, en cuyo caso, con la responsabilidad del dependiente, puede concurrir la del que impartió la orden, si no ha vigilado para que se cumpliera.

4.5.4 Normas disciplinarias

Así se llaman aquellas normas disciplinarias que dan al jefe o a la dirección de una administración pública o privada, para el funcionamiento regular de ella. No son, por lo tanto, ordenes específicas dirigidas a determinada persona o alguna colectividad, por exigencias especiales, sino reglas generales de conducta para todos, con el fin de obtener un modo de obrar que se hace obligatorio en determinadas circunstancias.

4.6 El deber de cuidado como elemento de la culpabilidad.

Para la constatación de la culpabilidad, es esencial la infracción del cuidado subjetivo. Este requisito se fundamenta en que el Derecho penal, para la evitación de un resultado lesivo, exige del hombre todo el esfuerzo de su poder individual, pero no más. El examen de la culpabilidad se realiza en dos niveles: 1) La infracción del cuidado objetivo, cuidado general exigido; y 2) adicionalmente, la infracción del cuidado exigible al autor. *La infracción de este cuidado, no implica de entrada que el autor sea culpable, se ha de examinar, en un segundo nivel, si el autor bajo especial consideración de sus circunstancias individuales, subjetivas, ha desatendido el cuidado personal que le correspondía y en el supuesto en el que el autor, en la medida de sus circunstancias personales, no haya lesionado el*

*cuidado subjetivo, queda libre de reproche. Así las cosas, en este doble aspecto puede limitar la responsabilidad del autor y no ampliarla.*¹²⁰ Conviene analizar el siguiente concepto de culpa: Acciones y omisiones voluntarias no maliciosas, penadas por la ley y perpetradas sin malicia, pero sin la debida diligencia, así pues, se deduce que la esencia del caso fortuito es la debida diligencia y la de imprudencia es obrar “sin la debida diligencia” y la de la debida imprudencia es obrar “sin la debida diligencia”. La condición normativa que ello otorga a la culpa determina su inclusión en el elemento normativo de la culpabilidad. La realización del resultado será típica tanto cuando éste se origina a través de la infracción como de la observancia del cuidado: una acción cuidadosa que causa un resultado es antijurídica aunque no sea culpable.

4.7 El deber de cuidado como elemento de la antijuricidad

Esta sitúa la lesión del cuidado en el ámbito del injusto. La concepción del injusto que aquí se mantiene conlleva la consideración, como esencia de la imprudencia, del momento normativo de la infracción de la norma de cuidado. Esta infracción o lesión del cuidado objetivo, como contenido del desvalor de la acción constituye el núcleo del tipo de injusto imprudente.

Schunemann, por su parte, *“considera que la infracción del cuidado debido, concebida como elemento esencial del tipo imprudente, es el medio más adecuado para evitar la aplicación de la responsabilidad objetiva y el versare in re illicita en las realizaciones típicas imprudentes”*¹²¹.

4.8 El deber objetivo de cuidado como causa de justificación.

Es importante señalar que dentro de la línea normativa, se sitúa la infracción de la norma de cuidado en el nivel de la justificación. Rodríguez Muñoz¹²² *“considera adecuado el criterio de que la causación del resultado como indicio de antijuricidad, pero no obstante, los daños no serán antijurídicos para el Derecho civil si la conducta es correcta según el curso causal. La adecuación al curso*

¹²⁰ TORIO López Angel, *“Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”*, 1974, tomo 42, 1989 pp. 51-52

¹²¹ SCHUNEMANN Bernd, *“Sistema Moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales”*, Ed. B de F, 1975

¹²² RODRÍQUEZ Muñoz, *“Notas al tratado de Mezger”*, 3ª. Ed. Española, tomo II, p. 39

*causal, tiene eficacia como causa de justificación en virtud del criterio de la unidad del ordenamiento jurídico*¹²³.

Rodríguez Muñoz llega a su concepción del deber de cuidado *“como causa de justificación a partir de una interpretación, identificando el caso fortuito con el cumplimiento del deber objetivo de cuidado. El cuidado objetivo, como causa de justificación, lleva consigo una concepción de la tipicidad como puro desvalor del resultado, junto con un entendimiento de la justificación como permisión de una conducta prohibida”*.

*“Es importante aclarar que el cuidado no es una acción*¹²⁴, *sino algo que se predica de una acción”*. Por lo que, consecuentemente, el incumplimiento del cuidado no puede verse nunca como no realización de una acción. *“En tanto el cuidado no es una acción está siempre en situación de dependencia de un hacer, con lo que la omisión, de existir, “sería en todo dependiente del hacer”*¹²⁵. *La confusión entre imprudencia y omisión es consecuencia, en muchos casos, de que se defienda un concepto de omisión como “no realización de la conducta debida”*¹²⁶ *o en otros, de concebir la omisión como un “hacer distinto”*¹²⁷. Silva advierte el hecho de que la infracción se produce, en todo caso comisión u omisión *“por la realización de algo distinto a lo deseado por la norma”, a lo que se puede añadir: “tanto en los supuestos dolosos como imprudentes”*.

“La única forma no tener como resultado una interpretación equívoca entre la omisión y la infracción de la norma de cuidado, como momento omisivo de la imprudencia, surge cuando se parte de un concepto de omisión con un contenido material distinto de la comisión y, en consecuencia, no identificable con la imprudencia, sino relacionado directamente con el tipo”.¹²⁸ *Un concepto así solo puede obtenerse de la tipicidad, es decir, entendida la omisión como una de las*

¹²³ RODRÍQUEZ Muñoz, “Notas al tratado de Mezger”, p. 39.

¹²⁴ BINAVICE “Los Cuatro Momentos”, p.48,

¹²⁵ SILVA Sánchez, “El delito de omisión”, p.105

¹²⁶ SILVA Sánchez, “El delito de omisión”, p.148

¹²⁷ SILVA Sánchez, “El delito de omisión”, p.135

¹²⁸ BINAVICE, “Los Cuatro Momentos”, pp.43-48

*formas de realización típica*¹²⁹. Silva fundamenta un concepto de omisión, desde una perspectiva material, como “no realización de una pretensión positiva de salvaguarda del bien jurídico en peligro”, “Lo esencial del concepto de omisión, lo que permite distinguirlo del de comisión, se halla en el diferente contenido prescriptivo subyacente a uno y otro. *Lo decisivo es el contenido del “deber” concreto individual: la naturaleza de la pretensión de prestación activa de la salvaguarda de un bien jurídico; en la comisión, una pretensión de las esferas de libertad ajena*”¹³⁰.

Para Binding, “*las prohibiciones no sólo prescriben la no realización de determinadas acciones. Al contrario, a menudo, sobre la base de que se actúa, prescriben la realización de acciones en determinada forma (son mandatos de actuar de modo determinado, cuidadoso)*”¹³¹. Los mandatos, propiamente dichos, en cambio, ordenan simplemente actuar, sin más.

4.8.1 Causas que influyen en elemento psíquico, en la imputabilidad y en la antijuricidad.

Existen diversos factores que actualizan las circunstancias motivo por el cual puede cambiarse también el curso causal de los hechos y con ello la determinación de la sanción en relación a la culpabilidad y que también han sido recogidas por las causas excluyentes de incriminación.

4.8.1.1 Caso Fortuito y Fuerza Mayor.

Ambos fenómenos tienen carácter de inevitabilidad, respecto al resultado que se haya ocasionado; en el caso fortuito, ese requisito se deriva de la imprevisibilidad del resultado, o sea, de un fenómeno intelectual; y en la fuerza mayor, de la “irresistibilidad” de él, es decir, de una impotencia causal (positiva o negativa). Pero los caracteres que los distinguen son los siguientes:

a) El caso fortuito es un fenómeno que obra directamente en el mundo físico, ocasionando un resultado, aunque sea sirviéndose de la actividad inconsciente del

¹²⁹ SILVA Sánchez, “*El delito de omisión*”, p. 143

¹³⁰ Ibidem

¹³¹ BINDING, “*Las Normas*”, p.p. 109-110

hombre; en cambio, se hablará de fuerza mayor cuando la voluntad humana se doblega a realizar una acción (positiva o negativa).

El caso fortuito, obra pues, fuera de la voluntad humana y la fuerza mayor la domina; en ambos casos el daño es irresistible.

b) en el caso fortuito tiene carácter de imprevisibilidad como ya lo he mencionado con anterioridad; el hombre puede ser instrumento inconsciente; por ejemplo, cuando una persona se lesiona siendo objeto de caso fortuito por desenvolver la toma de una corriente sin saber que la humedad había corroído la cinta aislante.

El caso fortuito y la fuerza mayor tienen gran importancia en el estudio del delito culposo, ya que la teoría de la **previsibilidad**¹³² es parte fundamental de la misma y se refleja en el contenido del artículo 7 del Código Penal para el estado de Michoacán de Ocampo.

De ahí que, cuando un suceso tiene características tales que haya que considerarlo como fortuito, es evidente que no podía ser previsto por la diligencia humana media, y por consiguiente no puede originar responsabilidad a título de culpa.

4.8.1.2 Coacción Física

La coacción física tiene una base común con la fuerza mayor; solamente que, en vez de derivarse de un hecho natural, tiene origen en la violencia de un hombre que pone a otro en imposibilidad física de obrar.

No puede considerarse negligente, imprudente, inobservante de un precepto, el que se ve obligado por fuerza a obrar de manera determinada, porque su autonomía física es suprimida y sus músculos son dirigidos a la voluntad ajena.

Hay quien dude que en la impericia pueda hablarse de coacción física, pero es evidente que si uno es obligado a hacer aquello que no es capaz, aunque tenga consciencia plena de esa inferioridad suya, no puede imputársele nada, pues

¹³² Artículo 7º del Código Penal para el Estado de Michoacán de Ocampo

carece de posibilidad para contender la conducta dentro de los límites de su propia capacidad técnica.

4.8.1.3 Ignorancia y Error

Ignorancia es la falta de conocimiento de la realidad; y un error es un conocimiento inexacto. La ignorancia excluye normalmente la responsabilidad, porque no es posible hacer que la propia atención converja a esclarecer lo que se ignora; pero si puede hablarse de responsabilidad cuando se tenía el deber de prepararse culturalmente para conocer lo que se ignoraba.

Por regla general, la ignorancia debe referirse siempre al conocimiento medio, pues no puede eliminar la responsabilidad la burda ignorancia de un proceso fenoménico que la mayoría conoce.

El error puede viciar nuestro proceso intelectual, del que brota alguna de nuestras decisiones y su consiguiente proceso ejecutivo. Carnelutti nos dice que *“hay que hablar de inhabilidad y no de error, pues éste debe limitarse únicamente a la falta de conocimientos; y en realidad, aunque comprendamos la utilidad”*, reconocida por Frosali¹³³ y por Penso¹³⁴, de *“incluir también en el concepto de error la ejecución no conforme con la volición, tenemos que reconocer la profunda diferencia que existe entre el error, fenómeno intelectual, y la inhabilidad, incapacidad ejecutiva”*. Téngase presente que el error en la ejecución puede depender de un adiestramiento insuficiente (en ese caso, quedaremos siempre dentro de los límites de la culpa por impericia), o de un fenómeno fisiológico.

Frosali¹³⁵ nos dice que *“la culpa y el error son entidades distintas, porque la primera es un atributo del comportamiento y como nota constante, indica una deficiencia de la vida social. El error y la ignorancia, en cambio, son estados que se configuran respecto a la actividad intelectual, en disconformidad con la noción que se considera exacta, o cuando esta noción no existe”*.

¹³³ FROSALI, “El error en la teoría del derecho penal” , p. 11

¹³⁴ PENSO, “La Ignorancia en el error en el derecho penal”. p. 290.

¹³⁵ FROSALI, “El error en la teoría del derecho penal” p 249.

En la formación del proceso intelectual que ha ocasionado el error, se revelan imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o normas disciplinarias.

4.8.1.4 Conducta que viola intencionalmente un precepto penal y que ocasiona un resultado distinto del que se buscaba.

a) *Error Delicti*: Si por error en el uso de los medios de ejecución, o por otra causa, se ocasiona un resultado distinto del que buscaba, el culpable responderá, a título de culpa, del resultado involuntario, cuando el hecho está previsto por la ley como delito culposo. Y si el culpable ocasionare también el resultado voluntario, se aplicarán las normas sobre concurso de delitos. Una acción puede contravenir contemporáneamente a dos normas: una que prohíbe las actividades tendientes a violar el derecho ajeno, y otra que tiende a obrar de modo que no se cree ningún peligro, aun queriéndolo. Un ejemplo palpable de esta situación se refleja en el hipotético siguiente: Los disparos de arma de fuego están prohibidos, no solo por ser medio de intimidación, sino también porque crean peligros para la integridad física ajena; por consiguiente, si uno, por amenazar, dispara en un sitio concurrido, responderá a título de dolo, mas, por no cuidarse del posible daño ajeno, descuido por el cual se hiere o se mata a alguien, aunque no se quiera ese resultado, se responderá a título de culpa. No se le atribuye a la ley el precepto de amenazar sin hacer correr peligros a otros, sino que en la acción realizada vemos la violación de dos preceptos: el de no intimidar y el de no hacer correr peligro a la salud ajena. De esta forma se entiende que se trata de verdadera culpa y no un caso de responsabilidad objetiva, porque en la violación intencional de la ley se revela una conducta imprudente en sus relaciones con otros.

La culpa puede derivarse de la violación de cualquier ley, “aun penal”, cuando, por las modalidades de la ejecución, dicha violación es en sí misma un peligro para otros derechos protegidos; pero en ese caso no le consciente al juez indagar si la conducta fue imprudente; negligente o imperita, porque la ley presume que dicha conducta tiene en sí capacidad causal para excederse en otro daño, que estaba fuera de la intención del agente.

b) *Error ictus*. Respecto a la persona ofendida por error, el hecho no puede ser sino culposo o fortuito, según sea o no previsible que otro podía ser el ofendido, sin embargo, la ley no nos presenta esos casos de previsibilidad presunta, pero lo anterior no tiene utilidad práctica de que en una u otra hipótesis no se admite ninguna indagación acerca del elemento síquico respecto al resultado no querido.

Así podemos adherirnos también al pensamiento de los que en el error ictus, con doble resultado, ven una forma de delito preterintencional, en el sentido de que, en vez de tenerse un resultado mayor, se tiene un resultado doble, es decir, un cuantitativo mayor que reemplaza al cualitativo.

Frosali nos dice que *“no falta cierta ligadura psicológica entre el autor y el segundo resultado, que está evidentemente constituido por la intencionalidad del primero, pues esta ha dado el impulso voluntario a la acción única de donde han procedido entrambos resultados”*¹³⁶. Esto nos lleva a excluir que se pueda hablar de responsabilidad objetiva, pero no podrá hacernos creer que, sea producido intencionalmente, sea derivado de una conducta intencionalmente puesta en acción, un resultado mayor y distinto, respecto al sujeto pasivo, aunque exista algún nexo psicológico, tendrá que ser siempre culposo, por no haber adecuado la propia conducta o no haberla dirigido exactamente, errando así en la dirección o en la medida.

4.8.1.5 Causas de Legitimación y Justificación

A veces la conducta humana se realiza conforme a derecho y hay que hablar sobre causas de legitimación o bien otras veces es simplemente tolerada, por necesidad de política criminal, y entonces se habla sobre causas de justificación.

La conducta de legítima defensa y estado de necesidad ni son punibles, pues no constituyen delito, por falta de elementos integrantes, no por estar legitimadas o justificadas. Para que pueda hablarse de delito culposo es necesario que concurren cualquiera de sus elementos subjetivos como la impericia, la inobservancia, o la negligencia, solo cuando se haya comprobado que el delito es

¹³⁶ FROSALI, *“El error en la teoría del derecho penal”*, p. 13.

culposo podrá examinar si concurre alguna causa de legitimación o justificación. Es preciso saber y comprobar, si la conducta ha permanecido dentro de los límites impuestos por el ejercicio del derecho, y por el cumplimiento del deber o por el estado de necesidad. Es evidente que quien ejerce un derecho o cumple el deber derivado de alguna orden de autoridad pública, no podrá en ningún caso ser considerado imprudente, porque ese comportamiento era impuesto, y como tal no puede considerársele imprudente; de modo que desaparece el elemento constitutivo de la culpa. Delitala nos dice que *“El elemento de la culpa consiste en violar una norma prudencial, impuesta por la experiencia común o sancionada preventivamente por el legislador mismo. Mas, la acción necesitada no puede ser tenida por imprudente o imperita, pues habría entonces una contradicción inadmisibile”*. Si eventualmente hubiera alguna exorbitancia, respecto a la proporción impuesta por la necesidad, entonces la conducta se haría ilícita y nos hallaríamos dentro de los dominios del exceso culposo. Es natural que, al tratarse de un exceso en un delito culposo, el juez deberá tener presente esta situación al conmensurar la pena, pues ciertamente se revela menor peligrosidad que la del que obra de manera desproporcionada en una conducta encaminada a ocasionar el resultado.

En el Estado de Michoacán estas causas excluyentes de incriminación se encuentran contenidas en el artículo 12 del Código Penal¹³⁷ y las enlista en fracciones diversas.

4.8.1.6 Consentimiento del titular del derecho

La doctrina ha examinado el concurso de culpas y el consentimiento del titular del derecho con idénticos criterios jurídicos; por nuestra parte, creemos que hay que distinguir, porque si a veces el concurso implica consentimiento, en otras prescinde de él. En materia culposa, el consentimiento debe referirse a la conducta, no al resultado.

¹³⁷ Artículo 12 del Código Penal para el Estado de Michoacán de Ocampo.

El derecho penal admite concurso, no compensación de culpas. Y cuando la culpa de la víctima interrumpe el nexo de causalidad y es la sola causa suficiente del resultado, no habrá ninguna responsabilidad por no haber causa concurrente. El concurso del sujeto pasivo únicamente podrá tener importancia a la medida del resarcimiento del daño. Pero examinemos el caso de que haya habido consentimiento efectivo sin que pueda hablarse de participación.

El consentimiento debe referirse, naturalmente, al ponerse en estado de peligro, no a ocasionar una lesión, pues de este modo estaríamos tratando de delito voluntario; como la vida y la integridad física no son bienes renunciables, el consentimiento no elimina la antijuricidad del hecho, aunque puede tenerse en cuenta en la medida de la pena y el resarcimiento de los daños.

En el caso de la lesión culposa como el contagio por enfermedades venéreas se integra una forma típica de culpa con previsión. Sin embargo debe de analizarse cuando el sujeto pasivo tiene conocimiento de la misma auto colocándose en estado de peligro estando consciente del peligro que corre y en dicho caso analizar también si el activo sería responsable de lesiones culposas.

La Casación de España ha opinado que cuando se ocasiona contagio blenorragico que constituye enfermedad grave, se debe responder de lesiones culposas; y por lo tanto, a pesar del dudoso concepto del legislador, opinamos que ha de llegarse a idénticas conclusiones respecto al contagio sin ocultación.

En efecto, una vez establecido el principio general de que la integridad física representa un bien irrenunciable, sería absurdo admitir esa renunciación precisamente tratándose de una lesión que representa un daño para el individuo y un peligro para la estirpe. Concluimos así que el consentimiento sirve para diferenciar la lesión culposa, del delito de contagio.

4.9 Naturaleza de la norma de cuidado

La norma de cuidado, como elemento integrante del tipo imprudente, es una norma de determinación que persigue la evitación de lesiones de bienes jurídicos como señala Santiago Mir Puig *“motivando a los ciudadanos a no realizar conductas constitutivas de delitos”*¹³⁸.

La norma se conforma de acuerdo con el cuidado general exigible para evitar *“la realización de conductas que crean o incrementan riesgos de forma plenamente relevante o la “no realización de una prestación positiva estimada ex ante como necesaria para la salvaguarda de un bien jurídico”*¹³⁹.

*“El autor tiene que querer las causas de la aparición del tipo antijurídico”*¹⁴⁰, estas causas forman parte de la realización voluntaria del autor. Éste quiere la causa del resultado antijurídico pero no el resultado como tal. *“El resultado sólo es voluntario en tanto ha sido causado por una acción causal voluntaria”*. La diferencia entre el delito doloso e imprudente no estriba en la voluntad, que juega el mismo papel en ambos, sino en el conocimiento¹⁴¹.

La respuesta a la forma en que se motiva la voluntad en la imprudencia es buscada por Binding en la estructura de la norma. Para este autor, en toda norma existe un imperativo independiente que consiste en un “esfuerzo del poder mental” que contiene siempre un deber de atención junto a todos los deberes singulares fundamentados por la norma. *En el supuesto en que el autor cumpla el imperativo del esfuerzo de poder mental y aun así actúa, realiza el tipo objetivo antijurídico dolosamente. Si por el contrario, no cumple el imperativo de forzar el poder del pensamiento, antes o durante la realización del hecho, no emplea la “plena capacidad de acción” y desconoce la realización de la prohibición, realiza el tipo antijurídico imprudente, siempre que el desconocimiento no fuera inevitable*¹⁴².

¹³⁸ MIR Puig, *“Derecho Penal, Parte General”*, p. 107

¹³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *“El delito de omisión”*, p. 158

¹⁴⁰ BINDING, *“La Norma”*, p. 364

¹⁴¹ Ob cit. 314

¹⁴² Ob cit, p. 244

Esta construcción conduce a afirmar que la imprudencia es esencialmente un error.

Engisch hace suyo el pensamiento de Binding y lo conecta con el cuidado objetivo exigido. *El abandono de la atención externa del cuidado significa siempre que la conducta es adecuada causalmente, la adecuación depende de la desatención del cuidado exigido*¹⁴³. La norma del homicidio es lesionada por quien realiza una acción peligrosa para la vida, por quien habiendo causado un peligro para la vida de otro no hace nada por evitarlo y por quien no cumple el deber jurídico de atención. *La imprudencia es esencialmente, según esta construcción, infracción del deber subjetivo de cuidado.*¹⁴⁴ Engisch, al advertirlo, busca la solución de la eficacia motivadora del deber objetivo de cuidado atendiendo a la relación entre norma y capacidad del autor. El cuidado viene determinado por la circunstancia objetiva pero las cualidades personales del autor, juega un papel esencial en la concreción del deber objetivo de cuidado. El poder del autor determina la norma y el poder que cada hombre debe decidir cómo comportarse. El cuidado exigible en el caso concreto, desde el punto de vista de las normas jurídicas (como las lesiones o el homicidio imprudente) no es el contenido de un “deber” cuya no realización produce responsabilidad, sino solamente una “condición bajo la cual ha de realizarse la conducta”.

4.10 Fundamentación de la doctrina de la acción final.

Armin Kaufmann pretendió comprender la norma de los delitos imprudentes desde un prisma finalista. En opinión de Kaufmann, *“la prohibición solo es acorde con la lesión o el peligro doloso para un bien jurídico, o también con un actuar peligroso abstractamente”*. Parte de la orientación doctrinal de Binding y Engisch, pero se desvía en el sentido de que, en su concepción la norma imprudente necesita un tratamiento independiente de la dolosa. Las normas en el delito imprudente, son distintas en cada caso. Si un sujeto cuidadoso, capaz de cuidado, actúa descuidadamente, se da la infracción del imperativo, en tanto que si un sujeto

¹⁴³ ENGISCH, “*Estudios sobre la Intención*”, pp. 238

¹⁴⁴ KAUFMANN Armin, “*Nociones de Derecho Penal*”, pp. 114-117

incapaz de cuidado realiza una acción para él prohibida existe la infracción de una prohibición. Solamente un sujeto capaz de cuidado puede realizar una omisión pues *“quien no es capaz de adecuar la actividad al imperativo de cuidado, no omite el cuidado”*¹⁴⁵. El imperativo presupone la posibilidad de actuar para tener eficacia obligando. La prohibición obliga a omitir el actuar, pues omitir pueden todos: *“A los ciegos, los tontos, los sordomudos, los incapaces de conducir les están prohibidas muchas cosas que para otros no lo están”*¹⁴⁶. Lo que está prohibido es crear peligros relevantes y cada persona lo crea de distinta forma.

La norma origina un objetivo concreto deber jurídico, cuya lesión ha de evitar el sujeto actuante. El deber jurídico ha de distinguirse de la norma. La norma es un deber general, fuera del tiempo para todos. *“El deber jurídico es ese deber para ese determinado autor en un determinado momento”*¹⁴⁷.

El deber de cuidado es un deber intelectual general, no orientado de forma inmediata al ordenamiento. La existencia de normas regladas, reglas técnicas (que pueden ser legales, de costumbre, de uso, etc.) de la vida social está en el origen del deber de cuidado y es por ello una condición implícita común y esencial de toda norma jurídica. El deber jurídico es deber adicional de todo deber jurídico, y ordena: *“Tú tienes que cumplir las reglas lógicas de pensamiento para tener conocimiento del significado objetivo actual de la acción proyectada”*.

En la imprudencia se infringe la norma de cuidado general y la acción es injusto cuando la forma de conducta emprendida y realizada conduce, como consecuencia de la lesión del cuidado, a la realización no querida ni conocida de un resultado penalmente relevante. En el delito doloso, también se infringe el deber de cuidado, aun cuando éste tenga otro contenido, el término “cuidado” no es adecuado para definir una conducta de la cual se conoce su exacta peligrosidad y, en consecuencia, no se le trate como tal. En el delito imprudente, se obliga al sujeto a conocer exactamente las consecuencias de su conducta. En

¹⁴⁵ KAUFMANN Armin, *“Nociones de Derecho Penal”* pp. 109

¹⁴⁶ Ob cit p. 173

¹⁴⁷ BINAVICE, *“Los Cuatro Momentos”*, pp. 126-131.

el delito doloso, se lo obliga a desistir de realizar aquella conducta, de la cual el sujeto ya conoce el efectivo peligro que entraña.

Cada uno de los tipos imprudentes responde a una norma de cuidado que abarca todas las posibles conductas capaces de crear un riesgo no permitido de lesión de un determinado bien jurídico. Esta norma de cuidado tiene carácter general frente a todos los sujetos y en cualquier circunstancia. El riesgo será no permitido, o dicho de otro modo, típicamente relevante, cuando sea adecuado para causar la lesión de aquel determinado bien jurídico y fuese “posible” y exigible” al sujeto su evitación. *La calificación de un riesgo como típicamente relevante es fruto de un juicio de imputación a través del cual se atribuye a una conducta humana el carácter de realización de un tipo*¹⁴⁸. Para poder realizar este juicio de atribución sobre la relevancia penal de un comportamiento, es decir, para probar la existencia de infracción de la norma de cuidado, será necesario atender a las circunstancias concurrentes y a los conocimientos y capacidades del autor en el caso concreto. Los condicionamientos externos de la situación y los propios del sujeto son los que determinarán los deberes de cuidado que concurren en el supuesto determinado.

4.11 Elemento psíquico del delito culposo.

Entraremos ahora al estudio de la introspección mental del individuo en el momento de obrar cuando se cometa un ilícito imprudente con la intención de saber bajo qué supuestos debe de hacerse la imputación y cuando no debería imputarse o bien deba ser disminuida su culpabilidad.

4.11.1 Voluntad y Atención

La voluntad funciona como dinamogénesis y como inhibición; la primera impone variaciones de nuestra actitud física, y es, por consiguiente, dinámica en sus efectos; la segunda impide que se realice algún movimiento, y es por lo tanto estática; la primera es acción; la segunda inercia.

¹⁴⁸ SILVA Sánchez Jesús, “El delito de Omisión” p.p. 134- 135.

No hay por lo tanto, voluntad, si nuestro comportamiento no es llevado a la acción por un impulso consciente, dirigido a imponer o dominar alguna especial actitud física, venciendo toda resistencia interior que se le oponga.

La simple inercia, debida a una necesidad física de reposo, no puede considerarse voluntaria, si se cumple espontáneamente, fuera de alguna decisión, seguida por el impulso necesario para actuarla.

Del Vecchio dice: *“No existen acciones absolutamente involuntarias, pues la acción es sólo concebible en relación con la voluntad. Los conceptos de voluntad y actividad son esencialmente correlativos, y no se puede admitir éste, negando aquel. No podemos definir la voluntad sino como el primer principio irreducible del ser de un sujeto, del cual dependen sus manifestaciones en el mundo sensible”*¹⁴⁹. *Esto no se encuentra vinculado con el conjunto de actos, desde los reflejos hasta los automáticos, que indiscutiblemente ponen en acción nuestra conducta si son gobernados por la voluntad, y que son siempre expresiones de una personalidad determinada, que mantienen vivo su vínculo de pertenencia que los acredita como propios suyos*¹⁵⁰.

No se pone en duda que los movimientos reflejos y los instintivos son involuntarios, pero si podría dudarse si, especialmente en los segundos, puede encontrarse algún elemento de voluntariedad, en el esfuerzo frustrado para dominarlos. Cuestión ésta que únicamente tiene valor práctico, en caso de que se pueda prever el estímulo cuya respuesta quiere dominarse.

Alimena nos dice: *“El acto instintivo puede transformarse en voluntario, cuando el agente, sabiendo que realiza actos instintivos y representándose la posibilidad de impedirlos, no formula el propósito de impedirlos, y por lo tanto, no opone obstáculos a la actuación de esos movimientos”*¹⁵¹.

Para fijar las características del acto voluntario, lo interesante es dar evidencia a las respuestas motrices, realizadas antes que la consciencia haya podido

¹⁴⁹ G. DEL VECCHIO, *“El concepto de la Ley”*, p. 17.

¹⁵⁰ ANTOLISEI, *“El concepto de acción en el delito”* p. 54.

¹⁵¹ ALIMENA, *“la Culpa en la teoría general del delito”*, p. 9.

intervenir, o sin que pueda intervenir de alguna manera, aunque sea para excitar algún esfuerzo de reglamentación o de inhibición. Así mismo, para ilustrar el concepto de voluntad diremos que es preciso coordinar su funcionamiento con el de la atención, por lo cual, según el autor, está aquella siempre vigilada; y esto nos obligaría a opinar que en todo delito culposo se halla siempre un elemento de voluntariedad.

La atención funciona como un reflector que, movido por la voluntad, escudriña el mundo exterior, deteniéndose en alguna situación especial para penetrar sus pormenores; de modo que nuestro interior tiende a absorber el mundo exterior; pero también puede acontecer que este hiera inopinadamente nuestra sensibilidad y fascine nuestra atención.

En este segundo caso se habla de atención espontánea, precisamente porque el funcionamiento atencional prescinde de todo elemento voluntario, de toda dirección de parte nuestra; es un hecho exterior que entra de improvisto en el radio luminoso de la consciencia, estimulando la atención.

Lo anterior nos deja ver que la voluntad y la atención son dos fenómenos íntimamente unidos, que únicamente pueden separarse en el momento inicial de la atención espontánea, rápida rebelión contra el constante imperio de la voluntad, que pronto vuelve a tomar sus dominios.

Massari nos dice que *“existe la desviación voluntaria de la atención, de modo que “lo que parece involuntario no es sino la consecuencia de una conducta típicamente voluntaria, hacia la cual no ha hecho converger el emitente de sus poderes mentales y activos”*¹⁵². Así, no se puede afirmar que para la responsabilidad a título de culpa se requiera siempre una atención voluntaria.

¹⁵² MASSARI, *“El elemento subjetivo del delito en las novedosas propuestas de reforma”*, p. 14.

Sentadas esas nociones de sicología, hay que afrontar dos averiguaciones:

- a) Que momentos del hecho-delito deben ser dominados por la voluntad
- b) Si, para la responsabilidad a título de culpa, se requiere necesariamente un elemento voluntario.

4.11.2 La noción de “hecho” en relación con el elemento voluntario.

*Por hecho, debe entenderse, no solo la acción, sino también resultado causado por ella*¹⁵³, es decir, tanto del momento causal como el relativo al efecto; por consiguiente, ese conjunto de de fenómenos que van desde el momento síquico hasta el muscular, y de este al cambio del mundo físico causado por aquel.

El resultado está unido a la acción por esta relación de derivación causal voluntaria, siempre en los delitos dolosos, y por regla general en los culposos; en efecto, en los primeros la conducta se dirige intencionalmente a ocasionar el resultado, y por lo tanto todo el hecho está dominado por el elemento voluntario.

La voluntad no es solo la propulsión de la acción, sino que es guía durante la manifestación extrínseca de esta, y por lo tanto es necesario que funcione, no solo en el momento que se inicia el movimiento, sino hasta que se agote, es decir, mientras esté en un acto lo que Lucchini llama consumación subjetiva del delito; luego, la voluntad es la fuerza de propulsión, de guía y de detención; inicia la actividad muscular, la acompaña, la contiene y la detiene.

Pero no es necesario que la voluntad siga dirigiendo la conducta en el momento en el que el resultado se produce (segundo momento: la consumación objetiva); lo necesario y suficiente es haber puesto voluntariamente en movimiento la serie causal que lo ocasiona.

4.11.3 Voluntariedad y conocimiento de la obligación de obrar

La voluntad debe ser impulsada por la consciencia que se impone una actitud determinada, lo cual implica indagar si la ignorancia de esta obligación puede tener importancia jurídica.

¹⁵³ DELITALA, “Hecho en la Teoría del Delito”, p. 92.

Son distintos los criterios que hay que seguir en cuanto a las órdenes y a las normas que, cuando se ignoran, no pueden ser puestas como fundamento de la culpa, a menos que la peligrosidad de una conducta se revele por medio de criterios ordinarios de diligencia, prudencia o pericia.

4.11.4 Noción de la voluntariedad de la conducta.

Para el delito culposo basta, pues, la voluntariedad de la conducta, pero no es necesario que se haya querido violar un precepto, o que uno, voluntaria o tan solo conscientemente, haya sido negligente, imprudente o imperito, sino *“que obre ignorando el precepto convencido uno de haber sido prudente o diligente, y presumiendo en especial de la propia capacidad técnica, en la cual se revela, en cambio, la inferioridad profesional (impericia)”*¹⁵⁴.

Es decir, no importa el juicio que el individuo dé acerca de su propia conducta, sino el que, con criterio medio, dé la sociedad, refiriéndose a lo que hubiera debido ser esa conducta para no ocasionarle daños a un tercero penalmente protegido.

Para la integración de todo delito no basta un vínculo de derivación causal, sino que requiere del elemento de la culpabilidad, para cuya noción es necesario ese elemento psíquico que es la voluntad. *“El comportamiento humano, dissociado de la voluntad, o mejor dicho, apartado del orden psicológico, no da lugar a hechos jurídicos, sino únicamente a sucesos naturales”*¹⁵⁵.

Sin embargo, este mismo autor admite que la influencia de la voluntad puede ser real o potencial, o sea, que debe tratar de un despliegue efectivo o directo de la consciencia o de la voluntad, o simplemente una posibilidad de representación o de dominio, mediante el esfuerzo psicológico de la atención (como sucede en los delitos imputables a título de omisión culposa).

Antolisei nos dice que *“en el delito culposo se requiere siempre un comportamiento especial, que establezca una relación de causa y efecto entre una actitud positiva o negativa y sus efectos respecto al ambiente, es decir, esa*

¹⁵⁴ BATTAGLINI, “Derecho Penal”, p. 104.

¹⁵⁵ ONDEI, “El concepto de la causalidad en la culpa”, p. 131.

*modificación del mundo físico que se llama “resultado”, y que es preciso, sea que el sujeto haya querido el simple movimiento muscular o la sola inercia,, sea que, habiendo conocido y querido ese comportamiento por sí mismo, sin embargo, no quiera sus consecuencias*¹⁵⁶.

La actitud, en todas sus manifestaciones, positivas o negativas, es siempre la expresión de una especial situación social y psicológica.

La falta de atención, la percepción imprecisa, la voluntad inestable, y hasta la ignorancia de determinado fenómeno o de un deber particular (ignorancia de hecho o de derecho), y el error, ponen en acción un comportamiento que refiere a alguna personalidad especial, que se revela como peligrosa por no estar adoptada a sus deberes sociales. La impericia no es sino una forma especial de ignorancia culpable, específicamente prevista por la ley.

Por consiguiente, inclusive en estos casos de omisión involuntaria, la acción se muestra como propia del sujeto, y revela esa característica de serle propia cuya indagación, en la apreciación de la peligrosidad, es indispensable.

4.11.5 Comportamiento comisivo.

La acción, en su manifestación positiva, debe ser guiada por la voluntad; por lo tanto, ninguna responsabilidad podría derivarse, a título de culpa, de los movimientos reflejos, por cuanto estos son involuntarios, pues ni están impulsados por la voluntad, ni la inhibición puede paralizarlos, aunque pueda iluminarlos con consciencia.

