

# FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

# CITD

I CONGRESO INTERNACIONAL DE  
TEORÍA DEL DELITO

LIBRO DE PONENCIAS 2020

# FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO  
●●●  
ECUADOR

LIBRO DE PONENCIAS 2020  
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

## COMITÉ EDITORIAL

Dra. Diana Salazar Méndez  
Fiscal General del Estado

Mtr. Mauricio Torres Maldonado  
Coordinador General de Gestión del Conocimiento

Mtr. Beatriz Rodríguez Tapia  
Directora de Gestión de Estudios Penales

## COMITÉ ACADÉMICO

Dirección de Gestión de Estudios Penales

## EQUIPO DE DISEÑO EDITORIAL ACADÉMICO

Dirección de Comunicación y Promoción Institucional  
Lic. Luis Monteros Arregui  
Ing. Andrés Lasso Ruiz

Quito, julio de 2021

## Contenido de acceso y difusión libre

Los criterios vertidos por los autores no comprometen la opinión institucional  
Todos los derechos reservados.  
Prohibida la reproducción total o parcial, sin autorización de los autores

Prof. Dr. Dr. hc. mult.

# DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA



Catedrático de Derecho Penal (cuerpo nacional de Catedráticos de Univ.) desde 1981, y desde 1988 en la Universidad de Alcalá. Licenciado en Derecho por la Univ. Complutense de Madrid, julio 1971. Premio Extraordinario. Doctor en Derecho por la Univ. Complutense de Madrid, febrero 1975 (tesis doctoral: Legítima defensa), Sobresaliente cum laude. Doctor honoris causa por la Univ. Centroamericana (UCA) de Nicaragua, investidura 18 nov. 2004; Doctor honoris causa por la Universidad San Agustín de Arequipa, Perú, concesión julio 2016, investidura 10 octubre 2016; Doctor honoris causa por la Univers. José Carlos Mariátegui de Moquegua, Perú, concesión 12 julio/12 agosto 2016, investidura: 11 octubre 2016; Doctor honoris causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, Perú, concesión agosto 2016, investidura 13 octubre 2016; Doctor honoris causa por la Univ. de León, España, concesión 2 julio 2018; investidura 18 diciembre 2018. Prof. Honorario de la Univ. de Vigo, Claustro de la Fac. de Derecho de Orense: enero de 2006. Prof. Honorario del Claustro de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia: oct. 2012. Prof. Honorario de la Univ. San Martín de Porres, Lima (jul. 2016). Prof. Honorario de la Pontificia Univ. Católica de Cuenca, Ecuador, concesión 5 nov., investidura 14 nov. 2018. Becario de investigación en Alemania: octubre 1971/septiembre 1973, becado por el DAAD y la Fundación J. March en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Freiburg; junio 1976/octubre 1977 y julio/sept. 1988, becado postdoctoral por la Fundación A. von Humboldt en el Instituto de Ciencias Penales Univ. de Múnich (Dir.: Prof. Dr. Dr. hc. mult. Claus Roxin). Ha participado en más de veinte y cinco obras académicas como autor, director o coordinador de las mismas.

Prof. Dr. Dr. hc. mult.

# MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO



Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León (España) desde diciembre de 1997. Catedrático de Derecho Penal desde febrero de 1994 hasta diciembre de 1997 en la Universidad Pública de Navarra. Licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid (julio 1982) y Doctorado en la León (julio 1989). Discípulo del Prof. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña, en España, y del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin, en Alemania. Ha hecho múltiples publicaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho penal, pudiendo destacarse las que versan sobre autoría y participación, error, delitos contra la Administración Pública, relaciones entre Derecho Penal, deporte y protección de minorías, especialmente extranjeros. Multitud de ponencias, cursos y conferencias en España y en el extranjero sobre los más diversos temas penales. Ha dirigido o dirige más de treinta tesis doctorales. Ha impartido durante más de treinta y siete años docencia en todas las asignaturas de Derecho Penal y múltiples cursos y seminarios en Especializaciones, Maestrías y Programas de Doctorado en España y en el extranjero.

Prof. Dr. Dr. hc. mult.

# MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ



Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Huelva, Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca con la máxima calificación de Sobresaliente cum Laude por unanimidad, allí se licenció en Derecho, obtuvo el Diplomado en Criminología e impartió docencia hasta 2004, vinculándose desde entonces a la Universidad onubense. Destacan sus cuatro nombramientos como Doctor Honoris causa y sus reconocimientos como Profesor Honorario y Miembro Honorífico de múltiples Institutos, Universidades y Colegios profesionales. Autor (en español, alemán, inglés, portugués, italiano y chino) de trece libros; más de ciento veinte monografías entre capítulos de libro, traducciones, prólogos y artículos en prestigiosas Revistas científicas. ha cumplimentado con importantes Estancias de Investigación en destacados Centros y Universidades extranjeras: Ha sido Becario del Parlamento Europeo en París y Estrasburgo; Becario pre y postdoctoral del Ministerio de Asuntos Exteriores de España y de la Agencia Española de Cooperación internacional en California (Estados Unidos) y UNAM/Anahuac (México); del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) en la Universidad Ludwig Maximilians de Múnich donde continuó durante distintas estancias su formación bajo el Magisterio de Claus Roxin, a quien apadrinó en su Doctorado Honoris causa por la Universidad de Huelva en 2009.

Prof. MsC.

# ÁLVARO ROMÁN MÁRQUEZ **Ph.D. (c)**



Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de la República por la Universidad Central del Ecuador, Magister en Derecho con mención Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar - sede Ecuador. Magister en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Central del Ecuador. Doctorando en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar- sede Ecuador. Docente de Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador. Docente de las Maestrías de Derecho Penal en la Universidad Central del Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar y San Gregorio de Portoviejo. Abogado en libre ejercicio con más de 30 años de experiencia y varias publicaciones en derecho penal.

Prof. Dr.

# ANDY CARRIÓN ZENTENO



Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn (Alemania). Magister en Derecho Alemán (LL.M.) por la Universidad de Bonn (Alemania). Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Especialista en Cumplimiento Normativo en Derecho Penal por la Universidad Castilla - La Mancha (España). Especialista en Compliance por la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR-España). Diplomado "Moderna teoría del delito y Derecho Penal Económico" realizado en la Universidad Externado de Colombia. Estancias de investigación en la Universidad Externado de Colombia y en la Universidad de Leipzig (Alemania). Asistente Científico en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn (2011-2014). Becario de las fundaciones DAAD (Servicio Alemán de Intercambio Académico) y de la Friedrich-Ebert-Stiftung. Profesor de Derecho penal económico y de la empresa en la maestría de Derecho penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Seminario de Derecho Penal en el doctorado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal en la Academia de la Magistratura (AMAG). Autor del libro "Criminal Compliance. De la Ley de EE.UU. de Prácticas Corruptas en el Extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento", así como autor de diversos artículos tanto en publicaciones nacionales como extranjeras vinculadas al Derecho penal empresarial y al compliance.

Prof. MsC.

# JORGE FERNÁNDEZ MEJÍAS **Ph.D. (c)**



Investigador del Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI). Abogado y Magister en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Diego Portales. Actualmente es Doctorando del Departamento de Scienze giuridiche "Cesare Beccaria", de la Università degli Studi di Milano, Italia

## Imputación objetiva

Andy Carrión Zenteno

Fiscalía General del Estado

Dirección de Gestión de Estudios Penales

I Congreso Internacional de Teoría del Delito

Quito-Ecuador  
Marzo-junio, 2020.

Muchísimas gracias, quisiera agradecer a quienes han hecho posible mi intervención en este curso de capacitación. En primer lugar, sin lugar a dudas, a la Doctora Diana Salazar, Fiscal General del Estado. De igual manera, a la doctora Beatriz Rodríguez, directora de Estudios Penales de la Fiscalía General del Ecuador, así como también a todos los que oportunamente visualizarán este video, fiscales, secretarios y asistentes de la Fiscalía.

El tema de mi intervención es el de la imputación objetiva. En realidad, este tema es un tópico del derecho penal algo complejo, puesto que, ha sufrido una inusitada evolución, especialmente, durante los últimos 20 a 30 años y cuyo resultado intelectual está en proceso aplicativo, apenas, durante estos últimos años. La imputación objetiva en sí es un instituto dogmático penal que tiene que ver con la forma en la que atribuimos algún tipo de resultado a quien, eventualmente, ha desplegado una conducta para su causación o realización. Si bien es cierto que la imputación objetiva ha abarcado las luces de la dogmática penal durante los últimos años, tenemos que reconocer que este instituto dogmático penal es el resultado de muchísimos años de evolución de conceptos como la causalidad, escuelas como el finalismo y algunas otras que han aportado a lo que hoy, en la práctica, se conoce como imputación objetiva. Es decir, el concepto que hoy vamos a desarrollar no es el planteado por el sistema evolutivo durante estos últimos años, sino que es consecuencia de un largo proceso que se ha iniciado hace 200 años con el gran penalista Feuerbach quien, de alguna manera, hizo científicas las primeras advertencias jurídico penales de los estatutos a los cuales nos enfrentábamos.

La imputación objetiva ha tomado un inusitado protagonismo dentro del propio derecho penal a raíz, precisamente, de notables representantes de la dogmática penal como Claus Roxin y Günther Jakobs. Es por eso, que el día de hoy, cuando hablamos de dogmática penal y de imputación objetiva tendemos a relacionar estos institutos dogmáticos con estos dos grandes autores alemanes quienes, en realidad, han aportado significativamente a la dogmática penal. Sin embargo, tampoco debemos en rigor circunscribir el tema, únicamente, a estos dos autores, puesto que, hubieron muchísimos otros que han tratado de poner las primeras piedras de lo que hoy conocemos bajo el concepto de imputación objetiva.

La imputación, en realidad, tiene algunos criterios para poder aplicarlos a los casos en concreto. Uno de ellos es el criterio, por ejemplo, del riesgo. Este criterio señala, simplemente, que si nosotros creamos un riesgo jurídicamente desaprobado, entonces, las consecuencias de esa creación del riesgo tienen que ser imputadas a la persona que, precisamente, ha creado o aumentado el riesgo jurídicamente desaprobado. En contraste, si es que en realidad yo no creo o aumento ese riesgo, sino que más bien despliego una conducta que la pueda reducir, en ese caso, entonces, no se podría imputarme, de alguna manera, el resultado acaecido.

Tanto Roxin como Jakobs han desarrollado y han propuesto algunos ejemplos de lo que esto pudiera significar. Especialmente, Roxin plantea el ejemplo de que dos personas están caminando en la calle y que una de ellas advierte que, de pronto, por el balcón de una de las casas cae un macetero inusitadamente y esta persona, a fin de repeler que este macetero caiga sobre la cabeza de su acompañante, da un golpe al macetero, no obstante, termina lesionando el hombro

# CITD

I CONGRESO INTERNACIONAL DE  
TEORÍA DEL DELITO

Imputación objetiva.....	7
El delito imprudente .....	12
Libertad, culpabilidad y neurociencias.....	28
Cuestiones relevantes en materia de omisión, consideraciones generales y conceptos .....	50
Autoría y participación.....	59
Una teoría del delito para el derecho penal de adolescentes .....	72

de este acompañante. Sin lugar a dudas, lo que ha sucedido es que la conducta desplegada por este acompañante ha causado naturalmente la lesión en el hombro, pero, en realidad, ha implicado la disminución de un riesgo que ya estaba ahí, que ya estaba presente. Lo que hizo esta persona fue disminuir el riesgo, puesto que, de no haber desplegado esta conducta hubiera derivado, por ejemplo, en alguna lesión mucho más grave para su acompañante. Así, nos encontramos, en este caso, frente al criterio de disminución del riesgo.

Sin embargo, dentro de la imputación objetiva existen otros criterios asociados a la realización del riesgo en el resultado. Estos criterios son muy importantes porque nos va a decir qué conductas debemos relacionar a quien realmente ha causado ese riesgo. Aquí, lo que suele citar la doctrina son ejemplos relacionados al establecimiento de algunas condiciones que puedan aportar a la lesión de un tercero. En particular, por ejemplo, cuando un individuo coloca una bomba en un hospital y luego, como consecuencia de aquello, los lesionados son evacuados hacia algún otro hospital para que puedan ser atendidos. No obstante, sucede que los heridos que son llevados en la ambulancia a otro hospital mueren, no directamente por los efectos de las lesiones producidas a causa de la bomba, sino que más bien por el choque con algún otro vehículo.

Si se analiza quién realmente creó el riesgo, es evidente que, quien creó el riesgo fue la persona que puso la bomba. Sin embargo, ese riesgo, es decir, la realización del riesgo de la bomba no necesariamente va a tener como consecuencia la muerte de la persona. Esto, porque entre el posicionamiento de la bomba y la muerte de la persona acaeció un nuevo riesgo, precisamente, interpuesto por un tercero del choque entre la ambulancia y el vehículo que, finalmente, se interpuso en su camino. Entonces, en este supuesto en el cual ese riesgo se realiza en el resultado de lesiones graves, no necesariamente tiene que ser imputado a la persona que puso la bomba en el sentido del resultado fatal. ¿Por qué? porque la muerte no se ha producido por la bomba, sino que se ha producido porque se interpuso otro riesgo que, realmente, causó la muerte de quien ha sido lesionado.

Entonces, aquí se advierte que la realización del riesgo únicamente se dio en las lesiones, pero que, sin embargo, la muerte fue producto de otro riesgo. Es en estas circunstancias, que se podría imputar, por ejemplo, tentativa de homicidio, pero en concurso con lesiones graves. Aquello, porque finalmente, la producción de la muerte no se debió en rigor a la bomba que colocó en su momento, el imputado. Si es que nosotros nos circunscribimos, por ejemplo, a criterios eminentemente causalistas, podríamos llegar a la conclusión de que, en realidad, la muerte se produjo de todas maneras porque si no se hubiera puesto esa bomba jamás se hubiera producido la evacuación y posterior deceso. Pero ahí estaríamos recurriendo a criterios estrictamente causalistas, algo en lo cual la imputación objetiva tiene ciertos reparos para reconocer. Es por eso, que la imputación objetiva, en realidad, es la superación de consideraciones causales. Esto en cuanto al riesgo.

Existen muchos otros criterios que también pueden dar cuenta del significado y las implicaciones subyacentes de la imputación objetiva. En ese sentido, otro de los criterios importantes de la imputación objetiva es, por ejemplo, la imputación a la víctima. ¿Qué nos dice la imputación a la víctima? Lo que intenta señalar este criterio es que no se otorgue total importancia a la conducta desplegada por el autor, sino que, en rigor, se pueda reconducir, de alguna manera, la importancia del derecho penal también a las conductas que despliega la propia víctima que, en ocasiones, se pone en autopeligro y aporta, de manera determinante, para que pueda producirse un resultado lesivo.

Uno de estos ejemplos ocurre en las circunstancias en que el peatón cruza intempestivamente la avenida cuando un auto está avanzando con la luz verde. Entonces, ante la imposibilidad de un frenado oportuno el auto termina arrollando a esta persona. De este modo, la pregunta sería ¿podemos imputar este resultado de homicidio al conductor que iba conduciendo a una velocidad moderada y con la luz del semáforo en verde como las normas lo dicen? La respuesta sería no. ¿Por qué? porque en este supuesto, quien se puso en riesgo así mismo fue la víctima y dentro del ámbito de la ponderación –que de alguna manera, es un criterio que se utiliza para poder saber si es que se le puede imputar o no a la víctima el resultado–, si el comportamiento de la víctima

es tan relevante que, en este caso, pudiera tornarse determinante del resultado, entonces, exime de responsabilidad al supuesto autor y quien asume las costas y costos del resultado, hablando en un sentido jurídico penal, sería la propia víctima.

A esto nos referimos cuando hablamos de imputación a la víctima. Existen muchos otros supuestos en los cuales también podría imputarse a la víctima el resultado. Voy comentando que el criterio que debe usarse frente a este dilema de quién realmente tiene el rol determinante en el resultado lesivo debe encontrarse en aspectos decisivos de la ponderación. Es la ponderación la que nos va a decir, en el supuesto, si es que la conducta desplegada por la víctima fue tan relevante que enerva de responsabilidad al propio autor. Aquí, nos encontramos en el segundo criterio de imputación objetiva.