La tos y el estornudo, por ejemplo, son movimientos reflejos, que pueden realizarse en estado lúcido de conciencia, y que algunas veces están precedidos hasta por un estado de espera, de modo que la atención puede observarlos, pero sin que llegue a dominarlos la voluntad. Por lo tanto, no es correcto interpretar que el examen pueda ser emprendido, por el aspecto de la ignorancia, sino que debe ser afrontado por el aspecto del dominio.

¹⁵⁶ FROSALI, “Concurso de normas y crímenes”, p. 105.

Por lo demás, se admite que no tiene importancia la averiguación de las relaciones de dichos movimientos, a menos que se halle, antes o después o durante ellos, algún movimiento voluntario capaz de influir sobre la conducta para poder impedir el resultado.

Existen tres movimientos a analizar:

a) Antes. La averiguación debe referirse, no solo a la previsibilidad del resultado, sino a la del movimiento que tiene la capacidad causal del resultado. No será sancionable aquella persona que no pueda prever su conducta respecto de actos reflejos provocados por el mundo exterior, pero si tenía la oportunidad de prever el resultado por serle representado en su mente, y aún así omite el poner en peligro el bien jurídico, existirá culpa en el agente. La conducta se vuelve culpable no respecto del movimiento reflejo, sino al comportamiento anterior; y con esa indagación el estado de consciencia adquiere toda su importancia, porque solo se puede prevenir un movimiento voluntario, cuando se sabe que puede producirse en especiales circunstancias.

b) Durante. El movimiento puede tener pródromos, un desarrollo que permita, si no inhibirlo, si al menos realizar movimientos oportunos para hacerlo inofensivo.

c) Después. La responsabilidad puede surgir por no haberse mostrado apto para neutralizar las consecuencias de la propia acción inculpable.

4.11.6 La noción normativa

Se ha observado que la omisión no es un concepto natural, sino normativo. “Para que pueda hallarse existente la voluntad de la omisión, o sea la calidad que la señala totalmente propia del agente, se requiere tan solo que exista la voluntad de una conducta distinta. No requiere que uno quiera cometer la omisión, que es lo mismo que no querer realizar una acción y la rechace voluntariamente, sino basta que uno quiera observar una conducta que, a juicio de quien observa, se presenta como omisiva.

Antosilei dice: *“Acción no es únicamente el acto voluntario, sino todo acto, voluntario o involuntario, positivo o negativo, que tenga un valor sintomático para*

*la personalidad del autor, que sea proio de él, que pueda llamarse suyo*¹⁵⁷. *“Por lo tanto el coeficiente síquico no debe buscarse en la voluntariedad del acto, sino en la calidad que tenga de ser atribuible el acto al sujeto, o en otras palabras, en la condición que tiene el acto de pertenecerle al sujeto”*¹⁵⁸.

También en la omisión hay que dar importancia a la personalidad de su autor, pero no para pretender atribuirle de manera absoluta a esa omisión el carácter de voluntariedad, pues también en la falta de esta puede hallarse una inferioridad social que preocupa.

La conducta omisiva, respecto al medio social en que uno vive, a ese conjunto derivado de normas generales de vida civil (prudencia y diligencia), o de normas específicas (leyes, reglamentos, órdenes y reglas), revela una personalidad no armonizada de modo perfecto, por deficiencias socio-éticas o por falta de preparación técnica; lo cual implica que la omisión puede revelar una inferioridad que interesa al poder punitivo, por razones de prevención individual y general, sin que sea preciso que la omisión se derive de un acto voluntario.

4.12 Esencia del cuidado

El cuidado puede entenderse desde diferentes puntos de vista. Desde una perspectiva, el cuidado puede ser exterior, corporal, o bien puede ser interior, psicológico. Es decir, un contenido objetivo o subjetivo. Ya se vio con anterioridad en el presente trabajo de investigación que en la escuela clásica entendía el cuidado como un concepto psicológico que podía describirse como prudencia interna, cuidado, atención, esfuerzo del poder espiritual; para esta postura doctrinal el cuidado es un mero proceso de pensamiento, la omisión del esfuerzo del pensamiento es el contenido del cuidado y el elemento fundamental del delito imprudente.

La evolución sufrida por la teoría subjetiva del cuidado permite afirmar que, a partir de English¹⁵⁹, *la doctrina dominante pasa a concebir el cuidado, desde el punto de*

¹⁵⁷ ANTOSILEI, “La acción y el evento” p. 60.

¹⁵⁸ Ídem. Pág. 50

¹⁵⁹ ENGISCH “La Nueva Imagen del Sistema de Justicia Penal”, p. 275-276.

*vista de acción exterior corporal, como conducta exteriormente adecuada*¹⁶⁰. La conducta adecuada es el equivalente del cuidado externo que es independiente del “cuidado interno” como actitud interna en el autor. La doctrina, que puede entenderse como mayoritaria en Alemania, distingue entre cuidado externo como elemento del injusto imprudente y cuidado interno como objeto del reproche de la culpabilidad imprudente, utilizado para la medición del primero un baermo objetivo el “hombre medio razonable” y para el segundo una medida subjetiva, la capacidad del autor.

4.13 Distinción entre regla técnica y deber objetivo de Cuidado

La determinación de la norma de cuidado sólo es posible cuando previamente se concreta el contenido del deber de cuidado objetivo y subjetivo.

Como punto de partida es necesario justificar el porqué de la distinción entre norma de cuidado, deber objetivo de cuidado y reglas técnicas y delimitar qué se entiende comprendido en cada uno de estos términos. Veamos en primer lugar la distinción entre norma de cuidado y deber objetivo de cuidado.

*“La norma de cuidado es un deber penal”*¹⁶¹ y como tal prevista en los tipos penales. El deber de cuidado, tanto en su aspecto objetivo (que es el que se tomará en cuenta en este apartado) como subjetivo no es, en sí mismo, una norma penal sino que sólo determina una de las formas posibles en que se debe realizar la conducta para que ésta sea correcta. La infracción del deber objetivo de cuidado no fundamenta, por sí sola, la lesión de la norma de cuidado siendo, por el contrario, preciso que concurra además el deber subjetivo de cuidado junto a la posibilidad de atribución del carácter típicamente relevante.

“De la misma forma que la infracción del deber objetivo de cuidado no basta para la infracción de la norma de cuidado, tampoco es suficiente para el deber objetivo

¹⁶⁰ WELZEL, “Negligencia”, p. 16

¹⁶¹ WELZEL, “La Nueva Imagen del Sistema de Justicia Penal”, p.517-518.

de cuidado la existencia de alguna regla técnica”¹⁶². En los distintos ámbitos del tráfico, las reglas generales del cuidado.

El fundamento jurídico de las mismas es diverso. Pueden tener su origen en leyes, reglamentos, principios jurisprudenciales o usos y costumbres del ámbito de la vida social que se trate, que surgen por la vía del derecho consuetudinario. El contenido de las reglas de cuidado previstas legalmente, ya sea por ley, reglamento u ordenanza, es el que usualmente se conoce como “reglas técnicas”. En el caso de reglas técnicas no reglamentadas, la jurisprudencia exige que la “regla de experiencia” sea “condición tácitamente admitida y guardada”

4.13.1 Relación entre deber objetivo de cuidado y reglas generales de cuidado.

Supuestas de reglas técnicas, reglas generales de cuidado, son las normas que rigen el tráfico viario, previstas en el reglamento de tránsito, reglamentos que regulan la actividad de los trabajadores, empresarios y técnicos en el ámbito de la construcción y la industria, como el reglamento de seguridad e higiene en el trabajo, o las reglas específicas de cada sector industrial.

Los principios jurisprudenciales tienen también una importancia efectiva en la determinación del deber objetivo de cuidado. Entre ellos tiene especial relevancia el principio de confianza que se limita a través de los principios de defensa y seguridad y que se aplican esencialmente en las imprudencias cometidas en accidentes de tráfico. *“La lex artis, por su parte es el principio que preside las actuaciones de profesionales liberales, en las que aun existiendo reglamentaciones específicas , estas no tienen una importancia determinante en la configuración del deber objetivo de cuidado, por lo que será, en estos casos, la lex artis el principio rector de las actuaciones del personal médico”*¹⁶³, policías, abogados, etcétera.

¹⁶² LENCKER *“Las Normas Técnicas y la negligencia”*, p. 435

¹⁶³ ROMEO Casabona, *“La actividad curativa”*, p. 232

La ausencia de reglamentación específica para un determinado supuesto se suple por las reglas de la experiencia general de la vida. No puede olvidarse que los reglamentos son, o deberían ser consecuencia de la constatación del peligro que entrañan determinadas formas de conducta, para cuya realización, en consecuencia se exige una actuación acorde con el cuidado. *“Esta regla de cuidado se perfila cuando la experiencia demuestra la necesidad de actuar atendiendo a unos cánones específicos”*¹⁶⁴ y en algunos casos, este juicio de probabilidad sobre la eficacia protectora de estas conductas se plasma en leyes o reglamentos y, en otros casos subsisten sencillamente como usos y costumbres de aquel determinado sector. Es decir, la regla de cuidado no surge como consecuencia de su positivación sino que ha de ser previa a esta. Un reglamento que no prevea una regla general de cuidado preexistente tiene un carácter meramente formal y su infracción no puede ser relevante en el ámbito penal.

Las pautas de conductas previstas por una “regla técnica”, ya sea legal o consuetudinaria, tienen un carácter indicativo. Desde esta perspectiva, parece adecuado denominarlas como deberes de cuidado genéticos o mejor, reglas generales de cuidado ya que la medida del cuidado, en el caso concreto, no puede ser fijada nunca con carácter general. *“No son por lo tanto, materia de prohibición penal, sino criterios rectores del comportamiento en el desempeño de actividades peligrosas”*¹⁶⁵.

*“No es posible pensar, ni por tanto prever criterios generales que nos permitan fijar el contenido del deber objetivo de cuidado de modo previo y con independencia de la concreta situación”*¹⁶⁶. Las reglas de cuidado generales, reglas técnicas, constituyen el principio que sirve de guía orientativa sobre lo exigible en cada caso para determinar la existencia o no de realización típica. Son reglas que a priori, nos parecen convenientes en orden a la evitación de lesiones a bienes jurídicos, pero si incumplimiento no tiene inmediata relevancia penal. Esta

¹⁶⁴ MIR Puig Santiago, *“Derecho Penal, Parte General”*, p. 230

¹⁶⁵ MIR Puig Santiago, *“Derecho Penal, Parte General”*, p. 230

¹⁶⁶ KAUFMANN Armin, *“Nociones de Derecho Penal”*, p. 480

surge de la infracción del deber objetivo de cuidado y subjetivo de cuidado, es decir, de la infracción de la norma de cuidado.

Cada una de estas reglas generales de cuidado es fruto, o si no es así, debería de serlo, de una ponderación de intereses en juego; la necesidad de una actividad de que se trate, la cantidad de riesgo probabilístico que supone el incumplimiento de ese deber y la merma en utilidad y eficacia de la actividad por la limitación derivada de la existencia de esa regla.

Jescheck resalta que *“la imposibilidad de hallar fórmulas generales que llenen el caso concreto de contenido al deber objetivo de cuidado determina que la infracción de una regla general de cuidado no implique, per se, la infracción del deber objetivo de cuidado y, a contrario sensu, que la observancia de la regla general de cuidado no impida la posibilidad de infringir, pese a todo, el deber objetivo de cuidado”*¹⁶⁷.

Por último, es necesario señalar que, el cumplimiento del deber objetivo de cuidado puede obligar a infringir un determinado reglamento, regla de cuidado genérica. La equiparación de una regla general de cuidado a la infracción de la norma de cuidado o, en otras palabras, la afirmación de que la inobservancia de las reglas generales de cuidado, en el sentido de disposiciones de seguridad, se deriva de forma inmediata, la realización típica de un hecho imprudente, es otra forma de aplicación del denostado criterio del *versari re illicita*.

Cumplir estrictamente con lo que hemos llamado “reglas generales de cuidado” no siempre es suficiente, como tampoco es siempre estrictamente necesario, pues la medida del cuidado concreto exigible depende de las circunstancias especiales concurrentes o de la capacidad subjetiva del concreto autor. *“En algunos casos, es posible que el autor esté obligado a intensificar el cuidado como consecuencia de sus especiales deberes en un ámbito peligroso”*¹⁶⁸.

¹⁶⁷ JESCHECK, “*Tratado de Derecho Penal II*”, p. 802

¹⁶⁸ CRAMER, “*Fraude en el Derecho Penal*”, p. 456

Las argumentaciones anteriores prueban la necesidad de un doble examen para determinar el contenido de la norma de cuidado y, con ello, puede averiguarse si se ha infringido o no; el primer examen estará dirigido a concretar las “reglas técnicas” que puedan ser aplicables al supuesto generalmente y, en un segundo momento, indagar si el caso concreto era éste u otro el cuidado objetivo debido. *El primer examen tiene solo el carácter de indicio probatorio de la lesión del cuidado en el sentido del delito imprudente*¹⁶⁹.

La disfunción advertida en los apartados anteriores entre las diversas reglas generales de cuidado aplicables (diversas e incluso, contradictorias en numerosas ocasiones por la prolífica reglamentación administrativa) y el contenido del deber objetivo de cuidado no impide que la infracción de los primeros tenga) y el contenido del deber objetivo de cuidado no impide la infracción de los primeros tenga la clara función indiciaria a la que hacíamos referencia.

4.14 Funciones de las reglas generales de cuidado

*Las reglas generales de cuidado, es decir, las reglas técnicas, no encarnan del cuidado objetivo exigible o norma de cuidado*¹⁷⁰ sino que expresan únicamente principios de experiencia sobre la ligazón de concretas formas de conducta con concretos peligros característicos de ellas y sobre las medidas idóneas para eludir estos peligros. Su función específica no es la determinación de una forma de conducta para la evitación de una realización típica, como hace de forma inmediata la norma de cuidado, norma penal, sino la exclusión de peligros abstractos que, según la experiencia, pueden conducir a la realización típica.

El fundamento de las reglas de cuidado, en último término, es igual al de las normas penales, pero su ámbito de eficacia no coincide con el de éstas. Las reglas de conducta ofrecen una protección para bienes jurídicos desde otro ámbito distinto al de las normas penales. *Que las normas penales no son la única, ni la primera, medida de protección de los bienes jurídicos se acepta con carácter*

¹⁶⁹ WELZEL Hans, “La Nueva Imagen del Sistema de Justicia Penal”, p.p. 18-19.

¹⁷⁰ HARDWING, “La Teoría pentatónica del derecho penal” pp. 25-26

*general, como consecuencia de la caracterización del Derecho penal como ultima ratio y su fragmentariedad.*¹⁷¹

Las reglas técnicas alcanzan a la protección de bienes jurídicos por caminos indirectos, a través de la disminución o exclusión de todos los peligros previsibles inherentes a una empresa o conducta. En sentido estricto, las reglas de conducta protegen bienes jurídicos distintos, en lugar de la vida, la integridad física, es decir, el peligro abstracto para estos mismos bienes.

La norma penal prevalece sobre la norma especial de la regla de conducta y es independiente de esta. La lesión de una regla de estas, no tiene repercusión inmediata en la infracción de la norma de cuidado, sino únicamente mediata. Su función en relación con la infracción de la norma de cuidado se deriva de que permiten concretar el deber objetivo de cuidado se deriva de que permiten concretar el deber objetivo de cuidado concurrente en el caso concreto, lo que a su vez permitirá averiguar si se ha infringido la norma de cuidado, es decir, la realización típica.

*La norma de cuidado penal persigue evitar la producción de aquellas lesiones del bien jurídico que, ex ante, el sujeto tenía la posibilidad de prever*¹⁷². Por lo tanto, en cada caso concreto, el deber objetivo de cuidado abarcará todas aquellas reglas de cuidado, regladas o de común experiencia, que ex ante, aparecen como adecuados para evitar la lesión del bien jurídico.

Estas reglas generales de cuidado, por su parte, surgen no únicamente como consecuencia del riesgo inherente a la conducta del autor sino que también pueden provenir del peligro que representan factores distintos concurrentes al hecho de carácter natural o provenientes del peligro creado por conductas de terceros o de la propia víctima. Ello siempre que todos estos datos sean conocidos o cognoscibles por el autor.

¹⁷¹ MIR Puig Santiago, "Introducción al Derecho Penal", p. 124-128.

¹⁷² MAURACH, "Tratado de Derecho Penal II", p. 242.

En el proceso de concreción del concepto de cuidado, han de ser tenidos en cuenta los principios de experiencia que vinculan determinados peligros a ciertas formas de conducta y las medidas de cuidado que, ex ante, parecen más adecuadas para evitar dichos riesgos que, en principio, serán las reglas técnicas existentes en los diversos sectores de actividad.

El doble examen al que aludimos, versará sobre los deberes de cuidado, reglas técnicas, infringidos en el caso concreto, por un lado, y, por otro, sobre el comportamiento que nos aparece como “conducta necesaria en el tráfico”, atendiendo a las circunstancias existentes¹⁷³.

El contenido del deber objetivo de cuidado es consecuencia de la previsibilidad de una lesión para bienes jurídicos, del mismo modo que las reglas de cuidado se originan cuando esta previsibilidad adquiere carácter general sobre la base de experiencia por la gran probabilidad estadística de que se produzca un resultado lesivo. Por ello, la previsibilidad objetiva de lesión se tiene en cuenta ya en el momento de la concesión del deber objetivo de cuidado. Lo mismo sucede con el riesgo permitido o la adecuación social, pero como estos criterios son de extraordinaria utilidad, también en el primer juicio de imputación será posteriormente cuando se examinen.

El principio de confianza juega, así mismo, un importante papel en la concreción material del concepto de cuidado¹⁷⁴. Siendo un criterio que junto con los de defensa, seguridad etcétera, se tienen en cuenta en relación con los conceptos de riesgo permitido y adecuación social.

La diversa procedencia de las reglas generales de cuidado repercute de modo evidente en la praxis judicial. *En los supuestos en que el autor infringe reglamentos, se percibe una acentuada tendencia a calificar, sin posteriores valoraciones, esta infracción, en principio, administrativa, como responsabilidad*

¹⁷³ MAURACH, “Tratado de Derecho Penal”, p. 243

¹⁷⁴ WELZEL, “El Nuevo Sistema de Derecho Penal”, p. 73

*penal*¹⁷⁵. El ciudadano puede percibir mejor cuál es su deber de cuidado en cada caso que conocer determinados reglamentos.

*Las reglas de cuidado previstas en las reglamentaciones administrativas tienen finalidades muy diversas. La infracción de una norma de cuidado tendrá relevancia penal, de acuerdo con la elaboración teleológica de la teoría del delito*¹⁷⁶, *únicamente cuando tenga como finalidad evitar lesiones de bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal*¹⁷⁷.

En consecuencia, solo formará parte del conocimiento del deber objetivo de cuidado aquella normativa administrativa cuya infracción cree un riesgo típicamente relevante. De esta forma, la idea del fin de protección de la norma alcanza una doble función interpretativa en dos niveles: 1) en la determinación del deber objetivo de cuidado. B) Como criterio de imputación: el riesgo creado no puede ser cualquiera sino solo aquel que la norma trataba de evitar, y esta cualificación del riesgo permite conocer si es ése el que se ha realizado en el resultado, prueba de la relación de riesgo.

El juez ha de guiarse por criterios teleológicos en los dos niveles de examen. Ya en el momento de determinación del deber objetivo de cuidado, ya en la búsqueda de los reglamentos o usos que deberían haber guiado la conducta.

El deber objetivo de cuidado tiene que adecuarse a las diversas situaciones sociales; esto es, las conductas posibles se considerarán de acuerdo con la situación particular y la categoría, conocimientos y capacidades del autor. El deber de cuidado es aquello que en ese tiempo y lugar se estima adecuado socialmente.

*El deber objetivo de cuidado es la medida con que se determina la peligrosidad de una conducta realizada. Este baremo permite realizar un juicio de valor en el caso concreto sin que ello se contradiga con el carácter de la norma penal como norma de determinación*¹⁷⁸.

¹⁷⁵ BINAVICE, "Los cuatro momentos", p. 77

¹⁷⁶ MIR Puig Santiago, "Función de la pena", pp. 41-42

¹⁷⁷ MIR Puig Santiago, "Introducción al Derecho Penal", p. 128.

¹⁷⁸ ENGISCH "Estudios sobre la Intención", p. 341

Ello no es óbice para afirmar que un concepto de imprudencia, entendida como “infracción de la norma de cuidado”, tiene el riesgo de interpretación de las leyes inexactas, que como tales, es necesario ponderar con el principio básico del Derecho penal del in dubio pro reo, en el sentido de que esta inexactitud no pueda nunca perjudicar al autor sino beneficiarlo.

La necesidad de determinar en cada caso el deber objetivo de cuidado es consecuencia de la diversidad infinita de situaciones posibles en la vida social. El intento de ajustarse estrictamente al principio de legalidad provocaría la caída en una técnica legislativa casuística que da lugar a lagunas legales.

La determinación del deber objetivo de cuidado por el juez, en el supuesto particular, no supone adoptar la concepción de Welzel del tipo de injusto imprudente como tipo abierto. El juez valora cual es “el cuidado necesario en la situación concreta para el autor”, lo que no significa lo mismo que decir que el juez completa el tipo con arreglo a un criterio general. El juez lo que determina es el deber objetivo de cuidado, éste no es una norma penal, sino el barremo que configura una de las posibles, generalmente serán varias, “conductas alternativas adecuadas”, modalidades de conducta que no infringe la norma de cuidado penal. Las normas de cuidado están tipificadas y son los distintos tipos penales imprudentes. No es cierto, por tanto que solo en los delitos imprudentes falte la descripción legal del tipo; en los delitos dolosos, el hecho de que una conducta sea calificada como homicida no dependerá sólo de la modalidad de la acción realizada por el autor sino de la general, en todos los delitos resultativos, donde se subsume la mayor parte de la delincuencia imprudente (homicidio o lesiones), en el tipo no se describe la modalidad de conducta típica.

4.15 Poderes Individuales y Norma de cuidado

Dentro de las concepciones psicológicas de la culpabilidad, no se plantea la posible distinción entre deber objetivo y subjetivo de cuidado, ya que rechazan el propio carácter normativo de la imprudencia. Dentro de las concepciones normativas de la imprudencia, un sector doctrinal, distingue entre deber objetivo y subjetivo de cuidado como un doble nivel en el examen de la culpabilidad; en un

primer momento, sobre el cuidado general exigido en el tráfico, infracción del deber de cuidado, y luego en un segundo momento, sobre el cuidado exigible al autor, infracción del cuidado subjetivo. En ninguna de estas dos posiciones doctrinales, se plantea la discusión sobre el tratamiento que deba darse los poderes individuales del autor ya que, en todo caso, será éste un problema de culpabilidad.

4.15.1 Relación entre el concepto del injusto y los poderes individuales.

“Es prudente realizarnos la pregunta de por qué en los delitos imprudentes la conducta jurídicamente reprochable, o mejor típicamente relevante, sólo puede ser investigada sobre la comprobación del poder investigada sobre la comprobación del poder personal del autor. Esta pregunta sólo puede contestarse cuando se ha encontrado una solución previa a cuál será el fundamento del reproche en el injusto”¹⁷⁹.

La norma penal, como norma de determinación, solo tiene sentido frente al autor al que le es posible acceder a la norma¹⁸⁰ por lo que en consecuencia, la posibilidad de motivación individual condiciona la antijuricidad. Como afirma Jackobs, “la norma de conducta que sirve de base al tipo, tiene que darse por satisfecha con el poder individual del autor, pues la posibilidad real de motivación no puede superar lo reconocible por el autor”¹⁸¹.

Las críticas a este planteamiento se basan, en parte, en que la creencia de la eficacia de la motivación solo puede ser alcanzada cuando el tipo comprende un catálogo de reglas objetivas de conducta, que ofrezca al ciudadano, en la concreta situación, una clara línea de conducta por seguir, que señale el comportamiento objetivamente cuidadoso. *Se parte de que los deberes de cuidado, implícitos en los delitos culposos, son mandatos generales de conducta y fundamento de ésta y que, de no existir, se seguiría el caos¹⁸².* A esta argumentación hay que contestar afirmando que lo que realmente evita el caos es, precisamente, que el sujeto no

¹⁷⁹ MAIWALD, “Problemas básicos en el delito de omisión”, p. 479.

¹⁸⁰ MIR PUIG, “Función de la pena”, p. 79

¹⁸¹ STRATENWERTH Günter, “Derecho Penal, Parte General”, p. 405

¹⁸² SCHUNEMANN Bernd, “Sistema Moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales” p. 205.

tenga que adecuar su conducta de forma inmediata y, por si misma, a estas reglas, ya que su proliferación en los distintos ámbitos del tráfico moderno harían imposible su cumplimiento por parte del ciudadano. En estos casos el acceso del ciudadano a la norma no sería más que pura ficción.

Desde otro punto de vista, *es criticable la obligación penal, al pretender utilizar las capacidades especiales, obstruiría la disposición a emprender esfuerzos voluntarios para nuevos descubrimientos*¹⁸³. Esta objeción puede ser rechazada desde el momento en que el hecho de llegar a poseer conocimientos o capacidades especiales permite lograr muchos privilegios que no están al alcance del que no los tiene. Todo este conjunto de posibilidades pesa, en el ánimo del sujeto, mucho mas que lo que pueda representar la amenaza penal que por otro lado sólo sería efectiva de no utilizar esas capacidades cuando le es posible.

Enfocándonos al fondo que subyace en estas críticas, se denota de que manera se confunde la exigencia de motivación individual como condicionante se la antijuricidad, con el contenido de la norma de determinación. *“La adopción de una motivación individual en el injusto no impide afirmar que la norma de determinación es única y no formada por deberes de cuidado, ni generales ni individuales”*¹⁸⁴. La norma de cuidado es general ante todos los individuos, en el caso del homicidio imprudente la prohibición de realizar conductas que, *ex ante*, aparezcan como peligrosas para la vida siempre que ese peligro sea conocido o cognoscible por el sujeto, tipo activo. Esta argumentación viene a demostrar la concepción, aquí definida, atenta contra el principio de igualdad. Cuestión distinta es que esta única norma de cuidado sólo la infringe el autor al que le es posible cumplirla, ya que la ¹⁸⁵norma penal “obliga a hacer todo lo posible al autor en la situación concreta a juicio del “espectador objetivo”. *“La norma de cuidado, en cuanto norma penal, obliga a todos los ciudadanos a hacer todo lo posible para no*

¹⁸³ BRUGSTALLER, *“Teoría General de la Culpa”*, p. 66

¹⁸⁴ TORIO López Angel, *“Nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos”*, p. 37

¹⁸⁵ MIR Puig Santiago, *“Función de la pena”*, p. 79

crear un peligro típicamente relevante o para evitar el resultado frente “al sujeto a quien se dirige el requerimiento típico”¹⁸⁶.

Otra crítica de fondo, que se levanta contra la teoría de los poderes individuales, entiende que la adopción de una concepción del injusto, *en la que se condiciona la antijuricidad a la motivación del autor concreto, impide distinguir entre injusto y culpabilidad, tal como sucedía con la antigua teoría de los imperativos que fracasó precisamente por ello*¹⁸⁷. Mir Puig niega que la motivación individual en el injusto conduzca a confundir injusto y culpabilidad, desde el momento en que en la antijuricidad se examina la posibilidad de acceso a la norma, mientras que en la culpabilidad se comprueba la normalidad de dicho acceso. *“El fundamento de la culpabilidad, es pues, la normalidad de la motivación del sujeto que había tenido, ya en el injusto, la posibilidad de ser motivado por la norma penal”¹⁸⁸.*

“Por lo demás, no hay que olvidar de que se parte de que la culpabilidad no puede nunca fundamentar la pena sino, únicamente limitarla”¹⁸⁹. , de seguir con la teoría de que el poder individual del sujeto se tiene en cuenta únicamente en la culpabilidad, llegamos a conclusiones inaceptables en lo político-criminal. Este sería el caso del autor con capacidad superior a la normal y que no la ha utilizado. Si determinamos el deber objetivo de cuidado en el injusto, *atendiendo al baremo del “hombre medio”, “si el autor ha actuado como lo haría dicho “hombre medio”, no habría infringido el deber objetivo de cuidado y quedará totalmente libre de responsabilidad penal aún cuando podría haber actuado con mayor prudencia*¹⁹⁰.

Un último fundamento que nace de esta teoría parte de la concepción del injusto, aquí defendida, como desvalor de la acción, en el sentido de apariencia de la peligrosidad, *ex ante*, de la conducta que hace previsible objetivamente la producción del resultado lesivo, conocido o cognoscible por el autor, exige atender desde el primer momento al poder individual del autor. La capacidad, mayor o

¹⁸⁶ SILVA Sánchez, “El delito de omisión”, p. 299

¹⁸⁷ HIRISH, “Derecho Penal”, p. 33

¹⁸⁸ MIR PUIG Santiago, “Derecho Penal, Parte general”, p. 479.

¹⁸⁹ ROXIN, Claus “Derecho Penal” p. 688

¹⁹⁰ MIR PUIG Santiago, “Derecho Penal, Parte general” p. 233

menor, del autor determina ya la propia existencia del peligro objetivo creado por la conducta. *“Los conocimientos que el sujeto tenga de la peligrosidad que entraña su comportamiento condiciona que nos encontremos ante un injusto doloso o imprudente y es la razón que nos lleva a distinguir entre deber subjetivo y objetivo”*¹⁹¹.

En la determinación del deber objetivo y subjetivo de cuidado que el autor ha de atender, en el caso concreto, para no infringir la norma de cuidado, se tendrán en cuenta la capacidad y los conocimientos del autor. La capacidad para concretar el deber objetivo de cuidado, tipo objetivo y los conocimientos en la determinación del deber subjetivo de cuidado, tipo subjetivo.

4.15.1.1 Capacidad y conocimiento: concepto y distinción.

La afirmación de que capacidad y conocimiento afectan, representativamente, el deber objetivo y subjetivo de cuidado exige dos aclaraciones previas: 1) que entendemos por capacidad y conocimiento y; 2) el porqué de su inclusión en el tipo objetivo y subjetivo.

La doctrina en general, entiende como conocimientos especiales la experiencia del sujeto en la actividad de que se trate, el aprendizaje que haya realizado sobre ella y el especial conocimiento de la situación que tenga el autor. *“Por capacidad o aptitud se comprende, generalmente, la habilidad particular del autor en el desempeño de dicha actividad”*¹⁹².

*“En esta sede, entendemos incluidos en término de capacidad, tanto los conocimientos especiales como la especial aptitud, siempre que ambos sean actuales, es decir, que concurren en el momento del hecho”*¹⁹³. El conocimiento se concibe como todo aquello que el sujeto conoce, o debería conocer, sobre las circunstancias que concurren en el caso concreto y sobre su propia capacidad, en particular, sobre la peligrosidad que entraña la situación creada”. El conocimiento, en este sentido, lo trato como problema de tipo subjetivo.

¹⁹¹ BINAVICE, “Los cuatro momentos” p. 83.

¹⁹² MIR Puig Santiago, “Derecho Penal Parte General”, p. 234.

¹⁹³ Ibídem.

La razón fundamental para unificar en un único concepto los “conocimientos especiales” y la aptitud es que, cuando los conocimientos especiales son actuales, determinan ya la propia capacidad del sujeto en el momento de realizar la conducta.

A manera de ejemplo ilustrativo de la argumentación anterior, no pueden separarse los conocimientos que tiene el sujeto: sobre las prestaciones de su coche, sobre técnicas de conducción, sobre el estado de la carretera...de su capacidad para conducir.

*“Un sector doctrinal advierte, de modo intuitivo, que los conocimientos especiales del sujeto pueden disminuir o aumentar el riesgo permitido”*¹⁹⁴ Jackobs partiendo de esta premisa, aun cuando critique que se pregunte por los poderes individuales del injusto, acepta que los “conocimientos especiales” se consideran en la configuración del deber objetivo de cuidado, negando lo propio para la capacidad sin tener en cuenta que ambos están íntimamente interrelacionados ¹⁹⁵.

*Otra corriente doctrinal trata de salvar las dificultades derivadas de no incluir el poder individual del sujeto en el injusto recurriendo a la omisión*¹⁹⁶. Para estos autores, mientras en los delitos comisivos el deber de cuidado se establece según el baremo del hombre medio, en los supuestos omisivos, el sujeto está obligado a hacer todo lo posible de acuerdo con su capacidad.

El punto de contacto entre conocimientos especiales y aptitudes se encuentra en el hecho de que ambos coinciden la peligrosidad objetiva, ex ante, de la conducta. En consecuencia y por razones metodológicas, se hace preferible unificar ambos conceptos bajo el término de capacidad.

El conocimiento que tenga un cirujano de una técnica operatoria condiciona directamente su capacidad como tal. El arquitecto que conoce una forma especial de construir un edificio está capacitado para edificarlo. El esquiador que conoce exactamente el perfecto estado de una pista puede llevar a ella a unos

¹⁹⁴ JACKOBS Günter, *“Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad”*, p. 71

¹⁹⁵ JESCHECK, *“Tratado de Derecho penal II”*, p. 768

¹⁹⁶ SILVA Sánchez, *“El delito de Omisión”*, p. 214-215

principiantes. El taxista que realiza un trayecto habitual tiene una mayor capacidad cuando conduce por dicha zona.

En otras palabras, tanto los conocimientos técnicos como los de experiencia afectan a la capacidad del sujeto y permiten, al que los posee, realizar una determinada actividad que otro sin estos conocimientos no podría ejecutar sin infringir la norma de cuidado. La doctrina advierte la interrelación de conocimientos y aptitud cuando trata de la “culpa por asunción”, según la cual se infringe el deber objetivo de cuidado cuando alguien, sin los necesarios conocimientos, realiza un comportamiento que el experto podría practicar sin dificultad. A contrario sensu, esto significa que el experto, es decir, el sujeto con mayor capacidad que llevase a término esa conducta no infringiría su deber objetivo de cuidado, lo que supone admitir que, en su caso particular, el deber objetivo de cuidado tiene otro contenido. Este planteamiento conlleva tener en cuenta la capacidad del autor en la configuración del deber objetivo de cuidado.

4.15.1.2 El baremo del “hombre medio”

La teoría de la determinación estrictamente objetiva del deber de cuidado parte de que el carácter normativo de la imprudencia obliga a concretar el cuidado de acuerdo con criterios objetivos. Para ello se ha de buscar la medida de lo usual según la experiencia de la sociedad y de la conducta media exigida por la cultura general y por los valores específicos de la profesión.

Ello conduce a recurrir a la figura de un hombre ideal, “el hombre medio”, que sirva como baremo para la determinación del deber objetivo de cuidado. Por hombre medio se entiende “el hombre consciente y cuidadoso del sector del tráfico a que pertenece el autor y, por tanto, el baremo para la determinación del deber objetivo de cuidado será “lo exigible” a un hombre diligente en la situación concreta del autor¹⁹⁷ el “hombre medio”, el “hombre consciente”, el “hombre diligente”, el “hombre razonable” sirve, según esta doctrina, como medida jurídica para determinar el cuidado.

¹⁹⁷ MIR Puig Santiago, “*Derecho Penal Parte General*”, p. 232.

En la determinación del cuidado, se considerará: la concreta situación, la profesión del autor y su capacidad física. Para Binavice “La medida del cuidado en la imprudencia se adapta al “tipo” al que pertenece el autor, y a las exigencias que nosotros tengamos respecto a un ejemplo promedio de todos los sujetos eficaces pertenecientes a ese ámbito.

En este punto, es necesario hacer hincapié en que para la teoría de los poderes individuales, aquí defendida, no tendrán significado las variaciones individuales, en el sentido del carácter interno, variaciones de temperamento, inteligencia..., que hacen que un asunto sea diferente en cada hombre¹⁹⁸. La teoría de los poderes individuales no tiene en cuenta el carácter interno del sujeto sino únicamente aquellos aspectos que se exteriorizan en relación con la peligrosidad objetiva de la conducta, lo que supone también una objetivación del poder del autor elevándolo a la categoría de deber¹⁹⁹.

El primer problema que se le plantea a la medida estrictamente objetiva del cuidado está en relación con las dificultades prácticas de encontrar el “hombre medio”. Las críticas a este baremo, ficticio, han surgido desde muy distintos sectores. *Los partidarios de la teoría de los poderes individuales entienden que una persona normal con deberes normales ni existe ni puede ser pensable²⁰⁰. Desde otra perspectiva, los autores que mantienen la relevancia de la determinación objetiva encuentran la fórmula del hombre medio como una medida no determinable en el caso concreto²⁰¹.*

Se debe advertir, además, que *“si fuera posible la creación de un hombre medio su utilización en el caso concreto supondría un ilícito privilegio para los inteligentes y un reconocimiento de las malas costumbres usuales del “hombre medio”²⁰². El problema no se plantea, únicamente, por suponer un privilegio para los hombres especialmente capacitados, sino que implica al mismo tiempo un trato*

¹⁹⁸ HOLMES, “El derecho Común”, p. 108

¹⁹⁹ MANNHEIM, “La Escala de la negligencia en el Derecho Penal” p. 314.