Existen otros criterios, incluso un poco más problemáticos, de la imputación objetiva, como el de la prohibición de regreso. Este, en rigor, es uno de los criterios más problemáticos porque ha sufrido de muchas críticas, sobre todo, en los últimos años. Ha sido planteado primigeniamente por Roxin, pero luego fue desarrollado por Jakobs, quien llevó al extremo la aplicación de este criterio de imputación objetiva. Lo que señala la prohibición de regreso es que, si uno se desenvuelve dentro de los parámetros determinados por su rol, así una tercera persona haga uso de mi conducta para un fin delictivo, mi conducta siempre será neutral. Es decir, no se me podrá imputar –por más de que un tercero haga uso de mi conducta, por el resultado, en este caso, lesivo contra el bien jurídico. Existen algunos ejemplos para graficar a lo que nos estamos refiriendo. Uno de ellos, de los más famosos (está recogido dentro de manuales y artículos del propio profesor Jakobs), es el ejemplo del caso del taxista. Si bien ha sido planteado como un ejemplo de manual, terminó efectivizándose, aplicativamente hablando, en un caso en concreto que sucedió en el Perú que, precisamente, se llama, el caso del taxista.

¿Qué nos dice este caso? Bueno, el supuesto es que una persona está en la calle y levanta la mano para tomar el servicio de taxi y claro, el taxista se detiene porque es su función, un taxista trabaja transportando personas. Esta persona levanta la mano, toma el servicio de taxi y le dice, mira llévame a esta cochera que necesito sacar algunos bienes de esa casa. El taxista entra a la cochera, ayuda a transportar los bienes al auto, pero luego, cuando ya están saliendo de este domicilio se acerca la policía y les pide que detengan el auto. Las demás personas salen huyendo y el único que queda dentro del auto es el chofer, en este caso, el taxista. Entonces, nos encontramos frente a una dicotomía valorativa en el sentido jurídico penal, puesto que, tenemos por un lado, al taxista que, en rigor, realizó una conducta propia de su rol que es el de transportar personas y, tenemos por otro lado, a unos autores que hicieron uso de esa conducta neutral para poder reorientarla a la comisión de un delito que, en este caso, es el robo.

De este modo, la pregunta sería, más allá del reconocimiento de la autoría de quienes directamente han participado en el robo de estos objetos, ¿podría imputársele al taxista, en grado de participación, el delito de robo? Aquí empiezan a desplegarse los conceptos de la prohibición de regreso, porque si seguimos esta tesis de manera radical podríamos llegar a la conclusión de que él, en todo momento, realizó su rol de taxista y que al desplegarse dentro de sus propios ámbitos de competencia –porque él tenía que hacer el servicio transporte de personas y cobrar por ello–, pues entonces, no tendría que responder por el delito de robo.

En realidad, soy algo crítico con esta tesis porque la pregunta sería ¿es cierto que el derecho penal sostiene que cada persona, mientras se desenvuelva dentro de su rol, no tiene por qué ser imputado por el resultado acaecido? Yo creo que no es así. Lo que nos dice la norma penal no es "tú compórtate dentro de tu rol para que, de esa manera, no puedas responder jurídico-penalmente. Da igual si un tercero hace uso de esa conducta neutral, tú no vas a responder, no se te puede imputar este resultado o la participación en algún delito ajeno". El Código Penal no dice, en rigor, "tú compórtate de acuerdo a tu rol", lo que establece el Código Penal es "tú no debes robar, tú no debes hurtar, tú no debes matar". Es decir, son normas prohibitivas. No es que las normas establezcan "no, tú no puedes participar en el delito de robo como una persona natural, pero si eres un taxista y estás cumpliendo tu rol, pues ahí si es posible participar en un delito de robo".

¿Por qué lo digo en los términos críticos que ahora estoy expresando? Porque si nosotros cambiamos el ejemplo del taxista y, en lugar de anteponer el rol del taxista, antepone el rol de un ciudadano común podríamos, por ejemplo, variar la situación típica en el siguiente sentido diferente al que sucede cuando un taxista entra. Imaginen ustedes que la persona que está esperando un servicio afuera no encuentra ningún taxi y, de pronto, pasa una persona que no hace el servicio de taxi, pero que advierte la posibilidad de ayudar a esta persona. Así, detiene el auto particular y le dice "¿qué es lo que usted necesita?" y, evidentemente, el que se presta a robar la casa responde "necesito transportar unos objetos de mi casa, por lo tanto, quisiera que me ayude con este favor". No nos encontramos frente a la situación del taxista, nos encontramos frente a un conductor particular que dice "está bien, te ayudo y no te voy a cobrar". Esto, porque no es su rol hacer transporte de esta naturaleza pero quiere hacer el favor, como buen samaritano. Entra a la cochera, los ladrones suben los objetos al auto, luego salen y, al final, la policía los atrapa afuera. La pregunta sería ¿qué diferencia el primer caso de este?

Ciertamente, los defensores de la teoría de los roles dirían que, en el primer caso, es un taxista que tiene que cobrar por el servicio y, en el segundo, es un ciudadano que no necesariamente cumple un determinado rol. Entonces, de acuerdo a la tesis que defienden los principales defensores de la teoría de la prohibición de regreso llegaríamos a la conclusión de que la conducta del taxista no sería relevante típicamente porque actuó dentro de su rol, sin embargo, la conducta del conductor particular sí sería relevante típicamente porque él no prestaba un servicio de taxi, sino simplemente es un conductor particular que no cumplía ningún rol especial, él cumplía el rol general de cualquier ciudadano que se debe a la obediencia del derecho.

No es posible y ahí viene el aspecto crítico, que el derecho penal para la imposición o la declaración de la relevancia de una conducta como típica, atienda a criterios que son realmente arbitrarios e intuitivos. ¿Cómo se puede delimitar, en realidad, el rol de un taxista? ¿Cómo se puede delimitar el rol de un conductor particular? Es decir, vamos a permitir que la relevancia o irrelevancia de una conducta pueda estar concentrada en elementos de competencia que no están claramente delimitados. Porque si atribuimos el tema de la identificación de la relevancia de la conducta, debemos hacerlo de una manera homogénea, en el sentido de que todos somos ciudadanos y que todos debemos cumplir con la norma.

Sin embargo, en este aspecto específico, lo que hace la teoría de los roles –también llamada teoría de la prohibición de regreso– es circunscribir la relevancia típica a algo que no es tangible, a algo que es muy difícil de delimitar. Porque incluso en la sociología, que es de donde se importa este tipo de conceptos, no está claro cómo uno debe delimitar los roles. Si no hay claridad en la ciencia de la cual importamos estos conceptos, ¿por qué tiene que haber claridad para su delimitación en el derecho penal? No la hay. Así, debemos tener cuidado al momento de aplicar la teoría de los roles. Es más, si es que validamos esta tesis podríamos, en diversas situaciones, hacer que conductas que son merecedoras de pena queden simplemente en la impunidad. De este modo, haciendo una interpretación literal de lo que la norma nos dice bajo el principio de legalidad, no podemos estar diferenciando, de manera intuitiva, entre unos roles que no están bien delimitados. Todo ello, orientado a saber si nos encontramos ante una conducta relevante típicamente o no.

Este no es el único criterio que tiene problemas interpretativos. En este sentido, yo no los denomino principios, sino criterios porque, al fin y al cabo, simplemente son elementos o conceptos teóricos que ayudan a delimitar la responsabilidad penal con el fin de saber si una conducta es típicamente relevante o no. No obstante, no tienen cualidad de principios. Si le atribuimos una cualidad de principio estos serían de aplicación general y, en este caso, la aplicación se da en el caso a caso porque existen algunas circunstancias en las cuales, si bien es cierto, podemos hacer uso de la teoría de los roles para poder delimitar ciertos ámbitos de competencia, no la hace determinante al momento de identificar la relevancia o no de una conducta en el ámbito típico.

Para finalizar, voy a concluir con el principio de confianza, otro criterio de imputación objetiva. El principio de confianza es aquel criterio de imputación objetiva que señala que todos confiamos

en que el otro se va a comportar de acuerdo a derecho. Así, mi comportamiento no estará orientado a cuestionar o advertir que el otro no cumplirá con obedecer una norma y, de este modo, posicionarme como garante y examinar cada una de las conductas de un tercero. Esto se da, sobre todo, en situaciones de alta complejidad o de roles especialmente delimitados.

Imaginen ustedes una sala de operaciones. Es evidente que, quien dirige la operación no va a preocuparse de que el anestesista, por ejemplo, tenga una adecuada formación no solo académica, sino práctica para poder realizar su función y que el jefe de la operación va a estar siempre al tanto de cómo la otra persona ejerce su función claramente delimitada, por ejemplo, en el ámbito médico. Evidentemente, uno confía en que el otro se va a comportar siempre de acuerdo a derecho y que no va a cometer un acto negligente en la operación. Claro, él va a confiar no solamente en que el anestesista va a hacer una buena labor, sino también, va a confiar en que tanto la enfermera y los otros que participan dentro de este equipo de operación van a desenvolverse de acuerdo a lo que las normas de debida diligencia exigen. Si en algún momento el anestesista pone, por ejemplo, un exceso de anestesia en un paciente que muere como consecuencia de ello, pues entonces, no tendría por qué imputársele este resultado a los demás que han participado de esta operación. Este es el principio de confianza.

Pero el principio de confianza también tiene sus propias limitaciones, es decir, no podemos confiar ciegamente en que el otro va a cumplir su función en determinados supuestos. ¿Cuándo sucede este supuesto? Cuando uno adquiere el conocimiento certero de que, en esta ocasión, no se está actuando de acuerdo a derecho. Simplemente, para volver al ejemplo de la operación, si es que yo soy el jefe de la operación y advierto que hay un olor fuerte a alcohol, no el alcohol que se usa para operar, sino un olor a alcohol derivado de la ingesta de whisky, por ejemplo. El olor es tan fuerte que yo me doy cuenta a pesar que traigo la mascarilla. Entonces, en ese momento, a raíz de la advertencia de esa situación, debo activarme para indagar cuál es el motivo precisamente de ello y quizá, si alguno de ellos, imaginen ustedes que el anestesista venga ebrio a una operación, pues entonces, ahí yo me convierto en garante de esta situación. En ese momento, ya no confío porque no están dadas las condiciones para poder confiar en que el otro se va a comportar de acuerdo a derecho, sino que, más bien, están dadas las condiciones para desconfiar de esta persona. Es ahí donde ya no rige el principio de confianza, sino que rige más bien el principio de desconfianza. Si se produce algún tipo de accidente o algún tipo de lesión o muerte del operado a raíz, precisamente, del incumplimiento del protocolo que debe normalmente aplicar el anestesista, pues entonces, será responsable también el jefe del equipo de operación.

Así, nos encontramos frente a diferentes criterios de imputación objetiva. Algunos pueden ser aplicados de acuerdo a lo que la norma exija, pero otros, como el de la prohibición de regreso y el principio de confianza generan, en ocasiones, dudas. Primero, respecto a la prohibición de regreso, uno no puede transformar una norma prohibitiva en una norma de delimitación de roles. La norma no dice "tú, como taxista puedes participar en un robo y tu conducta será irrelevante típicamente", o la norma no dice "tú, como conductor particular no puedes participar en un delito de robo porque si tu conducta, como no eres taxista, sí va a ser relevante típicamente". O en el criterio de imputación objetiva del principio de confianza, en el sentido de que uno tiene que siempre confiar ciegamente en que el otro se va a comportar de acuerdo a derecho, puesto que, hay determinadas circunstancias, dependiendo del caso a caso, que pueden derivar y nos pueden someter a serias dudas de que el otro se va a comportar de acuerdo a derecho. Es en ese momento, en el que tenemos que participar de una manera activa para intentar impedir la realización de ese resultado. Muchas gracias.

# El delito imprudente

Álvaro Francisco Román Márquez

## a. El delito imprudente en el Código Integral Penal de Ecuador

El aporte que se pretende hacer con este trabajo es que sirva como insumo para el debate en el Ecuador sobre el delito imprudente o culposo. Esta preocupación surge por la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, en el cual se modifica la estructura del delito que tenía el anterior Código, especialmente, con el delito de mala práctica profesional que es una creación actual. Por esta razón, trataremos de fijar muy brevemente los puntos que ha modificado nuestra ley y que serán el nuevo objeto de la dogmática ecuatoriana. Entre otros temas, serán expuestos: 1. La regulación de conductas, 2. Que los delitos ya no son causación sino conductas valoradas por normas y lo que se violenta son normas de conductas que tutelan bienes jurídicos; 3. Que el delito imprudente tiene diferente estructura que el delito doloso; 4. Que el delito imprudente es la infracción del deber objetivo de cuidado.

Debemos iniciar con la pregunta de si ¿el derecho penal regula conductas o crea conductas? La primera posición entiende que la acción es prejurídica, es decir, que la acción existe antes que sea relevante para el derecho. En contraste, la segunda posición entiende que la norma crea esa conducta tomando en cuenta que es el Estado quien elige las mismas. La primera tiene una posición kantiana por su relación con la teoría de la imputación al sujeto libre o el injusto personal. La segunda teoría tiene sustento en el funcionalismo radical. Bajo estas posiciones, se debe analizar ¿cuál de las dos construcciones dogmáticas tiene relación en el Código Orgánico Integral Penal (COIP)? Para responder este cuestionamiento, realizaremos una aproximación que justifique lo propuesto.

Para contestar la pregunta inicial debemos partir desde el Preámbulo de la Constitución del Ecuador, cuando señala que "Reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos [...] Como herederos de las luchas sociales de liberación frente a otras formas de dominación y colonialismo [...] Decidimos construir [...] Una sociedad que respeta en todas sus dimensiones la dignidad de las personas y las colectividades". Estas declaraciones son los principios rectores de la sociedad ecuatoriana. Así, se puede inferir que cualquier construcción social, como el ordenamiento jurídico, es producto de la sociedad y comunidades ecuatorianas. Esto hace que el ser humano y su convivencia social tengan una existencia anterior al derecho (ontológica), por lo que, debe buscar al derecho como ese medio para regular conductas.

En ese orden de ideas, el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el artículo 76, numeral 3, de la Constitución ecuatoriana determinan el principio de legalidad como fuente de regulación de las conductas o acciones humanas que no son socialmente deseables, por lo que, deben estar tipificadas en forma previa para ser consideradas delitos, reservando para la ley orgánica dicha tipificación. Para que tenga relevancia jurídica, esta norma debe ser lesiva y debe estar descrita en la ley penal, en razón de que estas acciones son libres sin más límites que los derechos de los demás. Por ello, debe declararse su culpabilidad mediante sentencia y responder por sus actos en el cumplimiento de las decisiones de las autoridades competentes, cuando se declararon contrarios a las leyes y a los bienes jurídicos.

Esa regulación se cumple cuando los elementos son descritos como enunciados legales en el COIP. En ese instante, se constituyen como límite normativo del poder punitivo del Estado. Esta posición surge de la mixtura de estudiar al derecho desde una forma analítica –positivismo jurídico– complementado con el normativismo –interpretativo y crítico–. ¿Qué sentido tiene esto?, Entre otras cosas, el primer criterio se preocupa de la validez de la ley en cuanto a su forma, respondiendo a las preguntas de ¿quién y cómo se hizo la ley?

El segundo criterio entra en juego por su dimensión axiológica, o la búsqueda de la legitimidad ética, tomando una posición crítica, ¿cómo debe ser el derecho, en especial, el derecho penal, con los derechos que complementa la formalidad? De este modo, se genera además la pregunta ¿qué se regula y qué nos regula? Esta interrogante tiene que ver con los derechos reconocidos por la Constitución, relacionando con la rigidez constitucional, el control jurisdiccional constitucional de todos los cuerpos normativos, la fuerza vinculante de la constitución y de la aplicación directa de la misma, que se convierte en la legitimidad ética o, en otras palabras, el cómo debe ser el derecho vigente y el ordenamiento jurídico.

El derecho tiene como objeto o foco de interés la tipificación o la regulación de las conductas humanas que se ajustan a la definición formal de delito determinada por la dogmática y que ha sido recogido por nuestra ley penal. Esta definición incorpora los elementos de conducta típica, antijurídica y culpable. No obstante, esta tipificación debe respetar los derechos. Una forma de hacerlo es que todos los tipos penales tengan acciones finales y prevean al ser humano en su autodeterminación y responsabilidad.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano acoge lo anterior cuando el legislador formula la ley. Así, al realizar el enunciado legal o proposición jurídica, precepto y disposiciones legales, al mismo tiempo, se regula las conductas que se determinan como no deseables socialmente. A partir de esto, la dogmática estudiará y creará las categorías dogmáticas que servirán de guía y límite para las decisiones de los jueces. En ese sentido, se debe entender que las conductas humanas son prejurídicas y cuando se tipifican en el texto legal adquieren relevancia o son típicas. Cuando las acciones son ejecutadas o materializadas en la realidad ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables a bienes jurídicos. De este modo, para que estas acciones puedan ser valoradas, estas deben ser sometidas a un debido proceso en donde se debe destruir la presunción de inocencia, con el fin de declarar responsabilidad o culpabilidad y, eventualmente, determinar la imposición de una pena a los responsables.

Ahora bien, una vez determinada la estructura y la legitimidad ética del ordenamiento jurídico ecuatoriano, seguiremos con la forma analítica o estructura del derecho. ¿Cuál es el contenido dogmático del mismo? Santiago Mir Puig propone que se debe realizar una diferencia entre el texto legal y la norma o normas que expresan. El enunciado legal es un conjunto de símbolos lingüísticos que conviene diferenciar del mensaje prescriptivo que transmite. A este enunciado, texto legal o norma legal se debe realizar una interpretación literal, sistemática lógica o teleológica de la cual se infiere una norma jurídica, que no se encuentra escrita, pero es la que contiene el mandato o la prohibición. Es decir, a partir de esta norma se deduce e infiere un mensaje que da buenas razones al ciudadano a cumplirla a través de sus acciones u omisiones.

En esa línea de ideas, Juan Bustos Ramírez sostiene que la norma jurídica es parte del enunciado o texto legal. Esta va dirigida al ciudadano para exigir una conducta determinada –prohibirle u ordenarle– o un cuidado determinado que debe observar. El autor chileno sostiene que "el planteamiento normativo del derecho surge del hecho incuestionable de que está dirigido al hombre y en función de este". Además, "el derecho, en cambio, tiene la pretensión de vincular obligatoriamente la conducta del hombre, lo que da origen no a una ley ni regla técnica, sino a una norma, a un deber ser, se trata de que el sujeto debe actuar así o, en otras palabras, que debe actuar u omitir". Así, es importante la norma jurídica. No se debe olvidar que el derecho es un lenguaje prescriptivo, es decir, busca dirigir a la conducta de quien es el destinatario de esta. En el caso del delito imprudente, el deber de cuidado que se constituye en una norma de conducta o de determinación.

Para complementar el tema, el artículo 1 del Código Civil ecuatoriano señala que "la ley es la voluntad general manifestada que, en la forma prescrita, manda, prohíbe o permite. Es decir, que en la ley o texto legal (descripción de la conducta con todas sus circunstancias y elementos esenciales y eventuales) existe esa norma no escrita que se obtiene de la interpretación, deducción inferencia lógica y es la que el autor del delito deja de cumplir con su conducta penalmente relevante.

Santiago Mir Puig separa a estas normas jurídicas en normas primarias o de conducta y en normas secundarias o de sanción. Las primeras son las que envían mensajes incondicionales a los destinatarios que son los ciudadanos, que tienen el deber de cumplirlas. Como se mencionó, estas pueden ser de prohibición o de mandato. Las segundas son para la aplicación de los jueces cuando se cumplen el supuesto de hecho y tienen la consecuencia jurídica. El juez debe comprobar que los hechos que se presentan por la fiscalía deben adecuarse al supuesto del hecho que se encuentra descrito, por ejemplo, en el tipo penal del artículo 146 del COIP, para poder aplicar ese enunciado e imponer la sanción o penal prevista en el mismo.

En ese orden de ideas, existen otras normas que complementan a las anteriores (primarias y secundarias). Estas son las normas de valoración. Las normas de valoración no se pueden proteger por sí mismas por lo que se requiere de las normas primarias o de conductas para dicha protección. Estas normas de valoración son de dos clases, positivas y negativas. Las primeras se relacionan con los bienes jurídicos, es decir, son esos intereses que, en la medida que se consideran como fundamentales para una sociedad o comunidad, merecen protección del derecho penal. Las segundas son las normas de valoración negativa. Son las valoraciones que se hacen a partir de las conductas humanas que se deben regular, puesto que, estas son las que pueden afectar bienes jurídicos. El bien jurídico es la vida (valoración positiva), la acción humana que se debe regular es dar muerte (valoración negativa), ya que ese comportamiento fue seleccionado por la política criminal como idónea para afectar (valoración negativa).

Por esa razón, el objeto de esa norma primaria "se refiere siempre a perjuicios de determinados bienes jurídicos: la vida, el patrimonio, la libertad. A partir de ello, parece claro que las normas imponen o prohíben conductas humanas". En el caso de los delitos culposos o imprudentes, las normas no se dirigen para que, por ejemplo, se prohíba manejar, sino que están dirigidas para que las personas que manejen tengan una acción cuidadosa y puedan evitar la infracción de la norma de cuidado, lo cual pueda producir un resultado que lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido, como la vida. El derecho penal prohíbe conductas y no prohíbe resultados ni peligros.

Nuestra legislación penal ha dividido a estas acciones en delitos y contravenciones, tomando a la pena como la diferencia. A los delitos los divide en: dolosos, culposos y preterintencionales. Las conductas humanas según esta división responderán con mayor o menor pena sea cual sea la infracción que comentan afectando a los derechos (que son los bienes jurídicos penales). En consecuencia, las acciones humanas, ya no constituyen solo simples infracciones de la ley, sino que, por aporte de los neokantianos –al dividir entre ciencias naturales y ciencias sociales las primeras describen, las segundas se interpretan y valoran–, deben su construcción a ese interés del derecho de regular conductas y de valorar normas que deben ser interpretadas sacando juicios de desvalor (en los delitos dolosos o imprudentes) o de desvalor de las acciones (causas de justificación: la legítima defensa) que pueden o no afectar bienes jurídicos penales. Por eso, en la construcción actual se conocen el desvalor de acción y el desvalor de resultado.

Pero, seguimos con definiciones positivistas formales de infracción a la ley que tiene su origen en la escuela positivista formal o causalista. Las acciones deben ser el interés de valoración y las otras categorías dogmáticas –típica, antijurídica y culpabilidad– son las valoraciones que se debe realizar a partir de ese objeto, para determinar si existe o no un delito, doloso o imprudente. Por ese motivo, cuando se adecúan los hechos en el tipo penal (antijuricidad), lo que se realiza son juicios de valoración o imputación (atribuir alguien algo que realizó). Además, se debe entender que lo subjetivo tiene que ser complementado con criterios de imputación objetiva para identificar, de mejor manera, los actos ejecutados en la realidad que puedan ser imputados al autor.

Esto, con el fin de que se constituyan en penalmente relevantes.

## **b. Modificaciones de política criminal y dogmáticas en el delito imprudente o culposo en el Código Orgánico Integral Penal**

El delito imprudente o culposo debe responder a esta nueva construcción dogmática. Así, se señalará, en forma breve, cuáles han sido las modificaciones que ha sufrido:

1. Se debe iniciar mencionando que sería mejor optar por el término de imprudencia, puesto que, este hace referencia a quien actúa sin cuidado. Mientras el término culposo se tiende a confundir con la culpabilidad que es otra categoría dogmática.

2. El sistema que acogió nuestra ley penal es el sistema cerrado o el *numerus clausus*. Esto quiere decir que, solo cuando se encuentre descrito como delito en la parte especial del COIP, se puede sancionar con pena privativa de libertad. Si esto no ocurre, no será posible aquello y la conducta no tendrá relevancia penal y por lo mismo será atípica. Como bien describe la parte final del Art.27 del COIP, esta conducta, al referirse a la conducta culposa, "[...] es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este Código". Con esto, aplica el principio de derecho de mínima intervención penal. Como ejemplo, podemos señalar el homicidio culposo o el homicidio culposo por mala práctica profesional.

3. El Código Orgánico Integral Penal define en el Art. 27 que "actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado que, personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso". Por otro lado, en cumplimiento con el principio de legalidad, en cuanto a ser estricta o taxativa, el Art. 146 señala que "la persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra". Posteriormente, en el mismo artículo, se detallan los criterios objetivos que ayudan a la interpretación de cómo debe entenderse la infracción al deber objetivo de cuidado. En ese caso, la valoración de las conductas que puedan afectar al bien jurídico de la vida, puesto que, se hace referencia a quien produzca la muerte como consecuencia de la infracción al deber objetivo de cuidado, es decir, violentando normas de conductas prohibitivas o de mandato.

4. Además, el tipo penal del homicidio por mala práctica profesional es un delito especial impropio. El delito propio requiere de un autor que el texto legal determine específicamente, por ejemplo, un funcionario público o un juez. Además, es el que no depende de ningún delito básico, sino que se constituye por sí solo, por ejemplo, el peculado.

En el caso bajo análisis decimos que es impropio, por cuanto, depende del delito de homicidio simple y se constituye en una modalidad autónoma ya que se requiere ser profesional en la práctica de sus funciones (delito especial). Además, la dogmática menciona que se usa esta modalidad cuando se aumenta o agrava la pena. Eso no sucede con el Art. 146 que tiene una pena de uno a tres años o, en el Art. 145 (homicidio culposo), donde la pena es de 3 a 5 años. Es decir, incumple con los parámetros doctrinarios. Es más grave que una persona común mate por imprudencia a que un médico lo haga. Aquí, existe una contradicción en la construcción de los tipos penales que no se ajustan a los criterios doctrinales.

5. En el delito imprudente o culposo de nuestra ley penal, una parte de la acción es final que debe producir una infracción al deber objetivo de cuidado. Por ello, se elimina de la redacción el que causare por negligencia, impericia o imprudencia, que era la formación de los textos legales del Código Penal, en los Arts. 13,14, de corte causalista que siempre busca la causa o el mero movimiento causal sin ningún contenido de índole valorativo, como la violación de la norma primaria o de conducta como lo hace la nueva dogmática.

Para la opinión de Edgardo Alberto Donna, el aporte que realiza Welzel es valioso puesto que

su modelo explicativo teórico ontológico-normativo de la dogmática de la teoría del delito incluye, en primer lugar, lo subjetivo en el delito. Esto lo consigue con su decisión metodológica ontológica de considerar a la acción humana como preexistente con una estructura interna y externa, además, incluye la finalidad. Con ello, consiguió superar que el delito sea considerado como un problema causal. En segundo lugar, con respecto a la normatividad o la valoración, señala que, en las conductas reguladas por el derecho penal, lo que violenta es la norma primaria o de conducta, constituyéndose en una acción personal. Siguiendo ese orden de ideas, esta teoría finalista o de injusto personal manifiesta que la acción humana es una sola, responde a un sujeto libre y responsable. Aparece entonces como conducta específicamente humana y puede ser objeto de la valoración jurídica.

Por ello, ambas tienen finalidad o voluntad de realización. Lo que sucede es que en el delito doloso es relevante y en el imprudente es irrelevante. En el doloso el fin es ilícito y en el culposo o imprudente, lícito. Una de las mayores críticas fue que nunca pudo explicar el problema de la imprudencia, ya que, como lo dice Herzberg, la imprudencia no se dirige a una meta. José Cerezo Mir sostiene que "en el tipo de lo injusto de los delitos de acción imprudente se comprenden acciones finalistas, cuyo fin es irrelevante para el tipo, pero no así los medios o la forma de su utilización. La dirección finalista de la acción no corresponde a la diligencia debida. Como consecuencia de la inobservancia del cuidado debido se produce un resultado material externo, o el peligro concreto de un bien jurídico, o concurre una determinada cualidad de la acción, no queridos".

6. En este sentido, Esther Hava García menciona que en el delito imprudente "el descuido" sustituye a la "decisión". Este cambio es sustancial tomando en cuenta que en el doloso se tiene la ejecución voluntaria de ejecutar la acción típica que esta descrita en el tipo penal. En cambio, en el imprudente es el descuido, el no observar la norma de cuidado que orienta ese comportamiento.

7. Otro cambio, es el momento de su relevancia o acción típica. Esto, puesto que el delito doloso incluye en la voluntad de realización el resultado y la intención de destruir el bien jurídico. En cambio, en el culposo o imprudente, la voluntad de realización no incluye el resultado, pero su actuación es descuidada al escoger los medios equivocados para llegar a ese fin y no establecer las acciones que pudieron evitar el resultado.

8. Como consecuencia de lo anterior, la culpa o imprudencia también es trasladada ya no como un grado de la culpabilidad menos grave que el dolo, sino como una construcción normativa que se refiere al deber objetivo de cuidado que debe ubicarse en el tipo penal. La acción humana es una acción que tiene una finalidad y la misma al ser prejurídica o natural debe ser observada como tal para ser el objeto de valoración. Los adjetivos serán los juicios que deben hacerse como valoración de ese objeto.

9. Asimismo, cuando en la proposición penal se fija la definición del delito imprudente se determina que tiene otra estructura diferente a la del delito doloso en cuanto a la tipicidad, mas no a los filtros que deben cumplirse tanto en el delito doloso como en los delitos imprudentes, esto es, acción típica, antijurídica y culpable. Así como en el delito doloso se inicia con la tentativa, en el imprudente se inicia con anterioridad a la tipicidad, ya que el ingeniero que no construya con las normas fijadas y se produce el resultado muerte responde de delito imprudente.

### c. Estructura del delito imprudente

Como se había manifestado, el delito imprudente o culposo tiene una estructura diferente al doloso. De este modo, fijaremos cuáles son los elementos de este tipo penal, la acción, la evitabilidad, la previsibilidad y el resultado como elementos integrantes de la infracción del deber objetivo de cuidado y como consecuencia de la imputación del resultado dañoso. Nuestra ley penal ha definido a los elementos constitutivos de la infracción del deber objetivo de cuidado. En el cuarto inciso del artículo 146 del COIP, en los numerales determina que debe existir: a) la acción final (numeral 1); b) previsibilidad y evitabilidad y grado de formación profesional (numeral 4); c) el

resultado dañoso proveniente de la infracción (numeral 3) y, d) agrega la relación de causalidad y la relación de normativa o de riesgo, entre la infracción al deber objetivo de cuidado (creación del riesgo) y el resultado (realización del riesgo).

A continuación, se realizará una breve aproximación de cada uno de estos criterios objetivos con el fin de darle contenido a cada uno.

#### c.1.) Acción final como base del delito imprudente

Edgardo Alberto Donna sostiene que autores cercanos al finalismo proponen el modelo del profesor Carlos Romeo Casabona, cuyas consideraciones están alineadas a lo establecido por el derecho penal ecuatoriano, en cuanto a lo subjetivo y lo objetivo. En este orden de ideas, los autores sostienen que el delito imprudente es un tipo abierto por cuanto la acción no se encuentra determinada, por lo que necesita ser complementada por el juez. Desde una perspectiva personal, estimo que también debe ser investigada por el fiscal en su proceso investigativo. Pueden existir criterios contrarios sobre si esto afecta el principio de legalidad. En este sentido, Esther Hava García señala que estas normas de deber objetivo de cuidado, a pesar de ser descubiertas por el juez, este no engendra tal regla de cuidado, sino que estas son preexistentes a la labor judicial.

Está la tarea de valorar el deber objetivo de cuidado, por parte del juez. Esto es importante porque no está determinado por la ley ni sería posible por su propia naturaleza, puesto que, al ser tantas y diversas las actividades que requieren una mínima diligencia, es el juez quien debe valorar en el caso concreto si hubo o no la infracción del deber cuidado. La valoración se realiza a partir de ciertos principios como la averiguación del cuidado necesario en la relación social tratada y su comparación con la acción real ejercitada por el autor, a fin de determinar si existe o no correspondencia entre ambos o, en caso contrario, su divergencia.

Para esta tarea, el juez debe acudir al ejercicio que propone la dogmática. En esa línea, Sandro Abalades sostiene que, en primer lugar, se debe determinar ¿cuál era el fin de la acción ensayada al efecto con la ejecución cuidadosa de la acción exigida por el derecho? Para contestar esta pregunta, por ejemplo: el conducir un vehículo puede ser para ir al domicilio, al trabajo, de vacaciones o a un lugar de diversión. El médico cuyo fin es curar o alargar la vida. El ingeniero civil que realiza la construcción de puentes, edificios, casas.

Una vez determinado este fin, se debe valorar como elemento nuclear si al momento de realizar dicha actividad, en el momento de los hechos o cuestión fáctica, se utilizó los medios en forma cuidadosa. Por ejemplo, si al momento de conducir hacia el hogar, la conducción estaba dentro de las normas de cuidado o de riesgo permitido (velocidad de 50 km/h en zonas urbanas). Para poder entender mejor se debe valorar, en primer lugar, ¿cuál era la conducta debida o cuidadosa? Es decir, la conducta que se debía realizar debido a la norma de cuidado necesario en el tráfico, o en el campo que se requiera. En esta parte, se buscan las normas legales, reglamentarias, técnicas, manuales y las *lex artis* que servirán como el deber ser, es decir, el cómo debía ser realizada la conducta. En segundo lugar, se debe valorar la conducta realizada, o ejecutada en esa actividad profesional, con la finalidad incluida. Es decir, si se encuentra que la conducta que se realizó, la utilización de los medios y la ejecución o materialización se cumplieron bajo las normas de cuidado, no existirá ninguna infracción, pero si se encuentra una divergencia entre la conducta que se debía hacer y la ejecutada, existirá dicha infracción al deber objetivo de cuidado.