²⁰⁰ OTTO H, “Delito y protección”, p. 210

²⁰¹ KAUFMANN Armin, “Estado de la justicia personal”, p. 49.

²⁰² MARUACH Reinhart, “Derecho Penal, Parte General”, pp. 472-474.

especialmente duro para los no inteligentes, ya que en todo caso los obliga a actuar según la pauta de ese “hombre medio”²⁰³.

La doctrina ha pretendido salvar estos obstáculos situando el cuidado en la categoría social del autor, transformando al “hombre medio” del cuidado absolutamente objetivo en “el deportista medio”, “el medico medio”, etc.²⁰⁴. no obstante con esa concretización no quedan eliminadas todas las dificultades. En primer lugar, porque en muchos casos no es un problema de profesión, ya que dentro de ésta las diferencias entre unos y otros son enormes. *Por otro lado, la creación de una figura rectora bajo consideraciones de un área del tráfico es siempre ficticia y, en cierta medida, arbitraria²⁰⁵. Por ello se persigue buscar una mayor individualización creando saboreas del tráfico, en el sentido del “medico jefe cirujano”, etc.²⁰⁶* De esta forma, se incorporan las capacidades superiores a la medida en la determinación del cuidado, llegando, por otro camino, a conclusiones muy cercanas, por no decir idénticas, a la que la teoría de los poderes individuales, negando al mismo tiempo, su validez.

Las afirmaciones anteriores tienden a demostrar que individualizar no implica hacer subjetivo el resultado y que generalizando no siempre es objetivo. *Puede ser mucho más arbitrario, subjetivo y difícil de prueba²⁰⁷, y de hecho lo es la búsqueda de estos hombres ficticios. Es decir, es más inseguro generalizar que partir del individuo en concreto para ser objetivo entresacando todo aquello que se exterioriza en la conducta y es disponible a la voluntad por el sujeto²⁰⁸.*

Lo mismo cabe afirmar respecto de la crítica contra la teoría de los poderes individuales, sobre la base de que atenta al principio de igualdad, ya que exigir un baremo común para todos los hombres puede volverse en su contra, puesto que el hombre medio no es una medida unitaria. *“Lo que efectivamente atenta contra el principio de igualdad y de justicia material sería tratar a los desiguales como*

²⁰³ BINAVICE, “La Teoría de los actos de negligencia en el derecho penal angloamericano”, p. 448

²⁰⁴ JESCHECK, “Estructura y tratamiento”, p. 12

²⁰⁵ SAMSON, “Derecho Penal de la Culpa” p. 13

²⁰⁶ WOLTER, “Derecho Penal” p. 271

²⁰⁷ BURGSTALLER, “La negligencia y el agravio”, p. 66.

²⁰⁸ MIR Puig Santiago, “Derecho Penal, Parte General”, 2ª Ed. P. 235

*iguales*²⁰⁹; exigir a todos el mismo nivel de cuidado obliga a que todos realicen el mismo grado de esfuerzo y, aplicando este nuevo baremo común, unos pueden mas y otros menos. “*El cuidado exigible, norma, solo puede ser determinado bajo consideraciones de los poderes reales*”²¹⁰. *Al hombre le es más accesible conocer cuál es el esfuerzo que de él exige la sociedad que aquel que se exigiría al “hombre medio”*.²¹¹

La eficacia de la embriaguez en la calificación del hecho es uno de los aspectos que prueba la relevancia que tiene para el injusto imprudente la capacidad del sujeto en el momento de realizar la conducta. En los delitos no se discute ni doctrinal ni jurisprudencialmente, que la embriaguez es un eximente o atenuante de la culpabilidad. Por el contrario, en los delitos imprudentes, en particular los que se desarrollan en el tráfico viario, se considera la embriaguez una “causa típica de delincuencia culposa en la conducción”. La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas es un factor que “desencadena una situación de riesgo, una potencial e inmediata amenaza para los bienes jurídicos”. En consecuencia el deber de cuidado en estos supuestos exige “la abstención más absoluta en la puesta al volante”. La concreción del cuidado se hace pues, sobre la base de la capacidad actual del sujeto, embriagado, no “del hombre medio conductor”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de España sigue criterios cercanos a la teoría de los bienes individuales. Este planteamiento era normal mientras trató la imprudencia en la culpabilidad, pero lo mantiene actualmente, pese a considerar la infracción del deber objetivo de cuidado como problema de antijuricidad. La mayor capacidad o los especiales conocimientos del autor condicionan la existencia o no de la infracción del deber objetivo de cuidado. Ello se contempla desde hace bastante tiempo, a partir de 1981. En ocasiones ha seguido el criterio de la categoría social del autor, junto al de la mayor o menor destreza dentro de dicho ámbito. Otras veces va mas allá y afirma la necesidad de valorar la condición personal y no solo profesional del agente.

²⁰⁹ MIR Puig Santiago, “*Derecho Penal, Parte General*” p. 235

²¹⁰ SAMSON, “*Derecho Penal de la Culpa*” p. 148

²¹¹ BINAVICE, “*Los cuatro momentos*”, p. 83.

Según esta última línea jurisprudencial, los mayores conocimientos y poderes poseídos por el sujeto individual aumentan indudablemente la previsibilidad y la posibilidad de evitar el resultado antijurídico y, por tanto, fundamenten la exigencia de una conducta más cuidadosa que la exigible a cualquier persona en circunstancias análogas. También se debe tomar en cuenta en el examen sobre la existencia o no de la infracción del deber objetivo de cuidado, la concurrencia de dificultades físicas que el autor, como la falta de vista o de oído, o psíquico físicas, cansancio, sueño.

4.15.1.3 Poderes Inferiores

La teoría de los poderes individuales puede hacer suponer, en principio, que se privilegia al incapaz y desatento²¹² y obliga en mayor medida al cuidadoso. “La primera corrección a esta presunción se sigue de que, en los casos en que un sujeto no tiene capacidad para realizar una determinada conducta peligrosa, se fundamenta la responsabilidad imprudente ya en la aceptación de esta concreta actividad y en la falta de preparación previa”.²¹³ Al sujeto con capacidad inferior a la media no se le prohíbe realizar la conducta sin atender al cuidado que tendría “el hombre medio”, sino participar en una actividad peligrosa sin tener capacidad para ello. La crítica de Bienavice a esta argumentación se basa en que con ella se fundamenta la responsabilidad imprudente en los hechos desconectados del comportamiento que se juzga.

El mismo razonamiento es aplicable frente a la afirmación de que el sujeto con poderes inferiores puede crear mas peligro. La pertenencia de esa “menor capacidad” al contenido del cuidado necesario obliga al sujeto a actuar o a no actuar con distintas medidas de atención que el “hombre medio”.

Teniendo en cuenta, en la concreción del deber objetivo de cuidado, los poderes inferiores del autor no se perjudica al sujeto con capacidad inferior a la media, sino que, en cierta medida, se lo beneficia. Si se le permite realizar la actividad

²¹² MANNHEIM, “La Escala de la negligencia en el Derecho Penal” pp. 39-42

²¹³ JESCHECK, “Tratado de derecho Penal II”, pp. 199

peligrosa al no poder alcanzar el cuidado exigido por el baremo del hombre medio infringiría siempre el deber objetivo de cuidado.

4.15.1.4 Poderes Superiores.

El problema del posible privilegio de los autores con capacidad por encima de lo normal, en el supuesto de usar el baremo del hombre medio para la medida del cuidado, es el punto que mayor discusión doctrinal ha suscitado.

La causa del debate surge a partir de las consecuencias político y criminalmente inaceptables, a que lleva la aplicación del baremo del hombre medio en los supuestos en que el autor con capacidad por encima de la normal no la utiliza, pero que si cumple con el estándar del hombre medio. Estos casos se tendrían que calificar como atípicos, con lo que el sujeto quedaría libre totalmente de responsabilidad penal ya que, al faltar el injusto, no puede tratar el problema en la culpabilidad, como pretenderían hacer los sectores doctrinales contrarios a la teoría de los bienes individuales. Las soluciones intentadas por la doctrina persiguiendo evitar la aplicación de la teoría de los poderes individuales y, al mismo tiempo, superar estas dificultades de las que hemos hecho mención, han sido muy variadas.

Un primer intento se dirige a la estandarización de las especiales capacidades²¹⁴ para adecuar el baremo del hombre medio a las exigencias de especialización del espectador objetivo. *De esta forma la medida del ciudadano se determinará de acuerdo con la habilidad de “un conductor de difícil transporte” o con la de “un cirujano especialmente capacitado que desarrolla un nuevo sistema operatorio con menor riesgo”.*²¹⁵

La crítica a esta pretendida “estandarización de las especiales capacidades” se puede realizar desde dos perspectivas. Por un lado, la dificultad de encontrar este baremo por su carácter ficticio y arbitrario y, por otro, que en el caso de pormenorizar la capacidad especial hasta el límite a que lo lleva Shunemann es equiparable a introducir el poder individual del autor en la medida del cuidado, ya

²¹⁴ SHUNEMANN Bernd, “Sistema Moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales”, p. 515

²¹⁵ Ob cit. p. 514.

que la “estandarización” llevada al extremo es una forma solapada de individualizar.

“La estandarización de las especiales capacidades la limitan, estos autores, al método y la habilidad que ni exigen un esfuerzo relevante mucho mayor ni elevan las exigencias de la forma especial”²¹⁶. Pero es que, con la teoría de los poderes individuales, lo que se persigue, precisamente, es evitar que, “como consecuencia de la aplicación de un baremo del hombre medio en la medida del cuidado, unos sujetos tengan que realizar un esfuerzo mucho mayor que otros para no infringir el deber objetivo de cuidado”²¹⁷.

Por otro lado, la estandarización de las capacidades especiales no es posible respecto a aquellas aptitudes sin función de imagen estándar, como los sentidos de la percepción (capacidad de ver y oír). Esta es la causa de que la doctrina mayoritaria también incluya los especiales poderes de los sentidos en la medida del cuidado, limitando nuevamente la generalización de la medida de cuidado. Del mismo modo, se introducen los conocimientos especiales del autor en la prognosis jurídica objetiva posterior de la relación de adecuación, relación de riesgo. *“Esta individualización del juicio de adecuación, ex post, junto a una generalización del juicio, ex ante, no es coherente sistemáticamente”²¹⁸.*

Esta necesidad de buscar límites, para salvar la objeción de un privilegio del autor más capacitado de la media, va unida a la dificultad de delimitar lo que son los conocimientos especiales de lo que son capacidades especiales.

Para ejemplificar lo anterior nos hacemos una práctica pregunta que nos hará dilucidar la problemática actual: Es conocimiento o es capacidad lo que adquiere el usuario habitual de una determinada calle o el taxista que realiza el servicio en ese lugar.

Estos problemas tampoco se suscitan si se aplica la teoría de los bienes individuales, que tiene en cuenta, el mismo momento ex ante y con el mismo

²¹⁶ SHUNEMANN, Bernd, *“Sistema Moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales”*, p. 515

²¹⁷ STRATENWERTH, *“Derecho Penal, Parte General”*, p. 1096

²¹⁸ *Ibídem.*

significado, en la medida del cuidado, tanto los conocimientos especiales como las capacidades, estén o no estandarizadas; con los únicos límites de que ambos sean actuales y de “la posibilidad de emplear voluntariamente las facultades personales por parte del sujeto”.

Wolter distingue entre capacidades especiales y profesionales para delimitar cuándo y cómo se consideran éstas en la medida del cuidado:

a) Capacidades especiales no profesionales.

En este caso el baremo ha de ser el del hombre medio, ya que lo contrario supondría elevar el principio de confianza que se ampliaría insoportablemente si no se quiere renunciar al límite inferior del riesgo permitido. Lo que sucede es que, Wolter plantea en el sentido del sujeto que está capacitado por encima de lo normal en el ámbito privado y no en particular en el tráfico. Con lo que estaríamos de acuerdo en que esta especial capacidad no se tendrá en cuenta en el tráfico. Cuando se habla de medir el cuidado según la capacidad especial se sobreentiende que ésta será superior precisamente en el desempeño de esa clase de actividad y no en otros ámbitos. Un cirujano genial puede ser un pésimo conductor y no se tendrá en cuenta su habilidad operatoria respecto al deber de cuidado que le incumbe para conducir.

b) Capacidades especiales estandarizadas en el ámbito profesional.

Para Wolter, en esos supuestos, en los que el conductor profesional o el cirujano especialmente capaz no utiliza la capacidad en el desempeño de la actividad, el autor se hace merecedor exclusivamente de un reproche moral.

c) Capacidades especiales no estandarizadas en el ámbito profesional:

Wolter en estos supuestos del cirujano genial, el nadador olímpico; defiende un punto de vista opuesto al anterior, es decir, se les exige un rendimiento al máximo de su capacidad. Al cirujano genial lo que se le prohíbe no lesionar o poner en

*peligro un bien jurídico, sino que contradice el imperativo de preservar de lesiones los bienes jurídicos protegidos, será un autor por omisión no por acción*²¹⁹.

Son mayores las ventajas que las desventajas que puede representar el tener en cuenta los poderes individuales del autor en el injusto, tanto inferiores como superiores. Por otro lado, la coherencia sistemática, según la concepción del injusto y la culpabilidad que aquí se defienden, exige atender ya en el injusto a la capacidad individual del autor, sin que con ello se atente contra el principio de igualdad ni de justicia, sino todo lo contrario.

La medida del cuidado objetivo que se exige al autor se determinará ex ante y se tendrá en cuenta la capacidad del sujeto comprendiendo tanto los conocimientos como las aptitudes, siempre que éste puede emplearla voluntariamente en el momento de realizar la conducta, junto a las circunstancias externas concurrentes conocidas o cono simples por el autor.

La bipartición del cuidado en objetivo y subjetivo está determinada por la necesidad metodológica de distinguir entre tipo objetivo y subjetivo, pero sin olvidar que es innegable la íntima interrelación entre uno y otro, que implica que, aún cuando se examinen por separado, se condicionan totalmente entre sí. De alguna forma el cuidado subjetivo delimite el cuidado objetivo. En la determinación del cuidado objetivo, sólo se tendrán en cuenta aquellas capacidades, bien sean conocimientos especiales o aptitudes, y circunstancias concurrentes conocidas o cognoscibles por el autor. La cognoscibilidad del deber objetivo de cuidado es precisamente el contenido del cuidado subjetivo y ambos se miden individualmente atendiendo al autor individual singular.

Con ello nos apartamos de la concepción generalizada que entiende el cuidado subjetivo como criterio de limitación del cuidado objetivo. La doctrina mayoritaria entiende que el cuidado objetivo obedece a un mandato general de cuidado, mientras que el subjetivo se medirá según la inteligencia, formación y experiencia

²¹⁹ KAUFMANN Armin, “Estado de la justicia personal”, p. 405.

del autor individual, es decir para el primero la medida será generalizadora y para el segundo individualizadora.

En algunos países, como Suiza y Austria, en los que el código penal contiene una definición de la imprudencia, tienen en cuenta no sólo los conocimientos, sino los conocimientos y capacidades del autor, y tanto espirituales o intelectuales como físicas “actúa imprudentemente, quien desatiende el cuidado, a que según las circunstancias está obligado y tienen capacidad según sus condiciones físicas y espirituales.

4.16 Determinación, *ex ante*, de la infracción de la norma de cuidado en el supuesto particular.

La norma de cuidado penal persigue evitar la producción de aquellas lesiones del bien jurídico que, *ex ante*, el autor tenía posibilidad de prever y evitar. En consecuencia, en cada supuesto particular, el deber objetivo de cuidado comprende todos aquellos deberes genéricos de cuidados reglados o de común experiencia que, *ex ante*, aparecen como adecuados para evitar la lesión del bien jurídico.

El autor ha de atender a todas las reglas generales de cuidado que se le exigen en razón del peligro que está creando su propia conducta, de las que derivan el peligro que suscitan los factores físicos concurrentes en el hecho (lluvia, noche) y, por último, de las que proceden del peligro creado por un tercero o por la propia víctima, siempre que todo ello sea conocido o cognoscible por él.

Una vez establecido el deber objetivo de cuidado, de acuerdo con los riesgos concurrentes en el hecho y la capacidad del autor, hay que ponerlo en relación con la conducta realizada por el autor. Si la acción es coincidente con el cuidado jurídicamente debido no está prohibida. Ello implica la realización por el juez de un juicio de valor sobre el carácter prohibido o permitido de la acción. Este juicio, al que llamaremos primer juicio de imputación, o juicio de atribución, constituye el presupuesto de la imputación objetiva y en él se comprueba la existencia o no de una realización típica. Por ello, será en sede de imputación donde trataremos los

distintos criterios barajados por doctrina y jurisprudencia que pueden ser de utilidad en el examen de la normatividad de la acción: adecuación social, riesgo permitido, previsibilidad objetiva, etcétera.

En el proceso de concreción de la medida del cuidado se ha de atender a los principios de experiencia que vinculan determinados peligros a ciertas modalidades de conducta y a las medidas de seguridad que, ex ante, aparezcan más adecuadas para evitar dichos riesgos; estas últimas, en principio serán las reglas técnicas existentes en los diversos sectores de actividad. El tratamiento de imprudencia según sectores de actividad obedece precisamente a que la medida del cuidado fingido se determina, en parte, por el ámbito del tráfico al que pertenece la conducta.

El proceso para la determinación del deber objetivo de cuidado puede dividirse en dos fases; en una primera se buscarán las reglas generales de cuidado, reglas técnicas, que debería observar el autor, es decir una medida general de cuidado; en la segunda fase se ha de preguntar por cuál sería la *“conducta necesaria en el tráfico” atendiendo a la capacidad del autor²²⁰ y a las circunstancias exteriores concurrentes.²²¹*

el contenido del deber de cuidado tiene como fundamento la previsibilidad objetiva de la lesión de bienes jurídicos, en la misma dirección en que las reglas generales de cuidado, reglas técnicas, se originan en aquellos casos en que esta previsibilidad adquiere carácter general sobre la base de la experiencia de la vida. Consecuentemente, la previsibilidad objetiva de lesión es criterio rector esencial en el momento de la determinación del deber objetivo de cuidado. Algo similar sucede con el riesgo permitido y la adecuación social sin embargo, *al ser estos criterios de utilidad en el primer juicio de imputación será en ese momento donde se estudiarán²²². El principio de confianza juega también un importante papel en la*

²²⁰ CORCOY Bidasolo Mirenxu *“Criterios de Imputación del Resultado”* p. 211

²²¹ MARUACH Reinhart, *“Derecho Penal, Parte General”*, p. 243.

²²² La determinación del cuidado es el paso previo y necesario que permite indagar sobre la existencia o no de infracción de éste, por lo que será en ese segundo momento donde se analizarán los criterios de la adecuación social y el riesgo permitido.

*concreción material del concepto de cuidado*²²³.; Este criterio interpretativo es al mismo tiempo un criterio que, junto a los de defensa, seguridad en el tráfico, etc., se pone en relación con los conceptos de riesgo permitido y adecuación social.

La diversa procedencia de las reglas generales de cuidado repercute de modo evidente en la praxis judicial; *en los supuestos en los que el autor infringió un deber de cuidado previsto en un reglamento, se advierte una acentuada tendencia a calificar, sin posteriores valoraciones, esa infracción, en principio, meramente administrativa, como infracción penal*²²⁴. Por el contrario, si la regla de cuidado infringida procede de usos sociales (existen ámbitos del tráfico absolutamente exentos de reglamentación: cuidado de niños, excursionismo, esquí), la jurisprudencia realiza la valoración de acuerdo con principios propios del derecho penal.

*La necesidad de valoraciones judiciales en el examen de una conducta imprudente se acepta mayoritariamente por la doctrina, sobre la base de la imposibilidad de determinar con carácter general el deber objetivo de cuidado*²²⁵. Con ello no se conculque el principio de legalidad penal, ya que *en la norma de cuidado si está prevista en el tipo y es a ella a la que debe de ajustarse el juez en su valoración*²²⁶. Por el contrario, se infringe el principio de legalidad penal y el mandato de determinación, cuando la infracción de reglamentos fundamental, per se, la atribución de la responsabilidad penal. Del mismo modo que se rechaza la responsabilidad penal objetiva por el resultado, se ha de evitar que la infracción de la norma de cuidado, como núcleo del injusto imprudente, se convierta, en la práctica, en un mero ilícito civil o administrativo.

Las reglas generales de cuidado previstas en las reglamentaciones administrativas tienen finalidades muy diversas, por poner algunos ejemplos: perseguir un mejor funcionamiento de las instalaciones, facilitar la organización y el sistema de trabajo, mejorar las relaciones entre los distintos participantes, evitar el intrusismo

²²³ WELZEL Hans, "La Nueva Imagen del Sistema de Justicia Penal", p. 73.

²²⁴ BINAVICE "Los cuatro momentos", p. 77.

²²⁵ QUINTANO Ripollés, "El Derecho Penal de la Culpa", p. 226.

²²⁶ BOCKELMANN, "Transporte de documentos legales" p. 208.

profesional. *Para que la infracción de una regla de cuidado, regla técnica, pueda tener relevancia penal, acorde con una elaboración de leo lógica de la teoría del delito*²²⁷, ésta ha de tener como finalidad evitar lesiones de bienes jurídicos protegidos por el derecho penal.²²⁸

En consecuencia, sólo puede formar parte del contenido del deber objetivo de cuidado aquellas reglas generales de cuidado que tengan dicha finalidad. De acuerdo con este planteamiento, el criterio del fin de protección de la norma se examina en dos niveles:

- 1) en la determinación del deber objetivo de cuidado;
- 2) como criterio de imputación: el riesgo creado ha de ser aquel que la norma infringida trataba de evitar y esta cualificación del riesgo es lo que permite conocer si es ese el riesgo que se realiza en el resultado.

El juez ha de guiarse por criterios tecnológicos en el momento de la determinación del deber objetivo de cuidado, en el examen de los reglamentos o usos que pueden formar parte de su contenido.

El deber objetivo de cuidado se ha de ajustar a las diversas situaciones sociales; esto es, las conductas posibles se considerarán según la situación particular y la capacidad del autor; conducta adecuada es aquella que en ese tiempo y lugar se estima adecuada socialmente. *El deber objetivo de cuidado es el baremo al que debe ajustarse la conducta realizada y que permite realizar un juicio de valor en el caso concreto sin que ello se contradiga con el carácter de la norma penal como norma de determinación*²²⁹. Ello no es óbice para que un concepto de imprudencia como “infracción de la norma de cuidado” tenga el riesgo de interpretación de las leyes inexactas, y como tal, se ha de ponderar con el principio, de derecho penal, del in dubio pro reo, en el sentido de que esta inexactitud nunca pueda perjudicar al autor. La ambición de la justicia individual, de valoración material del lecho penal a favor y como carga de los autores y de las víctimas, choca en el principio

²²⁷ MIR Puig Santiago, “Función de la Pena”, pp. 41-42

²²⁸ MIR Puig Santiago, “Introducción al Derecho Penal”, p. 128; “Derecho penal, Parte General” p. 75

²²⁹ ENGSICH, “Estudios sobre la intención”, p. 341.

de seguridad jurídica. La plena realización del principio de legalidad, en muchas ocasiones, no es conseguida por el legislador y en otras es imposible por la misma naturaleza de las cosas.

La exigencia de determinación individual del deber objetivo de cuidado es consecuencia directa de la diversidad infinita de situaciones posibles en la vida social. En el intento de ajustarse estrictamente el principio de legalidad, se puede caer en una técnica legislativa casuística que hace inevitables las lagunas legales, lo que provocó un tratamiento distinto de casos que revisten la misma relevancia penal. La coexistencia de generalización junto a la diferenciación exige que las leyes inexactas y las cláusulas generales tengan un mínimo contenido de derecho positivo que se completará a través de una interpretación teleológica regida por los principios de la política criminal. En todo caso, no hay que olvidar que la norma de cuidado si está prevista legalmente, igual que en el tipo doloso, y que la necesidad de concretar en el supuesto que se juzga es y ha sido siempre la labor del juez.

La determinación del deber objetivo de cuidado por el juez en el supuesto particular no implica adoptar una concepción del tipo de injusto imprudente como tipo abierto, puesto que ello supone afirmar que la norma de cuidado tampoco está prevista en el código penal. El juez valora “el cuidado necesario en la situación concreta para el autor”, lo que no quiere decir que el juez complete el tipo con arreglo a un criterio general. Lo que determina el juez es el deber objetivo de cuidado, que no es una norma penal, sino que sirve únicamente para concretar una de las posibles modalidades de conducta y dentro de ellas la más adecuada en el caso concreto, que no infringen la norma de cuidado penal. Las normas de cuidado están tipificadas y son los distintos tipos penales imprudentes: homicidio imprudente, lesiones imprudentes, daños imprudentes. Por otro lado, es inexacta la afirmación de que sólo en los delitos imprudentes falta la descripción legal del tipo; la concepción de la imprudencia como tipo abierto resulta aún menos comprensible en Alemania donde surgió, desde el momento en que en ese país existe una regulación de la imprudencia, por lo que los tipos imprudentes están previstos expresamente junto a sus homólogos dolosos.

4.17 Modalidades del deber objetivo de cuidado

El estudio del deber objetivo de cuidado a partir de las diferentes estructuras posibles o según el sector de tráfico en que se desarrolla la actividad es de gran utilidad para la determinación de su contenido. Engisch desarrolló las principales estructuras que puede presentar el “cuidado externo”.

El “cuidado externo” depende de la existencia de un “cuidado interno”, deber subjetivo de cuidado²³⁰, puesto que si no era cognoscible para el autor el carácter peligroso de la conducta no surge ya el deber de cuidado externo. A la “conducta externa”, cuidado externo, debe preceder el “cuidado interno” consistente en un juicio de probabilidad sobre la producción del resultado²³¹. El cuidado externo, ya sea como cumplimiento de reglas técnicas²³² o como deber de preparación e información previa, no pertenece a las normas de conducta, porque las condiciones de ese cuidado externo coinciden con las condiciones de la omisión de la acción peligrosa, delitos comisivos, o de la realización de la acción indicada, delitos omisivos. También la obligación del cumplimiento de la normativa administrativa y la obtención de conocimientos son consecuencias de la preexistencia del “cuidado interno”²³³. La subordinación del cuidado externo al interno no resta utilidad respecto del estudio de las distintas configuraciones que adopte el cuidado externo.

4.17.1 Cuidado como omisión de acciones peligrosas

Como primera y más sencilla forma de cuidado externo aparecen “la omisión de acciones externas”, que son adecuadas para causar el resultado típico de un delito de resultado²³⁴. La peligrosidad se decide a través de un juicio de adecuación por el espectador objetivo situado en el lugar del autor con todas las circunstancias cognoscibles mediante la experiencia. Una probabilidad determinada de causa

²³⁰ El “cuidado interno” es el contenido propio del deber subjetivo de cuidado, la posibilidad de advertir el peligro, es decir, conocimiento o cognoscibilidad por el autor del significado peligroso de su conducta.

²³¹ JACOKOBS, “Estudios sobre la negligencia”, p. 64

²³² Como “reglas técnicas” se entienden tanto los reglamentos como la experiencia de la vida o la *lex artis* de cada profesión.

²³³ JACOKOBS, “Estudios sobre la negligencia”, p. 64

²³⁴ ENGLISH “Estudios sobre la intención”, p. 283.

sesión del resultado es el contenido de la conducta típica. Por consiguiente, *cuando se alcanza ese grado de contenido del deber de cuidado, será únicamente el omitir la conducta que crea las condiciones que fundamentan ese determinado grado de peligro de causación del resultado. En el supuesto de que en el juicio, ex ante, se obtenga la certeza de la realización típica, existirá dolo.*²³⁵

Este juicio sobre la peligrosidad de la conducta es, precisamente, el contenido del “cuidado interno”, por lo que el deber objetivo de cuidado se configura, en estos casos, con un carácter meramente negativo. Supuestos en que se encuentra de esta forma el deber objetivo de cuidado serían, por ejemplo, dejar un revólver cargado al alcance de la gente, disparar en lugares habitualmente concurridos; es decir, aquellas conductas peligrosas que no contienen, al mismo tiempo, ningún interés para la sociedad. En estos supuestos, el “cuidado externo” obliga a “no hacer”. Lo mismo sucede en aquellos otros casos en que, aún siendo una clase de conducta que entra en el ámbito de las adecuadas socialmente, el autor no está capacitado para realizarla sin sobrepasar el riesgo permitido. El deber de cuidado externo para este sujeto será “no realizar la conducta”, mientras que para otros sería “realizarla atendiendo a tal o a tal otra medida de cuidado”. Lo que viene a probar, una vez más, el distinto contenido del deber objetivo de cuidado según el poder individual del autor.

*Distintos son los casos en los que la conducta, siendo peligrosa, entra en el ámbito del riesgo permitido*²³⁶ por tener una finalidad aprobada por el ordenamiento jurídico. Estas finalidades pueden ser muy variadas, como, por ejemplo: *la conservación de la vida o la salud (operaciones quirúrgicas de salvación); el progreso de la ciencia (experimentos peligrosos); el interés del tráfico (transportes públicos, privados o de mercancías), la educación y entrenamientos (deportes, gimnasia, motociclismo, equitación, aprendizaje de una*

²³⁵ ENGLISH “*Estudios sobre la intención*”, p. 284.

²³⁶ BINDING, “*La Norma*”, p. 434.

*profesión); la producción de bienes, desarrollo de la economía (industria, construcción, minas)*²³⁷.

La primer respuesta necesaria para poder hablar de riesgo permitido es que no pueda conseguirse esa finalidad de utilidad social a través de alguna otra conducta no peligrosa, pues si ello fuera posible respecto a la conducta peligrosa rezaría la misma obligación de “no hacer”. En segundo lugar, es necesario poner de relieve que la conducta peligrosa está permitida sólo en tanto sea apropiada para alcanzar la finalidad aprobada, por lo que en cada caso será necesario realizar una ponderación de los intereses en juego; en esta ponderación entran en consideración distintos aspectos que se han de poner en la balanza.

a) el mayor o menor significado social de la finalidad perseguida y por otro lado la mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico.

b) la probabilidad mayor o menor de que se consigue el resultado esperado, por un lado y, por el otro, la probabilidad, grande o pequeña, de la lesión del bien jurídico en peligro.

c) la capacidad del autor para poder llevar a cabo con éxito la conducta peligrosa. Una operación quirúrgica sólo podrá ser realizada por un cirujano que conozca esa técnica operatoria; un avión deberá ser conducido por un piloto capacitado para ello; la construcción de un edificio dirigida por un arquitecto.

Los conocimientos del autor son requisito esencial para poder hablar de riesgo permitido; sino posee la capacidad necesarias (no es suficiente, ni estrictamente necesario, que posee el título, sino que en el caso concreto tenga posibilidades amplias de controlar el peligro que entraña la conducta) para realizar la conducta peligrosa, se crea un riesgo no permitido al aumentar relevante mente la probabilidad de lesión del bien jurídico, al variar uno de los factores que se consideran en la ponderación de los intereses en juego.

En el supuesto en que el autor no tenga la suficiente capacidad, el deber objetivo de cuidado lo obliga también a “no hacer” es decir, a no emprender la conducta

²³⁷ ENGISCH, “Estudios sobre la intención”, p. 287.

peligrosa, pese a la finalidad de utilidad social perseguida. La conducta peligrosa realizada por un sujeto no capacitado para ello se conoce como “culpa por asunción”²³⁸, también conocida como imprudencia o impericia profesional. El autor puede emprender una conducta peligrosa, y el deber objetivo de cuidado y ya no lo obligará a “no hacer” si no “actuar prudentemente situaciones peligrosas” (segunda estructura posible del cuidado externo), únicamente, en aquellos supuestos en que se cumplan los requisitos siguientes:

Imposibilidad de conseguir el fin ambicionado a través de una conducta no peligrosa;

Que la conducta peligrosa aparezca como adecuada, ex ante, para lograr la finalidad de utilidad social;

Que el autor tenga la capacidad suficiente para realizar la conducta peligrosa con una probabilidad elevada de éxito.

4.17.2 Cuidado como actuación prudente a situaciones peligrosas

“La forma del cuidado en los delitos de omisión (ya sean de comisión por omisión como de omisión pura) se configura siempre como exigencia de una actuación prudente en situaciones peligrosas”²³⁹. “La situación típica, como elemento esencial de todo omisión, se caracterizan por una situación peligrosa (prevista por una ley en la omisión pura)”²⁴⁰. La pretensión de salvaguardia de un bien jurídico surge, precisamente, como consecuencia de una apariencia, ex ante, de situación de peligro para este bien jurídico²⁴¹. “El autor, por lo tanto, realiza la acción indicada inmerso en una situación de peligro que tienen la obligación de controlar. El autor ha de elegir los medios apropiados para evitar la realización típica que amenaza”²⁴².

²³⁸ BOCKELMANN, “Transporte de documentos legales” p. 211.

²³⁹ ENGLISH “Estudios sobre la intención”, p. 290.

²⁴⁰ MIR PUIG, “Derecho Penal, Parte General”, p. 262.

²⁴¹ SILVA SANCHEZ, “El Delito de Omisión”, p. 145.

²⁴² ENGLISH “Estudios sobre la intención”, p. 291

Otra serie de supuestos que deben de ser examinados en este apartado, son aquellos casos en los que la conducta peligrosa se permite. Una determinada conducta peligrosa se permite por su utilidad social: industrias peligrosas, conducción de automóviles, operaciones. *“La realización de la conducta permitida, pero peligrosa, es fuente del deber de cuidado consistente en la utilización de medios externos para la evitación de la realización típica que amenaza”*²⁴³, igual que en los supuestos de omisión. Estos medios pueden consistir en: utilización de cascos, colocación de señalizaciones, sistemas de seguridad de las máquinas, utilización de la *lex artis* por el cirujano, cumplimiento de las reglas de tráfico por el conductor. Estas conductas pueden verse tanto desde una perspectiva comisiva como omisiva. Engisch busca la solución examinando, en el caso concreto, *la clase de norma de prohibición que concurre*²⁴⁴.

*“Se ha de entender que el hecho de emprender la realización de la conducta peligrosa sitúa el sujeto en posición de garante de este peligro por lo que, consiguientemente, en estos casos concurre al mismo tiempo una realización típica convulsiva y omisiva”*²⁴⁵ *“solucionable como concurso de leyes, según el principio de subsidiariedad, dando prevalencia a la comisión”*²⁴⁶.

*Respecto al momento en que se debe actuar prudentemente, la respuesta es tajante: en todos*²⁴⁷. No se debe examinar únicamente si el autor ha actuado correctamente o incorrectamente en el último momento, sino también si él, ya en un momento anterior, podría haber realizado alguna clase de comportamiento apropiado para evitar la realización típica. Esta afirmación es aplicable a aquellos supuestos en que el autor en el último instante no tiene ningún medio a su

²⁴³ Ob. Cit., p. 292

²⁴⁴ Ob Cit., p. 294, existe dolo comisivo cuando la conducta lesiva prohibida por la norma es un hacer positivo que causa el resultado típico, por consiguiente existe falta de cuidado en forma de actuar peligroso, cuando la norma prohibitiva se lesiona ya sea al realizar la acción peligrosa que no está especialmente justificada. Por el contrario, en la comisión por omisión la norma prohibitiva se lesiona al no cumplir con el imperativo jurídico impuesto para la evitación del resultado típico, por consiguiente, existe falta de cuidado como omisión de cumplir las reglas de cuidado en la situación peligrosa cuando no se cumple el deber de obedecer estas reglas.

²⁴⁵ SILVA Sanchez, *“El delito de omisión”*, pp.206-215, en relación con los llamados “casos equivocados de realización típica imprudente”.

²⁴⁶ Ob Cit., pp.208-210,

²⁴⁷ ENGLISH *“Estudios sobre la intención”*, p. 209

disposición para evitar esa realización, pero que si los tuvo previamente y no los utilizó; *“lo que realmente sucede es que la obligación de actuar prudentemente en la situación peligrosa es válida para todo el tiempo de duración de la actividad peligrosa y se ha de actuar, por tanto, en todo momento, atento al deber objetivo de cuidado”*²⁴⁸.