De este modo, se abrirá o no paso a la afirmación acerca de la divergencia o la correspondencia entre estas dos categorías. Si se produce la primera, no existirá dicha violación del deber y, por lo mismo, la actuación está cubierta por el cumplimiento de dicha norma o, como sostiene la imputación objetiva, se actuó dentro del riesgo permitido. Si se produce la segunda, que es la infracción del cuidado objetivamente debido, tendrá lugar la constatación del primer elemento del tipo de lo injusto del delito imprudente. Es decir, que es verificar una conexión entre la ejecución concreta, o dirección concreta de la acción final y una conducta modelo rectora que está

orientada a evitar acciones socialmente indeseables.

De este modo, debemos sostener que la acción realizada tiene conexión no con la finalidad, sino con la forma de celebración de la actividad final. Una acción es típica, en el sentido de los delitos culposos, si su dirección no se corresponde al cuidado necesario en el tráfico y, a consecuencia de ello, ha producido un resultado típico. El tipo de injusto imprudente se fundamenta en la no prestación de un cuidado necesario en el tráfico para preservar bienes jurídicos. Cuidados que el autor podía haber prestado con una orientación de finalidad. Esto, supone la divergencia entre la acción final realmente emprendida y la que debería haberse realizado en virtud de lo prescrito por la norma de cuidado. Al no poder ser el resultado el objeto de la finalidad, pasa a serlo la aparición en el mundo de una conducta contraria al deber de cuidado, por ejemplo, velocidad excesiva, no prever si el arma está cargada, no examinar antes de la operación al paciente.

En el delito doloso, los medios son los idóneos para llegar al fin. En el imprudente no son los idóneos para llegar al fin propuesto, sino que existe un descuido o imprudencia en su elección o en el uso de los mismos, por ejemplo, cuando el ingeniero construye un edificio es el fin, pero para dicha construcción elige materiales de mala calidad, usa los medios no idóneos. Si pasan varios años y el edificio colapsa, será producto de la acción descuidada la realización de la acción final. En el mismo sentido, el médico que, en forma imprudente, no escoge los medios adecuados para el tratamiento o la intervención curativa y produce un resultado.

Para Bernardo Feijoo Sánchez en el finalismo la responsabilidad del autor imprudente no se basa en una relación psíquica real, sino en una relación normativa que tiene fundamento en la infracción de un deber. Por ese motivo, la argumentación tiene una relación con esta posición teórica. Ahora, construyendo la acción en el delito imprudente debemos hacernos una pregunta ¿cómo se determina si la acción es cuidadosa y debida? Carlos María Romeo Casabona sostiene que la acción cuidadosa está conformada por dos elementos, el intelectual y el normativo. En primer lugar, debemos comprender el elemento intelectual (previsibilidad objetiva) el cual está asociado al cuidado exigible a todo aquel que vaya a realizar una acción que entrañe cierto riesgo para los bienes jurídicos, esto quiere decir, que se requiere un nivel mínimo de cuidado o de capacidad por debajo del cual existe el deber de abstención de actuar. Además, se debe tomar en consideración todos los elementos fácticos que concurren en el caso en concreto utilizando para ello un criterio intelectual (previsibilidad objetiva), es decir, que el resultado sea objetivamente previsible en una posición ex ante.

¿Qué debemos entender por previsibilidad objetiva? Welzel contribuye con esta categoría ontológica entendiéndola como la conducta que supone una acción que, de acuerdo a la experiencia general, encierra una tendencia lesiva. Quedan excluidos todos los cursos causales inadecuados. La previsibilidad, de acuerdo con la experiencia, solo es típica cuando va ligada a la infracción de la norma de cuidado.

En segundo lugar, el elemento normativo (riesgo permitido) que restringe del hombre sensato e inteligente, así como las reglas de comportamiento, por ejemplo, del conductor, del ingeniero, del médico, permiten establecer el cuidado objetivo que, en el caso concreto, deberá guiar al autor con miras a evitar el resultado lesivo al bien jurídico. Por lo que estarían prohibidas las acciones peligrosas en las que es previsible objetivamente la producción del resultado, de las cuales se abstendría una persona inteligente y prudente en la situación en la que se encontraba el autor. Esta persona prudente e inteligente debe ser valorada en cuanto está dispuesta a cumplir las normas de cuidado. Como sostiene Bernardo Feijoo Sánchez, el criterio del hombre medio que la doctrina viene insistiendo no es la figura ideal de un estándar configurado estadísticamente conforme a un método inductivo-psicológico. Por ello, este criterio de valoración intenta determinar si el comportamiento es aceptable en un ciudadano dispuesto a respetar la norma de cuidado o, supone ya, un comportamiento descuidado.

## c.2.) El tipo objetivo. La norma de cuidado. La infracción al deber objetivo de cuidado. Elementos del tipo que conforman la infracción objetiva de cuidado.

Una vez configurado el contenido de la acción, debemos continuar con la construcción de la tipicidad, en especial, con los criterios del tipo objetivo y del tipo subjetivo en el delito imprudente. ¿Cuáles son los elementos del tipo objetivo del delito imprudente? Podemos sintetizar que el tipo abierto debe tener en cuenta: 1. La norma de cuidado (la norma preexistente sea reglamentaria, técnica o de *lex artis* que con la acción descuidada se incumple) que determina a la acción y el deber normativo de carácter objetivo. 2. La infracción al deber objetivo de cuidado. 3. El resultado que persigue el tipo penal que, en el caso en concreto, será la muerte; 4. La relación de causalidad y la relación normativa o de riesgo (criterios de imputación objetiva).

Para el profesor Carlos María Casabona, el desarrollo tecnológico de la sociedad generó peligros y riesgos para el bien jurídico, derivados de tratar de conseguir un mejor nivel de vida para el ser humano. Para poder encauzar y restringir estos peligros fue necesario reducir sus efectos perjudiciales, esto implica la sujeción a unas reglas de conducta y el cumplimiento de unos deberes acordes con la vida en convivencia por parte de quienes participen en tales actividades.

Habíamos sostenido que el delito imprudente es un tipo penal abierto. Entonces, entenderemos que uno de los elementos del tipo penal es la infracción de la norma de cuidado que está ubicada en el tipo y núcleo del injusto imprudente. Su carácter y contenido es la norma y deber de cuidado que el juez debe identificar en cada caso, tomando en cuenta que, cada actividad social tiene sus reglas que regulan su propia actividad. Por eso, para el finalismo, el delito de imprudencia considera que "el desvalor de la acción no reside en el desvalor de la intención, sino en la infracción del deber objetivo de cuidado". Por eso, sería correcto lo que sostiene Hava García que "el descuido" sustituye a la decisión. Este cambio hace que debamos estudiar la norma de cuidado como elemento del tipo objetivo. Así, es importante delimitar ¿qué es la norma de cuidado? y ¿qué es el deber de cuidado?

Como se sostuvo en líneas anteriores, las normas primarias tienen relación directa con las normas de determinación o de conductas. Estas reglas o normas jurídicas determinan deberes (prohibiciones o mandatos) para que nuestras acciones se acomoden a ellas con el fin de realizar conductas con el cuidado debido y evitar que se realicen acciones de carácter delictivo que puedan atentar o generar una lesión sobre los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. En este sentido, la norma debe ser de carácter general, objetivo y sustantivo y el cuidado una función adjetiva, es decir, que la norma no es que prohíbe, sino que impone el deber jurídico de evitar la lesión de un bien jurídico. Así, la norma genera un deber a un ciudadano determinado en una situación determinada.

En esa línea de ideas, Mirentxu Corcoy Bidasolo considera que la "norma de cuidado tiene carácter general y está dirigida para evitar riesgos penalmente relevantes para el concreto bien jurídico protegido en el tipo penal que se trate. El deber o deberes de cuidado son los que están necesitados de determinación, en el caso concreto, en atención a las circunstancias concurrentes y según el criterio interpretativo de que la conducta que no supera los límites del riesgo permitido no infringe la norma de cuidado".

Esta norma de carácter general determina un deber de cuidado mínimo que debe observar el ciudadano en el momento de su actuación cuidadosa en la vida cotidiana en la que se desenvuelve. Si su actuación está dentro del ámbito o espacio que prevé y determina esa norma para no provocar ningún riesgo se estaría actuando dentro del riesgo permitido. En el momento que no tiene capacidad para cumplir ese deber normativo debe abstenerse. Si su situación es de mayor capacidad que la exigida debe actuar con ese conocimiento, pero con la medida exterior de inteligencia y prudencia, sin que esto constituya infracción al deber objetivo de cuidado.

Por eso, Mirentxu Corcoy Bidasolo, citando a Mir Puig, señala que "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 cuidado. La esencia de la imprudencia es, por tanto, la infracción del deber objetivo de cuidado o mejor la infracción de la norma de cuidado."

Ahora, ¿qué es el deber de diligencia o la debida diligencia? Para Carlos María Romeo Casabona, el deber de cuidado hace referencia a la persona cuya conducta se desarrolla conforme al cuidado debido y no hace otra cosa que vincular aquel comportamiento en la dirección impuesta por la norma de conducta. Para que exista deber, este debe estar vinculado con el poder. El cuidado está determinado por las circunstancias objetivas, además, de las cualidades personales del autor que determina el poder que juega un papel esencial en la concreción del deber objetivo de cuidado.

En esa línea de ideas ¿cómo debemos entender el cuidado? El cuidado está determinado por dos criterios, el subjetivo y el objetivo. El primero es la medida o concreción y en el segundo estamos hablando del concepto del cuidado. Por eso, el subjetivo tiene que ver con la capacidad y el poder que tiene el sujeto para poder evitar el resultado. Este criterio subjetivo se comprende como "una regla de pensamiento que debe estar a disposición del sujeto al momento de la realización de su conducta y que están a disposición del autor." Por otro lado, el criterio objetivo, consiste en 1. Actuar de una forma determinada; 2. Adquirir conocimientos previos; y 3. No actuar cuando no sea posible hacerlo atendiendo al cuidado objetivo. Lo adecuado de la conducta será cuando se ajuste al cuidado objetivo, este será el objeto del juicio de imputación.

Por ese motivo, Mirentxu Corcoy Bidasolo considera que tanto al aspecto subjetivo y objetivo se les debe considerar como complemento. Ahora, la conducta exterior adecuada o de debida diligencia se considera que es la que no puede ocasionar una realización típica. Esto, puesto que, el autor, en la misma situación, puede realizar varias modalidades de conducta que no suponen una realización típica y en las cuales la determinación del cuidado es posible. Por ejemplo, el conductor que ve cruzar la calzada a un niño delante del él puede realizar varias distintas conductas, todas ellas caracterizadas como "cuidadosas": 1. Conducir despacio hasta que el niño cruce la calzada; 2. Conducir por detrás del niño; 3. Desviarse a la derecha a la calzada lateral; 4. Detener el vehículo, 5. Pararse y ayudar al niño a cruzar. En el caso del médico, debe hacer todos los exámenes que considere necesarios de acuerdo a la patología que se encuentra frente para diagnosticar, tratarla con la finalidad de curarla, es decir, cumplir con las normas técnicas, las *lex artis* y los protocolos reconocidos por los expertos.

Ahora bien, sobre qué es el deber de cuidado objetivo, este puede determinarse en atención a las circunstancias concurrentes en el momento, a los conocimientos y capacidades del concreto autor. Por eso Corcoy, citada por Edgardo Donna, señala que al no existir una descripción de la conducta prohibida, una vez identificada la norma objetiva general, se deriva un deber jurídico. Ese deber jurídico, en el caso concreto, es sujeto a un juicio de valoración por parte del juez. Al ser este un elemento de valoración que debe hacer el juez (el fiscal en el caso de la investigación previa e instrucción fiscal), esta norma de cuidado, debe identificar y valorar cuál de las diversas normas de actuación cuidadosa rige para esta actuación, en concreto. Una vez identificada esta norma que regula la actuación, en ese caso determinado, se debe analizar cuál es el deber que se genera de dicha norma. Norma que el sujeto activo del delito tiene el deber de actuación. De este modo, se puede determinar y comparar entre el deber ser (norma de cuidado) y el ser (la ejecución en la realidad de la acción u omisión). Si existe la divergencia entre estas dos situaciones se provoca una infracción y esta deberá ser estudiada para ver si existe o no una infracción del cuidado penalmente relevante.

Una vez delimitado que es la acción y su relación con la norma de cuidado y el deber de cuidado, a continuación, analizaremos los criterios de la previsibilidad, la evitabilidad y la preparación del individuo.

### **c.3.) La infracción al deber objetivo de cuidado y el resultado. La mera causación, la previsibilidad objetiva y la evitabilidad**

Un primer momento de este análisis debe ser cuando nuestra ley penal determina que "la mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado". Así, el derecho solo debe regular acciones finales y no solo la simple causación de resultados. Welzel contribuyó, para explicar este punto, al señalar que la persona tiene autodeterminación y es un ser responsable. A partir de ello, el objeto de valoración es la voluntad de realización o finalidad en el juicio de la tipicidad y de la antijuridicidad.

Sandro Abraldes, citando a Welzel, sostiene que la acción final se basa en el ser humano gracias debido a que su saber causal puede prever, dentro de ciertos límites, las posibles consecuencias de su conducta. Por lo tanto, puede asignar diversos fines y dirigir su actividad conforme a un plan orientado a la realización de esos fines. Es decir, que al fijarse metas, el hombre puede prever las consecuencias que pueden producirse con su actuación. Además, producto de su libertad (que es el poder de dirigir su actuación) y de su saber causal puede escoger los medios idóneos o equivocarse en la utilización o uso de los mismos. Así, en base a esa libertad y capacidad puede evitar equivocarse, eligiendo otros fines y medios socialmente deseables.

Hans Joachim Hirsch, citado por Abraldes, menciona que, dada la limitación del saber causal de los seres humanos el derecho no puede prohibir la simple causación de resultados, sino la realización de acciones dirigidas por la voluntad a la producción de la lesión de un bien jurídico o, en su defecto, el peligro de dicha lesión, por vía del descuido. En esta misma línea, José Cerezo Mir señala que el derecho penal no puede castigar conductas no finalistas (movimientos reflejos, movimientos de absoluta inconsciencia, movimientos durante el sueño). Estas acciones no tienen ejecución humana por lo que no serán penalmente relevantes.

En la lógica del nuevo cuerpo legal penal ecuatoriano, para que se produzca un resultado penalmente relevante, las acciones finales deben ser el antecedente de la infracción al deber objetivo de cuidado. Por lo mismo, las acciones que no son finales producen meros resultados que no constituyen infracción al deber objetivo de cuidado.

Siguiendo la propuesta de Romeo Casabona, el delito imprudente tiene los criterios del deber objetivo de cuidado y los elementos intelectual y normativo. ¿Qué sentido tienen estos? El elemento intelectual es el que debe guiar a las acciones humanas –el saber causal del ser humano–. Este puede prever y evitar. Sin embargo, ¿qué alcance y sentido tiene esta previsión? Los autores, sostienen que debe ser una previsibilidad objetiva. En este sentido, José Cerezo Mir señala que la previsibilidad objetiva debe tener los siguientes criterios: "se situará a un observador externo en el momento de comenzar la acción y tendrá en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente, más las conocidas por el autor (saber ontológico) junto a la experiencia general de la época sobre los cursos causales y el saber experimental excepcional del autor (saber nomológico)".

¿En qué consiste esta propuesta? El juez será quien debe situarse en forma *ex ante*, es decir, en juicio anterior al inicio de la acción con los conocimientos del autor, es decir, analizando la experiencia del sujeto en la actividad de que se trate, el aprendizaje que haya realizado sobre ella y el conocimiento que tenga el autor de la situación. De este modo, se debe tomar en cuenta además, las circunstancias que rodearon al hecho, la experiencia de la época y la capacidad individual del profesional (la habilidad particular del autor en el desempeño de dicha actividad) de prever que su acción descuidada podía causar una afectación a un bien jurídico.

Los criterios de la previsibilidad son los siguientes:

- a) El conocimiento del profesional. Si el médico hizo los exámenes a su paciente; el ingeniero civil hizo los estudios de suelos respectivos para conocer la calidad para edificar

la construcción; si el ingeniero petrolero y geógrafo hicieron los estudios de las fallas geológicas en la construcción y colocación de los tubos del oleoducto.

- b) La experiencia de la época. Se debe tomar en cuenta que técnica existe en el país y no la existente en un país distinto. Esto será el limitante en el desarrollo tecnológico que tenga cada zona.
- c) La capacidad individual. Este criterio tiene que ver con los conocimientos excepcionales que el médico especialista puede tener y que debe usarlos a fondo.

Maurach, al tratar sobre la evitabilidad, sostiene que puede ser vista desde un criterio general, sin tomar en cuenta la capacidad individual. Por ejemplo, según el criterio, en su forma general, está prohibido actuar descuidadamente si no se tiene la capacidad para hacerlo. En el caso del ciego de manejar un vehículo, del médico ebrio de operar. No obstante, existe otra posición que sí admite este elemento de la capacidad. Por esta razón, nuestra ley lo prevé cuando describe que se "analizará el grado de formación profesional" y el conocimiento sobre la norma de cuidado.

En consecuencia, el profesional que no tiene la capacidad suficiente para actuar en un sector determinado, debe omitir su participación en él. Con esto, evita un doble riesgo: el de la actividad en sí misma y el de su falta de preparación (capacidad y conocimientos). En ese mismo sentido, Armin Kaufmann señala que la falta de capacidad incide también en la infracción del cuidado. Sin embargo, hay muchas conductas prohibidas para unas personas que no lo están para los demás. Por ello, lo que corresponde es omitir la acción peligrosa. Omitir pueden todos. Por el espacio de este trabajo, no se puede explicar la crítica que recibe esta posición. Pese a ello, al encontrarse establecida en nuestra ley, se debe adoptarla.

La previsibilidad y la evitabilidad deben ir acompañados. La evitabilidad tiene relación con el deber y el poder que tiene el ser humano en su actuación. De este modo, dado que con el conocimiento adquirido puede prever las consecuencias de sus actos, debe adecuar sus acciones a la norma de cuidado en su posición de una persona prudente. En otras palabras, el ser humano, en su status de libertad, puede prever las consecuencias de su actuación y, además, puede evitar que esas consecuencias se produzcan eligiendo otros fines a los elegidos, para actuar conforme a la norma objetiva de cuidado. Por ejemplo, cuando se aumenta la velocidad en zonas escolares pudiendo prever que a la salida de la escuela puede haber niños y ser atropellados. Esto se puede evitar reduciendo la velocidad y, en el caso de ser posible, deteniendo la marcha del vehículo.

El otro criterio que se debe analizar es el normativo, el cual se constituye en un límite para los elementos subjetivos o intelectuales de la previsibilidad objetiva y evitabilidad. Este se encuentra en el numeral 2 del artículo 146 del COIP, el cual señala "la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión".

- a) El legislador para fijar la norma de cuidado debido considera, por ejemplo, las leyes de tránsito y su reglamento; la ley ambiental y su reglamento; la ley de control aeronáutico. La sola violación de la ley de alguna disposición de la ley de tráfico no decide sobre la responsabilidad penal del sujeto. Deben concurrir los demás elementos del tipo penal.
- b) Las dictadas por las autoridades regionales, provinciales y municipales en su competencia normativa. Las ordenanzas que fijan los mínimos en la construcción de viviendas, puentes, en el sistema de seguridad de espectáculos públicos, de saneamiento ambiental. Por ejemplo, en las ordenanzas en cuanto a la seguridad debemos recordar el caso de la discoteca Factory. De las normas de construcción, la caída del túnel de la calle Tufiño o las muertes en el motel Kalipso.
- c) Manuales o reglamentos que sirven para fijar normas en cuanto a la calidad de los productos dictadas por el INEN. Por ejemplo, en productos alimenticios; en el diseño

y colocación de implementos construcción.

- d) Reglas técnicas escritas por los expertos o *lex artis* como son: las de protección de accidentes de trabajo o de seguridad industrial; reglas de protección deportiva; protocolos de intervención en casos de riesgos; protocolos para la intervención de los profesionales en su actividad médica. Estas reglas son dinámicas y se desarrollan conforme al avance científico que rige la actividad profesional.

Es importante mencionar que, para los finalistas, el juez debe determinar, en el caso concreto, cuál es el cuidado requerido en el ámbito de relación para el autor. Luego, ver si esa conducta se ajustó a ese cuidado. De este modo, la inobservancia sería que la acción que se realizó no esté acorde a la conducta esperada en la norma legal, reglamentaria, etc. Por ejemplo, si en la ley se fija un límite de velocidad mínimo en el sector urbano de 50 km/h para los vehículos livianos, este deber ser observado. Si se violenta este límite a 90 km, se inobserva la norma. Si no se produce el resultado de muerte solo queda en contravención, pero, en el caso de existir una muerte, la inobservancia más la acción final van configurando el delito imprudente que deberá incluir los otros elementos de este del tipo objetivo y subjetivo.

El último de los elementos o criterios de imputación de la infracción al deber objetivo de cuidado considera que "el resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no otras circunstancias independientes o conexas". Es decir, debe existir la acción descuidada que provoca la infracción al deber objetivo de cuidado y, como consecuencia, se produce un resultado que debe ser lesivo, descriptible y demostrable. Verificado este elemento, se produce el desvalor de acción y, por lo mismo, la antijuridicidad antinormativa, puesto que, se violentó la norma de cuidado que prohibía esa acción descuidada. Lo que es un indicio para el juicio de la antijuridicidad.

Esto provoca que el análisis de la relación de causalidad que debe existir entre la acción y el resultado, sea verificado empíricamente. Esto quiere decir, para Esther Hava García, que se sustente en las condiciones de las equivalencias de la teoría de la condición adecuada "en cuya virtud un comportamiento será causa de un resultado cuando aquel se halle vinculado a este a través de una serie de modificaciones explicables conforme a las leyes empíricas o científicas. Así, cuando sean demostrables y descriptibles en base a las leyes científicas, se podrá saber si son o no lesivos contra el bien jurídico. Aquí, aparece el principio de lesividad, antijuridicidad material o desvalor de resultado ya que se produce el verdadero daño al bien jurídico. Ese resultado es imputable al sujeto que actuó en forma libre con la finalidad de afectar el bien jurídico, en el caso de análisis del artículo 146, la muerte de un ser humano. Además, en las condiciones que nuestra ley exige, el resultado, en el delito imprudente es un elemento que hace referencia al delito consumado, puesto que, no existe el *iter criminis*.

## d) Criterios de relación de causalidad e imputación objetiva

Para determinar la relación de causalidad entre la acción u omisión que generan la falta de previsibilidad y evitabilidad asociadas a la falta del deber de cuidado existen criterios para poder imputar ese resultado. En primer lugar, la causalidad debe ser entendida como una forma que el ser humano tiene para poder conocer y explicar lo que está sucediendo en el mundo exterior dándole una regularidad o continuidad a los hechos, que luego serán penalmente relevantes.

Por ese motivo, el criterio de la valoración de la causalidad es lo que liga a la acción con el resultado. Este debe incorporar la equivalencia de condiciones, la adecuación y la relevancia, que funcionan como restrictivos de la primera. No obstante, como sostiene Otto Harro, debemos entender que esta causalidad, en la teoría del lenguaje, funciona como la relación de motivación que servirá al juez para determinar la delimitación en su motivación sobre los hechos sucedidos por la infracción del deber objetivo de cuidado.

Sobre los criterios de la imputación objetiva:

- Creación del riesgo.
- Realización de resultado producto de la creación del riesgo.
- Fin de protección de la norma.

### d.1.) Creación del riesgo

El criterio de la creación o aumento del riesgo guarda una íntima relación con el criterio valorativo de la infracción al deber objetivo de cuidado. Para una mejor comprensión, debemos iniciar con el cuestionamiento de ¿qué es el riesgo permitido? Las actividades humanas se encuentran reguladas por normas de cuidado. Estas determinan un deber de cuidado, como hemos expresado en líneas anteriores. La persona debe adecuar a esta norma su actuación, es decir, si esa persona hace lo que está regulado por la norma estaríamos frente a una situación jurídica de riesgo permitido, puesto que, esa norma le permite realizar su actuación. De esta forma, se cumpliría con lo que se determina en el artículo 66 numeral 29 literal d) de la Constitución, la cual señala que lo que no está prohibido, está permitido.

En este orden de ideas, debemos entender que el riesgo permitido también se puede obtener de la disminución de riesgo, es decir, que la persona que se encuentra en una actuación en la que tiene el control de la fuente de peligro (conducir un vehículo sea de motor o bicicleta, ser el médico cirujano) debe realizar la previsibilidad, con base en sus capacidades intelectuales y normativas para evitar el resultado lesivo. Además, al poner sus capacidades de conocimiento en la actividad que realiza, debe disminuir cualquier riesgo sobre el bien jurídico.

Por ejemplo, el deber primario de un médico, en el instante que ingresa a una operación de emergencia o cualquier actividad profesional, es alargar o salvar la vida del paciente. Un médico tiene este fin. Esto significa que está haciendo una disminución de riesgo y trabajando sobre el riesgo permitido siempre que cumpla con las reglas de *lex artis*. Si a pesar de realizar todas las actividades con la debida diligencia se produce la muerte, lo que hay que valorar es si, efectivamente, todas las actuaciones estuvieron orientadas a disminuir el riesgo y no para crear el riesgo. Debemos recordar el caso de la muerte de la paciente de nacionalidad francesa que murió en la Clínica Pichincha y que el médico hizo todos los actos de debida diligencia para salvar la vida de la paciente, sin embargo, el deceso ocurrió. El criterio fue que no era un médico especialista, en ese instante, se debe recordar la capacidad material no formal de la especialidad profesional.

Entonces, en ese punto, ¿qué va a pasar? Los fiscales tienen que demostrar, justamente, que todas las actuaciones de los médicos fueron para disminuir el riesgo, para aumentar la vida. Porque el médico no entra a matar, el médico entra a salvar, a alargar la vida. Puede ser que haya causas imprevistas, meras causalidades que no caen en la previsibilidad y, por tanto, en ese momento, estaríamos frente a una cuestión que no podemos atribuir. En este sentido, Sandro Abraldes señala que tenemos que buscar cuál es el fin. El fin es salvarle la vida. Si dentro de eso, hizo todo lo posible, puso en conocimiento todas sus actuaciones, hubo la previsibilidad, hizo todas las actuaciones, no se puede imputar a pesar del deceso. ¿Qué se tiene que hacer? Se tiene que buscar nuevamente esta igualdad, ¿qué debía hacer según la norma objetiva general? y ¿qué hizo en la realidad? Si se logran igualar, no hay imputación, no hay infracción al deber objetivo de cuidado. Si hay una divergencia que produzca resultado, hay una infracción al deber objetivo de cuidado.

Para ejemplificar este tema, se presenta el caso de un médico oncólogo que examina a una señora que tenía unas protuberancias en su seno. La médica ginecóloga le extrajo una sustancia y mandó a patología. El departamento de patología señala una posible presencia de células cancerígenas. En ese momento, ¿qué hizo la médica ginecóloga? Previo que, como no tiene el conocimiento suficiente, era mejor abstenerse y migrar al paciente a oncología. El oncólogo, con el

conocimiento adecuado, prevé cuál es su norma de actuación. Su norma de actuación establece el desarrollo de un protocolo de doce reglas. Estas doce reglas son, justamente, las que el fiscal tiene que evaluar. Las normas que rigen la actuación profesional del médico, están orientadas a descubrir si el paciente si tiene o no cáncer. Son doce pasos, de los cuales deberá realizar, al menos, siete. Los siete pasos contemplan, entre otros, nuevamente sustancia, patología, resonancia, eco, todas las pruebas y, por último, se le realiza una biopsia para extraerle un tejido. Para realizar la biopsia se hace una intervención con el fin de extraer parte del tejido mamario, generándose así, una herida. La muestra es enviada a patología, quien señala que no hay presencia de cáncer. En este momento, el médico sutura la herida y remite al paciente al área de recuperación.

Sin embargo, si le decían en patología que había presencia de células cancerígenas, el médico tenía que vaciar el seno. Incorporando la explicación de los criterios de imputación, ¿qué hizo el médico oncólogo? ¿tuvo una actuación de previsibilidad? Sí, porque tuvo el conocimiento y la experiencia para hacer todas las actuaciones adecuadas y evitar un mal resultado. El médico actuó con prudencia y cuidado porque la norma de cuidado le manda a que aplique estos doce pasos (siete mínimos) de la regla de *lex artis*. Su actuación estuvo dentro de la norma de cuidado o del riesgo permitido. Ahora, evidentemente, se produce una lesión porque queda el seno lesionado. No obstante, para poder imputarle a ese médico una lesión imprudente o culposa se debe determinar si se produce un resultado imprudente al realizar esa biopsia. Al respecto, la respuesta sería no. ¿Por qué? Porque él no creó riesgo, lo que hizo es disminuir el riesgo porque con eso descubrió que la señora no tenía cáncer. Esto lo hizo dentro de su riesgo permitido actuando conforme a la norma objetiva general que le ordena su actuación médica. Por lo tanto, no se le puede atribuir o imputar objetivamente a ese médico un delito.

Finalmente, ¿qué sucedió? El fiscal acusó por el delito con base en lo señalado por el médico legista, quien afirmaba que si hubo lesión. Claro que había lesión, pero la lesión estaba dentro del riesgo permitido porque estaba dentro de la norma objetiva de cuidado. La actuación estaba con esa norma objetiva de cuidado y, por tanto, no había por qué imputar. Eso es lo que tienen que hacer los fiscales, tienen que darse cuenta. La dogmática dice que este es un tipo objetivo abierto porque no podemos determinar todas las normas legales que rigen a las actuaciones humanas. ¿Qué tienen que hacer el juez y el fiscal? Tienen que descubrir cuál es la norma de cuidado y esa norma de cuidado debe ser la norma objetiva general. Todos tenemos que actuar conforme a esa norma de cuidado como seres humanos inteligentes. Si no se presenta ese cuidado, las actuaciones desarrolladas en la realidad serán comparadas con el asunto de la norma general.

El médico, en el caso propuesto, comete una infracción al deber objetivo de cuidado (aumento o creación de riesgo) si su actuación no está conforme a la norma de cuidado. Es decir, si no seguía los doce pasos del protocolo para determinar la existencia del cáncer, si al decirle que tiene células cancerígenas en la operación no terminaba de realizar la extracción de la glándula mamaria, si optaba por el tratamiento alternativo. En otras palabras, si existía una divergencia entre el "deber ser" –la norma de cuidado– y el "ser" –su actuación en la realidad–

Además, el Código Orgánico Integral Penal determina que debe existir una causalidad. La causalidad tiene relación con la previsibilidad que fue explicada. Así, hay que incluir el descuido de la norma de cuidado y, de este modo, se tiene el otro criterio de imputación objetiva, denominado creación de riesgo. Entonces, ¿qué se tiene que ver? Se debe buscar cuál es el punto del riesgo o el peligro que se puede producir sobre el bien jurídico protegido. Por lo tanto, se debe analizar quién es la persona que, teniendo la fuente de peligro, creó el riesgo. Para ello, tenemos otros criterios, como el principio de confianza y prohibición de regreso.

El principio de confianza significa que, cuando estamos todos actuando en equipo y todos nos tenemos como equipo, el jefe de equipo preguntará a cada uno si realizó sus actuaciones y él confiará en su correcta actuación. De este modo, si él confía en que el anestesiólogo realizó su trabajo correctamente, vamos a establecer que al jefe de equipo no se le podrá imputar puesto que, él no creó el riesgo. ¿Quién es el que crea el riesgo? el anestesiólogo. El punto de riesgo es la anestesia. La anestesia será el punto al que nosotros tenemos que llegar en la prohibición de

regreso, es decir, hasta la persona que creó el riesgo. Esa persona es quien creó el riesgo al no tener la previsibilidad adecuada. Por tanto, se le deberá imputar a esa persona la eventual muerte del paciente. Con los otros integrantes del equipo no se va a poder establecer la imputación. Esos son los criterios que podemos determinar. Si yo no creo el riesgo, estoy dentro del riesgo permitido y no existirán problemas.

## d.2.) Realización del riesgo creado

Una vez explicado el criterio de imputación de creación de riesgo, se debe entender que esta actuación que crea el riesgo debe producir la exteriorización de ese riesgo o peligro y, con ello, producir un resultado lesivo al bien jurídico. En este instante, se consuma el delito imprudente y tiene que ser imputado el resultado a la persona que creó el riesgo que estaba dentro de la previsibilidad objetiva (conocimiento y capacidad de la persona) y de su actuación para evitar el resultado (disminución del riesgo).

El resultado es la consecuencia que se materializa en el mundo físico y es valorado como una realidad que tiene relevancia jurídica penal. Esto, puesto que tiene, como elemento valorativo la afectación al bien jurídico protegido por esa norma jurídica (prohibición, mandato o permisiva) que se incluye en el texto o enunciado legal. En este punto, no se debe olvidar que el delito imprudente no tiene *iter criminis*, por lo que no existe tentativa. Es decir, el delito imprudente siempre debe ser consumado.

## d.3.) Fin de la protección de la norma

El derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos. Nuestro ordenamiento jurídico así lo prevé. Las normas constitucionales y penales lo confirman cuando establecen que la finalidad o el deber jurídico del estado es la vigencia de derechos. Por ello, como se indicó en párrafos iniciales, las normas jurídicas contenidas en textos legales están para prohibir y regular conductas que puedan afectar a los bienes jurídicos.