El contenido del deber de cuidado externo depende, en primer lugar, del contenido del “cuidado interno”; el cuidado externo se construirá a partir de lo que en un determinado momento es cognoscible para el autor sobre la peligrosidad de la conducta. *Lo cognoscible para el autor no es, exclusivamente, lo que percibe sino lo perceptible para el espectador objetivo situado en el lugar de todas las circunstancias cognoscible mediante la experiencia*²⁴⁹. Una vez realizado el juicio sobre la peligrosidad de la conducta, cuidado interno, hay que determinar el contenido del cuidado externo. El juicio para la determinación del cuidado externo se hará bajo consideraciones de lo que puede ser razonable exigir; no todo cuidado pensable es ya deber de cuidado, sino que se medirá según el significado de las especiales circunstancias.

4.17.3 Cuidado como cumplimiento de un deber de preparación e información. La negligencia profesional.

Son muchos los términos utilizados para nombrar esta forma del deber de cuidado, se le conoce como deber de atención, como deber de examen previo, o, también, como deber de integración de información de preparación.

En estos supuestos, el reproche se dirige al autor por no haber tenido bastante atención, no haber reflexionado suficientemente, haber omitido informarse; Engisch²⁵⁰, *“advierde como en todo caso, se trata de distintos puntos de referencia del deber de reflexión e información”*. Para Binding²⁵¹, *“este deber de examen previo es el deber de cuidado interno que obliga advertir la presencia de*

²⁴⁸ ENGLISH *“Estudios sobre la intención”* P. 300

²⁴⁹ Ob Cit. p. 301, considera que lo relevante es lo perceptible para el hombre juicioso, no lo perceptible para el autor.

²⁵⁰ Ibidem.

²⁵¹ BINDING *“La Norma”* pp. 530-531

*peligro*²⁵². Engelmann²⁵³ discrepa del planteamiento de Binding por *considerar que restringe el posible contenido de este deber de cuidado, que puede proveer toda clase de deberes de conducta externa: “A este pertenecen tanto deberes de conductas internas: la reflexión, el esfuerzo de la memoria, los juicios, el esfuerzo de atención, como deber de conducta externa: deberes de información sobre los hechos, sobre la reglamentación, ya sea a través de su propia actividad, ya sea a través de otras personas”*²⁵⁴.

En ésta, como en las otras dos modalidades de cuidado externo, esto depende del cuidado interno; *el elemento que provoca la confusión en esta modalidad de deber es que la configuración del cuidado externo guarda gran similitud con la del cuidado interno, lo cual no quiere decir que sea lo mismo*²⁵⁵. Vimos que uno de los requisitos para poder emprender una conducta peligrosa era que el autor tuviese la capacidad necesaria para realizarla; esta exigencia es el núcleo del contenido del cuidado como cumplimiento de un deber de reflexión o información. *“Se trata a quien de que el autor se procure a tiempo los conocimientos, experiencia y capacitación sin los cuales la realización de la acción sería y responsable por el riesgo que encierra”*²⁵⁶. Esta es, por tanto, una modalidad de cuidado externo que concurre siempre antes de emprender una conducta peligrosa, como mínimo en el sentido de la necesaria formación especial o humana para tener posibilidades de realizarla con éxito y, durante el desarrollo de la actividad, exige *“tomar conocimiento de los preceptos jurídicos y de las demás normas de comportamiento que rigen una determinada actividad”*²⁵⁷.

El deber de información y preparación comprende actividades muy heterogéneas, como pueden ser: informarse entre funcionario de hacienda, utilizar gafas en la

²⁵² MIR PUIG, “Derecho Penal, Parte general”, p. 231.

²⁵³ ENGELMANN, “Bases Sólidas” p. 39

²⁵⁴ Ibidem

²⁵⁵ El cuidado interno como debe conocer la peligrosidad de la conducta exige también que las circunstancias concurrentes lo cual también es, en ocasiones, el contenido del deber de información. Sin embargo, el examen se realiza desde distinta perspectiva en cada caso, en el ejemplo del cirujano que antes de operar debe advertir los peligros que pueden surgir con la operación, cuidado interno, uno de los cuales puede ser el estado del paciente, por consiguiente deberá estudiar su historial clínico, cuidado externo.

²⁵⁶ JESCHECK, “Tratado de derecho penal II”, p. 800

²⁵⁷ ENGELMANN “Bases Sólidas”, p. 48

conducción, recordar datos olvidados²⁵⁸; los padres deben saber no se cuida y atiende un bebé, el sujeto que va a comprarse un camión ha de aprender a conducirlo; y, en general, la pertenencia a una determinada actividad obliga a saber realizarla de forma adecuada. *“La infracción del deber objetivo de cuidado no se fundamenta en el no cumplimiento de estos deberes previos, sino en emprender la conducta peligrosa sin los conocimientos necesarios cuando comporte un riesgo penalmente relevante”*²⁵⁹.

Por tanto, tampoco es necesario en estos supuestos aplicar la estructura de la *actio libero in causa*, ya que lo relevante para el derecho penal no es la falta de preparación o información, sino el emprender una actividad peligrosa sin estos requisitos previos. No obstante, la jurisprudencia, igual que en el supuesto anterior, trata estos casos como supuestos de *actio libero in causa*, considerando constitutiva de imprudencia la conducta anterior a aquella en la que verdaderamente se cree el peligro.

*En los casos de cuidado como omisión de acciones peligrosas se hizo referencia a “culpa por asunción” (aquellos supuestos en lo que se emprende una acción peligrosa sin la suficiente capacidad), en los cuales fundamento último del cuidado es, precisamente, este deber de preparación e información previa, pese a la peligrosidad de la acción, esta podría realizarse de poseer el sujeto los conocimientos necesarios*²⁶⁰.

*La impericia o negligencia profesional, contempla algunos de estos supuestos*²⁶¹ generalmente se entiende como negligencia profesional la transgresión de deberes técnicos que sólo incumben al profesional; tiene, por tanto, un sentido de “imprudencia funcional”, esto es, conductas imprudentes acreditadas como faltas “profesionales” por vulnerar la *lex artis* que regula aquella actividad²⁶².

²⁵⁸ ENGISCH “Estudios sobre la intención”, p. 315

²⁵⁹ BINAVICE, “Los Cuatro Momentos”, pp. 78-79.

²⁶⁰ JESCHECK, “Tratado de Derecho Penal II” p. 799.

²⁶¹ MIR PUIG, “Derecho Penal, Parte General” p. 231

²⁶² QUINTANO Repolles, “El Derecho Penal de la Culpa” pp. 544-548

Imprudencia o negligencia profesional seria un viaje mal hecho, una mala toma de una curva u otra maniobra técnicamente improcedente y de anotadora de imprudencia en el culpable; pero no, en cambio, el conducir a excesiva velocidad, que puede hacerse con un alarde de pericia, y a lo que la jurisprudencia denomina “imprudencia profesional”²⁶³.

Para estar en condiciones de responsabilidad de imprudencia profesional es requisito tomar en cuenta la “condición profesional del agente” lo que contempla tres aspectos: profesional de la actividad concreta, ejercicio habitual y público, que este ejercicio profesional constituya su modo de vida.

Mir Puig²⁶⁴ considera, por el contrario, que “solo es admisible “desde una interpretación de lo profesional, que no exige el carácter de profesional en el autor, sino sólo la falta de diligencia debida en un determinado sector profesional. Desde esta perspectiva, el intruso que ejercer actos de la profesión médica sin los debidos conocimientos y causa un resultado lesivo de incurrir en impericia profesional, aunque tal intruso no sea un profesional”. *“Es esta la única interpretación correcta, ya que lo infringe en el deber objetivo de cuidado es la realización de una actividad sin capacidad necesaria, sin profesionalidad, con independencia de que sea o no profesional en esta actividad”²⁶⁵.* La concepción jurisprudencial, y de algún sector doctrinal, sobre la negligencia profesional, es consecuencia de una interpretación formal del término “profesional”, cuando el único sentido de esta clase de imprudencia es la voluntad de la ley de agravar la pena en aquellos supuestos en los que el desarrollo de una actividad se infrinjan normas básicas de la *lex artis* de esa profesión. “Perito” tiene que serlo todo aquel que emprende una actividad, no sólo quien la ejerce como “profesión”.

²⁶³ Ibídem p. 547, en este sentido, la jurisprudencia distingue entre “culpa del profesional”, imprudencia común cometida por el profesional cometida en su oficio y “culpa profesional” que descansa en la impericia.

²⁶⁴ MIR Puig Santiago, *“Derecho Penal, Parte General”*, 2ª Ed. p. 231

²⁶⁵ QUINTANO Ripollés, *“El Derecho Penal de la Culpa”*, p. 545 “la extensión de la agravación al no profesional imperito, que ya de por sí es anómala, puesto que peritos solo están obligados a serlo los profesionales.

- a) “Impericia”, que puede comprender a cualquier persona que emprende una actividad sea o no profesional, posea o no el título correspondiente.
- b) “Negligencia profesional”, en el supuesto de que el autor posee un título profesional, en cuyo caso, se crea una presunción de competencia cuya fase negativa es la impericia, que supone defectuosa ejecución de la *lex artis*.

4.17.4 Relación entre deber de cuidado y deber de garante

“Ni la comprensión del imprudente como infracción de la norma de cuidado convierte al delito imprudente indito de infracción del deber”²⁶⁶, “ni la existencia de supuestos de conductas ambivalentes comisivo-omisivas resta validez a la distinción entre un deber de cuidado y deber de garante”²⁶⁷. Sin embargo, un sector doctrinal afirma la identidad del deber de cuidado y el deber de garante en el ámbito de los delitos de lesiones imprudentes a través de la omisión.

“Con referencia la norma penal no puede distinguirse entre deber de cuidado y deber de garante”²⁶⁸; “así como el deber de cuidado no es un deber en el sentido de la norma”²⁶⁹, lo mismo sucede respecto al deber de garante que, en ningún caso, contiene un imperativo en el sentido de la norma penal²⁷⁰. El deber de garante sólo es válido como criterio regula activo específico a través del imperativo general de conducta, al igual que el deber de cuidado, que en el sentido de la norma es sólo un concepto regulativo que se cimentan normativamente en la norma de conducta general.

También es cierto que entre los deberes de cuidado y el deber de garante, que fundamenta la posición de garante, compromiso de garante, existe una

²⁶⁶ ROXIN Claus, *“Derecho Penal”* pp. 622-623, niega que tal y como había mantenido en las ediciones anteriores de la obra, los delitos imprudentes, ya que la lesión del deber de cuidado es propia también del delito doloso.

²⁶⁷ ARROYO Zapatero, *“La protección penal”*, p. 131, estima que, al menos en el ámbito de los accidentes de trabajo, se superponen el deber de cuidado y de garante y resta utilidad a la distinción.

²⁶⁸ KAMPS, *“La división de la medicina del trabajo”*, p. 97

²⁶⁹ BINAVICE, *“Los Cuatro Momentos”*, p. 126

²⁷⁰ KAMPS, *“La división de la medicina del trabajo”*, p. 97, en el sentido de que el artículo 13 del StGB, que regula en Alemania la comisión por omisión y la posición de garante, se ha de interpretar al mismo tiempo como deber de cuidado y deber de garante y que, en ningún caso, contiene un imperativo en el sentido de la norma.

*coincidencia parcial en las realizaciones típicas imprudentes*²⁷¹. Pese ambas afirmaciones, no sólo se puede sino que se debe distinguir conceptualmente entre ambos deberes con miras a la determinación correcta de cada uno de ellos.

*“En la determinación de ambos se ha de atender, primero al deber de garante para salvaguardar la diferencia entre el delito imprudente de resultado realizado a través de una acción o a través de una omisión”*²⁷². *“En este punto, es necesario poner de relieve la importancia que tiene en este contexto la configuración material o formal de la posición de garante”*²⁷³ *y del deber objetivo de cuidado*²⁷⁴. La doctrina tradicional mantiene una concepción formal de la posición de garante, teoría formal del deber jurídico, que atiende a la fuente de la que ya surge el deber jurídico: ley, contrato y actor peligroso precedente. Esta fundamentación de la posición de garante dificulta en mayor medida la distinción entre deber de garante y deber de cuidado, ya que ambos tienen el origen en la ley, en numerosas ocasiones.

Por el contrario, *“una configuración material permite delimitar, en el caso concreto, cuál es la situación del autor y, tras la determinación de la posición de garante de éste, se pueden extraer las especiales responsabilidades que de ella se derivan para un determinado suceso”*²⁷⁵. De ahí que el deber de cuidado indica el deber de garante (sólo del garante) en una limitada área de cuidado para evitar este suceso: es un deber de cuidado que sólo existe para el garante. *“En consecuencia, la determinación del cuidado en los delitos imprudentes de lesión por omisión sólo se puede encontrar atendiendo a la posición de garante”*²⁷⁶. Con la comprobación de la lesión del deber de cuidado de garante se constata, al

²⁷¹ GALLAS, *“La responsabilidad de las partes culpables involucrados en la construcción”*, Heidelberg, 1963, p. 333.

²⁷² KAMPS, *“La división de la medicina del trabajo”*, p. 98.

²⁷³ KAUFMANN Armin, *“El dolo eventual en la estructura del delito”* p.p. 283-284, construye una configuración material de la posición de garante de acuerdo con la “teoría de las funciones, distinguiendo entre función de protección de un determinado bien jurídico y la función de control de una fuente de peligro; esta concepción es hoy día la doctrina dominante en Alemania.

²⁷⁴ En este trabajo se ha defendido una concepción material a través de la distinción entre regla técnica-reglas generales de cuidado y deber objetivo de cuidado.

²⁷⁵ HERZBERG, *“La omisión en el derecho penal y el principio garante”*, Berlín, 1972, p. 242; en sentido análogo SILVA Sánchez, *“El Delito de omisión”*, p. 370 que habla de “situaciones concretas de garantía”.

²⁷⁶ Ob cit. p. 242.

mismo tiempo, la lesión del deber de garante, sin que puedan invertir estas proposiciones en todos los casos.

Sobre la posición de garante sea de decidir el baremo del cuidado objetivo, de acuerdo con los criterios generales de determinación del deber objetivo de cuidado. Sólo con la infracción de cuidado de un garante en relación con un bien jurídico, por el protegido, existe una lesión del deber de garante.

“La inversión de estas proposiciones no es posible en los supuestos destaquen vinculación familiar y responsabilidad por la conducta de otras personas y, en algunos de los casos, encuadrables en el deber de control de una fuente de peligro que operen el mismo ámbito de dominio, en todos aquellos supuestos en que la conducta peligrosa sea creada por persona distinta del garante o por circunstancias extrañas a este punto la posición de garante existe con independencia de que éste infrinja o no el deber objetivo de cuidado en el caso concreto, cuando la situación de garante le es atribuida por el rol social que desempeña”²⁷⁷, a no ser que la persona se haya liberado expresamente de los deberes jurídicos que lo constituyen en posición de garante.

“Esta conclusión es todavía más evidente cuando yo la creación de riesgo por parte de la víctima, en cuyo caso, habrá que determinar si el garante estaba obligado evitar la auto pues en peligro”²⁷⁸. Esto es lo que sucede en los supuestos usuales de la construcción e industria, en los que la víctima, pese a poseer los medios para evitar el peligro, no los utilizan: trabajo sobre techo, efectuando sin colocarse los cinturones que llevaban, etcétera.

Por el contrario, si es posible realizar la inversión de las proposiciones cuando el sujeto realiza una conducta peligrosa que conlleva la obligación de actuar de determinada manera. En estos casos, *“el deber de cuidado y el deber de garante tienen el mismo contenido, la realización de una acción que impida que la*

²⁷⁷ SILVA Sánchez, *“El delito de omisión”*, p. 371, advierte de la necesidad de ser restrictivo, incluso en los casos en los que la situación de garantía vaya “usualmente” unida a la investidura de determinado papel social.

²⁷⁸ ARROYO Zapatero, *“la protección penal”* p. 164. Esto hay que ponerlo en relación con el deber que se atribuye al garante en estos supuestos de “imponer medidas de seguridad” o en otra sentencia de “la obligación de cumplir y hacer cumplir, incluso coactiva e imperativamente”

*conducta peligrosa exceda los límites del riesgo permitido*²⁷⁹. Supuestos típicos aquí encuadrarles son los de circulación: el conductor debe cruzar un peatón tiene que frenar, el camionero ha de adelantarse a la distancia necesaria para no poner en peligro el ciclista. Como puede advertirse, estamos ante aquellos casos límites de delimitación comisión omisión, donde se superponen de forma total el deber de cuidado y el deber de garante. Sin embargo, *“pese que pueda sostenerse que en estos supuestos será la “conurrencia de una imputación omisiva junta a la comisiva”²⁸⁰, no son, desde luego, supuestos exclusivamente mis hijos en los que siempre es necesario el examen diferenciado de la concurrencia del deber de cuidado y del deber de garante”*.

4.18 Grado de peligro

4.18.1 Teorías sobre el concepto de peligro

El “peligro” ha sido y es un concepto extensamente debatido por la doctrina penal y, en particular, en relación con los delitos de peligro. En esta sede, nos interesa encontrar un concepto de peligro en atención a que, según el planteamiento aquí definido, “la creación, o no control, de un peligro objetivo por el comportamiento del autor y cognoscible por éste” es fundamento del injusto, en cuanto constituye un riesgo típicamente relevante. El concepto de peligro que buscamos ha de ser un elemento común a los delitos de lesión y de peligro y, por tanto, ha de consistir en una definición de este “pronóstico ex ante de la propiedad lesiva de una conducta”.

4.18.1.1 Teoría subjetiva del peligro

“Los partidarios de esta teoría entienden que el juicio de peligro no sólo tiene una solución declarativa sino constitutiva del concepto”²⁸¹. “Es una concepción del peligro insertado dentro del problema causal: “peligro de causas John hola no

²⁷⁹ SILVA Sánchez, *“El delito de Omisión”*, pp. 207-208.

²⁸⁰ SILVA Sánchez, *“El delito de Omisión”*, p. 207.

²⁸¹ HORN Ekhard, *“Delitos Concretos, puesta en peligro”* p. 35, alude a la tesis de Henkel del dualismo entre “juicio de peligro” y “peligro como situación”.

*aclarada no ha causas John de una lesión de un bien jurídico*²⁸². Los defensores de una teoría de la causalidad permanente mecánica determinista afirman que no existe el peligro y que el juicio de peligro se contradice siempre con la verdadera situación, pues todo el peligro es sólo producto de la y el error personal. *“En consecuencia, no habrá acciones peligrosas sino sólo dañosas o no dañosas”*²⁸³. Como pone de relieve Binding²⁸⁴, *“el error puede ser parecer como peligrosa una situación que no lo es, pero no hacerla peligrosa: el error sobre la peligrosidad de la acción no quita ni pone peligro”*. Lo débil de esta teoría es que reduce el concepto de peligro a una explicación empírico teórica de los cursos causales.

4.18.1.2 Teoría general del peligro: teoría objetiva

Los partidarios de esta teoría mantienen que la peligrosidad no es un atributo de la acción individual, sino que surge ante la observación masiva como propiedad de un grupo de acciones. Lo que se conoce por la experiencia es que: *“este tipo de acciones fácil y relativamente a menudo desembocan en lesión: son generalmente peligrosas”*. *“Acorde con esta afirmación defienden un concepto de peligro entendido “como posibilidad objetiva de un resultado lesivo: probabilidad generalmente válida de su producción”*²⁸⁵. Es cierto que hay una relación entre probabilidad y peligro, entre la intensidad del peligro y el aumento de la probabilidad de la lesión, pero con ello no tenemos un concepto de peligro sino de lo que significa el peligro: aumento de la probabilidad de lesión.

4.18.1.3 Teoría abstracta del peligro

*“La dificultad de prueba de la peligrosidad conduce a que el legislador realice una presunción iuris et iure sobre la peligrosidad de algunas modalidades de conducta. Son conductas no concreta sino abstracta mente peligrosas”*²⁸⁶, en las que legislador realiza una presunción de peligro, por lo que no estaremos ante delitos

²⁸² HORN Ekhard, *“Delitos Concretos, puesta en peligro”*, p. 51

²⁸³ MERKEL, *“Derecho Penal”*, pp. 64-65

²⁸⁴ BINDING, *“La Norma”*, p. 377.

²⁸⁵ BINDING, *“La Norma”* I, p. 324, n. 10 y p. 375.

²⁸⁶ BINDING, *“La Norma”* I, p. 380

de peligro si no han frente a delitos de peligro presunto²⁸⁷. De esta clase serían las conductas previstas como delitos de peligro abstracto como la conducción en estado de embriaguez²⁸⁸.

4.18.1.4 Teoría Ecléctica (objetiva o subjetiva)

Aparece como una síntesis de la teoría objetiva y subjetiva; *considera que el peligro es una prognosis ex ante en la que sólo se pueden utilizar las circunstancias y los conocimientos de experiencia existentes en el momento del peligro potencial; con lo cual se discute solamente si el espectador objetivo con los conocimientos del autor tiene que estar dotado como el hombre medio o como un experto*²⁸⁹. Éste planteamiento supone confundir “juicio de peligro” con “concepto de peligro”.

4.19 Concepto normativo de peligro

*“En todas estas teorías, se advierte la falta de diferenciación entre el peligro objetivo, concepto de peligro, y el juicio de peligro”*²⁹⁰: el peligro como juicio y el peligro como situación. *“Es necesario partir de una comprensión objetiva del peligro”*²⁹¹: *“en todo caso ha de existir una situación peligrosa entendida como idoneidad ex ante (en la tentativa y mi doña no la hay ex post) para causar la lesión de un bien jurídico”*²⁹². *“El hecho de que el peligro sea algo valorativo, cuyo determinación exacta no sea posible, no excluye la realidad del peligro que existe previa juicio de peligro”*²⁹³.

Es necesario un concepto “práctico” de peligro, que nos describe la relación entre el sujeto y su conducta, es decir, un concepto teleológico y no causal y, por lo

²⁸⁷ RODRIGUEZ Ramos, “El resultado en la teoría jurídica del delito”, p. 75.

²⁸⁸ CORDOBA Roda “Sobre los delitos de peligro...” p.p. 360-361, concibe el peligro como algo objetivamente existente, como modificaciones del mundo exterior perceptibles por los sentidos en los que el legislador prevé un delito de peligro abstracto.

²⁸⁹ LACKNER, “El Delito Específico de Amenaza” p. 18

²⁹⁰ HORN Ekhard, “Delitos Concretos, puesta en peligro” p. 35

²⁹¹ HENKEL, “El concepto de riesgo”, 1981, p. 16, entiende que el peligro, como situación realmente existente, es solamente una expresión del lenguaje usual.

²⁹² BINDING, “Las Normas”, pp. 385-386, entiende que la peligrosidad se decide por la idoneidad de los medios para provocar el peligro.

²⁹³ MIR Puig Santiago, “Derecho Penal, Parte General”, p. 171, que ve el peligro como “característica de la conducta”.

*tanto, incurso en una relación de medio a fin*²⁹⁴. Desde esta perspectiva, *el juicio de peligro tiene como objeto no sólo la respuesta a la pregunta teórica sobre si un determinado acontecimiento se producirá como consecuencia de un comportamiento y las circunstancias concurrentes, sino también la respuesta a la pregunta de si el suceso es un daño y a cómo se debe evitar ese daño*²⁹⁵. El “peligro” no tiene una existencia independiente de la conducta situada en un determinado momento. El peligro es, por tanto, siempre calificativo de un comportamiento. Un comportamiento es peligroso cuando el autor no esté en situación de evitar o impedir con seguridad un daño que se tiene por posible.

En consecuencia, es necesario que exista peligro ex ante, es decir, peligro concebido como situación caracterizada por la probabilidad de lesión de un bien jurídico que no puede ser evitada con certeza por el autor. *“La relevancia típica de este peligro puramente objetivo se verá, a su vez limitada por el aspecto subjetivo, ya que, al derecho penal, lo que le interesa es “el peligro en cuanto conocido o cognoscible por el autor”; en particular, en la imprudencia en cuanto cognoscible y no conocida exactamente por el autor”*²⁹⁶.

*“La argumentación anterior, junto a la imposibilidad, acorde con el estado actual de la ciencia”*²⁹⁷, de conocer, ex ante, el peligro efectivamente existente de lesión, *“conlleva la afirmación de que un concepto normativo de peligro válido para el derecho penal sea el de peligro como “probabilidad de lesión de un bien jurídico”*²⁹⁸. *“El oficio del “espectador objetivo” no es otra cosa que expresión de la congruencia entre concepto de peligro y situación de peligro como meta de la función jurídica y que se realicen términos de probabilidad”*²⁹⁹. *“Al derecho penal en el juicio de peligro, no le interesan todos los factores creados de riesgo, sino solamente aquellos conocidos por el sujeto, o que el sujeto, dadas las*

²⁹⁴ La diferencia entre ambos conceptos de peligro es *equivalente* a la diferencia existente entre la atribución de un resultado a una conducta a través de la prueba de la relación causal, de acuerdo con las leyes causales, o por medio de la imputación objetiva, según criterios teleológicos.

²⁹⁵ KINDHAUSER, *“Los Delitos de Peligro”*, pp. 176-177.

²⁹⁶ Si el sujeto conoce exactamente la efectiva peligrosidad de su conducta y no hace nada para evitar que ese peligro se concrete en lesión, existirá dolo.

²⁹⁷ HENKEL, *“El concepto de riesgo”*, p. 16

²⁹⁸ ENGLISH, *“Estudios sobre la intención”* p. 402.

²⁹⁹ HORN Ekhard, *“Delitos Concretos, puesta en peligro”*, p. 36

*circunstancias tenía el deber de conocer*³⁰⁰. El peligro será, por tanto, la apariencia ex ante de la probabilidad de producción de un resultado lesivo según leyes de experiencia: el peligro como cálculo de probabilidad. *“Habrá peligro cuando la probabilidad de lesión roce con la seguridad de lesión”*³⁰¹.

4.20 Concepto normativo de probabilidad: probabilidad objetiva

*“De lo anterior se deduce que el peligro y probabilidad están íntimamente relacionados”*³⁰², por lo que habrá que concretar lo que se entiende, desde esta perspectiva, por probabilidad. *“Al igual que sucedía con el concepto de peligro, las teorías que han desarrollado sobre la probabilidad son muchas y desde muy diversos puntos de vista”*³⁰³, y al igual que se hizo con el concepto de peligro y antes con el concepto de causa es necesario adoptar un concepto de probabilidad válido para el derecho penal. *Esta necesidad de validez en el ámbito penal nos lleva a adoptar el cálculo de probabilidades que, como teoría abstracta puede interpretarse de infinitos modos y es, por tanto, aplicable tanto a ciencias experimentales como la metaciencia*³⁰⁴.

*La interpretación ontológica y física de la probabilidad contempla a esta como una propiedad objetiva de las cosas, como frecuencia relativa de acuerdo con un método estadístico*³⁰⁵, otra interpretación posible de probabilidades es la psicológica o subjetiva, que concibe la probabilidad como *“grado de creencia efectiva”*³⁰⁶. La interpretación de la probabilidad como frecuencia relativa no es válida para el derecho penal ya que se refiere a un “tipo de conducta”, no a la

³⁰⁰ HERZBERG, *“La omisión en el derecho penal y el principio garante”*, pp. 259, habla de “peligro cubierto” en aquellos supuestos en los que el autor desconoce la realidad del peligro creado por su conducta, en estos casos, según el autor, no realiza el tipo objetivo del delito doloso.

³⁰¹ KINDHAUSER, *“Los delitos de Peligro”*, p. 174.

³⁰² Esta relación entre probabilidad y peligro, ya fue constatada por Rohland, en este sentido KINDHAUSER, *“Los Delitos de Peligro”*, p. 174.

³⁰³ BUNGE, *“La investigación científica”*, p. 459-470, ver esquema de las distintas teorías de la probabilidad.

³⁰⁴ BUNGE, *“La investigación científica”*, p. 459

³⁰⁵ BUNGE, *“La investigación científica”*, p. 462 *“la interpretación de la probabilidad por la idea de frecuencia relativa ha sido conformada satisfactoriamente, las frecuencias se combinan efectivamente como probabilidades, siempre que administren fluctuaciones típicas”*.

³⁰⁶ BUNGE, *“La investigación científica”*, pp. 465-466.

conducta concreta y persigue encontrar la probabilidad estadística de dicho “tipo de conducta”, no el grado de probabilidad en caso concreto.

“Para el juicio del peligro que aquí se busca realizar es más adecuado un método de distribución estadística de probabilidades en grupos, que permite asignar probabilidades a acontecimientos futuros sobre la base de la frecuencia con que tales acontecimientos han tenido lugar en el pasado”³⁰⁷. “La probabilidad objetiva, así concebida, será el límite máximo, que deberá registrarse en cada caso por el contenido de la probabilidad subjetiva, entendida como “posibilidad de conocimiento por el sujeto del grado de probabilidad objetiva”³⁰⁸. Por lo tanto, se concibe la probabilidad objetiva = fundamento y la probabilidad o subjetiva = límite.

Por otro lado, *“los específicos elementos, propios de la determinación de la responsabilidad penal, nos conducen a que no se pueda indicar un determinado grado de probabilidad penalmente relevante en abstracto, ya que el ámbito de riesgo permitido que tiene que ser superado dependerá del bien jurídico protegido en el tipo y en el ámbito del tráfico en que se desenvuelve la actividad”³⁰⁹. En otras palabras, “el grado de probabilidad de producción de un resultado implica un distinto grado de peligro, en sentido cuantitativo, y la distinta categoría de los bienes jurídicos en peligro supone una mayor o menor gravedad del peligro en sentido cualitativo”³¹⁰. “No podemos olvidar que el riesgo permitido resulta, en muchos casos, de los conocimientos limitados del autor”³¹¹ y, en otros, el bien jurídico puesto en peligro. La permisión de un cierto grado de peligro para la vida a causa de la utilidad social de la conducta será menor que el grado de peligro “permitido” en el supuesto de que el bien jurídico amenazado fuese la propiedad.*

³⁰⁷ ESCRIVA Gregori, *“La puesta en peligro”*, pp. 25-27

³⁰⁸ CARNAP, *“Introducción a la filosofía de la ciencia”*, reconoce que la probabilidad subjetiva es importante para la teoría del comportamiento humano en todos los órdenes y para las ciencias correspondientes, pero no puede servir de base para la lógica inductiva o el cálculo de las probabilidades. Sin embargo, en nuestro planteamiento la probabilidad subjetiva no se utiliza como fundamento, sino como límite.

³⁰⁹ SCHUNEMANN, *“Sistema Moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales”*, pp. 795-796, advierte que el juez, a falta de una medición exacta del grado de probabilidad en las complejas situaciones de la vida social, tiene que podnerar, en cada caso, si el grado de probabilidad es suficiente.

³¹⁰ ESCRIVA Gregori, *“La puesta en peligro”* pp. 33-35.

³¹¹ JAKOBS, *“Estudios sobre la culpa”*, p. 85.

4.21 Juicio de peligro

De los razonamientos anteriores se concluye que el peligro objetivo se conoce de acuerdo con un juicio de probabilidad objetiva que se limita a través de la probabilidad subjetiva, para obtener un concepto de peligro válido para el derecho penal. En el delito imprudente, por lo tanto, *“se mantendrá este concepto de peligro normativo, entendido como “peligro penalmente relevante”, que se obtendrá a través de un juicio cuya base sea el peligro objetivo, probabilidad objetiva, limitado por la probabilidad subjetiva, cognoscibilidad y el criterio del riesgo permitido”*³¹². En consecuencia, *“también en congruencia entre el aspecto objetivo y subjetivo, en el sentido de que no se puede ir más allá del peligro cognoscible por el autor que configura el deber subjetivo de cuidado”*³¹³. En el delito imprudente, *“para la realización del tipo objetivo subjetivo (infracción de las normas de cuidado, se parte de que al sujeto les cognoscible una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado producido y esta parte cognoscible es valorada por el ordenamiento jurídico penal como peligro no permitido”*³¹⁴.

Una acción abstractamente peligrosa, de acuerdo con la teoría de la probabilidad objetiva, no realiza por sí sola, la lesión objetiva del cuidado debido³¹⁵ ya que, como veíamos, el deber objetivo de cuidado no tienen carácter vinculante general sino individual. *“La estrecha vinculación objetivo subjetiva ha sido puesta de relieve por algunos autores que advierten la imposibilidad como consecuencia de esta interrelación, de realizar un juicio de acción objetiva que no ten en cuenta los conocimientos del autor”*³¹⁶. En un derecho penal, no meramente retributivo ni meramente dirigido a la prevención especial, no es concebible un juicio de

³¹² Sobre el riesgo permitido como criterio interpretativo general.

³¹³ SILVA Sánchez *“Aberratio ictus e imputación objetiva”* p. 143 rechaza la imputación objetiva dolosa en los supuestos de desviaciones causales esenciales sobre la base, precisamente, de la incongruencia objetivo-subjetiva.

³¹⁴ ZUGALDIA Espinar, *“Comentarios al Código Penal”*, p. 325 Afirma que no tiene sentido la distinción entre tipo objetivo y subjetivo en el delito imprudente por no haber coincidencia entre la finalidad perseguida por el autor y la dirección final o el resultado prohibido.

³¹⁵ GIMBERNART Ordeig Enrique, *“Delitos Cualificados”*, pp. 43 distingue entre acciones inadecuadas y acciones peligrosas y a éstas las divide en permitidas y no permitidas.

³¹⁶ JESCHECK, *“Tratado de Derecho Penal I”*, p. 796.

impugnación puramente objetivo, ni viceversa, puramente subjetivo. Una concepción del injusto derivado de la función de prevención de la pena y una concepción de la norma penal como norma de determinación son totalmente coherentes con esta metodología objetivo subjetiva que se propone para el injusto imprudente.

La conminación penal en los delitos imprudentes sólo tiene sentido bajo el supuesto de que existan acciones que objetivamente se reconocen como peligrosas y que, en atención a ello, deben ser evitadas. Si se niega la posibilidad de advertir por el sujeto la existencia de un peligro de lesión de bienes jurídicos en su comportamiento, habría que negar la posibilidad de castigar los hechos imprudentes.

“El juicio de peligro lo realizará el juez atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto y a los conocimientos y capacidad del autor”³¹⁷. Como puede advertirse, “este oficio de peligro constituye lo que se conoce como juicio de atribución o de adecuación y debe estar presidido por criterios teleológicos”³¹⁸, como respuesta al concepto “práctico” de peligro, recogíamos, que describía la relación entre el sujeto y su conducta incurso en una relación sin medio. En este trabajo se denomina este juicio primer juicio de atribución o presupuesto de imputación.

“En el juicio de atribución el juez examina configurado como “espectador objetivo”³¹⁹, “si el autor ha creado un riesgo y la cantidad y cualidad de ese riesgo; en otras palabras, la mayor o menor probabilidad de lesión de un bien jurídico. Generalmente, la doctrina habla en este caso de previsibilidad”³²⁰; si en esta sede, lo hacemos de probabilidad, es porque en atención a la dilucidación sobre la existencia o no de dolo es relevante el “grado” de peligro ex ante advertirle y la

³¹⁷ MIR Puig Santiago, *“Introducción a las bases del derecho penal”*, p.60.

³¹⁸ ROXIN Claus *“Reflexiones sobre el problema de la atribución en el derecho penal”* p. 147, busca la coherencia de la unidad teleológica de los principios de atribución.

³¹⁹ La figura del “espectador objetivo”, desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia penal, tiene como fundamento la necesidad de distinguir entre el Derecho Procesal y el material: el juicio sobre un elemento del Derecho material tiene que ser independiente del juez.

³²⁰ En el mismo sentido con que se hacía respecto a los poderes individuales de la determinación del cuidado subjetivo.

probabilidad permite una mayor graduación que la previsibilidad. No obstante, es evidente, que sigue probabilidad hay previsibilidad y viceversa, lo que hace posible esta situación de previsibilidad por probabilidad.

La norma de cuidados se configura precisamente en virtud de la prognosis de la previsible lesión de un bien jurídico dadas las circunstancias concurrentes en el hecho: la previsibilidad de la producción del resultado es el fundamento de la norma de cuidado. *“La previsibilidad de la lesión es, por tanto, contenido del injusto imprudente, por lo que podemos hacer nuestra la afirmación de Gimbernart”*³²¹, de que *“la adecuación tiene relevancia en derecho penal porque, por coincidir su concepto con el de previsibilidad, pertenece al tipo de lo injusto”*³²².

El juicio de peligro así configurado ha de realizarse *ex ante*, con independencia de que para la importación del resultado será necesario un juicio *ex post*³²³, sobre la efectiva realización de ese peligro en el resultado. *“La prognosis sobre la peligrosidad de la conducta se hará en atención al hecho y será, en el caso particular, donde se determinará la existencia o no de infracción de la norma de cuidado; será un juicio de peligro abstracto, sobre el peligro que supone la conducta para el bien jurídico protegido”*³²⁴.