Por ese motivo, cuando una actuación está dentro del riesgo permitido está implícitamente incorporado la protección del bien jurídico, consecuentemente, no debería sancionarse. Pero, si la actuación crea el riesgo o tiene una infracción al deber objetivo de cuidado esta debe ser sancionada puesto que, en la interpretación finalista de la norma jurídica de prohibición la conducta está prohibida, justamente, para evitar esa afectación o lesividad.

## d.4.) Antijuricidad

Desde un punto de vista objetivo ¿se puede dar antijuricidad? Sí, porque existe la violación al ordenamiento jurídico y, además, hay una afectación a los bienes jurídicos. Por otro lado, ¿puede haber causas de justificación? Por supuesto que puede haber causas de justificación. Al respecto, la ley de legítima defensa está en discusión, muchos autores dicen que no puede haber causas de legítima defensa, no obstante, otros autores sostienen que podría.

El estado de necesidad es un elemento más adecuado porque está presente el estado de necesidad y existen dos bienes de igualdad que pueden ser salvados. Por ejemplo, en una emergencia médica, traslado dentro del vehículo a una persona enferma que necesita llegar al hospital. Así, se tiene dos bienes jurídicos, vida y seguridad vial. Los dos tienen interés de protección, pero el conductor tiene que sacrificar uno de los dos para privilegiar al otro. Se tiene un peligro actual, real e inminente en el carro, ¿qué se tiene que hacer? Se debe pitar. Al momento de hacer sonar el pito o bocina, simulo, en cierto sentido, a una ambulancia. Una ambulancia enciende las luces (licuadora) y la sirena, para advertir que está en una emergencia. De este modo, se está realizando una actuación de debida diligencia y no se crea el riesgo, sino más bien se disminuye.

Sobre la culpabilidad, se debe tener esta parte subjetiva de comprender que la actuación es

prohibida. De este modo, se establece, primero, la capacidad o la facultad de comprender la norma prohibida teniendo la imputabilidad y, segundo, viene la comprensión de la antijuricidad de tu acto. Muchos autores dicen que puede o no haber error de prohibición, algunos discuten que sí.

## e) El tipo subjetivo en el delito imprudente o culposo

La construcción que ha guiado a este trabajo es la teoría del injusto personal o finalista. La acción humana es una acción compleja, tiene una estructura de elementos subjetivos y objetivos. Los segundos han sido objeto de análisis. Debemos analizar el tipo subjetivo, el cual tiene los elementos del conocimiento y de la voluntad. El primer elemento, por otro lado, es el conocimiento que tiene el autor de los elementos del tipo objetivo. Como señala Edgardo Alberto Donna, es la posibilidad de conocer la realización del tipo penal. En esta posibilidad de conocer el tipo penal, el autor puede evitar el resultado.

De este punto, surge el deber de cada sujeto de emplearse a fondo en su conducta a efectos de evitar el resultado típico. Esta posibilidad del conocimiento debe verse con relación al entorno en que se mueve el sujeto teniendo en cuenta la dinámica de los factores causales, entre ellos, sin duda, las acciones de terceros.

Así, se puede concluir que el autor debe tener conocimiento de los elementos del tipo objetivo, su voluntad de realización, la evitabilidad de producir el resultado y la utilización de los medios adecuados para ello. En el caso del artículo 146, el profesional debe tener conocimiento de los elementos del tipo objetivo como son la acción final, la norma de cuidado y el deber de cuidado. De este modo, con su conocimiento y capacidad puede prever y evitar el resultado dañoso sobre el bien jurídico.

# Libertad, culpabilidad y neurociencias

Diego Manuel Luzón-Peña

## 1.- Introducción

Algunos ejemplos y las preguntas que se suscitan a partir de estas pueden servir como punto de partida para ilustrar la cuestión básica del fundamento de la culpabilidad, como último gran elemento del delito. Esta cuestión es la de si se puede aceptar la libertad de decisión y consiguiente responsabilidad del ser humano normal como base de la culpabilidad, entendida como reprochabilidad, o si, por el contrario, tal libertad no existe o, al menos, es absolutamente indemostrable. Ello debe conducir, o bien a negar el elemento de la culpabilidad (y como consecuencia más coherente, aunque no todos la extraen, a negar la legitimación de la pena como respuesta a un ilícito que no es culpable y sustituirla por medidas de seguridad), o bien a concebir de otra manera y reformular la culpabilidad prescindiendo de la reprochabilidad.

Un jefe político, militar o de una banda armada planifica y ordena la ejecución de crímenes contra la humanidad o de un genocidio por motivos raciales, étnicos o religiosos; un empresario realiza importantes fraudes patrimoniales o defraudaciones a Hacienda; un particular y un funcionario acuerdan cometer cohecho para obtener cada uno el correspondiente beneficio económico. Fuera del delito: un político actúa de modo muy nocivo, engañando, mintiendo a conciencia, etc. (actuación ética y socialmente negativa o reprobable); una persona dedica gran parte o incluso toda su vida y energías a ayudar y cooperar con seres o poblaciones necesitados (actuación ético-socialmente positiva o plausible); un ciudadano que quiere comprar una casa, tras examinar cuidadosamente múltiples ofertas de viviendas y los pros y los contras de su situación, tamaño, precio y de sus necesidades y capacidades económicas, toma la decisión de comprar una vivienda que considera que es la que mejor se ajusta a todas esas condiciones (actuación lícita de importantes repercusiones personales, familiares y contractuales, pero, en principio, éticamente neutra). En ninguno de estos casos se constata ninguna alteración o anomalía en las facultades psíquicas o en la situación del sujeto.

¿Tienen razón la sociedad –la gran mayoría de los ciudadanos– y en su caso el derecho, al considerar que todos esos sujetos han decidido y actuado libremente y que, por ello, merecen un reproche jurídico-penal y ser considerados culpables los que, por motivaciones egoístas o bajas, han cometido esos delitos, o un reproche social, ético y cívico el político que se ha comportado de modo indeseable, o que merecen alabanza y admiración quienes se comportan de modo tan altruista o quienes han llevado a cabo una compraventa de modo tan racional y responsable?

O, por el contrario, ¿están equivocados la sociedad y el derecho al sostener esas concepciones y valoraciones, porque, como sostienen otras posiciones, las deterministas, apoyadas recientemente por la opinión mayoritaria en las neurociencias, es un puro espejismo o fantasía la creencia social y humana en la libertad de voluntad, ya que todos los actos del ser humano como ocurre en el resto de la naturaleza están totalmente determinados por factores externos e impulsos inconscientes que el sujeto no controla en absoluto? Y, por tanto ¿a ninguno de los delincuentes citados ni al político nocivo se les podrá reprochar nada, ni a los que realizan acciones positivas se les debería hacer ninguna alabanza, puesto que, en ambas situaciones, los sujetos que las realizan son meros ejecutores de impulsos inconscientes y factores causales que no controlan,

sino que los determinan y manejan a ellos como títeres en manos del destino o del azar?

¿O estará equivocada la concepción social y jurídicamente dominante porque, como sostienen otras posiciones, en todo caso, es empíricamente indemostrable la libertad de cada sujeto en el caso concreto y la consecuencia de ello debe ser que no se debe manejar un concepto de culpabilidad como posibilidad de reprochar al sujeto su hecho y, por ende, tampoco se debería considerar digna de alabanza personal la actuación positiva que no sabemos si se debe o no a una decisión libre?

Anticipo mi respuesta. Sería sorprendente que la mayoría de la sociedad y de los humanos estén totalmente equivocados y no se pueda reprochar nada a quienes han cometido, friamente por intereses egoístas o de poder esos hechos delictivos, o esa actuación política nociva o indeseable, y que no tenga sentido alabar, o incluso premiar o primar, a quienes han decidido actuar de modo valioso y positivo. El concepto jurídico-penal de culpabilidad puede y debe partir de las convicciones sociales mayoritarias sobre la libertad de los seres humanos en condiciones normales porque, como veremos, tienen una indiscutible base racional y empírica y puesto que, por todo ello, están reflejadas en los valores y principios básicos de la Constitución y del derecho.

## 2. Evolución histórica de la culpabilidad y concepciones actuales

Igual que el resto de la teoría general del delito, la culpabilidad ha experimentado una notable evolución desde el siglo XIX en su concepto, contenido y caracterización. Actualmente, hay una gran divergencia de concepciones, coexistiendo una concepción mayoritaria de la culpabilidad –la normativa–, con otras concepciones muy distintas. De todas ellas, voy a seleccionar a continuación, solo las concepciones que guardan mayor relación con la polémica sobre la libertad de decisión y actuación como fundamento de la culpabilidad.

### 2.1. Concepción psicológica de la culpabilidad

Como es sabido, en el inicial concepto clásico de delito elaborado en el último tercio del siglo XIX y defendido por Beling o Von Liszt como principales representantes, como consecuencia de la influencia del pensamiento analítico propio de las ciencias naturales en la orientación del concepto general de delito, se defiende la denominada “concepción psicológica” o concepto psicológico de la culpabilidad. Este llevaba sobreentendida la premisa de la libertad. La culpabilidad, que es la sede donde se sitúa todo lo subjetivo, se concibe como elemento puramente descriptivo, fáctico, concretamente como comprobación de un nexo o relación psíquica (sin valorar nada).

Al igual que en la acción se hablaba de un nexo causal material entre el movimiento y el resultado, la culpabilidad es la relación o el nexo psicológico, no material, entre el autor y el hecho. La diversa intensidad de ese nexo de unión da lugar a las formas de la culpabilidad: el dolo y la imprudencia (o culpa). En caso de dolo (que mayoritariamente se entiende como *dolus malus*), el nexo psíquico que une al autor con el hecho es la voluntad o, incluso, intención, ya que el sujeto conoce y quiere realizar el hecho (causar el resultado en los delitos de resultado). En contraste, en el caso de la imprudencia, resultaba más difícil hallar ese nexo psíquico, ya que el sujeto no quiere causar el resultado o, de modo más general –para los delitos de mera conducta–, no quiere realizar el hecho típico, pero pese a todo se ve la relación, según unos, en que quiere la acción en sí (voluntad), o, según otros, en que conoce o puede conocer que puede producir el hecho típico (conocimiento o previsión o, al menos, cognoscibilidad, previsibilidad).

Como presupuesto de esas formas de culpabilidad se exige la imputabilidad, es decir, la capacidad individual por condiciones de madurez y normalidad psíquica que, generalmente, se considera (expresamente o se da por sentado) que suponen también la libertad del sujeto, el poder actuar de otro modo. Por último, otra serie de circunstancias subjetivas, como propósitos o fines específicos, móviles, condiciones personales, error, etc. podrían graduar o excluir la culpabilidad.

## 2.2. Concepción normativa de la culpabilidad: reprochabilidad, libertad, exigibilidad

Para la concepción normativa de la culpabilidad, formulada en las primeras décadas del siglo XX y que se ha convertido en teoría dominante, la culpabilidad es la reprochabilidad (vorwerfbarkeit) del hecho al sujeto, la posibilidad de hacerle a este un reproche individual por su acción desde valoraciones y criterios normativos. Es Frank quien, en 1907, idea el concepto de reprochabilidad (posibilidad de reprochar al sujeto por haber emprendido el hecho) como caracterización de la culpabilidad, según la cual la culpabilidad es el elemento que permite hacer un juicio de valor basado en el mandato de la norma sobre la parte interna del hecho. Porque, por mucho que haya dolo en un hecho, o sea, plena conexión psíquica con el acto, este no es culpable si no le es reproachable al disculparse por un estado de necesidad o por inimputabilidad.

Por tanto, en resumen, criticaba a la concepción psicológica porque puede haber casos de pleno nexo psíquico de unión con el hecho y, sin embargo, faltar la culpabilidad. A esa crítica a la teoría psicológica de la culpabilidad se le suma por muchos autores la crítica de que tal teoría no es capaz de explicar la culpabilidad en la imprudencia inconsciente, donde no hay nexo psicológico y, sin embargo, es culpable por ser reproachable.

Tal concepto normativo de la reprochabilidad que, evidentemente, parte de la premisa de la libertad o poder actuar de otro modo del sujeto es desarrollado, como es conocido, por Goldschmidt, quien destaca que lo que importa no es el juicio de reproche sobre la disposición o cualidad subjetiva del hecho (juicio externo al hecho), sino la propia disposición defectuosa de la voluntad de la acción que posibilita el juicio de reproche y que basa la reprochabilidad en la contrariedad a deber (Pflichtwidrigkeit, o sea, infracción de una implícita norma de deber para la conducta interna) y en la exigibilidad (Zumutbarkeit). Por otro lado, Freudenthal amplía el concepto de inexigibilidad (Unzumutbarkeit) de conducta conforme a la norma como causa general (supralegal, aunque a veces, legal) de exclusión de la culpabilidad.

A partir de entonces, la teoría normativa de la culpabilidad se convierte (y continúa siéndolo) en totalmente mayoritaria en Alemania y fuera de ella, aunque con muchas variantes en la concreta formulación de su fundamento o fundamentos y en cuanto al alcance de la exclusión de la reprochabilidad por inexigibilidad u otros motivos. Por supuesto, con diversidad de concepciones en cuanto al contenido de la culpabilidad, o sea, de los elementos que fundamentan la reprochabilidad, que varían.

## 2.3. Negacionistas: posiciones negadoras de la culpabilidad

Ya desde el siglo XIX ha habido posiciones negadoras del concepto mismo de culpabilidad que, por tanto, han sostenido un concepto de delito o crimen sin culpabilidad. Los negadores o "negacionistas" se basaban en la concepción filosófica defensora del determinismo frente al indeterminismo, esto es, la negación de la libertad de decisión o libre albedrío humano, la idea de que el ser humano no es libre en su actuación, sino que obra siempre determinado por factores externos o, incluso, condicionantes internos que lo motivan, aún más, lo determinan a actuar de un modo y no de otro. Ello, incluso, aunque el sujeto crea que actúa libremente. Si esto es así, no habrá culpabilidad, no solo en los supuestos de anomalías psíquicas o motivacionales o de inmadurez del sujeto, sino tampoco en los casos que abreviadamente denominamos de normalidad en las que, a lo sumo, se afirmará que en el delincuente hay atribuibilidad, o personalidad peligrosa o preocupante, o responsabilidad subjetiva por razones de necesidad de prevención, pero no culpabilidad moral ni jurídica del sujeto.

A la misma posición llega también otro sector de la ciencia penal que no toma partido por la polémica filosófica entre determinismo e indeterminismo, pero aduce que, aun no sabiendo si el hombre es libre o no, científicamente no es demostrable y verificable la libertad del sujeto en el momento concreto de delinquir y, por tanto, no se puede sostener un elemento o requisito del

delito basado en algo científicamente indemostrable como es la libertad del delincuente para poder haber obrado de otro modo. La consecuencia es prescindir asimismo de la pena como castigo como reacción frente al delito culpable y sustituirla por un derecho de medidas preventivas (derecho penal sin culpabilidad y sin penas), o mantener formalmente la pena pero sin connotación de castigo justo por la culpabilidad y concebida materialmente con la misma función preventiva –sobre todo preventiva especial– que las medidas de seguridad (derecho penal sin culpabilidad y con penas-medidas).

En la doctrina más moderna, a lo largo del siglo XX, ha habido diversas posiciones que, o bien niegan la libertad de voluntad humana desde una óptica determinista o, al menos, afirman que científicamente la libertad es indemostrable en el sujeto y momento concreto del delito y, por ello, o bien rechazan la culpabilidad y mantienen un concepto de delito sin culpabilidad o, como veremos, mantienen el elemento, pero sustituyen el nombre de culpabilidad por otros o, finalmente, propugnan un concepto de culpabilidad basado en datos empíricos, generalmente preventivos, como la normalidad y la necesidad de prevención y absolutamente ajeno a la idea de reproche normativo (ciertamente estas posiciones ya no son negacionistas o negadoras de la culpabilidad). Como consecuencia, o bien defienden la eliminación de la pena y su sustitución por medidas de seguridad, de finalidad puramente preventivo-especial, o bien mantienen un concepto de "pena sin culpabilidad" (así Ellscheid/Hassemer en su trabajo del mismo título) o, en cualquier caso, una pena puramente preventiva sin ningún matiz de reproche, justicia y retribución.

## 2.4. Panorama actual: concepción normativa y otras concepciones

A lo largo de la segunda mitad del siglo XX y en la actualidad se ha ido configurando un panorama en la doctrina científica sobre la culpabilidad que, en lo sustancial, confirma lo que ya sucedía en etapas anteriores: no hay unanimidad en el concepto de culpabilidad. Aunque es muy mayoritaria la concepción normativa de la reprochabilidad, por una parte, dentro de esta se han desarrollado diversas fundamentaciones materiales que explican la reprochabilidad y, por otra parte, la concepción mayoritaria coexiste con nuevas concepciones alternativas.