*“Los datos que no se poseen en el momento de la realización de la conducta no pueden ser tenidos en cuenta en el juicio de peligro, aún cuando ex post se pruebe que, atendiendo a ello, el peligro que entrañaba la conducta era mayor al cognoscible cuando se ejecutó”*³²⁵. *“La mayor peligrosidad objetiva demostrada ex post no tiene relevancia en relación con el peligro penalmente relevante”*³²⁶, pues

³²¹ GIMBERNART Ordieg Enrique, *“Delitos cualificados”*, p. 45

³²² El concepto de adecuación se sustituye, por el primer juicio de imputación, como creación de un riesgo típicamente relevante.

³²³ HORN Ekhard, *“Delitos Concretos, puesta en peligro”*, p. 14

³²⁴ HORN Eckhard, *“Delitos Concretos, puesta en peligro”*, p. 15

³²⁵ No se tendrán en cuenta, por tanto, en ningún caso, aquellos “conocimientos” no conocidos de acuerdo con el estado de la ciencia en el momento del hecho.

³²⁶ ESCRIVÁ Gregori, *“La puesta en peligro”*, pp. 93-94, entiende que, pese a que el juicio sea *ex ante*, “si con posterioridad aparecen datos inexistentes en el momento de la actuación o de producción de una situación, datos que nos ayudan a hacernos una idea más exacta de que tal actuación o situación comportaba, no podemos prescindir de ellos”.

no puede infringir la norma una conducta que, cuando se realizó, ni el “hombre más diligente” hubiera advertido su peligrosidad.

“La admisibilidad de un concepto de peligro como “probabilidad de lesión de un bien jurídico”³²⁷ “es la consecuencia de la imposibilidad, de acuerdo con el estado actual de la ciencia, de conocer ex ante el peligro efectivamente existente de lesión”³²⁸. Si la ciencia no puede advertir el peligro ex ante, mucho menos podrá el autor y, por lo tanto, difícilmente podrá ser motivado a no crearlo o a controlarlo.

Por consiguiente, puede afirmarse que, en ningún caso, es posible tener en cuenta en el juicio de peligro datos constatados exclusivamente ex post; no obstante, si es posible examinar si el autor ex ante debía haber advertido del peligro aún cuando éste fuera desconocido y, en el caso de dudar seriamente sobre el peligro, abstenerse de actuar.

Lo usual, sin embargo, es el problema opuesto: que para la ciencia fuese cognoscible el peligro ex ante y no así para el autor. Como veíamos, lo conocido y cognoscible por el autor es precisamente la base del juicio de peligro, de acuerdo con un concepto de peligro normativo limitado el peligro penalmente relevante. Dentro de estos supuestos, están todos aquellos en los que la víctima tiene una enfermedad preexistente, que podía ser conocida, pero que el autor no tenía el deber de conocer. Lo que equivale a afirmar que no era cognoscible para el autor, ya que cognoscible no es todo lo que “puede conocer” sino sólo aquello que “debe conocer”, es decir, lo que al autor le es exigible conocer.

“Lo mismo es aplicable en aquellos supuestos en que el autor desconoce, y no tiene el deber de conocer, un dato que reviste de carácter peligroso a su conducta, en el sentido de peligro objetivo, y que es conocido por otras personas ex ante. De esta clase es el ejemplo, propuesto por Gimbernart³²⁹, en el que A manda a B a un restaurante, sin conocer que C va a poner allí una bomba, con la esperanza que haya un atentado y B muera. Nos es indiferente que A desee o no la muerte

³²⁷ ENGISCH, “Estudios sobre la intención”, p. 402.

³²⁸ JACKOBS, “Estudio de la culpabilidad”, p. 85, afirma que el estado actual de conocimiento permite la conclusión ex ante sobre el peligro de lesión.

³²⁹ GIMBERNART Ordieg Enrique, “Delitos cualificados”, pp. 37-38.

de B, ya que falte el peligro penalmente relevante, entendido como “peligro objetivo” limitado por los conocimientos (concurrentes o exigibles) del autor. Gimbernart³³⁰ pone de relieve “*que ex ante, y tomando como base las condiciones cognoscible si conocidas de A y desde la perspectiva de un hombre prudente*”, sólo es posible este juicio: “A ha mandado a B al restaurante”.

Lo anterior no se contradice con la afirmación de la necesidad de un juicio de peligro ex post en los supuestos de delitos de peligro imprudentes, sólo que este segundo juicio ya no tendrá relevancia para el injusto sino únicamente para la imputación del resultado de peligro.

El peligro concreto de lesión para el bien jurídico constatado *ex post* se ve, por la doctrina mayoritaria, como resultado típico en los delitos de peligro concreto. Este juicio de peligro ex post no es un juicio de peligro abstracto, sino que en el debe constatar, en concreto, que el objeto de la acción ha entrado en la esfera de la acción peligrosa o de otra forma, que el objeto de la acción se encuentra desamparado y su integridad depende de leyes influencias heterónomas. Este juicio de peligro *ex post* es el equivalente al juicio sobre la relación de riesgo propio de los delitos de lesiones, en los cuales se examina *ex post* si el peligro advertido *ex ante* en el primer juicio de atribución, juicio de peligro *ex ante*, es el que realmente se ha realizado en el resultado de lesión.

*“La posibilidad de comisión imprudente de los delitos de peligro se contradice con la consideración de la culpa consciente comodoro de peligro y los delitos de peligro como supuestos expresamente regulados de tentativas imprudentes punibles”*³³¹. *“Pese a los evidentes puntos de contacto entre el dolo de peligro y la culpa consciente y los delitos de peligro y la tentativa imprudente, no se pueden equiparar estos conceptos”*³³². *“La necesidad de distinguirlos es consecuencia del*

³³⁰ GIMBERNART, Ordieg Enrique, “*Delitos cualificados*”, pp. 37-38.

³³¹ FARRE Trepat, “*La Tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia*”, pp. 127-128, entiende que la punibilidad de la tentativa en los delitos imprudentes se resuelve por el legislador con la creación de los delitos de peligro.

³³² CRAMER, “*Fraude en el Derecho Penal*”, p. 200, entiende que el conocimiento, es el elemento propio del dolomientras que la imprudencia éste se sustituye por la previsibilidad.

*distinto contenido del conocimiento del sujeto en cada caso y del distinto “grado” de peligro, entendido como peligro normativo, que ello implica*³³³.

Por último, es necesario precisar que para expresar el distinto sentido del peligro en el juicio de peligro *ex ante* y *expos*, se utilizará, en primer caso, el término de “riesgo” y, en el segundo, el de “peligro”. *“Por riesgo se entiende el cálculo de probabilidad de lesión cognoscible ex ante con el que se valora la peligrosidad de una conducta”*³³⁴. Peligro será el contenido del juicio valorativo sobre una situación en la que, conforme a la ley de probabilidad disponible, la lesión del bien jurídico individual es consecuencia lógica de la acción, es decir, es una posibilidad lógica; y *“sólo cuando existen medios de evitación usuales se excluye la responsabilidad penal, no si la posibilidad de evitación es exclusivamente fruto del “azar”*³³⁵. *“El distinto objeto del juicio, conducta y situación resultante, determina que se trate de dos conceptos de peligro distintos y, en consecuencia, es preferible su diferenciación terminológica”*³³⁶.

4.21.1 Determinación de los bienes jurídicos en peligro

*“El hecho doloso, el conocimiento exacto del peligro que entraña la conducta por parte del autor determina que éste conozca bien ex ante cuáles son los bienes jurídicos en peligro”*³³⁷. *“El dolo abarca el riesgo que ex ante aparecer como típicamente relevante”*³³⁸. *“En la culpa consciente, también se conoce la existencia del riesgo que supone la conducta, pero se cree poder dominar este riesgo”*³³⁹. *“El objeto del dolo es, precisamente, la realización de ese riesgo; en la imprudencia el*

³³³ NOWAKOWSKY, “*Estudios de Derecho Penal II*”, p. 33, advierte que el grado de peligro dependerá de si el autor actúa dolosa o culposamente.

³³⁴ Juicio de peligro propio del primer juicio de imputación, como creación del riesgo *ex ante*.

³³⁵ SCHUNEMANN, “*Sistema Moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales*”, p. 795-797; por peligro entiende, de este modo, el “resultado” en los delitos de peligro concreto, valorable, por tanto, *ex post*.

³³⁶ KRUELMANN, “*Los delitos de Bagatela*” p. 72, advierte también sobre el distinto concepto de peligro que se da en cada caso.

³³⁷ La existencia de supuestos de dolo alternativo no excluye que el sujeto conozca, también en estos casos, los posibles bienes jurídicos amenazados. El llamado “dolo general”, en el que el sujeto no conocería que bienes jurídicos están en peligro en el caso concreto, es rechazado, tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia.

³³⁸ MIR Puig Santiago, “*Función de la Pena*”, pp. 6566; El dolo consiste, esencialmente, en conocer los elementos del injusto típico, por lo tanto no abarca ni el curso causal ni el resultado, que en nuestra concepción quedan fuera del injusto.

³³⁹ JACKOBS, “*Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*”, pp. 240, 242.

*objeto del conocimiento es la posibilidad de realización típica o la posibilidad de conocimiento de la realización típica*³⁴⁰.

Consecuentemente, *“la presencia de dolo presupone, en principio, la determinación del bien jurídico amenazado; por el contrario, en un gran número de supuestos imprudentes se crea un riesgo indeterminado que amenaza bienes jurídicos indeterminados*³⁴¹. Es precisamente, en el ámbito del tráfico viario donde se advierte con mayor claridad la indeterminación de los bienes jurídicos amenazados por la potencialidad lesiva del riesgo creado. *“No es extraño, por tanto, que sea precisamente de este sector de donde parta la idea del resultado en la imprudencia como “azar”*³⁴².

*“La gravedad del peligro aumenta según la mayor o menor importancia de los bienes jurídicos amenazados, en el sentido de que una pequeña probabilidad de lesión del bien jurídico básico constituye un riesgo penalmente relevante, mientras que esa misma probabilidad frente otro bien jurídico puede considerarse el riesgo permitido”*³⁴³; en el ámbito del riesgo permitido *“depende del bien jurídico protegido en el tipo que determina su vez la mayor o menor gravedad del riesgo en un sentido cualitativo”*³⁴⁴.

*“La indeterminación del bien jurídico en peligro en distintos supuestos imprudentes y, especialmente, en el tráfico viario, tiene consecuencias importantes en la práctica jurisprudencial”*³⁴⁵. La primera de ellas sería la consideración de la imprudencia como crimen culpae, por parte de un amplio sector de la doctrina jurisprudencial. De un estudio profundo de la jurisprudencia sobre imprudencia cabe extraer la conclusión de que la concepción de imprudencia como crimen

³⁴⁰ CRAMER, *“Fraude en el Derecho Penal”*, p. 203, entiende que en la imprudencia consciente el autor conoce la peligrosidad de su conducta, mientras que en la culpa inconsciente el autor no puede conocer el peligro, y en consecuencia la posibilidad de lesión.

³⁴¹ KAUFMANN Armin, *“El principio de culpabilidad”*, p. 154, Esta característica de los delitos imprudentes lleva a un sector doctrinal a entender que se trata de delitos de peligro cualificados por el resultado producido.

³⁴² ENGISCH, *“Estudios sobre la intención”*, pp. 401-402.

³⁴³ HORN Ekhard, *“Delitos Concretos, puesta en peligro”*, p. 71.

³⁴⁴ El distinto valor del bien jurídico amenazado se tiene en cuenta, por tanto, en el injusto, ya que éste será elemento del primer juicio de peligro, en la valoración de la creación de un riesgo típicamente relevante..

³⁴⁵ CORCOY BIDASOLO, *“Criterios Jurisprudenciales”*, pp. 6-12 y 249-250.

culpae se produce especialmente en los supuestos de imprudencias cometidas en el ejercicio de actividades peligrosas, pero aceptadas socialmente. En los demás supuestos se tratará la imprudencia como crimen culposo, con un absoluto paralelismo respecto al mismo tipo de delitos dolosos.

Detrás de este enfoque se advierten consideraciones de medición de la pena; así, se afirma que *“no cabe el concurso ideal o material de delitos por el tratamiento del delito culposo como “crimen único”*³⁴⁶; es decir, se estima un único delito de imprudencia, aunque de él se deriven una pluralidad de resultados lesivos, por entender que si bien era previsible “un resultado lesivo” no lo era el concreto resultado producido que depende del azar.

El problema concursal que subyace toda esta problemática es evidente, hasta el punto de que algunos autores, *pese a rechazar la tesis del crimen culpae, niega la posibilidad de aplicar el concurso no ya real*³⁴⁷, *sino ni siquiera ideal en los delitos imprudentes*³⁴⁸. *Las reservas de la doctrina y jurisprudencia la aplicación de reglas concursales en los delitos imprudentes se deben, básicamente, a razones de política criminal, derivadas de la gravedad de la pena que se debería imponer*³⁴⁹.

De ahí que, sobre la base, por un lado, de la adecuación social de las conductas y, por otro, de la cual indeterminación de los bienes jurídicos amenazados, se advierten en la jurisprudencia dos categorías diferenciadas de tratamiento de las realizaciones típicas imprudentes. La primera de estas categorías hace referencia a aquellas modalidades de realización típica imprudente que se inscriben en uno y/u otro grupo de conductas, adecuación social y/o indeterminación ex ante, siendo tratadas como crimen culpae.

³⁴⁶ CORCOY BIDASOLO, “Criterios Jurisprudenciales”, p.p. 6-12.

³⁴⁷ MIR Puig Santiago, “El delito de coacciones en el Código Penal Español” pp. 811-816; La tesis del concurso real en algunos supuestos, en los que de una conducta se derivan varios resultados lesivos, ya que discute en el ámbito de los delitos dolosos, a favor del concurso real en los delitos dolosos se manifiesta.

³⁴⁸ CÓRDOBA RODA, “Comentarios al Código Penal II” p. 351.

³⁴⁹ SILVA Sánchez, “El delito de Omisión” parece inclinarse por el concurso real de los delitos imprudentes, aunque con reservas, dada la elevada sanción que se deriva del principio de acumulación material y acumulación jurídica.

En tanto que, la segunda categoría de realizaciones típicas imprudentes guarda una correspondencia directa con el respectivo tipo doloso, suponen infracción de la norma de cuidado directamente referida al bien jurídico en concreto amenazado, y recibe un tratamiento jurisprudencial paralelo al que recibiría el mismo supuesto cometido dolosamente. Del mismo modo, *“la adecuación social y la indeterminación usual de los bienes jurídicos amenazados de este determinado grupo de conductas imprudentes se refleja en el criterio seguido por el Tribunal Supremo sobre la distinción entre dolo e imprudencia”*³⁵⁰. La indeterminación ex ante de los bienes jurídicos en peligro presupone, en principio, un menor grado de conocimiento del riesgo efectivamente creado y el dolo exige, precisamente, un mayor contenido de conocimiento sobre ese peligro creado. *“El error sobre la real efectividad del riesgo creado, o del propio desconocimiento de ese riesgo”*³⁵¹, como elementos del tipo subjetivo imprudente, se pueden probar, con mayor facilidad, en los supuestos de indeterminación del vino bien jurídico amenazado: *“a mayor determinación del bien jurídico mayor, no civilidad del peligro y menor posibilidad de error sobre la eficacia lesiva, puesto que, en general, se considera que en la imprudencia existe una “falta de reconocimiento actual del tipo”*³⁵².

La naturaleza de la imprudencia, los elementos que la integran, los aspectos que la diferencian del hecho doloso y su posición sistemática la teoría del delito son cuatro puntos que han de recibir un tratamiento conjunto y sistemático. El evolución de la teoría del delito la imprudencia ha jugado un papel determinante. Su progresiva importancia, debida al aumento de esta clase de criminalidad, ha hecho que pasase de ser el “hijastro” del derecho penal a motivos de que diferentes concepciones de la teoría del delito quedarán en entredicho. La concepción psicológica de la culpabilidad, absolutamente subjetivista, imposibilita la inclusión en ella de la imprudencia, en particular, de la culpa inconsciente, en la que salta la conexión psíquica entre el autor y el resultado lesivo. Dentro de esta concepción de la culpabilidad, la imprudencia fue vista como: vicio de la

³⁵⁰ SCHLUCHTER, *“Error sobre los elementos constitutivos normativos”*, p. 86, entiende en el dolo, aun cuando sea eventual, no hay déficit de conocimiento.

³⁵¹ En los supuestos de culpa inconsciente

³⁵² NIESE, *“La Finalidad de la Voluntad”* p. 354

inteligencia, vicio de la voluntad o culpa de carácter, en el sentido de ausencia de sentido social de la gente. En este mismo contexto se desarrolle otro concepto de imprudencia como error, a los que unos otorgan un significado subjetivo y otros lo entienden como error en la realización de la conducta. Lo que se censura de esta teoría es la equiparación de imprudencia como error, Nora posibilidad de apreciar la existencia de un error en la imprudencia.

La imposibilidad de la concepción psicológica de la culpabilidad en comprender la imprudencia, propicia el paso a la concepción normativa de la culpabilidad, como consecuencia directa del carácter normativo que se predica de la imprudencia. El elemento normativo, la esencia de la imprudencia, pasa a ser la infracción de la norma de cuidado. El deber objetivo de cuidado, como elemento de la culpabilidad, se determinaba, en primer momento, de una forma subjetiva, pasando posteriormente a defenderse una determinación objetiva subjetiva del cuidado que alcanzó una gran aceptación. La doble medida del cuidado se examinaban los planos: en un primer nivel la infracción del deber objetivo de cuidado y en un segundo, la lesión del cuidado subjetivo según el poder personal del autor subrayando la prioridad de esta segunda medida. La doctrina que define la determinación subjetiva del cuidado y la objetiva subjetiva coinciden en que el injusto del delito imprudente se agota en la realización del resultado descrito en el tipo legal.

Los problemas que ello implica, en particular, la atribución de la responsabilidad de forma objetiva y de acuerdo con los principios del *versare re illicita* lleva a la doctrina a ubicar la infracción del deber de cuidado como elemento del tipo. El fundamento de la consideración del injusto imprudente como infracción de la norma de cuidado coincide con una concepción de la norma penal, esencialmente, como norma de determinación. Esta objeción por parte de la doctrina mayoritaria del deber de cuidado al injusto imprudente no impide que existan grandes divergencias entre los distintos sectores doctrinales. La doctrina mayoritaria distingue entre deber objetivo y subjetivo, adscribiendo el primero al injusto y el segundo la culpabilidad. Este planteamiento conecta con el problema de los

poderes individuales que quedan de esa forma circunscritos a la culpabilidad. Ello, en el caso de los poderes superiores, determina que no pueden ser tenidos en consideración en ningún nivel. Un pequeño sector doctrinal, sitúa el deber objetivo de cuidado la justificación, por lo que la tipicidad como puro del valor del resultado y entiende la justificación como permisión de una conducta prohibida. Este doble reproche ha determinado su escasa incidencia.

La consideración de la infracción de la norma de cuidado como momento homicidio ha tenido una gran repercusión en la doctrina y la jurisprudencia. El paralelismo parte de que, tanto en la imprudencia como en los delitos impropios de omisión, Comisión por omisión, se trata de la omisión de una acción, la conducta adecuada o indicada. La imprudencia es, según esta concepción: “voluntaria omisión de la diligencia debida” o, para la jurisprudencia, “omisión del cuidado debido”. El desarrollo del aspecto vicio de la imprudencia lleva a algunos autores a considerar todos los delitos imprudentes como delitos de omisión impropia, el deber de cuidado en la imprudencia tiene la misma función que el deber de garante en la omisión.

En esta línea, Armin Kaufmann, en virtud del principio de inversión, de un momento homicidio en la Comisión imprudente, lo que lo conduce a admitir, como único supuesto de omisión imprudente, “el intento defectuoso de cumplimiento de mandato”. Es cierto que existen puntos de contacto entre omisión e imprudencia, pero el tratamiento del momento homicidio de la imprudencia como omisión es un error dogmático imperdonable y lleva graves confusiones a la jurisprudencia. Que sean materialmente conceptos distintos no quiere decir que sean contrapuestos. Los puntos de contacto pueden observarse en: 1) su evolución dogmática paralela la doctrina penal, 2) la existencia de supuestos ambivalentes Comisión u homicidios, y 3) la problemática de los poderes individuales, se desarrollan de modo similar en ambos institutos jurídicos.

La doctrina de la acción final, es también, precisamente, frente a la imprudencia donde topa con mayores obstáculos insalvables. Para la doctrina finalista el “del valor de la acción” es, relevante, “del valor de la intención”, lo que no puede

encajar en el tipo imprudente por no existir en éste una finalidad jurídico penal relevante. En consecuencia, la doctrina finalista considera que el injusto imprudente él del valor de la acción es la infracción de la norma de cuidado, en definitiva, renuncia el concepto final de acción en estos tipos.

Desde otra perspectiva, la doctrina finalista al poner el acento en la acción, observa que en los delitos imprudentes el elemento esencial es una acción que infringe el cuidado y estima que esta acción no es legalmente determinada. Welzel, en consecuencia, afirma que los delitos imprudentes son tipos abiertos en los que solo se describe el resultado. Los tipos abiertos expresan un deber jurídico y no describen la conducta prohibida. La infracción del deber de cuidado es uno de estos elementos del deber jurídico lo que conduce a Roxin, en un primer momento, a tratar los delitos imprudentes como delitos de infracción del deber. Esta concepción ha sido objeto de fuertes críticas, sin embargo, la doctrina mayoritaria admite que en los delitos imprudentes el comportamiento prohibido se encuentra determinado en mucha menor medida que el delito doloso. En general, estas afirmaciones son consecuencias de los olvidos 1) la no distinción, por parte de la doctrina, entre el deber de cuidado y norma de cuidado , y 2) la no advertencia de que la conexión de los aspectos objetivos y subjetivos del tipo es lo que da una apariencia de determinación en los tipos dolos. Sin embargo, también de estos las modalidades de conducta pueden ser innumerables, en especial, en los delitos resolutivos, y es el dolo lo que les da significado típico.

La norma de cuidado, como elemento constitutivo del tipo imprudente, es una norma de determinación que persigue la evitación de lesiones de bienes jurídicos motivando a los ciudadanos a no realizar conductas constitutivas de delitos. El problema es probar la eficacia motivadora de la norma en los delitos imprudentes, por la existencia, en ellos, de un error sobre la efectiva virtualidad del peligro creando culpa consciente o sobre la propia existencia del riesgo, culpa inconsciente. En un primer momento Binding y luego Engisch, pretendió fundamentar la motivación de la imprudencia por la estructura de la norma.

Esta tiene siempre un deber de evitación que es precisamente, el que infringe en la imprudencia. Según esta construcción, la imprudencia es esencialmente infracción del deber subjetivo de cuidado, la no atención, pero esto no prueba el poder de motivación. English busca la solución en el poder del autor que juega un papel esencial en la concreción del deber objetivo de cuidado. El poder del autor determina la norma y el poder de motivación se fundamenta en que cada hombre debe decidir cómo debe comportarse. También desde la doctrina finalista se pretende fundamentar la función de motivación por el contenido de la norma, pero dando un tratamiento distinto a la norma imprudente respecto de la dolosa. La norma prohíbe crear peligros relevantes y cada persona lo crea de forma distinta. La normalidad: “no se tiene que poner ninguna condición de la que se pueda seguir la producción del resultado y si no se conocen las circunstancias concurrentes no se tiene que poner ninguna condición de la cual de manera posible se pueda seguir la producción del resultado”.

Binavice rechaza la posibilidad de fundamentar la motivación a través de la estructura de la norma y afirma, además, que la norma sólo tienen sentido y origina un único concreto deber jurídico. Lo que varía en el tipo doloso e imprudente es el contenido del deber de cuidado, el imperativo de cuidado, que no es una norma en sentido estricto. La identidad de la norma en el delito doloso e imprudente no es cierta ya que el contenido prescriptivo de la norma es distinto en las realizaciones típicas imprudentes y dolosas. Por un lado, en el homicidio doloso de la realización típica se va realizando hasta el momento de producción del resultado, en el imprudente la realización típica existe cuando se infringe la norma de cuidado de un riesgo adecuado de muerte. La consecuencia está en relación con la motivación. En el delito doloso, la norma tiene la voluntad de evitar el hecho, y en el imprudente, únicamente la posibilidad de conseguir la evitación: lo relevante en el injusto imprudente es la posibilidad y el deber del sujeto de advertir el peligro.

El cuidado puede verse como externo o interno y como objetivo y subjetivo. La doctrina mayoritaria concibe el cuidado externo como una conducta adecuada,

elemento del injusto, y el cuidado interno como actitud interna del autor, elemento de la culpabilidad; mientras que, para mí, ambos forman parte del injusto típico. No debe confundirse cuidado externo e interno, con la determinación objetiva o subjetiva del cuidado. Tanto el cuidado externo como interno pueden ser objeto de determinación objetiva y subjetiva. Es decir, hay que distinguir entre estructura del cuidado y determinación del cuidado. Sin embargo, se prefiere denominar al cuidado externo como cuidado objetivo y al interno como cuidado subjetivo, por ser una terminología más acorde con la que sigue la doctrina. La determinación objetiva será la general acorde con el “hombre medio” y la subjetiva, individual, atendiendo al poder individual del autor. El cuidado objetivo y el subjetivo pertenecen a la antijuricidad ya que no es posible disociarlos: el contenido del cuidado objetivo depende del aspecto subjetivo. El cuidado subjetivo, interno, es una directriz normativa para la formación de una correcta representación de la situación objetiva y, por consiguiente, para la conformación del cuidado objetivo.

La imprudencia, concebida como infracción de la norma de cuidado y ubicar en el injusto, necesita un segundo nivel de concreción. Es necesario justificar la distinción entre norma de cuidado y deber objetivo de cuidado, y entre este y las reglas generales de cuidado o “reglas técnicas” y lo que se comprende por cada uno de estos términos. La norma de cuidado es una norma penal y como tal prevista en los tipos penales. El deber de cuidado, tanto objetivo como subjetivo, no es en sí mismo una norma penal, sino una de las formas posibles en que se puede realizar la conducta para que esta sea correcta.

Estas reglas técnicas expresan prohibiciones de conductas para aquellos supuestos en los que la experiencia general de la vida demuestra una gran probabilidad de que una acción de ese tipo lesione un bien jurídico. Su fundamento jurídico puede ser: la ley, los reglamentos (de toda clase, incluyendo órdenes, instrucciones...), Los principios jurisprudenciales, y los usos y costumbres del ámbito de la vida social de que se trate. Las pautas de conductas previstas en una regla técnica, cualquiera que sea su origen, tienen un carácter indicativo. Cada uno de estas reglas generales de cuidado es, o debería de serlo,

fruto de la ponderación de intereses en juego: la necesidad de la actividad de que se trate; la cantidad de riesgo probabilístico que supone el incumplimiento del deber; la merma de utilidad y eficacia derivada de su cumplimiento.

La infracción de una regla general de cuidado determina, per se, la infracción del deber objetivo de cuidado, ni el cumplimiento de esa regla de cuidado excluye la posibilidad de la infracción del deber objetivo de cuidado. Lo contrario, supone la aplicación, de forma inmediata, de reglas de otros ámbitos del derecho o de la vida en el derecho penal, siendo expresión una vez más del *versari re illicita*. En consecuencia, es necesario un doble examen: buscar las reglas técnicas aplicables al supuesto concreto; e indagar si, en el caso concreto, era ese u otro el deber objetivo de cuidado. La infracción de la regla técnica de carácter indiciario respecto a la infracción del deber objetivo de cuidado su función es, también, proteger bienes jurídicos, pero por caminos indirectos: a través de la exclusión o disminución de todos los peligros inherentes a una empresa o conducta.

Esta distinción, entre deber de cuidado y reglas generales de cuidado, es necesaria por ser imposible encontrar criterios generales que determinen el deber objetivo de cuidado. La razón de esta imposibilidad está en la intervención de numerosos factores causales interrelacionados entre sí en cada supuesto concreto. La concreción del deber objetivo de cuidado está necesitada de una valoración judicial, sin que ello signifique conculcar el principio de legalidad ya que la norma de cuidado, porque se entiende tanto la actitud como los conocimientos especiales, en el sentido de experiencia del sujeto en el desarrollo de la actividad que se trate.

El conocimiento en sentido estricto afecta el deber subjetivo de cuidado y se entiende como todo lo que el sujeto conoce o debería conocer sobre las circunstancias que concurren en el caso concreto, su propia capacidad y, en particular, sobre la peligrosidad que entraña la situación creada. La consideración de los poderes inferiores en el injusto se critica por entender que con ello se privilegia al incapaz se crea un mayor peligro.

Ello es cierto en la medida en que sí al sujeto se le permite realizar la actividad peligrosa (por no tener en cuenta en la determinación del deber de cuidado objetivo su poder inferior) al no poder alcanzar el cuidado exigible al “hombre medio” infringiría siempre el deber objetivo de cuidado. Con ello se graba injustamente al menos capacitado, sin que se disminuya el peligro. La pertenencia de la menor capacidad al contenido del cuidado necesario hace que el sujeto actúe o no con distintas medidas de atención que el hombre medio.

En relación con los poderes superiores, sumo consideración en el injusto conduce a que el sujeto que conscientemente no los utilizan, sin infringir por ello el baremo del “hombre medio”, realizará una conducta atípica y ya no podrán considerarse en la culpabilidad. Con su consideración en la determinación del deber objetivo de cuidado se persigue evitar que unos sujetos tengan que realizar un esfuerzo mayor que otros para no infringir ese deber, cumpliendo de esta forma con el contenido material del principio de igualdad: tratar a los desiguales como iguales y a los desiguales como desiguales.

En el proceso de concreción de la medida de cuidado se ha de atender a los principios de experiencia que vinculan determinados peligros a ciertas actividades y a las medidas de seguridad que, ex ante, aparecen como más adecuadas para evitar dichos riesgos. El contenido del deber objetivo de cuidado tiene como fundamento la previsibilidad objetiva de lesión de bienes jurídicos y este será el criterio rector en la concreción del deber objetivo de cuidado, de modo similar a como actúan el riesgo permitido y la adecuación social en el juicio sobre el injusto típico. En la determinación del deber objetivo de cuidado, es de utilidad partir de su inclusión en una de las modalidades de deber de cuidado.

El cuidado como omisión de acciones peligrosas obliga al sujeto a no actuar en los supuestos en que dada la gran peligrosidad de la conducta, está no se vea compensada por su utilidad social o a no actuar cuando el sujeto, por su menor capacidad, no puede emprenderla pese a su utilidad social. Si por el contrario, la conducta peligrosa, por su finalidad de utilidad social entra dentro del riesgo permitido, y el sujeto tiene capacidad para ejecutarla, estaremos ante una

modalidad de cuidado como actuación prudente en situaciones peligrosas. La tercera modalidad del cuidado está directamente vinculada a la culpa inconsciente, es el cumplimiento de un deber de preparación o información previa. La gran similitud que en estos casos tiene cuidado interno y el externo no los equipara.

De lo que se trata es de que el autor se procure a su tiempo los conocimientos, experiencia y capacitación, y es por tanto, una modalidad de cuidado externo. La infracción del deber objetivo de cuidado, en estos casos, no se funda en el incumplimiento de estos deberes previos sino en emprender la conducta peligrosa sin ellos. Un caso particular de esta modalidad de cuidado es la llamada negligencia o imprudencia profesional, regulada expresamente en la legislación. La descripción de las conductas dentro del sector de actividad a que pertenecen sirve también ayuda en la concreción del deber objetivo de cuidado. La jurisprudencia, ante la dificultad de esto plantea, ha creado unos principios que son determinantes para fijar el contenido del deber de cuidado: el principio de confianza y el de defensa.

La relación entre deber de cuidado y deber de garante se plantean las omisiones imprudentes. Para un sector doctrinal, estos deberes son idénticos. Ni el deber de cuidado y el deber de garante son un imperativo en el sentido de la norma penal, son válidos únicamente como criterio regula tipos específicos en los que se cimientan la norma de conducta general. No obstante sus similitudes, es necesario distinguirlos, la determinación del deber de garante ha de ser siempre previa a la del deber de cuidado. Sólo tras la determinación del deber de garante se pueden conocer las especiales responsabilidades que de ella se derivan. En consecuencia, el deber de garante indica el deber de cuidado en una limitada área: es un deber de cuidado que sólo existe para el garante.

Con la comprobación de la lesión del deber de cuidado de garante se constata, al mismo tiempo, la lesión del deber de garante, sin que se puedan invertir en todos los casos las proposiciones. La inversión se puede llevar a cabo cuando el sujeto realiza una conducta peligrosa que conlleva la obligación de actuar de determinada manera. En estos casos, el deber de cuidado y el deber de garante

tienen el mismo contenido: la realización de una acción que impida que la conducta peligrosa exceda los límites del riesgo permitido: son los casos límites de delimitación comisión omisión.

Un concepto de peligro interés en esta sede en atención a que el peligro objetivo cognoscible por el autor es el fundamento del injusto, en cuanto constituye un riesgo típicamente relevante. Es necesario distinguir entre peligro como situación y peligro como juicio el “peligro como situación” se concibe como situación caracterizada por haber sido causa de lesión. La imposibilidad de conocer con exactitud, ex ante, el peligro efectivamente existente de lesión conlleva la necesidad de adoptar un concepto normativo de peligro, válido para el derecho penal como: “probabilidad de lesión de un bien jurídico”.

La concepción del peligro como cálculo de probabilidad o siga su vez a seguir un concepto de probabilidad apto para el derecho penal. Para el juicio de peligro que en este nivel se pretende, lo más adecuado es un método de distribución estadística de probabilidades en grupos, que permite asignar probabilidades a acontecimientos futuros sobre la base de la frecuencia con que tales acontecimientos han tenido lugar en el pasado.

La probabilidad objetiva, así obtenida, será el límite máximo, que deberá restringirse, en cada caso, por el de probabilidad subjetiva, entendida como: “posibilidad de conocimiento por el sujeto del grado de probabilidad objetiva”. El grado de probabilidad penalmente relevante se limitará, a su vez, según el bien jurídico que afecte y según amplitud del riesgo permitido en el sector de actividad de que éste trate. Será, pues, un concepto normativo de peligro obtenido a través de un juicio cuya base será: el peligro objetivo, peligrosidad objetiva, limitado por la probabilidad subjetiva, cognoscitiva, y el criterio del riesgo permitido.

Este planteamiento sirve para cumplir con la necesaria congruencia entre el tipo objetivo y subjetivo en los delitos imprudentes. Éste peligro se ha de valorar ex ante por lo que se denominará “riesgo”, a diferencia del “peligro”, no determinable únicamente ex post, en el que se constata que el objeto de la acción ha entrado en la esfera de la acción peligrosa.

4.22 Infracción del deber de subjetivo de cuidado.

Se ha visto la necesidad de que concurre un determinado peligro como presupuesto del deber objetivo de cuidado. Pero para la existencia de un tipo imprudente, como infracción de la norma de cuidado, no basta la concurrencia objetiva de dicho peligro. Es necesario, para ello, que dicho peligro pueda ser conocido por el sujeto. En este aspecto, se centra la problemática de tipo subjetivo imprudente, que ocupará las páginas que siguen.

4.23 Previsibilidad Objetiva

El criterio de la previsibilidad objetiva es tomado en consideración por las actuales teorías de la imputación como elemento propio de ésta. Algunos autores sustituyen este elemento de la previsibilidad objetiva por el de alcanzabilidad, entendida como “producción de un riesgo relevante de lesión o, en su lugar, otros, por la evitabilidad en el sentido de dominabilidad. Al examinar con sentido crítico, los distintos conceptos de imputación, es inevitable concluir en que: la posibilidad de tener un objeto, un acontecimiento, de evitar un daño, de dirigir un suceso; existe sólo cuando el resultado de una conducta es previsible. Por ello, un amplio sector doctrinal advierte como la previsibilidad se adhiere y, en cierta manera engloba, a todos los restantes criterios de imputación.

Un sector doctrinal, que defiende la teoría de la imputación objetiva, sitúa, al mismo tiempo, la previsibilidad objetiva como elemento de la imprudencia junto a la infracción de la norma de cuidado o en su lugar, y como criterio de imputación, elemento de la imputación, sin diferenciar el presupuesto de imputación de los criterios de imputación, prueba de la relación del riesgo. En esta sede, se distinguen, por el contrario, dos niveles de imputación: El presupuesto, creación de riesgo típicamente relevante, como fundamentador del injusto. Y la relación de riesgo, criterios de imputación, como elemento de la punibilidad. La previsibilidad, como elemento del juicio de peligro, pertenece, por tanto, al primer nivel: presupuesto, es decir, al injusto típico.