### a) Mantenimiento del nombre culpabilidad o denominaciones distintas

La gran mayoría de la doctrina mantiene el nombre de culpabilidad para el último gran elemento del delito, tanto los partidarios de la mayoritaria concepción normativa como también muchos entre los defensores de concepciones alternativas sobre la culpabilidad, distintas de su entendimiento como reprochabilidad. Sin embargo, también hay posiciones que prefieren denominar a este elemento del delito con otra denominación, como responsabilidad, imputación personal, individual o subjetiva o atribuibilidad, precisamente, para buscar un concepto neutro, que no implique la carga de reproche, ya no ético, sino ni siquiera jurídico.

### b) Las distintas concepciones y el concepto material de culpabilidad

Las diversas concepciones del último gran elemento del delito que coexisten, actualmente, con el nombre de culpabilidad o con otro distinto, no solo divergen sobre la caracterización formal de ese elemento, empezando por la primera gran toma de posición de si se parte de su concepción como reprochabilidad o se rechaza esta y se busca otra caracterización distinta, sino que, sobre todo, son distintas en cuanto a cuáles son los presupuestos materiales que fundamentan la apreciación de culpabilidad (o responsabilidad o imputación personal), es decir, sobre lo que se denomina el "concepto material de culpabilidad". Este puede fundamentarse de modo distinto, como veremos, incluso aunque se mantenga la mayoritaria concepción normativa de la reprochabilidad.

En cualquier caso, sobre el concepto material de la culpabilidad se mantienen fundamentaciones de carácter fáctico o empírico frente a otras de carácter normativo, bien valorativo o bien teleológico, no solo las diversas fundamentaciones de la reprochabilidad, sino también otras diferentes.

### **c) Concepciones basadas en fundamentos empíricos o fácticos**

Igual que en su momento la concepción psicológica de la culpabilidad la basaba claramente en un fundamento fáctico, la voluntad, la conciencia o la posibilidad de ellas como elementos psicológicos internos del acto del sujeto, algunas de las concepciones modernas de la culpabilidad (o concepto equivalente) se basan no en un criterio normativo, sino en un fundamento fáctico, empírico, experimentalmente constatable de la situación individual del sujeto que permite atribuirle el hecho. Así sucede con las fórmulas de la normalidad o motivabilidad del sujeto y esa es también, en principio, la orientación de la concepción roxiniana de la accesibilidad.

#### **c.i.) Normalidad, motivabilidad o determinabilidad (y prevención)**

Diversas posiciones en la época moderna acuden a la posición que desde una perspectiva determinista, rechazando la libertad, sostuvo Von Liszt de que la base material de la "responsabilidad", como equivalente a la imputabilidad y la culpabilidad, es la "determinabilidad o posibilidad de determinación normal por motivos" (entre otros, las amenazas penales) y que no hay imputabilidad y culpabilidad en quien reacciona a los motivos de modo anormal, distinto al hombre medio normal. Esas ideas, determinabilidad, normalidad, posibilidad de motivación se manejan por algunos en la dogmática alemana, tanto por deterministas como por indeterministas, desde los años 60, y desde los 70, en la dogmática española por deterministas o, al menos, contrarios a basar la culpabilidad en la libertad.

La posibilidad o capacidad individual de determinación por motivos o de motivación o, al menos, de motivación normal es un concepto que se supone empírico, constatable sociológicamente en los sujetos normales, y no implica (des)valoración normativa. Por otro lado, en gran parte de estas formulaciones, esa fundamentación empírica o sociológica de la culpabilidad (o concepto equivalente) va unida a una fundamentación adicional en la prevención: en caso de posibilidad de determinación, motivabilidad o normalidad del sujeto la pena es necesaria para la prevención, mientras que es innecesaria a efectos de prevención si no hay posibilidad de determinación o motivabilidad, o no hay en absoluto motivabilidad normal. Se discute solo si eso sucede tanto en la prevención general como especial o únicamente en la prevención general.

Así, en la doctrina alemana, a partir de los años sesenta, Bockelmann fundamenta la culpabilidad en que la persona sea normal y tenga íntegra, no destruida la adecuación a sentido de su actuación, porque el normal, por regla general, se puede motivar por los imperativos jurídicos y aunque él rechaza el libre albedrío, considera que la "motivabilidad normal" se puede concebir, a su vez, indistintamente como basada en la libre decisión o, a su vez, determinada. Posición en la que le sigue Roxin, quien afirma que esto no es más que afinar el pensamiento de Von Liszt. Igualmente, Noll entiende que la culpabilidad requiere motivabilidad por normas.

Desde una perspectiva no determinista, Armin Kaufmann entiende la culpabilidad como la capacidad del sujeto para motivarse de acuerdo con la norma, concepto que es seguido y desarrollado ampliamente como capacidad de autodeterminarse o dejarse motivar o motivarse por la norma en la doctrina portuguesa por Figueiredo Días desde una defensa del libre albedrío. En cambio, desde una perspectiva determinista y contraria incluso a la culpabilidad, Baurmann propone sustituirla por la accesibilidad normativa, el criterio defendido por Roxin, como algo empíricamente constatable y que identifica con la motivabilidad.

De modo similar, en la doctrina española, a partir de los años setenta se sustentan posiciones similares desde el rechazo o, al menos, la imposibilidad de comprobación de la libertad o libre albedrío del sujeto. Gimbernat sostiene que frente al tipo y la antijuridicidad, donde se trata de lo

que el derecho penal quiere o no prohibir a la generalidad, en la "culpabilidad" se trata de si se puede o no motivar al sujeto concreto y, por tanto, esta es la posibilidad de motivarse o motivabilidad. Como fundamento indica que, si no hay culpabilidad la pena es ineficaz desde el punto de vista de la prevención general como intimidación y además, es innecesaria tanto para la prevención general, porque los motivables no se van a dejar de intimidar porque no se imponga pena a un no culpable, como para la prevención especial, ya que, frente al inculpable basta la medida de seguridad.

Muñoz Conde parte de la imposibilidad de demostrar que el sujeto concreto en la situación concreta podía haber actuado de otro modo y, atendiendo a la función de motivación de la norma, propone la contraposición motivación general-individual como delimitación entre tipo y culpabilidad. Defiende que el concepto material de culpabilidad presupone la capacidad de motivación individual por la norma, además de participación en los bienes jurídicos y otros criterios. Considera también que las exigencias de prevención general se corresponden con la capacidad de motivación y la delimitan y, por otra parte, la pena adecuada a la culpabilidad se adecúa a la función de prevención general.

Una limitación de esas formulaciones de la posibilidad o capacidad o no de motivarse la efectúa Mir Puig quien, desde una perspectiva determinista y volviendo a la idea de normalidad de Von Liszt, sostiene que la culpabilidad, término que posteriormente sustituye por imputación personal, es atribubilidad del hecho al sujeto por la normalidad del proceso de motivación o normal racionalidad de su decisión, en suma, por su capacidad de motivación normal por la norma, ya que, destaca, la posibilidad de motivación puede no estar totalmente excluida en los inimputables y claramente no lo está en los casos de inexigibilidad y, sin embargo, se excluye la culpabilidad si no hay posibilidad de motivación normal. Ello significa ampliar los casos de exclusión de la culpabilidad, admisibles no solo cuando en el hecho el sujeto no es en absoluto motivable, sino también cuando su motivabilidad es claramente anormal o está profundamente perturbada.

Mir Puig considera que la culpabilidad o imputación personal así entendida debe actuar como límite a las exigencias de prevención y no fundamentarse en las mismas, sino que su fundamento se basa en las exigencias del Estado democrático y en el principio constitucional de igualdad, de igualdad real ante la ley, que exige tratar desigualmente a los inculpables o no imputables que son totalmente desiguales a los normales. El planteamiento de Mir Puig ha sido seguido por otros, especialmente de modo pleno, por Octavio de Toledo y, en parte, también por mí mismo en mi posición anterior.

En mis trabajos, durante muchos años, partiendo no del determinismo, sino de la imposibilidad de demostrar empíricamente (en la situación concreta) el libre albedrío, he rechazado la reprochabilidad y he defendido un entendimiento de la culpabilidad como atribubilidad del hecho al sujeto basada en la posibilidad de motivación normal, en la motivabilidad norma, en la accesibilidad normal al mandato de la norma y al estímulo de la amenaza o conminación penal y a la motivación que ello supone, que puede estar excluida o totalmente perturbada o simplemente disminuida, lo que dará lugar a la exención o atenuación de la culpabilidad y de la pena. Como fundamento, invocaba la necesidad y eficacia de la prevención general (de intimidación) frente a los culpables y la ineficacia y falta de necesidad de la prevención general en los actos de los no culpables. Así, destacaba e insistía en que, en cambio, aquí no cuenta el punto de vista de la prevención especial, ya que, en los culpables puede no haber peligrosidad ni, por tanto, necesidad preventivo-especial y en algunos inculpables sí hay necesidad de prevención especial, aunque sea con medidas de seguridad. También añadía, como fundamento político-constitucional, el principio de igualdad.

Prescindimos ahora de la posible crítica a estas posiciones, en la medida en que se basan en la imposibilidad de probar la libertad de un sujeto en el hecho concreto o, incluso, algunas en el determinismo, si, como veremos, se debe partir de la libertad y responsabilidad humana y, por tanto, de la culpabilidad como reprochabilidad, objeción que no afecta a las concepciones de culpabilidad como capacidad de motivarse o determinarse basadas en una perspectiva indeter-

minista o en una que no rechaza la libertad (pues en tal caso la capacidad de motivación o determinación por la norma no es más que una concreción del poder actuar de otro modo). Tampoco voy a entrar aquí en las discrepancias sobre si es más correcto basar la culpabilidad solo en la perspectiva preventivo-general o también en la preventivo-especial y sobre si la culpabilidad puede fundamentarse también en la prevención o es independiente y un límite a la misma.

En todo caso, a estas concepciones se les ha formulado una objeción que, de ser cierta, sería contundente: que estas concepciones no quieren basar la culpabilidad en la libertad de decisión, en el poder actuar de otro modo del sujeto, que se dice que es un postulado metafísico o indemostrable y se busca sustituirlo por un criterio que sí es empíricamente constatable, pero la capacidad o posibilidad, plena o normal, de motivación o determinación por la norma, si es individual, o sea, del sujeto concreto en el momento del hecho concreto realmente equivale a poder actuar de otro modo.

Además, se añade que ya la misma distinción de error de prohibición vencible e invencible y, por tanto, la afirmación de que un error de prohibición puede ser vencible para el sujeto (que es uno de los casos en que se afirma la posibilidad de motivación por la norma) presupone el reconocimiento de la capacidad del delincuente de obrar de otro modo en la situación concreta. Cabe añadir que, si el criterio de la motivabilidad que se emplea es generalizador, o sea, que simplemente se afirma que es constatable que la mayoría de los humanos, los normales son capaces de determinación o motivación normal por las normas, entonces, trasladar esa motivabilidad al individuo concreto, en el momento del hecho concreto, es una simple suposición no verificable en el caso concreto, es decir, que estas posiciones estarán procediendo del mismo modo generalizador que muchos critican a la concepción del poder actuar de otro.

La verdad es que no es cierta la objeción de que el error de prohibición vencible implica capacidad de actuar de otro modo, pues, que el sujeto pudiera conocer una norma prohibitiva no implica necesariamente que, una vez conocida, también tenga posibilidad y capacidad de decidir conforme y no en contra de esa prohibición. En cuanto a la objeción de que la propia capacidad o posibilidad de motivarse equivale a poder actuar de otro modo, depende de qué se entiende por poder motivarse. Si con ello se quisiera decir que el sujeto puede motivarse normal y activamente por el mandato y la amenaza de la norma para decidir obrar conforme a ella, entonces realmente, ello equivaldría al poder actuar de otro modo. De este modo, la motivabilidad o determinabilidad normativa no sería sino otra formulación de la libre voluntad expresada con otras palabras, o bien una concreción del mecanismo motivador por el que la libertad puede decidir. Pero ello no es así para la mayoría de estas formulaciones basadas en el determinismo o, al menos, en la indemostrabilidad de la libertad del sujeto en el hecho concreto.

Así, Mir Puig desde una perspectiva claramente determinista dice que, "según mi planteamiento, el sujeto penalmente responsable lo es no porque tuviera 'capacidad normal de motivación' o de 'motivarse', en el sentido de que pudiera haberse motivado a sí mismo en una medida normal a actuar de otro modo – lo que ciertamente supondría la libertad de voluntad–, sino porque pudo ser (en pasiva) y fue motivado normalmente, aunque el motivo representado por la norma no lograra imponerse frente a otros motivos". De esta manera, defiende el "postulado determinista según el cual nadie pudo actuar de otro modo a como lo hizo".

Ahora bien, si realmente el sujeto, pese a ser normalmente motivable y a haber sentido, en efecto, la motivación de la norma penal, de todos modos, no podía actuar de otro modo a como lo hizo porque eran más fuertes otros motivos que le hicieron infringir la norma, no se entiende bien la razón de que se le declare responsable. Lo mismo sucede si, aunque no se comparta el determinismo se parte de que es indemostrable la libertad en el caso concreto y, por tanto, de que pese a la motivabilidad normal del sujeto no se puede descartar que, en el hecho concreto, no pudiera decidir de otro modo. Esta sí es una objeción frontal y decisiva contra las teorías de la normalidad y la motivabilidad.

La crítica más importante que se le puede hacer a las teorías de la motivabilidad, normalidad

o motivabilidad normal cuando, como sucede mayoritariamente, no son concreciones de la libre voluntad, del poder decidir y actuar de otro modo es, a mi juicio, que no fundamentan suficiente y plausiblemente la culpabilidad, responsabilidad o atribuibilidad de la persona normalmente motivable. Explicar y justificar por qué no se exige responsabilidad al sujeto no motivable o no normalmente motivable no ofrece demasiada dificultad, aunque no se maneje el criterio de la reprochabilidad, acudiendo a fundamentos como la falta de eficacia y de necesidad de prevención, sobre todo general, ante el no normal o no motivable, o como el principio de igualdad en vista de la inferior situación del no normalmente motivable frente al normal. La dificultad estriba precisamente en explicar por qué hay culpabilidad o, si no se quiere utilizar ese nombre, responsabilidad, simplemente por realizar el sujeto el hecho ilícito en situación de motivabilidad normal si, pese a todo, no era libre, o no lo sabemos, para actuar de otro modo, lícitamente.

Desde una perspectiva declaradamente determinista, Mir Puig lo intenta fundamentar del modo siguiente: "fundar la responsabilidad en un distinto poder de resistencia del autor frente al delito no se opone al postulado determinista según el cual nadie pudo actuar de otro modo a como lo hizo. Supone solo que, *a priori*, el sujeto que actúa normalmente cuenta con unas condiciones motivacionales mucho más favorables que el sujeto no responsable penalmente para resistir al delito y atender a la llamada de la norma, lo que permite a la sociedad imponer unas expectativas muy distintas en ambos casos". Sin embargo, el argumento de las expectativas sociales frente al normal no es suficiente si al final nadie puede actuar de modo distinto a como lo hizo. En efecto, si por mucho que haya *ex ante* normalmente más oportunidades ("chances") de resistencia en el sujeto normalmente motivable por las normas, *ex post* se comprueba que en el sujeto y caso concreto esa expectativa era infundada precisamente porque delinquiró. Es decir, si no pudo decidirse a favor de la norma porque tuvo otros motivos, conscientes o inconscientes, para infringirla más fuertes y que no pudo resistir (si nadie puede actuar de otro modo a como lo hace), no se entiende por qué va a pesar más la expectativa inicial de resistencia normal que posteriormente se demuestra infundada y por qué se le va a "imponer" por ello responsabilidad, declararle culpable, atribuirle o imputarle personalmente el delito a un sujeto que no podía actuar de otro modo porque no podía oponerse a motivaciones más poderosas.

Del mismo modo que en otros lugares de la teoría del delito, en la imputación objetiva o en la autoría se niega la imputación, la atribución del resultado o del hecho a la conducta si tal hecho o resultado no es obra precisamente de la peligrosidad de la conducta o de la acción del sujeto, sino de otro factor decisivo o de la actuación de otro sujeto. Lo coherente será negar también la atribución o imputación personal de responsabilidad penal, es decir, del presupuesto para imponer no una medida, sino una pena o castigo al sujeto, si el hecho no es obra del poder de decisión del mismo, sino de otros motivos más fuertes e irresistibles que lo determinan y deciden por él. Realmente, lo mismo sucede si, aunque no se comparta el determinismo, se parte de la indemostrabilidad de la libertad y la posibilidad de decidir y actuar de otro modo el sujeto concreto en el caso concreto; pues, en un derecho penal y procesal penal en el que rige el *in dubio pro reo* en cuanto a la demostración de lo fáctico, si no se puede estar seguro y, por tanto, hay una duda razonable e insoluble de que el sujeto concreto tuviera o no capacidad para decidir y actuar de otro modo, habría que inclinarse por la hipótesis más favorable al reo, la de que no tenía capacidad y, por tanto, no declararle culpable o responsable por mucho que fuera normalmente motivable.