La previsibilidad objetiva abarcada por la probabilidad de lesión, se exige tanto en los delitos dolosos como imprudentes y cumple, en ambos la misma función, es decir, es un elemento del injusto.

En particular, en los delitos imprudentes, la previsibilidad del resultado determina el ámbito que ha de abarcar el deber objetivo de cuidado; la infracción del deber objetivo de cuidado se discutirá en relación, únicamente, con el reconocible riesgo de realización típica. Ello será, aun más relevante, en aquellos ámbitos de actividad en los que falta una regulación positiva de las reglas de cuidado, reglas técnicas. Ya que, en el caso, el ámbito del deber objetivo de cuidado se determinará exclusivamente atendiendo a la previsibilidad.

Para que haya un riesgo típicamente relevante, es necesario que, ex ante, sea previsible el resultado según un cálculo de la probabilidad. La confusión entre la previsibilidad objetiva del daño y la pregunta sobre la previsibilidad objetiva es superflua, al entender que en los casos de falta de previsibilidad también se excluye la imputación de acuerdo con el criterio de la finalidad de la norma. La finalidad de la norma solo permite fijar el “tipo de riesgo” para poder determinar si éste y no otro el que se ha realizado en el resultado, mientras que si falta la previsibilidad, ex ante, falta ya el injusto típico.

4.24 Hecho cometido en estado de embriaguez voluntaria o culposa, o bajo la acción de estupefacientes.

Ya se ha hablado sobre las acciones *liberae in causa*, que requieren un estado de inconsciencia pre ordenado para cometer un delito o para crearse una excusa. Esta averiguación no le interesa a la materia culposa; en cambio hemos de ocuparnos en la embriaguez no pre ordenada, ni derivada de fuerza mayor o de caso fortuito (embriaguez voluntaria o culposa).

La voluntariedad o la involuntariedad se refiere a la ingestión de licor, o del estupefaciente, respecto a la intención de crearse un estado de obnubilación de consciencia.

El punto firme e incontrovertible es que en las averiguaciones acerca de la imputabilidad hay que llegar hasta un momento anterior a aquel en que se creó el estado inconsciente, pues también un loco puede delinquir en estado de embriaguez, sin ser por esto imputable; en cambio, el que antes de crearse un estado de embriaguez o de ingerir un estupefaciente tenían capacidad de entender y de querer, será imputable, a pesar de haber obrado en estado de inconsciencia. Así se hace excepción el principio general de que la imputabilidad debe buscarse en el momento de cometerse el delito.

Como opina Leone³⁵³, “¿habrá querido el código someter también estas dos hipótesis a las normas de las acciones libera sin causa?” Si aplicamos rigurosamente el mencionado principio, hemos de responder negativamente, porque la causa, que tiene que referirse un estado de normalidad de conciencia, no puede ser otra que la intención; aunque, con una interpretación más amplia, puede opinarse que esa causa está constituida por la embriaguez, realizado en estado normal.

Mas prescindiendo de esto, si tenemos en cuenta la distinción entre imputabilidad y elementos psíquicos del delito, resultan graves discusiones. El que voluntaria o involuntariamente se ha puesto en un estado de inconsciencia en el cual comete un hecho que constituye delito, ha sido ciertamente imprudente, y por lo tanto, si lo permite el título del delito, tendrá que responder a título de culpa, pues no tiene importancia el movimiento psíquico que ha dirigido la conducta para ocasionar el resultado.

4.25 La peligrosidad en los Delitos Dolosos y Culposos

Algunos autores opinan que únicamente los delitos dolosos crean alarma social, y proponen que para los delitos culposos haya tan sólo sanciones civiles.

Grammatica nos dice que “*el efecto involuntario en un acto debe ser apreciado por el derecho penal, para afirmación de responsabilidades, y que por lo tanto el acto*

³⁵³ LEONE Giovanni, “*Imputabilidad y responsabilidad en delitos producidos en estado de embriaguez*” p. 545.

que ha servido de causa ha de considerarse independiente del resultado, por tanto el elemento que interesa al derecho penal en lo que ahora se llama delito culposos, no es otra cosa que la peligrosidad manifestada por el individuo en el acto ha dado origen al resultado dañoso".³⁵⁴ Este criterio es mucho más preciso, pues la peligrosidad objetiva queda reemplazada por la subjetiva, para cuya individuación podrá utilizarse bastante la teoría de la previsibilidad.

Este es el fondo del concepto desarrollado en que se dice que "un acto debería ser castigado nada más que por su peligrosidad", "pero las indagaciones del juez no deberían limitarse a estudiar la peligrosidad del acto, sino interesarse por examinar el autor".

Sin embargo, se imponen razones de política criminal, y así se explica el acuerdo entre clásicos y positivistas.

Con exactitud escribe Carrara: "el fundamento de la imputabilidad política de los hechos culposos es del todo análogo al de los hechos dolosos, es decir, un daño mediato concurrente, no inmediato. Aún en los hechos imprudentes, el buen ciudadano sienta disminuida la opinión de su seguridad, y de ellos recibe mal ejemplo el inclinado a la imprudencia. Los hechos culposos, en cuanto se remontan hasta un vicio de la voluntad, son moralmente imputables. De aquí proviene que los hechos imprudentes que producen algún mal político, tienen que ser, dentro de la proporción y medida convenientes, imputables también de modo político, pues de ello se sigue resultando político de que la ofensa materialmente particular cause perturbaciones moralmente universales, y el ciudadano tiene derecho a ser defendido, no sólo contra los malvados, sino también contra los negligentes". En esto se contiene el germen del reconocimiento del valor que tiene la indagación acerca de la peligrosidad del delincuente culposos y la necesidad de defender a la sociedad contra él. Y a un mismo tiempo se alude a aquella prevención general que debe ser completada con la individual.

³⁵⁴ GRAMMATICA Filippo, "La irracionalidad de la culpa", p. 457.

Bernardo Alimena³⁵⁵ e Impallomeni³⁵⁶ pusieron de relieve esta finalidad de la prevención general, que Massari³⁵⁷ reúne cuando dice: *“la coacción interviene en la calidad de motivo de los procesos formativos de los actos humanos”*. E Impallomeni hace esta exacta distinción: *“en cuanto al delito doloso, el derecho penal debe concebirse como contra estímulo del impulso criminoso; y en el delito culposo, la amenaza de la pena y la aplicación de la misma son propiamente un impulso jurídico para la obediencia de la ley”*.

Pero en algunos casos, también en el delito culposo la sanción funciona como contra estímulo, no contra un impulso criminoso, sino contra el estímulo de obrar imprudentemente.

Y no se diga que en los casos en que la culpa tiene origen en un olvido o en una falta de atención, y por consiguiente de modo especial en los actos omitidos, no podrá funcionar el estímulo de la pena por no estar presente en la conciencia el peligro de la propia conducta.

“El negligente podrá haber sido condenado una o más veces por hechos culposos; cuando recae en la negligencia, por regla general no sabe, ni piensa, ni prevé, que la comete, ni se ejerce de modo necesario la mínima influencia de esa fuerza excitante de la pena”. Si así fuera, todas las teorías pedagógicas deberían declararse frustradas, pues tienden precisamente a influir la conducta, haciendo más dinámica la asociación de ideas. El funcionamiento asociativo se funda en el interés que les da especial importancia a los recuerdos, y así éstos acuden con mayor facilidad.

El movimiento por el cual los recuerdos emergen del subconsciente, como estímulos para obrar, puede adquirir eficacia causal cuando encuentran normas en la importancia que le damos a algunos hechos particulares; por ejemplo, una madre afectuosa difícilmente olvidará lo que su hijo necesita; y el que ha sido

³⁵⁵ ALIMENA, *“Principios de Derecho Penal”*, p. 25.

³⁵⁶ IMPALLOMENI, *“Código Penal Italiano”*, p. 170.

³⁵⁷ MASSARI, *“La Norma Penal”*, p. 47.

perjudicado por determinada conducta, difícilmente la repite, pues el recuerdo del sufrimiento anterior está presente en su espíritu de manera constante.

Por lo tanto, es justo que el hecho culposo constituye un ilícito penal, y socialmente es útil castigarlo, ya que las sanciones civiles pueden ser ineficaces para los pobres, que no tienen la posibilidad de resarcir, y para los ricos, que quedarían contentos al poder librarse de toda sanción, por medio de su dinero.

Pero abrir interrogación ¿qué valor tiene el resultado? Tenemos que reconocer, que en realidad tiene un valor muy escaso, pues en paridad de conducta y de culpa, pueden ocasionarse delitos de distintos, como lesiones, homicidio, un desastre ferroviario, eros será utilizable en un diagnóstico de peligrosidad, ya que únicamente éste puede darnos la prueba segura de la inferioridad social que suscita preocupaciones.

Un conductor corre velozmente por una vía concurrida, pero el peligro creado por su conducta se refiere su habilidad para la perfección el mecanismo que maneja, y cuyo conocimiento puede explicar su osadía y, de modo que únicamente un choque puede demostrar que su presunción técnica es errónea y que el conocimiento de su propia máquina es insuficiente.

Esta fue la razón que persuadió al legislador a coger la propuesta de la Comisión parlamentaria acerca de la supresión del delito de peligro para el conductor de un vehículo, porque es sumamente difícil comprobar en cada caso si efectivamente ha habido peligro. De esta manera se explica que no se le exige al conductor que corra moderadamente, sino que siempre se adueñó del volante, ya que la peligrosidad debe referirse a su habilidad. Por consiguiente, en los diagnósticos de peligrosidad es utilizable la realización del resultado.

CAPITULO QUINTO

EL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD

Así las cosas, el presente trabajo de investigación enfoca criterios divergentes de diversos autores a formar un paradigma unificado mediante el cual se permita al operador jurídico saber, conforme al estudio de la conducta, cuando es efectivamente reprochable al autor, dicho panorama se explicara en las líneas subsecuentes.

5.1 Evolución dogmática del concepto de culpabilidad.

La culpabilidad como figura jurídica penal, tiene sus orígenes en Alemania y Austria consagrándose la misma, en Alemania como a rango de Constitucional por su misma naturaleza y fundamentación, consagradose con el ello el Estado de Derecho. En el país de Austria se encuentra consagrado dentro del precepto legal “Sólo puede ser castigado, quien actúa culpablemente”, en esa tesitura, puede decirse que ambos países son precursores y aplicadores de un Derecho Penal de culpabilidad.

En ese orden de ideas, se analizará en base a la siguiente pregunta dicha evolución: en qué medida se puede conectar la imputación subjetiva de una conducta típica y antijurídica a las características psíquicas y a las emociones del autor y, especialmente, cómo una pena basada en la culpabilidad del autor se puede justificar como reacción proporcionada del Estado frente al hecho cometido distinguiéndose tres fases:

1.- El Concepto Psicológico de la Culpabilidad tiene su origen en el pensamiento positivista, obedecía a un estado mental del autor del delito sobre la base de los hechos que fueran reconocibles por medio de la observación y asequibles a una descripción entendiéndose la culpabilidad como un hecho psíquico, es decir cuando se actúe de manera dolosa o

culposa cuando hayan sido aprehendidas o llevadas a cabo psicológicamente por su autor.³⁵⁸

2.- El siguiente es el paso al Neokantismo iniciando al final del siglo XIX, tomando en consideración que en el derecho penal en lugar del método de las ciencias naturales, consistente en observar y describir, apareciera un método propio de las ciencias humanas consistentes en comprender y valorar. Bajo esta concepción la culpabilidad era “la reprochabilidad” del hecho y, en concreto, referida a un comportamiento que se caracterice por la imputabilidad del autor, la relación psíquica de éste con tal hecho en forma de dolo o de imprudencia, y la normalidad de las circunstancias concurrentes. Posteriormente en Alemania se le otorga a la culpabilidad un contenido material único mediante el deber de observancia de una norma: un deber que emana de la exigencia de obediencia que ésta encierra. En conclusión, la culpabilidad consiste simplemente en “no llegar a alcanzar” de hecho “la clase de reacción propia de una persona a medida”, es decir, “de una persona vinculada a los valores jurídicamente protegidos”.³⁵⁹

3.- En Alemania la fundamentación ontológica del concepto de delito llevada a cabo por Hans Welzel (finalismo) condujo al consabido resultado de que el dolo típico y la lesión objetiva del deber de cuidado en el caso de la imprudencia fueron extraídos del concepto de culpabilidad y atribuidos al tipo de injusto, de tal modo que en aquel concepto permanecieron únicamente auténticos elementos normativos conciencia de la antijuricidad y exigibilidad de la conducta adecuada a la norma. En Austria, a pesar de haber adoptado la concepción de Welzel se sigue analizando aún el juicio de reprochabilidad en base al uso del libre albedrío y pasando por encima el carácter del autor.³⁶⁰

³⁵⁸ <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf> CONSULTADO CON FECHA 25 DE MARZO DE 2015

³⁵⁹ <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf> CONSULTADO CON FECHA 24 DE MARZO DE 2015

³⁶⁰ Ib Idem.

5.2 Concepto de culpabilidad

La culpabilidad es el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma³⁶¹.

*Claramente es el juez quien al conocer un hecho individualizado, que motivo de su enjuiciamiento, resuelve el juicio decretando la culpabilidad del autor, quien, pudiendo y debiendo ajustar su conducta a lo que el derecho pretende no lo hace así, de donde resulta la consecuencia de reprochar a ese mismo sujeto, vinculado psicológicamente con el acontecimiento, no haber adecuado su conducta a lo que las normas establecen.*³⁶²

Hay, desde luego, la vinculación hecho-voluntad, que es lo que en principio sirve para el proceso de enjuiciamiento, ya que, como se ha expuesto, lo que no es voluntad causal de la conducta no pertenece al campo de la culpabilidad o inculpabilidad, sino al de la ausencia de conducta. La culpabilidad es el resultado de un juicio, por que el único capacitado para pronunciarse de acerca de la existencia o inexistencia de ella es el juez, quien formula un juicio de referencia, vinculando psicológicamente al hecho con su autor y, posteriormente, resuelve si la voluntad contenida en la conducta era o no reprochable, porque era o no exigible un comportamiento diferente, adecuado a la norma.

No es sino hasta cuando el juicio ha quedado concluido en sentido afirmativo, que *el juez formula el reproche a cierta y determinada conducta, porque a cierto y determinado sujeto le era exigible que se adecuara su conducta a la norma y al no hacerlo a*³⁶³ *sí, se le considera culpable por el comportamiento que le es psicológicamente atribuible y que fue motivo del enjuiciamiento. De tal suerte que la culpabilidad no es un juicio, es el resultado de un juicio realizado por el juez.*

³⁶¹ MUÑOZ Conde, Francisco, et-al, "Derecho Penal, Parte General", p. 410.

³⁶² SARULLE Oscar, "Dogmática de la Culpabilidad", p. 45.

³⁶³ Op. Cit.

5.3 Elementos positivos de la Culpabilidad

5.3.1 Imputabilidad

Como pudimos referir con el estudio anterior, es de hacer notar que no todas las personas son capaces de ser culpables en el momento de la comisión de un hecho ilícito, primeramente habrán de tomarse en cuenta varios factores, entre los cuales destaca *la facultad que tiene cada persona de saber y entender que el hecho que está cometiendo es prohibido por la ley*³⁶⁴.

Para que ello sea posible, es necesario realizar un estudio de la psique de la persona en el momento de la comisión del delito, tomando en cuenta que el factor psicológico es decisivo para obrar, u omitir ante determinada situación.

*El tema de la imputabilidad resalta funcional en este aspecto ya que toca lo relacionado con los enfermos mentales y aquellos que son incapaces de saber cómo actuaría una persona promedio con la debida diligencia dada su condición mental.*³⁶⁵

De tal suerte que la ley, previendo precisamente dicha circunstancia, es que considera como inimputables en el Código Penal³⁶⁶ a los débiles mentales y a los idiotas, pero lo hace desde un análisis de la inimputabilidad, no así de la culpabilidad que es fundamentalmente de lo que trata el presente trabajo de investigación, sin embargo, no debemos olvidar, que dichos aspectos del derecho penal están interrelacionados entre sí, por lo tanto me pareció prudente incluirlos en esta parte del trabajo ya que sería in elocuente decir que únicamente por que encuentra especificada dicha circunstancia en un precepto legal tendría validez, sino que, me pareció interesante el incluir el motivo por el cual el legislador consideró dicha circunstancia como causa de inimputabilidad, lo cual si tiene que ver con la culpabilidad y su principal característica de reproche social.

³⁶⁴ VELA Sergio, "Culpabilidad e Inimputabilidad. Teoría del delito" p. 276

³⁶⁵ Ob. Cit.

³⁶⁶ Artículo 16 del Código Penal para el Estado de Michoacán de Ocampo

Del mismo modo, el precepto legal citado³⁶⁷, en su fracción primera, contempla que los menores de edad, por su misma condición ya que no hay desarrollado a cabalidad su psique y que durante las etapas del desarrollo humano se ha demostrado que es hasta la etapa de la madurez, cuando el individuo tiene bien desarrollados los aspectos de su personalidad que le permiten discernir y por lo tanto, hacerse responsable de su actuar, situación que, como en el caso de los enfermos mentales, viene a ser motivo de estudio de la culpabilidad, razón por la cual forma parte de la inimputabilidad y contenida en el precepto legal anteriormente citado. Así las cosas, un menor de edad por su propia naturaleza y condición, puede ser reprochado pero en un tribunal propio para adolescentes, en donde será motivo de análisis en la resolución dictada por el juez, el actuar del menor.

La sordomudez y la ceguera de nacimiento cuando no reciben la instrucción necesaria, igualmente vienen a marcar una diferencia en la capacidad de distinguir que la conducta que se está llevando a cabo es un delito, dado que sería injusto reprocharle a una persona que no posee todos los sentidos actuar como si los tuviere, por tanto, nuevamente se viene a contemplar por la inimputabilidad esta causa con su respectivo trasfondo de culpabilidad.

La imputabilidad, es decir, la capacidad humana para soportar la imputación jurídico-penal se funda en que el sujeto de la acción haya poseído ciertos atributos que le hayan permitido, al momento del hecho, acceder al sentido de la norma jurídica por él infringida.

De esa forma, para el imputable, la norma jurídica resulta asequible; en otros términos, su aparato psíquico ha estado en condiciones de alcanzar el significado de la prohibición. Así las cosas, el inimputable presenta ciertas características personales por las cuales el sentido de la norma le ha resultado inasequible; como se ve, la cuestión refiere a la posibilidad del sujeto de captar el mensaje prescriptivo y de obrar conforme a él; la imputabilidad es una categoría normativa, no natural; en otras palabras, que se trata de un concepto jurídico no de la

³⁶⁷ Artículo 16 del Código Penal para el Estado de Michoacán de Ocampo

descripción de un fenómeno natural como es la enfermedad, de manera tal que la declaración de inimputabilidad será siempre un acto propio del juez, teniendo la función pericial sólo incumbencia para caracterizar la enfermedad y precisar qué efectos, ha tenido en el caso concreto, en relación con la capacidad de autor para motivarse en la norma jurídica y actuar en consecuencia. Imputables son aquellos sujetos que se han podido introyectar los valores que el derecho protege en referencia a un acto criminal concreto. Imputable es una calificación jurídica, no natural o social, y como tal se explicará en relación con un hecho, un proceso y un conflicto concreto.

5.3.2 La capacidad de discernir del individuo en el momento de la comisión del delito.

Los últimos tres temas se relacionan con éste último, ya que la culpabilidad, he de mencionar nuevamente, se traduce como el reproche social hecho al individuo ya que en el momento de la comisión tenía los conocimientos suficientes para no producir el resultado (nótese la semejanza y la relación con la no exigencia de otra conducta).

Discernir quiere decir distinguir por medio del intelecto una cosa de otra o varias cosas entre ellas. De tal suerte que el mismo concepto nos lleva al estudio de características intelectuales del sujeto activo y la plenitud de su psique (nótese la semejanza con la capacidad de ser culpable) en un estado que pudiera definirse como normal, es decir, que no se encuentre bajo coacción nerviosa.

De acuerdo al concepto señalado en el párrafo que antecede, podemos desprender muchos ejemplos de los cuales una persona no podría ser reprochada en su conducta en base a un estado pisco emocional normal, lo cual deriva de lo estudiado en el cuerpo del presente trabajo de investigación en lo concerniente al proceso psicológico del delito.

Lo anterior nos hace llegar a la conclusión de que no únicamente basta que exista la conducta típica, antijurídica, sino que habrá que agotar la culpabilidad como requisito para sancionar a una persona siempre tomando además de la capacidad

de ser culpable, el conocimiento del injusto y la no exigencia de otra conducta, que el individuo haya tenido esa capacidad de distinguir en base a sus conocimientos propios y nivel intelectual, cómo comportarse en el momento en el que ejecuta la acción o la omisión.

Habrà de estudiarse a fondo el presente t3pico en todas y cada una de las resoluciones judiciales tanto del fuero com3n como del 3mbito federal para justificar una sanción propia a un individuo que realiz3 o bien omiti3 realizar, y que en trat3ndose de delitos imprudentes pod3a prevenir y no lo hizo.

En esta secci3n hay que retomar del estudio del cap3tulo segundo del presente trabajo de investigaci3n respecto a la previsibilidad. Lo que es previsible para una persona con conocimientos espec3ficos, no lo es para otra que no los tiene, sin embargo habr3 de fijarse una postura media para poder realizar un juicio de reproche para lo cual habr3 que referirse al estudio del baremo del hombre medio tambi3n contenido en el presente trabajo de investigaci3n. Ser3a injusto requerir de alguien un deber de hacer o no hacer si nos avoc3ramos a sus conocimientos especiales, por lo tanto habr3 que establecer un paradigma a partir del cual se nos permita reconocer en una persona de determinadas caracter3sticas la forma en la que se debe de actuar (no hacer lo posible porque aquel resultado pueda ocurrir o no poner en riesgo el bien jur3dico protegido por la ley para que aqu3l resultado que no se quiere, se pueda dar).

5.3.3 El conocimiento del injusto

Este tema del contenido de la culpabilidad es de tomarse en consideraci3n en el an3lisis del presente trabajo de investigaci3n en base al conjunto de reflexiones contenidas en la teor3a del delito. Nuevamente el juicio de reproche viene a ser ahora en base al conjunto de saberes del agente activo pero esta vez, en base a que la conducta que est3 llevando a cabo es constitutiva de un delito.

Para que el sujeto activo tenga dicha capacidad de conocimiento no es necesario que sepa textualmente lo que dice el cat3logo de delitos, sino basta con que sepa

*que la conducta que lleva a cabo es suficiente para considerarlo un delincuente o bien, que es socialmente no aceptada*³⁶⁸.

Cuando el sujeto activo desconoce o bien, le es ocultado por medio del engaño o cualquier otra artimaña el conocimiento de los elementos del tipo penal, éste actuará en base a un error invencible (es decir, que no está en sus manos corregir) y por lo tanto, en base a esa falsa apreciación de la realidad que no podía superar por las mismas circunstancias, es el hecho de que no pueda hacerse reprochable su conducta.

Por ejemplo, podrá alegar en su favor el no conocer el injusto, aquel que mantiene una cópula con una mujer menor de dieciséis años aquel que hubiere obtenido el consentimiento mediante el engaño o la seducción, si la misma le había mentado argumentando que tenía dieciocho años antes de llevar a cabo la relación sexual, toda vez que sabía que estaba prohibido hacerlo con una menor de dieciséis, no así con una de dieciocho, por lo tanto no será reprochable el hecho de haber consumado la cópula para que se configure el delito de estupro, ya que el mismo requiere que la persona que obtiene el consentimiento mediante el engaño o la seducción, también conozca que la persona con la que mantiene relaciones sexuales, es menor de dieciséis años; sólo hasta que se encuentren acreditadas dichas circunstancias en el expediente a estudiar, podrá hablarse de que existe el delito de estupro.

Con este ejemplo, mi intención es demostrar al lector del presente trabajo que al Derecho Penal, lo que además de lo analizado en los temas anteriores a éste capítulo, le incumbe en demasía no tanto que el individuo a juzgar haya cometido el hecho, sino que su conducta (que es en sí lo que se va a sancionar) haya sido contraria a derecho y para que esto pueda ser posible, se tendrá que demostrar que el sujeto activo tenía el conocimiento de los elementos del tipo en el momento de llevar a cabo la conducta.

³⁶⁸ ROMAN Quiroz Verónica “*La Culpabilidad y la complejidad de su comprobación*”, p. 193.

Del mismo modo sería irreprochable el hecho de acusar a una persona de un apoderamiento de un objeto mueble cuando el mismo fue depositado en su medio de transporte o en algún bolso de su propiedad por alguien más, sin que éste se halla dado cuenta, toda vez de que nuevamente el sujeto no se está dando cuenta de dicho apoderamiento, y sería injusto sancionarlo por el delito de robo aunque este traslade el bien mueble fuera del dominio de su dueño, ya que se insiste, no tenía conocimiento del injusto.

5.3.3.1 El no deber con base en el contenido cultural de las normas.

*El deber puede definirse como la obligación de actuar conforme al contenido cultural de la norma, entendiendo que se trata, en todo caso, de una obligación jurídicamente impuesta; como consecuencia, el no deber, fundatorio de la inexigibilidad, es la falta de obligación para actuar conforme al propio contenido cultural de la norma*³⁶⁹. El tipo, como ya lo hemos visto es determinante de los valores legislativamente como antijurídico, de donde podemos concluir que es en cada tipo particular que el juez analiza al resolver el juicio relativo a la culpabilidad donde se encuentra la motivación del legislador para valorar las conductas como antijurídicas, entendiendo, como ya también se ha expresado, que la existencia de una conducta típica implica un indicio de que también es antijurídica, indicio que se convierte en certeza cuando se resuelve que no existió en el caso, una causa en esa conducta típica que la conformara al derecho³⁷⁰. Se está adelantando así, que dada la naturaleza individualizadora del juicio relativo a la culpabilidad, será en consideración de cada norma y de su propio contenido que se determinará si hubo o no violación al respecto y obligación de cumplir con su mandamiento.

De tal suerte que el contenido social de las normas deriva precisamente de la protección de los bienes jurídicos que salvaguarda la ley penal. La culpabilidad funciona en razón de la conducta típica y antijurídica considerándola como hecho aislado o concreto lo que lleva a la necesidad de estudiar a éste en relación con la norma que resulte objetivamente vulnerada; en esta norma se tiene que encontrar,

³⁶⁹ VELA Sergio, "Culpabilidad e Inimputabilidad. Teoría del delito", p. 251

³⁷⁰ Op. cit. 256

porque siempre existe, la norma de cultura y, cuando por cualquier causa la norma de cultura no resulte dañada, no habrá culpabilidad por el hecho aislado y estaremos ante un caso de inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta, que tendría que ser la que resultara del cumplimiento del deber de actuar en determinada forma, normativamente impuesta.

5.3.3.2 El no poder como ausencia de la facultad de autodeterminación.

Se ha dicho con anterioridad que la culpabilidad es reprochabilidad de un hacer u omitir jurídicamente desaprobado, que se caracteriza por la oposición que se establece entre las normas del deber exigible y la situación de hecho concretamente planteada por la conducta típica y antijurídica, como también por la posibilidad cierta que el sujeto autor de la conducta tiene de cumplir con la exigencia normativa de adecuar su conducta al Derecho.

El poder solo puede sólo puede ser entendido en relación a las circunstancias personales del sujeto actuante, consideradas según el momento, consideradas según el momento de la realización de la conducta enjuiciada. El deber, precede lógicamente al poder, lo que equivale a decir que para poder hacer algo (conformar la conducta al Derecho) primero se necesita tener el deber de hacerlo. Así las cosas, el juez tiene la obligación de analizar si alguien pudo actuar en forma diferente, debe resolver si tenía la obligación o deber de hacerlo; sólo cuando esto haya quedado resuelto positivamente, procede analizar la capacidad real de actuación que al sujeto correspondía³⁷¹.

5.4 Elementos negativos de la culpabilidad

5.4.1 La inimputabilidad

A pesar de haber dejado claro lo que es la imputabilidad en el apartado de los elementos positivos de la culpabilidad, examinaremos a contrario sensu lo que es ser inimputable a efecto de no dejar pauta a malas interpretaciones y a fijar de manera muy precisa cuando se actualiza esta figura jurídica trayendo como consecuencia la inexistencia de responsabilidad.

³⁷¹ MARUACH, "Tratado de Derecho penal", p. 77

De esta forma, la inimputabilidad es la incapacidad humana para soportar la imputación jurídico-penal ya que en el momento de la comisión del ilícito no se poseen ciertos atributos que le permitan haber accedido en el sentido de la norma infringida por él individuo. Nuevamente es de rescatarse lo establecido en el nuevo Código Penal para el Estado de Michoacán referente a las causas de inimputabilidad:

“Artículo 16. Son causas de inimputabilidad:

I. Ser menor de dieciocho años;

II. El trastorno mental temporal o permanente en el momento de la comisión del hecho, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental; y,

III. La sordomudez y la ceguera de nacimiento, cuando haya falta total de instrucción.”³⁷²

5.4.2 La inexigibilidad o no exigibilidad de otra conducta

La exigibilidad es la obligación normativamente impuesta a los imputables de actuar conforme a derecho, cuando deben y pueden hacerlo. La razón de esta obligación se encuentra en la finalidad ideal que el derecho persigue en el sentido de evitar, hasta donde sea posible, que se afecten intereses jurídicamente protegidos. Del incumplimiento de la obligación de actuar conforme a derecho surge la fundamentación para que el juez reproche al sujeto su actuación en forma diferente a como hipotéticamente se esperaba que actuase, para resolver que hay una conducta culpable.

Teresa Aguado nos dice que: *“no podrá haber culpabilidad por el hecho aislado que es motivo del enjuiciamiento cuando un sujeto particular no le era exigible que actuara conforme a derecho, porque no tenía el deber de hacerlo o porque no podía cumplir esa obligación”³⁷³.*

³⁷² Código Penal para el Estado de Michoacán de Ocampo, Artículo 16

³⁷³ AGUADO Correa Teresa, *“Exigibilidad de otra conducta en Derecho Penal”*, p.72.

Este tema tiene mucho que ver con la relación existente con la antijuricidad, ya que, cuando el individuo se encuentra ante un panorama en el que debe actuar conforme a lo que establece el deber objetivo de cuidado derivado de la norma ya sea penal o bien un reglamento, una orden o un instructivo, el mismo tiene que acatar dicha conducta, sin embargo, al ponderar las consecuencias, el individuo deberá saber actuar con la mayor diligencia posible, pero nunca ser sancionado por omitir realizar algo en razón de que se encontraba realizando lo que el deber le imponía.

De esta forma, podemos afirmar, que lo esencial para poder sancionar además de que la misma sea capaz de ser culpable, es que haya actuado de forma indebida, cuando se le exigía un comportamiento específico derivado no únicamente de la norma penal, sino también de los reglamentos, de las ordenes, de las costumbres e incluso de cómo obraría cualquier persona de inteligencia media ante un hecho en específico.

Será entonces culpable aquella persona que a sabiendas que debería haber actuado de una forma específica, no lo haga por causa de impericia, inobservancia o negligencia, o bien porque aunque sabía que aquella conducta a realizar estaba legal y socialmente prohibida y aun con aquel conocimiento lleva a cabo la conducta y que por lo tanto le haya sido exigible un actuar diferente al que realizó.

Es de referirse a este actuar refiriéndonos al baremo del hombre medio, es decir, a la exigibilidad que tendría que aplicársele a cualquier persona de una inteligencia promedio, de tal suerte que no será exigible un comportamiento determinado que pudieren llevar a cabo especialistas o doctos en alguna materia, la exigibilidad será siempre igualitaria para aquellos que ejerzan una profesión u oficio determinados y distinta para aquellos que no se encuentran contemplados fuera de dicha hipótesis, por ejemplo, será siempre exigible que un comportamiento de saber cómo suturar técnicamente a todo cirujano, ya sea médico o bien especialista en alguna rama de la medicina, pero no se le exigirá que sepa suturar de la misma forma a un ciudadano dedicado a otra actividad, aunque con dicha sutura cause lesiones a una persona que se está desangrando.

El deber correcto de diligencia siempre está plasmado por la norma (en sus diferentes clases y formas), por la práctica consuetudinaria, por la misma instrucción y por el conjunto de conocimientos vocacionales que tenga el individuo de tal suerte que será materia de la imputación en el análisis de culpabilidad de una sentencia condenatoria el grado de instrucción del individuo fundamentando en todo momento por qué motivo se le podría haber exigido otro actuar distinto al que realizó.

Toda resolución judicial que carezca de este análisis de culpabilidad en el que se carezca de señalar cual fue la conducta que debió adoptar un individuo que delinquirió en el momento de que ocurrió el ilícito, deberá ser nula y en su momento dicha omisión por parte del juzgador ser esgrimida como agravio o bien como concepto de violación, ya que lo anterior es parte de bien fundar y motivar un fallo en una controversia jurídico penal.

La inexigibilidad se fundamenta en la falta de posibilidad de satisfacción de los elementos básicos en que se cimienta la exigibilidad, que, como ya hemos analizado previamente son el deber y el poder. Así, habrá culpabilidad cuando el sujeto imputable actúa produciendo injustamente un resultado típico, sin que debiera haberlo omitido o sin que pudiera haberlo evitado. Deber y poder vienen a constituir, en esas condiciones, la esencia misma de la inexigibilidad, solo que entendidos negativamente, o sea no deber o no poder como causas que provocan la desaparición de la exigibilidad. Es importante destacar también, que el deber siempre antecede al poder como dice Golschmidt *“la cuestión de saber si una persona puede obedecer una orden, no es razonable más que antes del momento en que la persona debe obrar”*³⁷⁴. Así las cosas, en materia Penal, las normas van dirigidas a los imputables, con exclusión de toda persona; de aquí nace, de forma genérica una obligación de cumplir con la exigencia de la norma, pero esas normas también imponen al imputable una obligación genérica de cumplir con la exigencia de la norma que es la de actuar de cierta forma en el momento en el que se actualiza la hipótesis normativa con ello nace el concepto del deber para

³⁷⁴ GOLDSCHMIDT James, *“Estudios de Filosofía Jurídica”*, p. 126.

fundamentar la exigibilidad que, antes de buscar la posibilidad de cumplir, es necesario considerar la obligación de hacerlo y sólo cuando exista el deber será válido referirse al poder.

5.4.3 Culpabilidad disminuida

Existen casos en los cuales, el reproche hecho al sujeto activo podría no ser tan severo y de esa forma reducir la sanción al encontrarse el individuo en una situación en la cual no haya podido tener la capacidad plena para discernir sus actos al verse alterada su percepción de la realidad por distintos motivos, rescatando dos de los mas trascendentes.

5.4.3.1 Delitos Pasionales

Se denomina delito pasional a aquel ilícito infringido por el sujeto activo, en el cual, se ve motivado a realizarlo por una alteración de sus sentimientos (pasionales) que lo llevan a actuar de determinada forma inconscientemente dejando fuera, por la misma naturaleza jurídica de la figura, el aspecto moral.

Es verdad que la pasión impulsa al delito por causas múltiples, que deben considerarse en relación al estado y a la capacidad reactiva de la conciencia pasional. Abarcan sus consecuencias desde la vida, a menudo oscura del sexo, hasta las reacciones aparentemente más sublimadas. Los grandes idealismos y los actos más abyectos

El delito pasional abarca toda la gama y variedad de actos humanos, que a veces nos explicamos considerándolos como brotes de las tinieblas del protoplasma, y que tienen como impulso una pasión que por sí misma no siempre será posible execrar de un modo incondicional, ya que la historia registra cómo muchas veces fueron pasiones humanas las que escribieron sus páginas más brillantes.

Emoción y pasión han querido identificarse, probablemente con error. La confusión aparece generalizada en la doctrina al avizorar en el campo de la ciencia ciertos desequilibrios que adquieren relevancia desorbitada, o energía imprevista en

relación con otros sentimientos. Las emociones se distinguen de la pasión por su duración y profundidad. Entre las primeras pueden registrarse la alegría, la tristeza y la ira. Entre las pasiones, el amor, el odio, el poder, la avaricia y la envidia.

*Se trata de una emociones ligadas a un enorme cúmulo de hechos fisiológicos y psíquicos. Pasión que puede relevar la mente del hombre a la más alta expresión de la genialidad o arrastrarle a las bajezas de la ignominia y del delito; que puede despertar sentimientos nobilísimos y puros y abrir el alma a las aspiraciones más bellas o bajarla al nivel del bruto.*³⁷⁵

Pero donde el delito pasional se centra con mayor claridad es en el crimen por sugestión erótica, en la que la doctrina ha visto tres momentos: excitación periférica, imagen evocada y el acto derivado de ella lógicamente. *De la fascinación se pasa fácilmente a que el amor se transforme en obsesión por una excesiva emotividad, por debilidad congénita o adquirida, y a la inversa, también la mujer puede sentir la fascinación del varón*³⁷⁶.

5.4.3.2 El miedo insuperable

El miedo es una realidad psíquica, pero el “miedo insuperable” es ya un concepto jurídico, esto deriva de la explicación de dos posturas; por un lado el miedo es visto partiendo del punto de vista del hombre medio (objetiva), mientras que la otra percepción se inclina a la valoración interna del trastorno del individuo en el momento de actuar (teoría subjetiva).

Rodríguez Devesa sostiene que *“La inseparabilidad y el mal han de interpretarse objetivamente insuperable es el temor que hubiera determinado a una persona de constitución psíquica sana y reacciones normales a actuar en las mismas circunstancias como lo hizo el que obró por miedo el mal igual o mayor que se trata de evitar ha de ser real, serio, inminente”*³⁷⁷.

³⁷⁵ SILVA Melero Valentín, “Consideraciones sobre el delito pasional” p. 124.

³⁷⁶ dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2771116.pdf consultado con fecha 16 de abril de 2015.

³⁷⁷ RODRÍGUEZ Devesa, José María, et-al, “Derecho Penal Español, Parte General”, p. 647.

Javier Villa Stein argumenta que la eximente que nos ocupa elimina la responsabilidad del agente, *“visto el miedo grave en relación con un estímulo de provocarlo en el hombre medio”*³⁷⁸.

Cuerda Arnau argumenta que la insuperabilidad del miedo es el requisito nuclear de la eximente, el que determina la eficacia jurídica, o si se quiere, los límites jurídicos. Y para la determinación concuerda con las tesis del hombre medio. *“tienen razón quienes equiparan la insuperabilidad del miedo con la inexigibilidad de una conducta distinta, pues al derecho en este caso no le interesa la cualidad de superable o insuperable desde el terreno psíquico individual”*³⁷⁹.

Quintero Olivares indica que evidentemente los agentes externos no pueden producir idéntico miedo a todos los hombres, y de ahí la gran relevancia de lo subjetivo en esta eximente. *“El miedo penalmente relevante, por consiguiente, tendrá ese carácter en función de una base subjetiva (la presión psicológica que el miedo produce) y otra objetiva (la entidad de la cusa exterior que ha de producir el efecto interior)”*³⁸⁰.

Quintanar Diez manifiesta que: *“el miedo es un fenómeno eminentemente individual y personal. Que no sólo depende de la objetiva gravedad del mal amenazante, sino, fundamentalmente, del efecto que, sobre una concreta persona en un momento, lugar y circunstancia determinadas, tuvo la emoción de miedo”*.

Así las cosas, La definición de la insuperabilidad del miedo supone una correspondencia entre insuperabilidad y determinado estado psíquico (provocado por el miedo), dado el cual la libertad electiva queda limitada.

³⁷⁸ VILLA STEIN Javier, *“Derecho penal parte General”* p. 431.

³⁷⁹ CUERDA Arnau María Luisa *“Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo”* p. 156.

³⁸⁰ QUINTERO Olivares Gonzalo, *“Introducción al Derecho penal, parte general”*. p. 211.

No se trata, en realidad de una causa que justifique el comportamiento típico, ni tampoco de un supuesto de anulación de facultades intelectivas y volitivas, o inimputabilidad, sino, de un supuesto en el que, a pesar de concurrir la tipicidad y antijuricidad de la acción, no se le puede formular reproche alguno, atendida la especial situación en que se encontraba el sujeto. Partiendo de un concepto normativo de culpabilidad conforme a la cual esta es entendida como el reproche que se dirige al sujeto porque, no obstante, poder cumplir las normas jurídicas, no lo hace.

Habiéndose confrontado la teoría objetiva y subjetiva, es de resaltarse que el miedo insuperable ha de ser valorado por el juez en el momento de la resolución del asunto, dependiendo de las características psicológicas de un individuo atendiendo a su nivel cultural, edad, pero sobre todo la capacidad de exigibilidad que podría hacersele al hombre medio, el motivo por el cual considero ello prudente, es porque la mente de cada ser humano es diferente y reaccionamos de diferente manera a estímulos provocados que hacen que nuestra psique funcione de manera distinta, reflejando con ello comportamientos distintos, de tal suerte que, para efectos legales habrá de tomarse en consideración nuevamente el baremo del hombre medio señalado con antelación en el presente trabajo de investigación.

Definitivamente uno de los puntos más debatidos en la doctrina jurídico-penal es el último estadio en la estructura sistemática del hecho punible es, la culpabilidad. Dicha categoría dogmática ha ido evolucionando paulatinamente en la medida en que también hacía lo propio la teoría del delito, así desde sus inicios se ha hablado de una culpabilidad netamente subjetiva, psicológica gobernada por el dolo y la culpa, que era del sistema causalista, luego se ha hablado de una culpabilidad con introducción valorativas, es decir se mantiene el dolo y la culpa y se agrega el elemento de la “inexigibilidad del comportamiento”

Vives Anton nos dice: *“Para que algo pueda ser exigido a una sujeto particular, es necesario, en primer lugar, que pueda exigirse a cualquiera que se halle en idénticas circunstancias y en segundo lugar, que el sujeto en cuestión sea capaz, personalmente, de llevarlo a cabo, en síntesis culpable es cuando pudo actuar de otra manera, motivándose en la norma, en que la fórmula “pudo” tiene un significativo técnico de capacidad junto a otro deóntico de exigibilidad. Resultando de interés el aspecto deóntico para delimitar al “poder miedo” que como fundamento de la reprochabilidad individual, si juega, en ocasiones, un papel de límite de la misma”*³⁸¹.

5.5 Hacia un análisis más específico de la culpabilidad.

Desde el planteamiento del problema contenido en el protocolo del presente trabajo de investigación había ya mencionado que en las resoluciones judiciales del Poder Judicial del Estado de Michoacán, así como en las resoluciones de conflictos jurídico penales de la Federación, se era omiso el realizar el análisis de la culpabilidad.

Uno de los objetivos de este trabajo de investigación y que trataría a manera de hipótesis de solucionar el problema, lo era el contenido del presente apartado. Con la lectura y el análisis del presente trabajo de investigación, se deberá estar en condiciones de fallar a favor o en contra del inculpado sin conflicto alguno y de manera clara, sin lugar a dudas y salvaguardando su derecho fundamental a un juicio justo realizando este análisis de culpabilidad derivado del reproche social hecho al agente activo. Se estará en condiciones de hacerle saber el motivo por el cual se le va a sancionar, siempre argumentando qué conducta debió ejecutar o que acción debió omitir demostrándole que él conocía el injusto y que actuaba contrario a derecho, que por sus conocimientos y particularidades psicológicas tenía la capacidad de ser culpable en el momento de llevarse a cabo la acción u omisión, de otra forma, dicha resolución será violatoria de garantías individuales y derechos fundamentales, de derechos humanos y susceptible de ser modificada o

³⁸¹ VIVES ANTON; *“Derecho penal, parte general”*, p.p. 506 y 507.

invalidada en base a la violación de los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ya sea esgrimiendo agravios o conceptos de violación en el mecanismo procesal que se trate.

El objeto de realizar este análisis además de garantizar al inculpado un juicio apegado a la legalidad, será la base y sustento de la imputación del resultado, y por consiguiente fundamentará la sanción por lo que nuevamente viene a solucionar el problema planteado en el protocolo de investigación respondiendo afirmativamente a la hipótesis planteada a manera de pregunta ¿Es posible que se termine con la incertidumbre jurídica que se genera en razón de la incorrecta aplicación en base a la confusión e indebida apreciación de la figura jurídica derivada de la culpabilidad?.

5.6 La certeza jurídica de la aplicación de la figura jurídica penal adecuada como una necesidad cognoscitiva por el operador jurídico.

La respuesta a la pregunta planteada viene a formar la parte final del presente trabajo de investigación siendo afirmativa, ya que cuando el operador jurídico tenga bien clarificados cuál es el contenido de la culpabilidad y qué figura derivada de la misma, debe aplicarse en el caso concreto, se contribuirá a que sea juzgado conforme a Derecho con base en al artículo 7 del Código Penal para el Estado de Michoacán, así como el artículo 7 del Código Penal Federal, en los cuales se contiene puntualmente cuándo concurren los delitos y cuándo los culposos, derivando útiles y precisos los conceptos y formas contenidas en el presente trabajo de investigación, terminando con ello aplicaciones de sentencias ilegales, que generan incertidumbre jurídica en el justiciable, aplicación de figuras jurídicas incorrectas o erróneas, salvaguardando además los derechos fundamentales de los mismos.

Aunado a esto, también se combatirán las sentencias injustas y generadoras de incertidumbre jurídica estudiando a fondo la imputación, atendiendo a las teorías que han dado creación a nuestro derecho positivo, consagrando con ello que el Derecho Penal no estudia el hecho jurídico (para efectos de imputación) y que jamás debemos juzgar, ni prejuzgar, ni defender, ni imputar resultado alguno sin

antes estudiar la conducta humana, que ésta sea típica, que el individuo haya tenido el conocimiento de que esta conducta estaba prohibida y que los conocimientos intelectuales que posea en ese momento le permitan hacer esta distinción, así como sus habilidades para hacer o no hacer; que sea antijurídica y que por lo mismo no le asista alguna causa excluyente de incriminación, que al agente activo no pueda exigírsele otra conducta, en el caso de los delitos dolosos, no tener la voluntad de producirlos y en el caso de los culposos no poner en riesgo el bien jurídico protegido y no hacer lo posible para que ello ocurra, es decir, que en base a sus conocimientos, habilidades y destrezas, le haya sido posible evitar el resultado previsible.

Una vez que el operador jurídico sea capaz de distinguir estas formas jurídicas y aplicarlas a casos concretos ocurridos en la realidad, el Derecho Penal será visto desde otro punto de vista al que se tiene actualmente, en el que pareciera que sancionar los hechos jurídicos en lugar de las conductas humanas fuere la inclinación principal, para con ello sancionar a justiciables inocentes.

CAPITULO SEXTO

JURISPRUDENCIAS QUE CONTEMPLAN EL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD.

En el presente capítulo me enfocaré al estudio y explicación de Jurisprudencias y Tesis aisladas que han interpretado nuestros Tribunales Colegiados así como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como fuente de derecho que contemplan mi tema de investigación; en la parte inferior de cada una realizaré un análisis por escrito enfocando la idea principal para que el lector del presente conozca el motivo por el cual fue invocada.

Del mismo modo, servirán para ser materia de imputación o bien de no imputación para el operador jurídico en el análisis de futuros casos concretos ya que no debemos olvidar que la jurisprudencia está dotada de obligatoriedad para aplicar dichos criterios en casos semejantes.

EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. EL MIEDO GRAVE O TEMOR FUNDADO DEBE EXAMINARSE COMO CAUSA DE INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA PREVISTA EN LA FRACCIÓN IX DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

De la exposición de motivos, así como de la evolución histórico-legislativa del artículo 15 del Código Penal Federal, se llega a la conclusión de que en el pasado la fracción VI de dicho artículo contemplaba en forma autónoma como causa de exclusión en la realización de una conducta delictiva la de miedo grave o temor fundado; empero, el legislador reformó dicha disposición introduciendo en la fracción IX como causa de exclusión del delito la no exigibilidad de otra conducta distinta, sin reiterar en su texto a propósito del miedo grave y temor fundado lo establecido en la fracción VI del propio artículo, estimando así que ese proceder quedaba comprendido como una causa de no exigibilidad de otra conducta; de ahí que el estado psicológico de miedo grave o temor fundado producido por amenazas, debe analizarse conforme al contenido actual de la fracción IX del artículo en comento. ³⁸²

³⁸² TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo directo 772/2002. 6 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Marco Antonio Arroyo Montero. Secretario: Miguel Negrete García.

En la presente jurisprudencia, el Tribunal Colegiado toma en consideración que cuando una persona se encuentra alterada por una afectación en su psique por miedo grave o temor fundado, ante un peligro que pudiere representársele, su obrar no es reprochable ya que éste no era plenamente consciente de su conducta, virtud, se insiste al miedo provocado en su psique. Por tanto una persona que obre o no obre por miedo grave, no podrá exigírsele conducta diversa por el juzgador, ya que se estaría cometiendo una arbitrariedad derivada de la aplicación de un criterio impuesto de forma posesiva por el mismo; sin embargo, hay que aclarar que, el individuo debe acreditar, mediante un estudio psicológico que el motivo por el cual se encontraba alterado es racionalmente justificable.

PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO SIN LICENCIA. CASO EN QUE SE EXCLUYE EL DELITO AL ACTUALIZARSE LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

La fracción IX del artículo 15 del Código Penal Federal determina que el delito se excluye cuando ante las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; causa de inculpabilidad que se actualiza y acredita si se constata que el sujeto activo portó un arma de fuego al admitir que un tercero, bajo la influencia de bebidas embriagantes, la colocara dentro de su esfera de acción, toda vez que en un momento previo a que el arma se encontrara a su alcance inmediato, éste evidenció signos inequívocos de alta agresividad social, como lo es haber amagado a otra persona; por tanto, no le es reprochable penalmente que en forma objetiva haya incidido en el delito de portación de arma de fuego sin licencia, omitiendo así ajustar su conducta al deber jurídico prescrito por la norma penal, pues si bien es incuestionable que, en forma voluntaria y consciente, accedió a que el mencionado artefacto bélico fuera colocado dentro de su ámbito de disponibilidad, ubicándose en la comisión de la conducta típica a que se hace mención, también no es menos evidente que su proceder fue determinado por las apuntadas circunstancias, ante las cuales no le era razonablemente exigible una conducta diversa a la que desplegó, máxime cuando su actuar favoreció la protección de los bienes jurídicos, cuya afectación pretende reprochársele; por lo que se actualiza la hipótesis prevista en el precepto supra citado y, por consiguiente, se concluye que opera a favor de la quejosa la exclusión del delito de portación de arma de fuego, por la no exigibilidad de otra conducta.

En la presente Tesis aislada, se nos explica que cuando una persona no se encuentra consciente de que existe un arma de fuego en su esfera de acción, no puede ser imputable el delito de posesión de arma de fuego sin licencia en razón de que el inculpado, no tenía la capacidad de distinguir que la tenía cuando amagó a una persona en defensa de otro bien jurídico de mayor jerarquía, de tal suerte que esta distinción, hace la diferencia entre hacerle o no el reproche debido por la posesión de dicho objeto bélico.³⁸³

³⁸³ SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1152/2000. 8 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz. Secretaria: Selina Haidé Avante Juárez.

IMPUTABILIDAD DISMINUIDA. PUEDE OPERAR MIENTRAS EL SENTENCIADO, AL MOMENTO DE COMETER EL HECHO DELICTUOSO, NO HA CUMPLIDO VEINTIÚN AÑOS DE EDAD (ARTÍCULO 41 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE JALISCO).

La figura de la imputabilidad disminuida, conforme lo dispone el artículo 41 del Código Penal para el Estado de Jalisco, establece que cuando el activo del delito tenga una edad comprendida entre los dieciocho y veinte años, los Jueces podrán disminuir en un tercio las penas que correspondan; por tanto, si se toma en consideración que la figura de la imputabilidad disminuida, contempla que la misma se aplique en una edad comprendida entre los dieciocho, los veinte años o mayor a sesenta y cinco, atendiendo al principio de que debe estarse a lo más favorable al reo, y como el artículo citado regula ese principio, no menciona que sea desde los dieciocho hasta que cumpla los veinte años; esto es, como término máximo, veinte años cumplidos, lo anterior quiere decir que tal precepto debe interpretarse, en el sentido de que la disposición aludida es aplicable desde que se cumplan los dieciocho años, hasta que concluyan los veinte años de edad (es decir, hasta un día antes de que se cumplan los veintiún años); de ahí que si en el caso que se analiza, el ahora quejoso, al momento de cometer el hecho delictivo, todavía no cumplía los veintiún años, pues contaba con veinte años, cuatro meses y veintiún días; es indudable que el supuesto de la edad se actualiza para que en uso de su facultad potestativa, fundada y motivada, el órgano jurisdiccional provea sobre la concesión o no de la imputabilidad disminuida.³⁸⁴

Dentro del tema de la inimputabilidad se toma en cuenta la edad del sujeto activo para saber que el mismo tiene plena capacidad de determinar su conducta, de tal suerte que en la presente jurisprudencia, se nos comenta que cuando el individuo es menor de 21 años (es decir, toma en cuenta un factor a partir de la edad) la pena que se le impone, debe reducirse pues la misma legislación y el criterio del Tribunal sugiere que antes de dicha edad, el individuo puede ser responsable, pero no como si ya tuviere plena facultad de consciencia.

³⁸⁴ SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 478/2010. 17 de marzo de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Ricardo Ramos Carreón. Secretaria: María Yolanda Ascencio López.

EDAD PENAL MÍNIMA. ES OBLIGACIÓN DEL JUEZ DE LA CAUSA DETERMINAR LA IMPUTABILIDAD O INIMPUTABILIDAD DEL INculpADO ANTES DEL DICTADO DE LA SENTENCIA, POR LO QUE LA EMITIDA BAJO TAL CIRCUNSTANCIA DE INCERTIDUMBRE ES VIOLATORIA DE GARANTÍAS.

Si el inculpado, al rendir sus declaraciones ministerial y preparatoria, manifestó tener menos de dieciocho años de edad al momento de la comisión de los hechos delictivos por los que se le juzgó, y de autos se advierte que no existe prueba alguna que corrobore su dicho o que la autoridad judicial haya recabado las probanzas idóneas para determinar la edad del activo, resulta inconcuso que el dictado de la sentencia bajo tal circunstancia de incertidumbre es violatoria de garantías en perjuicio del sentenciado, toda vez que antes del dictado de dicha resolución, el Juez de la causa está obligado a determinar su imputabilidad o inimputabilidad, además, en los casos como el antes descrito, la carga de la prueba corresponde al juzgador.³⁸⁵

Esta jurisprudencia es muy importante ya que, en ella se consagra que el juzgador debe, antes de emitir sus razonamientos del por qué considera que una persona es responsable de un delito, hacer el razonamiento del por qué considera que una persona es imputable, en la cual deberá precisar su edad, su estado mental, las circunstancias en las que se encontraba en el momento de la comisión de los hechos delictivos que se le imputan.

³⁸⁵ SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 342/90. 26 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Murillo Delgado. Secretaria: María Cristina Torres Pacheco.

Amparo directo 221/91. 10 de julio de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Murillo Delgado. Secretaria: María Cristina Torres Pacheco.

Amparo directo 525/2006. 23 de noviembre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Víctorino Rojas Rivera. Secretario: Juan Ramón Barreto López.

Amparo directo 601/2006. 29 de noviembre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Víctorino Rojas Rivera. Secretario: Juan Ramón Barreto López.

AMPARO DIRECTO 208/2007. 16 de mayo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Víctorino Rojas Rivera. Secretario: Juan Ramón Barreto López.

ESTUPRO, DELITO DE. ENGAÑO.

Los elementos del tipo penal del delito de estupro, previsto y sancionado por el artículo 276 del Código Penal del Estado de México son: a) que el activo tenga cópula con una mujer; b) que ésta sea mayor de catorce y menor de dieciocho años; c) casta y honesta; d) que se obtenga su consentimiento por medio de la seducción o engaño. Ahora bien, en el ilícito de estupro se entiende por engaño la tendenciosa actividad por el agente activo del antijurídico, para alterar la verdad o producir en el agente pasivo un estado de error, confusión o equivocación por el que accede a la pretensión erótica; por lo tanto, cuando la ofendida aduce que el activo no le propuso matrimonio, y sólo señaló responder por lo que sucediera en caso de problemas, de ninguna manera puede considerarse que éste alteró la verdad o produjo un error, confusión o equivocación en la pasivo para que consintiera tener cópula con él, en cuya virtud; no constituye un engaño para ejecutar el acto.³⁸⁶

En la presente Tesis aislada se realiza el análisis de una conducta del presunto activo, en base al tipo penal del elemento del engaño en el Delito de Estupro. De tal suerte que el sujeto activo, debe conocer perfectamente que el argumento manejado para obtener el consentimiento de la cópula con una menor de 16 años, es falso, y que no lo podrá cumplir para que se acrediten todos sus elementos, de tal suerte que, si únicamente se hace responsable de lo que pudiere ocurrir, no se tendría porque realizar un reproche de culpabilidad al mismo, ya que no existió consecuencia de la cual no pudiere haberse hecho cargo.

³⁸⁶ PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 48/95. Jaime Castillo Vázquez. 16 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Pérez de la Fuente. Secretario: Bernardino Carmona León.

DELITO. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD QUE DEBEN ANALIZARSE EN LA SENTENCIA DEFINITIVA.

En la jurisprudencia 1a./J. 143/2011 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Tomo 2, diciembre de 2011, página 912, de rubro: "ACREDITACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO Y DEL DELITO EN SÍ. SUS DIFERENCIAS.", la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que en toda sentencia definitiva debe analizarse si existe o no delito, esto es, una conducta típica, antijurídica y culpable. Una conducta típica, antijurídica es culpable cuando al autor o partícipe del delito le es reprochable el haber contravenido el orden jurídico. Luego, del artículo 15, fracciones V, VII, VIII, inciso B) y IX del Código Penal Federal, se advierte que el autor o partícipe del delito es culpable cuando: i) es imputable (capacidad de culpabilidad); ii) conocía la antijuridicidad de su conducta; y, iii) le resultaba exigible otra conducta. Los anteriores elementos se excluyen por: a) La inimputabilidad. Consiste en que al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender su carácter ilícito o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente lo hubiere provocado dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre que lo haya previsto o le fuere previsible; b) El error de prohibición invencible. Se presenta cuando se realice la acción u omisión bajo un error invencible respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o su alcance (error directo), o porque crea que está justificada su conducta (error indirecto o sobre las causas de justificación); c) El estado de necesidad inculpante; en él, el sujeto activo obra por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; y, d) La inexigibilidad de otra conducta. Cuando en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.³⁸⁷

³⁸⁷ TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 84/2014. 22 de mayo de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, con fundamento en el artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 141/2014. 19 de junio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, con fundamento en el artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 152/2014. 26 de junio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, con fundamento en el artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

La presente jurisprudencia es de trascendental importancia para el presente trabajo de investigación, pues de ella derivan los temas de mayor impacto en el tema de la culpabilidad. Por un lado, se toca el tópico de la inimputabilidad, es decir que en el momento de llevarse a cabo la conducta típica, el agente no tenga la capacidad de comprender su carácter ilícito o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado ya que si se diera el caso contrario, sería injusto atribuirle el hecho a una persona que no pudo tener capacidad de entender lo que estaba haciendo. Por otro lado se nos menciona el Error de Prohibición insuperable como segundo factor a analizarse en su doble aspecto, cuando el individuo actúa en base a una falsa apreciación de la realidad por que ignora la ley en el momento de la comisión de los hechos, o bien, creía que su comportamiento estaba justificado; siempre han de estar analizadas dichas conductas como insuperables para el individuo en base a sus capacidades y antecedentes propios; El tercer aspecto a tomarse en cuenta en una valoración jurídica, será el del Estado de necesidad inculpante en el que el individuo obra en defensa y protección de un bien jurídico propio o ajeno de un peligro actual real e inminente no provocado dolosamente por el agente y cuando se lesione un bien jurídico de igual o menor jerarquía siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; como puede resaltarse, se relaciona en gran medida con la causa excluyente de incriminación contenida en el artículo 12 del Código Penal para el Estado de Michoacán de Ocampo, así como para su semejante del Código Penal Federal en el que se elimina la antijuricidad de la conducta ya que se estaba obrando en legítima defensa. Y el cuarto elemento a valorar al realizar el análisis

Amparo directo 99/2014. 2 de julio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, con fundamento en el artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 251/2014. 10 de julio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, con fundamento en el artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Juan Carlos Corona Torres.

de una conducta culposa será la inexigibilidad de otra conducta como ya se observó en su respectivo apartado del presente trabajo de investigación, esta jurisprudencia dotada de obligatoriedad exige al juez a que examine si en el momento de la comisión del ilícito, existía una norma jurídica derivada de algún código, reglamento, orden dada por escrito o verbalmente o si el individuo en base a sus conocimientos propios de una actividad en específico en base también a su experiencia pudo haber actuado de forma distinta a como lo hizo, mientras no haya esta exigibilidad, se reitera, el comportamiento no podrá ser reprochable. Dicho reproche siempre será en base a la racionalidad del agente.

CONCURSO REAL DE DELITOS. EL ARTÍCULO 72 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL PERMITE AL JUZGADOR FIJAR EL GRADO DE CULPABILIDAD DEL SENTENCIADO POR CADA UNO DE LOS ILÍCITOS COMETIDOS, O BIEN, POR TODOS ELLOS DE MANERA CONJUNTA.

Del análisis del artículo 72 del Código Penal para el Distrito Federal se advierte que, al fijarse los criterios para la individualización de la pena, no se tomó en consideración al concurso real de delitos, toda vez que no existe una regla específica para establecer el grado de culpabilidad, esto es, si éste debe fijarse por cada uno de los ilícitos cometidos, o bien, por todos los delitos de manera conjunta; por tanto, debe estimarse que dicho precepto legal permite una interpretación en ambos sentidos y, por ello, no existe imposibilidad jurídica para que el juzgador, de una manera u otra, al momento de individualizar la pena, fije el grado de culpabilidad y pueda determinar las penas y medidas de seguridad establecidas para cada delito, con base en la gravedad de cada uno de ellos.³⁸⁸

Aunque esta jurisprudencia es tendiente a tratar un tópico meramente procesal, toca el tema de la culpabilidad en el momento en el que el juez individualiza la pena o la medida de seguridad cuando existe el concurso de delitos, para que sea un estudio por cada uno de ellos, realizando por consiguiente, reproches distintos, tomando en cuenta para cada uno, lo anteriormente mencionado en la jurisprudencia anterior a la que se analiza.

³⁸⁸ SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 179/2009. 13 de agosto de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: María Elena Leguízamo Ferrer. Secretaria: María Elvira Valladares Martínez.

CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO AL INDIVIDUALIZAR LAS PENAS DEBE TOMARSE EN CONSIDERACIÓN EL ESTUDIO CRIMINOLÓGICO DEL INculpADO.

Si bien es cierto que entre las intenciones que motivaron la expedición del Código Penal para el Distrito Federal se encuentran los principios que sustentan un derecho penal de acto, también lo es que los criterios que contempla esa legislación para individualizar las penas, lo mismo que en el ámbito federal, no corresponden en su integridad a un esquema de culpabilidad de acto, sino a un sistema híbrido en el que cobran importancia para graduarla, datos reveladores de la personalidad del infractor de la ley. Se afirma lo anterior, toda vez que para la adecuada aplicación de las penas, el último párrafo del artículo 72 del citado código prevé que el Juez debe requerir los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del autor del delito, como serían, entre otros, el estudio en criminología. Así las cosas, no es legalmente posible sostener lo contrario aplicando, por analogía, el argumento de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establecido en la jurisprudencia por contradicción 1a./J. 166/2005, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, mayo de 2006, página 111, de rubro: "CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO AL INDIVIDUALIZAR LAS PENAS, NO DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN LOS ANTECEDENTES PENALES DEL INculpADO, SALVO QUE SE TRATE DE DELITO CULPOSO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).", ya que como se ha visto, la legislación sustantiva para el Distrito Federal contempla expresamente la obligación del Juez de requerir los dictámenes periciales del infractor para la adecuada aplicación de las penas, como son, entre otros, el criminológico.³⁸⁹

Nota: Esta tesis contendió en la contradicción 100/2007-PS resuelta por la Primera Sala, de la que derivó la tesis 1a./J. 175/2007, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVII, marzo de 2008, página 100, con el rubro: "INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA TRATÁNDOSE DE DELITO NO CULPOSO. EL JUZGADOR PUEDE TOMAR EN CONSIDERACIÓN LOS DICTÁMENES PERICIALES TENDENTES A CONOCER LA PERSONALIDAD DEL INculpADO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)."

³⁸⁹ NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 179/2007. 29 de junio de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Emma Meza Fonseca.
Secretario: Luis Fernando Lozano Soriano.

Amparo directo 184/2007. 11 de julio de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Lilia Mónica López Benítez.
Secretaria: Rosa María Cervantes Mejía.

Amparo directo 246/2007. 12 de septiembre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Emma Meza Fonseca.
Secretario: Gustavo Felipe González Córdova.

Amparo directo 245/2007. 28 de septiembre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretario: Daniel Guzmán Aguado.

AMPARO DIRECTO 270/2007. 15 de octubre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretario: Fernando Córdova del Valle.

En toda situación que involucre cuestiones de imputación del resultado deberá realizarse un estudio criminológico del activo a quien pretende atribuírsele el resultado para efecto de conocer su personalidad. Por lo que los dictámenes psicológicos que se le representen, servirán de base al juzgador para conocer si el individuo se encuentra afectado en su psique y tenía las facultades de conocer las consecuencias de su actuar y de esta forma estar en condiciones de realizar una reprochabilidad justa del ilícito, lo anterior para determinar en un concurso de delitos la individualización de la pena a cada uno de los partícipes.

CULPABILIDAD. LA EDAD E INSTRUCCIÓN DEL ACTIVO SIRVEN PARA SUSTENTARLA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA).

La edad e instrucción del sujeto activo son datos pertinentes para considerar que conocía, o por lo menos que estuvo en condiciones razonables de conocer la ilicitud de la conducta que realizó al conducirse dolosamente, o bien, de conocer el deber jurídico que transgredió al obrar con culpa; por lo que, además de la exigibilidad de la conducta conforme al derecho, aquéllos sirven al juzgador para sustentar la culpabilidad del sentenciado como elemento del delito en lo sustantivo, y en lo procesal su responsabilidad penal, de conformidad con los artículos 449 y 487 del Código de Procedimientos Penales, en relación con los numerales 48 y 49 del Código Penal, ambos del Estado de Coahuila.³⁹⁰

La importancia de llevar a cabo las generalidades de las audiencias penales no es fortuita, en las mismas se establecen criterios que el juez tomará en cuenta en el momento de su resolución fundada y motivada, en el caso de la edad y la instrucción, para efectos de culpabilidad, como ya se ha explicado con anterioridad en este trabajo de investigación, juega un papel importante ya que como lo menciona la presente jurisprudencia, la edad es fundamental para determinar si un sujeto conocía o al menos que estuvo en condiciones razonables de conocer la ilicitud del acto que cometía (ya sea conduciéndose con conocimiento y voluntad de producir el resultado o bien de conocer el deber jurídico que transgredió al obrar con imprudencia).

³⁹⁰ CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo directo 261/2005. 20 de abril de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Ramón Raúl Arias Martínez. Secretario: Héctor Guillermo Maldonado Maldonado.

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN DELITOS DOLOSOS. PARA DETERMINARLA EL JUEZ NO DEBE CONCRETARSE A REPRODUCIR LO RAZONADO AL ESTABLECER LA CULPABILIDAD DEL ACTIVO, SINO CONSIDERAR FUNDADA Y MOTIVADAMENTE SI LA EDAD E INSTRUCCIÓN DEL ACTIVO AMPLIARON O REDUJERON LA POSIBILIDAD DE AJUSTAR SU CONDUCTA CONFORME A DERECHO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA).

Si bien es cierto que la edad e instrucción del sujeto activo son datos pertinentes para considerar que conocía o por lo menos estuvo en condiciones razonables de conocer la ilicitud de la conducta que realizó al conducirse dolosamente, o bien, de conocer el deber jurídico que transgredió al obrar con culpa y, que con base en ello (además de la exigibilidad de la conducta conforme a derecho) se determina la existencia de la culpabilidad del sentenciado como elemento del delito en lo sustantivo y en lo procesal de la responsabilidad penal, de conformidad con los artículos 449 y 487 del Código de Procedimientos Penales, en relación con los numerales 48 y 49 del Código Penal, ambos del Estado de Coahuila, también lo es que para establecer el grado de culpabilidad del agente activo, como elemento determinante del grado de punibilidad, el juzgador debe considerar fundada y motivadamente si esos datos personales (edad e instrucción) ampliaron o por el contrario redujeron la posibilidad de ajustar la conducta del sentenciado conforme a derecho en términos del artículo 71, fracción I, del último ordenamiento citado, por lo que resulta incorrecto que al individualizar la pena, aquél se concrete a reproducir lo razonado al momento de establecer la culpabilidad del activo.³⁹¹

Nuevamente en esta jurisprudencia se habla de la culpabilidad en base a la edad y la instrucción para arribar a una conclusión en la capacidad de discernir por parte del autor ya que la edad, como se insiste en este trabajo de investigación es un factor que puede hacer inimputable al autor de un ilícito por el hecho de ser menor de edad, y a su vez su instrucción y grado académico le permiten al individuo tener condiciones sapientes para conocer el grado de peligrosidad de sus actos.

³⁹¹ CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo directo 261/2005. 20 de abril de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Ramón Raúl Arias Martínez. Secretario: Héctor Guillermo Maldonado Maldonado.

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. DEBE SER CONGRUENTE CON EL GRADO DE CULPABILIDAD ATRIBUIDO AL INculpADO, PUDIENDO EL JUZGADOR ACREDITAR DICHO EXTREMO A TRAVÉS DE CUALQUIER MÉTODO QUE RESULTE IDÓNEO PARA ELLO.

De conformidad con los artículos 70 y 72 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el Juez deberá individualizar la pena, dentro de los límites previamente fijados por el legislador, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente. De ahí que la discrecionalidad de la que goza aquél para cuantificar las penas esté sujeta a que motive adecuadamente el lugar o escalafón en el que se ubica el grado de reproche imputado al inculpado, dentro del parámetro que va de una culpabilidad mínima a una máxima, para así poder demostrar, en cumplimiento a las normas que rigen la individualización de la pena y con el principio de exacta aplicación de la ley, que el quantum de la pena resulta congruente con el grado de reproche del inculpado, por encontrarse ambos en igual lugar dentro de sus respectivos parámetros. Para lograr tal fin, el juzgador puede valerse de cualquier método que resulte idóneo para ello, pues no existe norma alguna que lo constriña a adoptar algún procedimiento matemático en específico, entre los diversos que resulten adecuados para desempeñar dicha labor.³⁹²

Para efectos de la individualización de la sanción, es preciso conocer el grado de culpabilidad del individuo y en base al mismo, aplicársela, por lo tanto, el juez en su sentencia deberá justificar además de todos los aspectos de la teoría del delito, el por qué considera que la medida de seguridad o bien, la pena privativa de la libertad es propia, tomando en cuenta nuevamente la capacidad de distinguir la peligrosidad o la intención con la que actuó el individuo en el momento de la comisión del ilícito.

³⁹² CONTRADICCIÓN DE TESIS 79/2005-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Quinto, ambos del Décimo Sexto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 26 de octubre de 2005. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: José Alberto Tamayo Valenzuela.

Tesis de jurisprudencia 157/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha cuatro de noviembre de dos mil cinco.

CULPABILIDAD. SU GRADO SE DETERMINA EXCLUSIVAMENTE CON LOS ASPECTOS OBJETIVOS QUE CONCURRIERON AL HECHO DELICTUOSO, SIN ATENDER A LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO (LEGISLACIÓN VIGENTE DEL ESTADO DE COAHUILA).

De la exposición de motivos del Código Penal del Estado de Coahuila de veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho, se advierte que el propósito del legislador al sustituir la concepción de la temibilidad o peligrosidad por el de culpabilidad, consistió en que al momento de individualizar la pena, el juzgador tome en cuenta exclusivamente los aspectos objetivos del hecho ilícito cometido por el sentenciado y se abandone la práctica de tomar en consideración los antecedentes penales o realizar inferencias delictivas futuras para determinar el grado de culpabilidad que revela el justiciable y con base en ello imponer las sanciones correspondientes, razón por la cual la culpabilidad debe determinarse con base exclusivamente en aspectos objetivos que concurren al hecho delictuoso y no atender a los antecedentes del sujeto.³⁹³

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXI, junio de 2005, página 698, tesis XX.2o. J/7, de rubro: "INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES PARA DETERMINAR EL GRADO DE CULPABILIDAD DEL SENTENCIADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS)." y Tomo XXI, febrero de 2005, página 1510, tesis I.10o.P. J/5, de rubro: "INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. ES VIOLATORIO DE GARANTÍAS TOMAR EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL INculpADO, ATENTO A LAS REFORMAS A LOS CÓDIGOS PENALES DEL 10 DE ENERO DE 1994 (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)."

Esta jurisprudencia nos indica que más que los antecedentes penales del inculpado, lo que se deberá tomar en cuenta para efectos de sanción será nuevamente la capacidad de discernir (ya sea la intención de producir el resultado o la facultad que tenía para medir el peligro y poner en riesgo el bien jurídico

³⁹³ CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo directo 1402/2003. 17 de junio de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Estrada Vásquez. Secretaria: Ruth Ochoa Medina.

Amparo directo 259/2004. 2 de septiembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Antonio Pescador Cano. Secretario: Ángel Rodríguez Maldonado.

Amparo directo 1304/2004. 13 de enero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Antonio Pescador Cano. Secretario: Gerardo Octavio García Ramos.

Amparo directo 633/2004. 3 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Antonio Pescador Cano. Secretario: José Guerrero Durán.

AMPARO DIRECTO 565/2004. 12 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Antonio Pescador Cano. Secretario: Ángel Rodríguez Maldonado.

protegido) del individuo en el momento de la comisión del ilícito ya que se le juzgará por el ilícito cometido, no así por sus antecedentes penales, los cuales únicamente tendrán funciones de readaptación social (tampoco así de peligrosidad o temibilidad del reo) en el caso de que fuere encontrado por el mencionado injusto.

ATIPICIDAD. EXISTE CUANDO UNA PERSONA ES PROCESADA O JUZGADA POR UNA CONDUCTA QUE CONFORME AL CÓDIGO PENAL VIGENTE HASTA EL 15 DE FEBRERO DE 2004 ERA CULPOSA, DADO QUE LA CULPA FORMABA UN ELEMENTO SUBJETIVO DE LA CULPABILIDAD, PERO QUE CON LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEGISLACIÓN, VIGENTE A PARTIR DEL 16 DEL MES Y AÑO CITADOS, EXIGE LA EXISTENCIA DEL DOLO, EN VIRTUD DE QUE ÉSTE AHORA SE ENCUENTRA INTEGRADO COMO PARTE ESENCIAL DE LA DESCRIPCIÓN LEGAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES).

En el Código Penal para el Estado de Aguascalientes que estuvo en vigor hasta el quince de febrero de dos mil cuatro, el dolo y la culpa eran considerados únicamente como elementos subjetivos que debían determinarse como parte de la culpabilidad, toda vez que, por regla general, no quedaron integrados como elementos esenciales de las diversas descripciones típicas en él contenidas. Este sistema cambió en la nueva legislación penal para esta entidad, vigente a partir del dieciséis del mes y año citados, pues a pesar de que conserva la misma definición de culpabilidad que contenía el código abrogado, en ella se utiliza el sistema cerrado o de *numerus clausus*, conforme al cual se establece en forma expresa y limitativa cuáles delitos son de contenido doloso y cuáles de contenido culposo, lo que conduce a concluir que esta nueva legislación adopta el criterio consistente en que el dolo y la culpa no son meros grados de culpabilidad, sino que a la vez constituyen un elemento subjetivo integrante de la descripción típica, de modo que al delimitarse en capítulos independientes las "figuras típicas dolosas" y las "figuras típicas culposas", el legislador excluyó totalmente la posibilidad de que los delitos dolosos se consumen a través de una conducta culposa o viceversa. A partir de lo expuesto, si una persona es procesada o juzgada por una conducta que conforme al anterior código podía ser culposa, dado que la culpa era un elemento subjetivo de la culpabilidad, pero que con la aplicación de la nueva legislación se exige para la configuración del ilícito que exista dolo, en virtud de que ahora éste se encuentre integrado como parte esencial de la descripción legal, ya sea por el título o capítulo en el que se ubica o porque la descripción lo exija expresamente, debe concluirse que en este supuesto existe atipicidad.³⁹⁴

Esta tesis aislada es muy importante ya que en ella se consagra que la culpabilidad surge, en tratándose de delitos dolosos, del conocimiento de los elementos del tipo penal y la tipicidad para que se acredite también el elemento doloso del conocimiento además del de la voluntad de producirlo, de tal suerte que si una persona comete un delito doloso, será necesario que la misma haya tenido el conocimiento del ilícito en comento para que haya querido su resultado.

³⁹⁴ TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 843/2004. 3 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Herminio Huerta Díaz. Secretario: Roberto Charcas León.

DOLO GENÉRICO. SU ANÁLISIS DEBE HACERSE AL EXAMINARSE LA CULPABILIDAD (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

No es legalmente aceptable que la Sala responsable analice el dolo genérico tanto en el injusto como en la responsabilidad penal, pues con independencia de que este tribunal de amparo considera respetable su posición ideológica welzeniana, o su simpatía con la llamada doble posición del dolo (doppelstellung), sea en el tipo o en la culpabilidad, sostenida por Jescheck, el legislador mexicano, desde el tres de mayo de mil novecientos noventa y nueve, consideró que el dolo debe estudiarse en la culpabilidad y así lo estableció en las reformas al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; por lo que debe estarse a lo que disponga la ley y no a lo que digan respetables doctrinarios.

395

Cuando se realice un análisis de una conducta humana que desemboque en un ilícito, habrá de llevarse a cabo el estudio de la culpabilidad máxime si se trata de un hecho doloso y así lo consagra la ley en su artículo 7 del Código Penal Federal en el que se señala cuando se está ante la presencia de un ilícito doloso (del cual se insiste habrá de acreditar sus 2 dos elementos: cognoscitivo y el volitivo) independientemente del conjunto de teorías de diferentes ajenas a esta apreciación.

³⁹⁵ DÉCIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo  3840/2002. 31 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Ojeda Velázquez. Secretario: Jerónimo Nicolás Arellanes Ortiz.

Amparo directo 3940/2002. 31 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Ojeda Velázquez. Secretario: Jerónimo Nicolás Arellanes Ortiz.

Amparo directo 4000/2002. 31 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Ojeda Velázquez. Secretario: Jerónimo Nicolás Arellanes Ortiz.

Amparo directo  440/2003. 31 de marzo de 2003. Mayoría de votos; unanimidad en relación con el tema contenido  de esta tesis. Ponente: Carlos Enrique Rueda Dávila. Secretario: Víctor Manuel Cruz Cruz.

AMPARO DIRECTO 860/2003. 19 de mayo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Ojeda Velázquez. Secretaria: Martha García Gutiérrez.

CAPITULO SÉPTIMO

EJEMPLOS PRÁCTICOS EN LOS CUALES TIENE INJERENCIA EL ESTUDIO DEL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD.

Con el objeto de que al lector del presente trabajo de investigación le quede más claro lo que es el contenido de la culpabilidad, habré de señalar ejemplos, algunos de ellos ficticios, otros de ellos recordados de mis cátedras de Derecho Penal, ya que de esta forma, considero que quedará más comprensible el tema de fondo. Es importante que el lector ponga especial énfasis en el curso causal de los hechos ya que del mismo se desprenderá la conducta humana en el momento de la comisión del hecho.

1.- Una persona de sexo masculino conoce a una de sexo femenino en un bar, cuando los presentan, ella miente argumentando que es mayor de edad ya que tiene 18 dieciocho años (cuando en realidad tiene 15), por lo que saliendo del bar, se van juntos a otro lugar en el cual mantienen una cópula cuando él le dice que se va a casar con ella si accede. Posteriormente no cumple con dicha promesa y ella, con motivo de su despecho provocado por no ver cumplida su pretensión de casarse, le comenta a sus padres con la plena intención de que lo denuncien por Estupro, mintiéndoles también en el sentido de decir que si le dijo que era menor de edad a su supuesto victimario por lo cual ellos acceden. En dicho supuesto la resolución del juez deberá ser una Sentencia absolutoria (o en su momento del Ministerio Público un auto de archivo) después del desahogo de todas las pruebas o actuaciones propias para el esclarecimiento de los hechos, pues derivado del estudio del presente trabajo de investigación se concluye que tratándose de delitos dolosos, al inculpado, deberán de acreditársele sus elementos (cognoscitivo de los elementos del tipo penal, es decir que supiere que era menor de edad y volitivo de producir el resultado mantener cópula por medio del engaño o la seducción) y en caso de que los mismos no se encuentren acreditados y por el contrario, se compruebe por los diversos medios de prueba contenidos en la ley, que el inculpado fue engañado respecto a la edad de la dama, por lo tanto no se acreditan los elementos normativos del delito de estupro.

2.- Un vehículo que se encuentra circulando en el periférico a una velocidad prudente y legal de acuerdo al Reglamento de Tránsito y Vialidad en el Estado en la madrugada se impacta contra otro que se acababa de descomponer en una curva que no da margen de visibilidad alterando la salud del conductor y deformando la carrocería de la parte trasera del segundo vehículo. En la resolución que ponga a fin la controversia, deberá especificarse, previa valoración de las pruebas de que efectivamente los hechos ocurrieron como se narran, la valoración de la culpabilidad, si bien es cierto que existió un daño a un tercero, producto de la colisión, también lo es que la persona al volante del vehículo que se impactó no tenía manera de saber que la supuesta víctima se encontraba ahí, para prever o bien para respetar un deber de cuidado o bien no ponerlo en riesgo, pero como no fue así, las condiciones no son las propias para exigirle un comportamiento en específico al conductor que se impactó, de tal suerte que deberá absolversele al no acreditar que el percance en cuestión haya sido derivado de dolo o culpa.

3.- Una persona se encuentra viajando en su vehículo y en el camino se encuentra a otra persona que en el interior de su bolsa lleva un kilogramo de marihuana sin saberlo, circulando por las calles se interceptan con un retén de la Policía Federal, encontrando el contenido de la bolsa de la segunda persona por lo que consignan a ambos por delitos contra la salud en su modalidad de posesión y transporte. Si bien es cierto que dichos delitos son de mera actividad (es decir, se lleva a cabo por estarse ejecutando la conducta), también lo es que dicho delito es doloso (es decir que se requiere que se acrediten los elementos cognoscitivos y volitivos) razón por la cual sería injusto hacerle la imputación al individuo que conducía el vehículo de un delito del cual no tenía el conocimiento que se estaba llevando a cabo y que por lo tanto, no tenía la manera de distinguir, del mismo modo, no se le podría exigir actuar de forma distinta ya que no es lo más común ni normal registrar los bienes de las personas que abordan un vehículo para prevenir, en cambio al segundo (el que lo abordó en el camino) si es correcto realizarle la

imputación ya que él si tenía el conocimiento de que dentro de su bolso llevaba un contenido ilícito y sin embargo, decidió poseerlo y transportarlo para que llegara a determinado lugar, llevó a cabo todos medios preparatorios consistentes en envolverla y guardarla en su bolso y los ejecutorios, consistentes en llevar dicho contenido de un lugar a otro a sabiendas de que ello está prohibido aunque el móvil por medio del cual lo hizo no sea de su propiedad.

4.- Un empleado nuevo de la central de autobuses de determinada línea en la cual no se posee un reglamento, ignora que tradicionalmente se lleva un procedimiento para maniobrar en la salida de los automotores derivado de la costumbre de los operadores de antaño y por lo mismo se colapsa contra otro de los autobuses del cual su operador consideraba que el que iba a salir, es conocedor de dicha costumbre, motivo por el cual genera daño en las cosas de ambos autobuses. En la sentencia se debe absolver a aquel que desconocía las maniobras de costumbre ya que el actuar como lo hizo fue resultado de su sentido común y no le era previsible actuar distinto o tomar cierta precaución pues sería ilógico que se le exigiera a este un comportamiento que desconoce, así como que forzosamente debiera conocerlo, de tal suerte que dicha conducta no debe ser sancionada ya que no deriva de dolo ni de culpa, formas de culpabilidad indispensables de acreditar en cualquier expediente penal.

5.- Una persona que se encuentra en un súper mercado surtiendo su despensa deja su bolsa en el piso en lo que escoge algunos artículos cuando un menor introduce un juguete pequeño en la misma, sin que la dueña se dé cuenta, así las cosas se surte la despensa, se pasa a la caja cobradora, se empaqueta la mercancía y se sale del súper mercado, pero las cámaras de vigilancia captaron la situación, motivo por el cual se denuncia a la persona. En el presente la sentencia emitida por el Tribunal deberá ser absolutoria pues nuevamente no nos encontramos ante la presencia de un delito culposo, es decir, el robo forzosamente es doloso y por lo tanto, para sancionar a esta persona debió

acreditarse que tenía el conocimiento de que su menor hijo colocó el juguete dentro de la bolsa para posteriormente tener la voluntad de trasladarlo fuera del dominio de quien legalmente lo poseía que en ese caso era el supermercado a través de su representante, de lo contrario, no se está en posibilidad de distinguir que se está cometiendo un ilícito.

6.- Cuando a una persona le es encomendada la tarea de asignar unas plazas de la Secretaría de educación y por el estilo del trámite su oficina es la encargada de la recopilación de documentos para la asignación de las mismas, incluyendo éstos los títulos de las personas; y un día después teniéndolos bajo su resguardo, se toman las instalaciones de la Secretaría por un contingente o un grupo de personas protestantes, causando destrozos a las oficinas y desapareciendo los documentos referidos con anterioridad, no se actualiza ninguna figura delictiva por parte de la persona que los tenía a resguardo, pues si bien es cierto que el delito de abuso de confianza prevé que lo comete aquel que dispone de un bien del cual se transfirió la tenencia y no el dominio, se debe entender que en el presente caso se le transfirió la tenencia de dichos documentos a efecto de que realizara un trámite con ellos, sin embargo, no se podía prever que llegaría el contingente de personas a realizar los destrozos, motivo por el cual no es imputable tal ilícito a la persona encargada de custodiarlos ya que él no les dio posesión de los mismos a los terceros ajenos; nuevamente no se acreditan los elementos de un tipo penal doloso, en todo caso a quien debería acusarse ya sea de robo o de daño en las cosas sería a los miembros del contingente que ingresó a la fuerza a la toma de la Secretaría.

7.- Un individuo lleva su carro a mantenimiento preventivo de frenos de su automóvil, al recogerlo del taller que se encuentra a pie del libramiento, el empleado del taller le entrega sus llaves confiado de que instaló correctamente las piezas del mecanismo que hace que funcionen las balatas, sin embargo, debido a que se colocó mal el caliper de dicho mecanismo, el vehículo no trabajó

como debería y al tratar de frenar el automotor de la velocidad que llevaba acorde a lo permitido por el Reglamento de Tránsito y Vialidad en el Estado, en el siguiente semáforo se estrella de frente contra un coche al que se le estaba dando el “siga” por la luz verde y las reglas de Tránsito ocasionándole múltiples daños tanto a su carro, como contra el que chocó. La sentencia debe ser absolutoria respecto al individuo que mandó dar mantenimiento a su coche en razón de que si bien es cierto que iba conduciendo el mismo, llevaba el principio de confianza de que iba a funcionar normalmente y al no poder frenar, perdió el control del mismo pero no por una causa reprochable a él, sino al mecánico que instaló mal el caliper que activaría el mecanismo de frenos; de tal suerte que el individuo que iba manejando no tenía la facultad de prevenir ese error, por el contrario, acudió a un taller para que se le diera mantenimiento a su coche en aras de cumplir lo establecido por el reglamento de Tránsito en el Estado de que es responsabilidad del conductor el buen mantenimiento preventivo de sus vehículos, así las cosas no es exigible una conducta diversa al conductor del coche, además el percance se produjo por una conducta que no deriva de dolo ni de culpa.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El Derecho Penal es la rama del Derecho Público encaminada a salvaguardar y garantizar los bienes jurídicos de mayor trascendencia e importancia para una sociedad regida bajo un gobierno democrático en el que el Estado de Derecho debe prevalecer por encima del Estado de leyes predominante en la actualidad para de esa forma sancionar únicamente las conductas humanas que dañen dichos bienes (consagración de la última razón del derecho penal).

SEGUNDA: La teoría del delito contempla aspectos fundamentales a considerar en la valoración para saber si un hecho jurídico es un delito: es una conducta típica (conducta punible), antijurídica y culpable (teoría terciaria); de la tipicidad se desprende la punibilidad y de la culpabilidad se desprende la imputabilidad. Traduciendo a grandes rasgos que la conducta es un comportamiento humano que se traduce en una acción u omisión, la tipicidad es la característica del delito que encuadra la conducta en la ley penal previamente establecida, la antijuricidad es obrar contrario a derecho, no asistiendo ninguna de las causas excluyentes de incriminación en el caso concreto y culpable (que se analizará en la siguiente conclusión).

TERCERA: La culpabilidad como aspecto crucial del delito tiene dos formas en las que se puede dar: El dolo y la culpa, las cuales atendiendo únicamente a su definición legal (ya que como se analizó y fundó en el presente trabajo de investigación se perciben desde distintos puntos de vista ateniendo a los criterios de diversos autores), el primero es la Intención de producir un resultado lesivo así como llevar a cabo una acción u omisión que traiga como consecuencia necesaria el resultado provocado o bien que se haya representado en la mente del autor el resultado y aun así haya llevado a cabo la ejecución del acto; y así mismo, el segundo (culpa o imprudencia) se actualiza cuando por negligencia o impericia se produce el resultado dañoso al bien jurídico, o bien, cuando siendo previsible un

resultado, no se prevea, o bien cuando el resultado se le figura mentalmente al sujeto activo y el mismo confía en que no se producirá por sus habilidades.

CUARTA: Las imprudencias en sus formas de negligencia e impericia se traducen respectivamente, la primera en un “no hacer” cuando existe un deber de obrar que no se lleva a cabo propia de una actividad profesional o técnica y la segunda cuando teniendo el deber de hacer determinada actividad y de cierta manera derivada de los conocimientos propios del sujeto, no se lleva a cabo por no tener poseer la habilidad y destreza necesaria para llevarla a cabo.

QUINTA: La cuestión de la imprudencia está en discusión sobre diversos puntos, sin embargo y para el criterio legal, la teoría de la previsibilidad juega un papel importante ya que de la misma se desprende que aquello que es previsible para el individuo se acentúa en sus conocimientos propios para llevar a cabo una actividad, que respecto al bien jurídico, no lo ponga en riesgo, tenga el cuidado necesario para no afectarlo, para lo cual habrá que siempre tomar en cuenta su grado de instrucción, su estado mental en el momento de cometerse el ilícito, si sus conocimientos y grado académico corresponden a la actividad que está realizando, o bien, como actuaría un sujeto “normal” de su edad, conocimientos y grado de consciencia en determinada circunstancia (baremo del hombre medio).

SEXTA: Mientras que el espíritu de la culpabilidad en su forma dolosa llama a no cometer ciertas conductas para proteger y garantizar protección a diversos bienes jurídicos, el espíritu de la culpabilidad en su forma culposa llama a protegerlos no poniéndolos en riesgo, no haciendo lo posible para que estos se vean dañados, no creando peligros para los mismos y si los mismos existen de manera inminente, alejarlos de dichos peligros.

SÉPTIMA: El contenido de la culpabilidad, por ende, se traduce en reprocharle al individuo su actuar en base a que reconociendo la ilicitud de su acto lo llevó a cabo, en que a pesar de tener la capacidad para distinguir que se puede ocasionar un resultado lesivo se actúa independientemente del desenlace, y en que la norma no le exija que actúe de forma diferente y por supuesto que el individuo tenga la capacidad de ser imputable (es decir, que tenga edad y condición propias para que sea sujeto de sanciones penales). Del mismo modo se distingue la culpabilidad disminuida consistente en la irreprochabilidad del acto por haberse ajustado a actuar como la ley le exigía y pese a ello se produjo el resultado.

De tal suerte que contestando a la pregunta de la hipótesis planteada en el proyecto de investigación así como en la parte introductoria de este trabajo de investigación se llega a la determinación de que efectivamente, tras haber analizado las maneras en la que se puede ser culpable y los elementos negativos de la culpabilidad, el operador jurídico no confundirá dichas figuras trayendo como consecuencia una impartición de justicia más eficaz y certera.

POSTURA DE LA TESIS

Toda valoración en la que se resuelvan conflictos jurídico penales deberá incluir el respectivo análisis de la culpabilidad del acto para saber si la conducta (ya sea en forma de acción u omisión) típica y antijurídica es también culpable; de esta forma el juzgador deberá realizar el reproche al imputable (individuo mayor de 18 años, con plena capacidad de entender las consecuencias de sus actos, que no se encuentre en estado de interdicción o padezca de sus facultades mentales), tomando en consideración que el mismo tenía la **capacidad de discernir** en el momento de la comisión del ilícito, que la **ley le exigiera un actuar distinto** a como lo realizó, y así mismo que tuviere en mente la **consciencia del ilícito** en reiterado espacio temporal; ya que la no actualización de cualquiera de las figuras jurídicas resaltadas (**actuar engañado insuperablemente, actuar conforme a la exigencia de una ley u ordenamiento diverso, actuar por miedo insuperable o bien por error de tipo o de prohibición insuperables o bien actuando en forma pasional**) viene a formar un elemento negativo de culpabilidad y con ello la exclusión de la responsabilidad (en el caso de la culpabilidad disminuida a reducir la sanción) ya que no sería justo ni prudente que el juzgador sancionara dicha conducta sin antes dar una explicación del motivo que dio lugar al resultado con base en este reproche.

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

I.- BIBLIOGRÁFICAS

- ALIMENA Bernardino, "La culpa en la teoría del delito", Madrid, España 1915.
- ALTAVILLA Enrico, "Teoría subjetiva del delito", Jovene, Napli, 1932
- ALTAVILLA Enrico, "Suicidio en psicología, para investigar la ley judicial", Monaro, 1932.
- ANTÓN Oneca José, PG, Editorial Rubinzal.Culzoni, Colección de autores de Derecho Penal.
- ANTOSILEI, Manual de Derecho de Penal, Milano, Traducción hecha en Argentina por Diego Mendoza.
- ANTOLISEI, "Lesiones y daño de la delincuencia", 1930.
- ARZOLA Alejandro, INTRODUCCION AL DERECHO PENAL, Novena Edición, Editorial Porrúa.
- ARROYO Zapatero Luis, "La protección penal en el derecho del trabajo", Madrid. 1986.
- BATTAGLINI G., "Derecho Penal", ed. 1949.
- BLONDEL Maurice, Correspondencia, Paris, 1965.
- BETTIOL, "Derecho Penal Parte General", Priulla, Palermo, 1945
- BELLAVISTA, "El problema de la Culpa", Traducción en Argentina por José Luis Escandon, Palermo.
- BIANCHEDI, "Derecho penal", Editorial Trillas, 3ª. Ed., México, D.F., 1968.
- BOCKELMANN, "Transporte de documentos legales" Hamburg 1967.
- BUNGE, La investigación científica, 7ª Ed., Barcelona, 1980.
- CARNAP Rudolph, "Introducción a la filosofía de la ciencia" Editorial Dimas, 2ª. Ed.1983. Florencia.
- CARMIGNANI, "Elementos del Derecho Penal", Editorial Novo Spania, 3ª Ed. 1982.
- CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código Penal II, Barcelona, 1972.
- CORCOY Bidasolo Mierntxu, El delito Imprudente, Editorial B de F, 2ª. Ed., Montevideo, Buenos Aires, 2008.

CORCOY BIDASOLO, Criterios Jurisprudenciales, Revista jurídica de Catalunya, ISSN 0210-4296, Vol. pp. 6-12 y 249-250.

DEL GIUDICE Goicochea Carlos, "El Delito Culposo", Editorial Proesa, 5ª. Ed. República Dominicana, 1996.

DELITALA, "Hecho en la Teoría del Delito", Cedam, 1930.

ENGISCH, "Estudios sobre la intención", Traducción de Jesús Montes Rodríguez, Chile, 1978.

ESCRIVA Gregori, La puesta en peligro, 3ª. Ed., Editorial Vivencia, Madrid, 1994

FARRE Trepal, La Tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia, Barcelona, 1986.

FERRER Sama Antonio, "Comentarios al Código Penal", Editorial Grijalbo, 1984.

FREDETAL, "Deuda y Denuncia", 1922; MEZGER, Dirittio Penale, trad. Mandalara, 1935.

FONTAN Balestra Carlos " Derecho penal parte general" Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

FROSALI Raul Alberto, "El error en la teoría del derecho penal" , Roma, 1933.

GARCIA Mercedes. Derecho Penal. Parte General, Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2004.

GIMBERNART, Ordeig Enrique, "Estudios de Derecho Penal", Editorial Tecnos S.A., 1990,

GRAF ZU DONHA, "Los elementos del concepto de la deuda", Volumen II, Ediitorial Marquez, Chile, 1938.

GRAMMATICA Filippo, "La irracionalidad de la culpa", "S.P.", 1930, I, 305, Génova, 1929.

GRISANTI Aveledo Hernando LECCIONES DE DERECHO PENAL, 15ª Edición, Editorial Trillas, 1995.

HERZBERG, "La omisión en el derecho penal y el principio garante", Berlín, 1972,

HORN Ekhard, "Delitos Concretos, puesta en peligro", Berlin, 1962

JACKOBS Günter, "La Imputación Objetiva en derecho Penal", Universidad del externado de Colombia, Colombia Bogotá, 1998 127p.p.

JACKOBS Günter, "Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad", Ed. Civitas, España.

JESHECK, "Tratado de derecho Penal", Parte General" 5ª. Ed., Editorial Comares.

JIMENEZ de Asua Luis, "Tratado de Derecho Penal" (1949-1963, 7 vols.) Volumen 1.

JIMÉNEZ de Asua, Luis. Lecciones de Derecho Penal. Biblioteca Clásicos del Derecho. Volumen VII. Editorial Harla. México, 1997.

KANTOROWICZ, "Hacer y Culpar", Orell Fissli, Zurich y Leipzig, 1933.

KALLAB, "Contribución a la Teoría de la Culpa, "P.G.", 1937, pág. 160

KAUFFMAN Armin "El dolo eventual en la estructura del delito" Traducción del alemán par el Dr .R .F. Suárez Mantes, Profesor de Derecho penal en el Estudio General de Navarra.

KOSTLIN Reinhold, "Sistema de Derecho Penal Alemán", 1855, Civitas, Barcelona

LEONE Giovanni, "Imputabilidad y responsabilidad en delitos producidos en estado de embriaguez "R. I. di D. P.", 1934.

MAIWALD, "Problemas básicos en el delito de omisión" Jus, 1981, traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976.,

MANZINI Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, volumen I, Eduar, Buenos Aires,

MASSARI, "el elemento subjetivo del delito en las novedosas propuestas de reforma", "R. P.", vol. CIV.

MARUACH Reinhart, "Derecho Penal, Parte General", Tomo II, Ed. Astrea

MIR Puig Santiago, "Introducción a las bases del derecho penal", Editorial Portal,

MIR Puig Santiago, "Derecho Penal Parte General", Editorial Reppetor colección, 9ª Edición.

MIR Puig Santiago, "La reincidencia en el Código Penal", Editorial S.A. Bosch 1974.

MUÑOZ Conde Francisco, "Introducción al Derecho Penal", Editorial B de f. 2001.

NICOLINNI Nicola,"Puntos de la Ley", vol II, Editorial Xapoli, 1929.

NUÑEZ - RICARDO C. NUÑEZ, "Derecho penal argentino", Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

OSSORIO Manuel DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS,, Editorial Heliasta.

OTROLAN, "Elementos del Derecho Penal", trad. De Guiliano, del Vaglio, Napoles, 1857.

PENSO, L "Ignorancia en el error en el derecho penal". Messina, 1936, pág 290.

QUINTANO Ripolles Antonio, "Derecho penal de la culpa"., Casa Editorial BOSCH, Barcelona.

RANIERI, "Derecho Penal, Parte General", Ambrosiano, Milano, 1945.

RANIERI, "Personalidad y Culpa", Jovene Napoli. 1933.

RANIERI, "Causalidad en el Derecho Penal" Editorial A.C., Venecia, 1973.

RODRIGUEZ Muñoz, Notas al tratado de Mezger, 3ª. Ed. Española, tomo II. 1956.

ROSSI Pellegrino, "Tratado de Derecho Penal", Bruxelles, Traducido al español por Cayetano Cortés, Madrid. 1876,

ROCCO Arturo, "El Objeto de la infracción", Bocca, 1913, Milano, 2007.

ROMAN Quiroz Verónica "*La Culpabilidad y la complejidad de su comprobación*", 2ª Edición, Ed. Porrúa, México, D. F. 2006, p. 193.

ROXIN Claus, "Problemas Básicos de Derecho Penal", Madrid, 1976

ROXIN Claus, "Derecho Penal, Parte General" Tomo 1, Editorial Civitas Ediciones.

ROXIN Claus "Reflexiones sobre el problema de la atribución en el derecho penal.", Fest. Hoing, Gottingen, 1970.

SANTORO Arturo, "El Caso Fortuito", 1937, Milan.

SARULLE Oscar, "*Dogmática de la Culpabilidad*", 1ª Edición, Ed. Universidad, México, D. F., 2001.

SCHUNEMANN Bernd, "Sistema Moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales", Ed. B de F, 1975

SCHLUCHTER, "Error sobre los elementos constitutivos normativos", Ed. Fecsa, 1983.

SCHMIDHAUSER, "El concepto de dolo eventual en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo", GA. 1956.

SPENCER, The principles of psychology, 2, London, I, 1870; trad. Francesa, Germer Baillié, Paris, 1874.

STRATENWERTH Günter, "Derecho Penal, Parte General", 2005. Edición: 4ª., España p. 405

TORIO López Angel, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1974, tomo 42, 1989.

VON Liszt Franz, "Tratado de Derecho Penal", 1881, 13ª. Edición, Editorial Mc Grow Hill.

WELZEL Hans, "La Nueva Imagen del Sistema de Justicia Penal", 4ª. Ed.; Lehrbuch, 8, II.

WILLIAMS James, Principios de psicología, trad. De Ferrari, Soc. Editr. Libreria, 1891.

WUNDT, Grundriss del Psychologie, 12ª ed., Kroner, Leipzig, 1915.

VELA Sergio, "Culpabilidad e Inimputabilidad. Teoría del delito", Ed. Trillas, México D.f.

VANNINI, Lineamientos de Derecho Penal. 4ª. Ed. Madrid, España 1998.

ZIELINSKI, Accion y omisión concepto jurídico, pp. 84 ss; Jackobs Lehrbuch, 6/11, 20 s.

ZIELINSKY, "Dolo e Imprudencia" 1ª. Ed., Editorial Hamurabi, México D.F.

II.- LEYES Y CÓDIGOS

Código Penal para el Estado de Michoacán de Ocampo

Código Penal Federal

Código de Procedimientos para el Estado de Michoacán de Ocampo

Código de Procedimientos Penales Federal

III.- ELECTRÓNICAS

<http://www.tiposde.org/cotidianos/390-tipos-de-delitos/#ixzz2VIWcV4E5>

Definición.de

www.e-torredebabel.com/Psicologia/Vocabulario/Conducta.htm

<http://es.wikipedia.org/wiki/Antijuridicidad>

<http://facultad.zzl.org/areas/penal/antijuricidad.html>

http://es.wikipedia.org/wiki/Antijuridicidad#Ausencia_de_antijuridicidad

<http://es.thefreedictionary.com/eventual>

<http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf>

IV.- JURISPRUDENCIA

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo directo 772/2002. 6 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Marco Antonio Arroyo Montero. Secretario: Miguel Negrete García.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1152/2000. 8 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz. Secretaria: Selina Haidé Avante Juárez.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 478/2010. 17 de marzo de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Ricardo Ramos Carreón. Secretaria: María Yolanda Ascencio López.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 342/90. 26 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Murillo Delgado. Secretaria: María Cristina Torres Pacheco.

Amparo directo 221/91. 10 de julio de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Murillo Delgado. Secretaria: María Cristina Torres Pacheco.

Amparo directo 525/2006. 23 de noviembre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Víctorino Rojas Rivera. Secretario: Juan Ramón Barreto López.

Amparo directo 601/2006. 29 de noviembre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Víctorino Rojas Rivera. Secretario: Juan Ramón Barreto López.

AMPARO DIRECTO 208/2007. 16 de mayo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Víctorino Rojas Rivera. Secretario: Juan Ramón Barreto López.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 48/95. Jaime Castillo Vázquez. 16 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Pérez de la Fuente. Secretario: Bernardino Carmona León.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 84/2014. 22 de mayo de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, con fundamento en el artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 141/2014. 19 de junio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, con fundamento en el artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 152/2014. 26 de junio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, con fundamento en el artículo 81, fracción XXII, de la

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 99/2014. 2 de julio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, con fundamento en el artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 251/2014. 10 de julio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, con fundamento en el artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Juan Carlos Corona Torres.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 179/2009. 13 de agosto de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: María Elena Leguízamo Ferrer. Secretaria: María Elvira Valladares Martínez.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 179/2007. 29 de junio de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: Luis Fernando Lozano Soriano.

Amparo directo 184/2007. 11 de julio de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Lilia Mónica López Benítez. Secretaria: Rosa María Cervantes Mejía.

Amparo directo 246/2007. 12 de septiembre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: Gustavo Felipe González Córdova.

Amparo directo 245/2007. 28 de septiembre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretario: Daniel Guzmán Aguado.

AMPARO DIRECTO 270/2007. 15 de octubre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretario: Fernando Córdova del Valle.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo directo 261/2005. 20 de abril de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Ramón Raúl Arias Martínez. Secretario: Héctor Guillermo Maldonado Maldonado.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo directo 261/2005. 20 de abril de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Ramón Raúl Arias Martínez. Secretario: Héctor Guillermo Maldonado Maldonado.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 79/2005-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Quinto, ambos del Décimo Sexto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 26 de octubre de 2005. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: José Alberto Tamayo Valenzuela.

Tesis de jurisprudencia 157/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha cuatro de noviembre de dos mil cinco.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 79/2005-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Quinto, ambos del Décimo Sexto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 26 de octubre de 2005. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: José Alberto Tamayo Valenzuela.

Tesis de jurisprudencia 157/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha cuatro de noviembre de dos mil cinco.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 843/2004. 3 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Herminio Huerta Díaz. Secretario: Roberto Charcas León.

DÉCIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3840/2002. 31 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Ojeda Velázquez. Secretario: Jerónimo Nicolás Arellanes Ortiz.

Amparo directo 3940/2002. 31 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Ojeda Velázquez. Secretario: Jerónimo Nicolás Arellanes Ortiz.

Amparo directo 4000/2002. 31 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Ojeda Velázquez. Secretario: Jerónimo Nicolás Arellanes Ortiz.

Amparo directo 440/2003. 31 de marzo de 2003. Mayoría de votos; unanimidad en relación con el tema contenido de esta tesis. Ponente: Carlos Enrique Rueda Dávila. Secretario: Víctor Manuel Cruz Cruz.

AMPARO DIRECTO 860/2003. 19 de mayo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Ojeda Velázquez. Secretaria: Martha García Gutiérrez.

GLOSARIO

BAREMO: Es una tabla de cálculos, que evita la tarea de realizar esos cálculos al público en general, o a un público específico.

CULPA: Es el término jurídico que supone la "voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho".

SANO JUICIO: Es aquel en que se encuentran activas las funciones neurocognitivas superiores. El estado de conciencia determina la percepción y el conocimiento del mundo psíquico individual y del mundo que nos rodea.

HOMBRE MEDIO: Para efectos del presente trabajo de investigación se deberá tomar en cuenta éste concepto para determinar a una persona con un nivel cultural, educación, capaz de comprender y entender que no tenga un grado de instrucción peculiar, tomando siempre como punto de partida la media estadística de una sociedad.

PARADIGMA: Se utiliza en la vida cotidiana como sinónimo de "ejemplo" o para hacer referencia a algo que se toma como "modelo".

INCERTIDUMBRE JURIDICA: Se dice de aquella que deriva de la aplicación de figuras jurídicas inaplicables o mal aplicadas a un caso concreto ya sea por confundirlas o sea por ignorarlas.

CUIDADO: es la acción de cuidar (preservar, guardar, conservar, asistir). El cuidado implica ayudarse a uno mismo o a otro ser vivo, tratar de incrementar su bienestar y evitar que sufra algún perjuicio. También es posible cuidar objetos (como una casa) para impedir que ocurran incidentes tales como daños y robos.

MIEDO INSUPERABLE: Es la ausencia total de representación en si (del sujeto actor) en la acción misma del delito y su proyección en el resultado, a causa de

que la persona o el individuo se encuentra en una situación desventajosa por causa del miedo que siente y que es manifiestamente colocado por la persona en la cual se producirá el resultado.

PELIGRO: Es una situación que se caracteriza por la "viabilidad de ocurrencia de un incidente potencialmente dañino", es decir, un suceso apto para crear daño sobre bienes jurídicos protegidos.