Por consiguiente, las teorías de la normalidad o motivabilidad que no aceptan la libertad –la mayoría– realmente serían más bien coherentes, no con la fundamentación de culpabilidad o de responsabilidad personal, sino con la posibilidad de imposición –en el caso más frecuente de peligrosidad y consiguiente necesidad de prevención especial del sujeto motivable y normal– de una medida de seguridad o, como proponía Von Liszt, de una pena-fin de significado únicamente preventivo-especial. Pero entonces, injustamente, se estaría tratando igual a los normales que a los inimputables u otros sujetos claramente inculpables.

## c.ii.) Accesibilidad normativa: ¿criterio empírico o normativo?

Según el criterio de Roxin, culpabilidad es "actuación injusta pese a la existencia de accesibilidad normativa" (*normative ansprechbarkeit*), es decir, que le sean psíquicamente accesibles al sujeto posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la llamada de la norma. Roxin indica que "no se trata de una hipótesis indemostrable [sobreentendido: como la libertad], sino de un fenómeno científico empírico" como prueban la psiquiatría y la psicología. Así planteado, el criterio de la accesibilidad normativa parece un criterio empírico, fáctico, sin contenido normativo. Pero, como veremos más adelante, Roxin añade que la accesibilidad normativa parte de la base de que "el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma" porque "se le trata como libre", o sea, porque hay una "suposición de libertad" que "es una aserción normativa". Con lo cual, su concepción es más bien normativa o, como mínimo, mixta empírico-normativa.

## d) Concepciones basadas en fundamentos normativos axiológicos o teleológicos

Otras concepciones mantenidas en la época moderna, desde la que mantiene la versión tradicional de la concepción normativa de la culpabilidad, como reprochabilidad basada en la libertad, en el poder actuar de otro modo, u otras distintas, de las que ahora se exponen las más importantes, se basan en fundamentos claramente normativos, bien axiológicos o valorativos, o bien de carácter más bien teleológico, finalista o funcional. Hay que advertir que algunas, como las de la actitud interna, el contacto espiritual con los valores o participación en los bienes jurídicos o la defraudación de expectativas –que aquí no se van a examinar por razones de espacio– no son incompatibles con la mayoritaria concepción normativa de la reprochabilidad, sino que son formas alternativas de darle contenido adicional a la fórmula del poder actuar de otro modo. Por el contrario, concepciones como la de Roxin (especialmente en la segunda parte, la exigencia adicional de responsabilidad) y la funcional o funcionalista de Jakobs –que tampoco podemos examinar aquí– son absolutamente diferentes de la concepción normativa de la reprochabilidad.

## d.i.) Poder actuar de otro modo o libertad de decisión

### d.i.a.) Posiciones que se basan en la afirmación de la libertad de voluntad o de decisión

Según la concepción tradicional y mayoritaria, la culpabilidad como posibilidad de reprochar el hecho al sujeto se basa en la libertad de voluntad, en la libertad de decisión y actuación de ese sujeto en ese hecho concreto o, según lo formula la doctrina alemana mayoritaria, en "el poder actuar de otro modo" (*das anders-handeln-können*) del sujeto, en haber cometido un injusto pese a poder haber cumplido, respetado la norma, o, como fórmula de significado equivalente en alemán, el "poder para ello" o "poder al respecto", el "poder evitarlo y responsabilidad por ello" (*das dafür-können*).

Evidentemente, si el sujeto podía libremente haber decidido actuar de otro modo, de modo lícito y haber actuado así y, sin embargo, actuó cometiendo un ilícito penal, jurídicamente y también jurídico-penalmente se le podrá reprochar subjetivamente ese hecho (a no ser que concurra otra circunstancia de disculpa). Si al contrario, por alguna razón interna permanente u ocasional o externa está excluida la libertad del sujeto al cometer el hecho típico no se le podrá reprochar individualmente esa actuación que no podía haber evitado, no habrá reprochabilidad y, con ello, se excluirá la culpabilidad. Bien porque se parta del indeterminismo y se comparta la posición filosófica y ética de la existencia del libre albedrío en el ser humano, o bien porque, sin entrar en la polémica filosófica indeterminismo-determinismo, se considere que la libertad humana es una premisa normativa de la que parten todos los ordenamientos jurídicos, a no ser que en el sujeto o en la situación concreta haya circunstancias excepcionales que demuestren o pongan seriamente en tela de juicio la anulación o exclusión de su libertad (excepción esta que obviamente hacen ambas fundamentaciones, la del indeterminismo y la de la premisa normativa).

Con cualquiera de esos fundamentos la doctrina penal claramente dominante mantiene que el sujeto actuó libremente al decidir realizar un injusto típico y podía haber actuado de otro modo, o sea, haber evitado infringir la norma, por lo que se le puede reprochar el hecho, mientras que, si por cualquier causa no tenía libertad y no podía actuar de otro modo y respetar la norma, el hecho no le será reprochable.

### d.i.b.) Posiciones que rechazan la afirmación de la libertad de voluntad o de decisión: determinismo, agnosticismo contrario a la reprochabilidad

Desde posiciones contrarias o diferentes se han hecho críticas a la utilización de la libertad como base de la reprochabilidad y la culpabilidad. Por una parte, desde el determinismo que naturalmente rechaza la libertad humana y cree que el hombre actúa siempre determinado por motivos o presiones que no puede evitar ni controlar. Lo anterior sostienen, actualmente, científicos experimentales como representantes de las neurociencias (neurobiología, etc.) quienes señalan que las investigaciones empíricas sobre la estructura y conexiones neuronales entre partes del cerebro indican que no hay decisión libre y consciente en la actuación humana, pues esta viene ya prefijada por procesos neuronales.

Es más, la creencia humana de que decide la libre voluntad dirigida por el yo consciente es un espejismo o autoengaño, porque las investigaciones neurocientíficas afirman que son los impulsos y deseos inconscientes del sistema límbico del cerebro los que realmente deciden unos instantes antes de que los percibamos conscientemente. Si esto es así, para la mayoría de los cultivadores de las neurociencias la libertad de voluntad y decisión es un artificio inexistente, una mera ilusión, no porque no se pueda probar, sino porque se puede probar que no existe.

También se critica, de modo más extendido en la ciencia penal, la aceptación de la libertad desde una posición (el llamado "agnosticismo", que no sabe si hay o no libertad) no determinista, pero que objeta que la libertad de voluntad, el poder actuar de otro modo de un sujeto concreto en el hecho concreto es empírica y científicamente indemostrable y constituye una tesis puramente metafísica, dado que no se puede repetir experimentalmente de manera exacta esa circunstancia histórica concreta de ese hombre en el tiempo y en el espacio para comprobar reiteradamente, si podía decidir de otro modo. Aquello, dado que la vez siguiente el sujeto ya no sería exactamente igual, pues tendría la experiencia de la vez anterior y lo sucedido después y las circunstancias no serían idénticas.

La acusación es, entonces, que los partidarios del poder actuar de otro modo no afirman la comprobación de la libertad del sujeto concreto en el acto concreto, sino que se limitan a constatar que el sujeto habría podido obrar de otro modo con la necesaria fuerza de voluntad "de acuerdo con sus disposiciones y aptitudes generales", que en las circunstancias concretas "otro en su lugar" habría podido, o hacer "una comparación con el comportamiento que la experiencia nos muestra de aquellos hombres que se encontraron en la misma situación", o que el derecho parte de la posibilidad de empleo de fuerza de voluntad y disposición "del término medio", del "poder de la persona media que existe conforme a experiencia" o capacidad de la "mayoría de las personas". Se critica ese proceder diciendo que no se puede basar un reproche al sujeto en las capacidades que posiblemente otros tengan, pero no tiene, o no se sabe si tiene el sujeto y que para la culpabilidad si se presupone un fenómeno empírico que, por principio, no puede constatare. Ello debería conducir a la absolucón en virtud del principio in dubio pro reo.

## d.i.c.) Respuestas al rechazo de la libertad como base de la culpabilidad

**d.i.c.1.** A las críticas contra la aceptación de la libertad como base de la culpabilidad se les ha dado las correspondientes respuestas. En primer lugar, existe igual indemostrabilidad empírica del determinismo, de la falta de libertad humana que aquella de la que se acusa a la aceptación de la libertad. Aclaro ya de entrada, que es por la misma razón. Se destaca que es equivocado aceptar que la última palabra sobre las peculiaridades del comportamiento humano y social la tienen las apreciaciones de los científicos naturales o experimentales, como hoy ocurre, por ejemplo, con ciertas afirmaciones de representantes de la neurobiología, por lo demás sectoriales y parciales, unilaterales, en el sentido de que el movimiento humano de ningún modo es causado por un acto consciente de voluntad, por una decisión, sino que está fijado y determinado previamente por procesos neuronales de determinada parte del cerebro.

Esto supone, dice Hassemer, el error categorial de muchos biólogos humanos arrogantes de estar convencidos de que sus resultados demuestran la falsedad de la posibilidad del libre albedrío y responsabilidad, con vulneración de un principio de la teoría del conocimiento y de la ciencia: que toda ciencia solo ve aquello a lo que sus instrumentos le permiten el acceso y lo que pertenece al instrumental de una ciencia queda determinado en función de su objeto formal. De modo que, si una ciencia actúa fuera del ámbito que le resulta accesible, confunde las cosas y las categorías y crea caos. Eso es lo que sucede cuando se niega que los seres humanos puedan ser responsables de lo que hacen. Elimina con ello una pieza clave no solo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de nuestro mundo, vulnerando el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas.

La base de ese reconocimiento es la expectativa recíproca de que nuestros congéneres no nos ven como un sistema compuesto por huesos, músculos y nervios, sino que nos perciben también como persona y se conducen en función de esa percepción". Pero aún hay más. El propio impulsor de estas tesis de la neurobiología, Libet, acaba destacando que la voluntad consciente puede bloquear el impulso surgido de procesos neuronales inconscientes: "la voluntad consciente influye el resultado del proceso de voluntad, aunque este último fue introducido por procesos cerebrales inconscientes" y concluye que tan indemostrado está el determinismo, como el indeterminismo.

Además, se argumenta que la aceptación de la libertad de voluntad como base de la culpabilidad tiene, por un lado, fundamento empírico y, por otro, un decisivo fundamento normativo y constitucional. En efecto, la aceptación de la libertad de decisión y actuación humana, excepto en casos de perturbación o situaciones excepcionales corresponde, por una parte, a la común experiencia humana cotidiana, porque de modo incontestable la inmensa mayoría de los humanos se viven, se sienten, se ven y se consideran a sí mismos y a los demás (la llamada "imagen del hombre") como capaces en circunstancias normales de decisión libre, de elegir entre posibilidades de acción y, por ello, como seres responsables de sus actos.

Esto debido a que "la autocomprensión natural del ser humano normal se basa en esta conciencia de libertad", porque la libertad de voluntad, en palabras de Schünemann, es "una parte de la llamada reconstrucción social de la realidad y pertenece a un sector especialmente elemental, al menos, de la cultura occidental". Además, coincidentemente con ello, las investigaciones de la moderna antropología y psicología, comparando la conducta humana con la animal, ponen de manifiesto que el hombre con el desarrollo de su razón, valores y conciencia ética es capaz de controlar sus impulsos e instintos mediante su inteligencia y voluntad y, por ello, no hay determinación biológica general del hombre.

Por otra parte, se destaca la regulación jurídica absolutamente universal que parte de la libertad y responsabilidad de los hombres, de esa misma "imagen del hombre" como ser libre que los humanos tienen de sí mismos. La negación de la libertad y de la responsabilidad personal derivada de su uso sería perturbadora y disfuncional, de consecuencias catastróficas para la so-

ciudad y el derecho, puesto que, sería muy difícil o, incluso imposible, que la organización social y el derecho pudieran funcionar sin partir de la libertad de actuación de los hombres en circunstancias normales y la consiguiente exigencia de responsabilidad a los mismos. La educación y los mecanismos de contención no funcionarían si las personas supieran que no se les va a considerar seres libres y responsables de las infracciones que cometan: "una ordenación razonable de la vida social humana no es posible sin la concesión recíproca de libertad".

Por eso, se afirma con unos términos u otros ante la premisa o aserción normativa o suposición, presuposición o presunción normativa y constitucional de libertad (basada, como el principio de culpabilidad, en elementos o valores constitucionales como la dignidad –incluso ahora Mir Puig–, el libre desarrollo, la personalidad, la justicia, etc.). Pero esta aserción normativa también tiene, como se acaba de ver, base fáctica, empírica, antropológica y sociológica y que, por eso, el derecho no puede desconocer. Obsérvese que, de este modo, se parte de la premisa de que hay libertad en todos los hombres, obviamente mientras no haya circunstancias excepcionales que la anulen en el hombre concreto. De modo que se afirma, normativamente, también la libertad del sujeto concreto al realizar y ya no hay que decir que se afirma por lo que otros en su lugar, o el término medio, etc., habrían podido hacer. Anticipo que esta posición y estas fundamentaciones me parecen las más convincentes y son las que comparto.

Otra posible crítica que, en efecto, han hecho algunos consiste en que aunque se admitiera la libertad o el poder actuar de otro modo es insuficiente o inexacto como fundamento de la culpabilidad, puesto que, hay muchos casos en que no se declara culpables a personas que sí eran capaces de actuar de otro modo, o sea, que no tienen excluida la libertad, ya que se les exculpa por situaciones de inexigibilidad o consideraciones normativas. Sin embargo, esta crítica no es decisiva. La libertad no es el fundamento único de la reprochabilidad, aunque si necesario para la misma. De modo que ciertamente, en algunos casos, podrá no ser reprochable ni, por tanto, culpable la actuación de una persona, pese a que, en pureza, sí tenía libertad para haber actuado lícitamente en vez de ilícitamente, si por otros motivos de dificultad situacional se le podía disculpar (es decir que, aparte de la no libertad, puede haber otros fundamentos para la exculpación), pero lo que no podrá haber es reprochabilidad y culpabilidad si el sujeto carecía de libertad en el caso concreto.

**d.i.c.2.** Es discutible si la libertad de decisión o poder actuar de otro modo es un criterio normativo u ontológico-fáctico. Para quienes por razones religiosas o solo racionales y éticas toman partido en la polémica filosófica a favor del indeterminismo, el libre albedrío humano será una realidad innegable que pertenece al mundo del ser y, por tanto, una categoría ontológica, pero que, eso sí, permite una valoración normativa como es la reprochabilidad de la conducta injusta libremente realizada. En cambio, para las fundamentaciones crecientes en la actualidad que, como hemos visto, parten de una atribución jurídica de libertad basada también en la convicción y atribución social de la misma, la libertad de actuación es un criterio claramente normativo o un criterio mixto empírico-normativo.

i. Accesibilidad a la norma como culpabilidad. Responsabilidad (prevención general y especial) además de culpabilidad: Roxin

Por la importancia e influencia de las posiciones de Roxin en la ciencia penal, hago referencia separada a las mismas en cuanto a su formulación de la accesibilidad normativa sin detenerme, en cambio, en la segunda categoría de la "responsabilidad" que propone y que no afecta al objeto de este trabajo. Por la misma razón se prescinde aquí de la importante concepción de Jakobs.

- Posiciones iniciales

Después de haber sido durante mucho tiempo muy crítico con la concepción tradicional de culpabilidad como reprochabilidad basada en el indemostrable poder actuar de otro modo, acorde con el indeterminismo y usada como fundamento de la pena (sobre todo si se concibe como retributiva), acaba aceptando como límite de la pena esa misma culpabilidad basada en

la libertad. Eso sí, fundamentada de modo no indeterminista, basada en el dato empírico de la convicción social universal de la libertad de los hombres y en la suposición, premisa o aserción normativa y constitucional de libertad. Roxin, ya en su *Kriminalpolitik* de 1970 anticipa una nueva posición, la de que en la categoría llamada culpabilidad lo que realmente cuentan son los principios político-criminales de la teoría del fin de la pena: la prevención general y la especial, cuya necesidad se excluye cuando hay situaciones de inculpabilidad.

En su trabajo "'Culpabilidad' y 'responsabilidad' como categorías sistemáticas jurídico-penales" de 1974 desarrolla su tesis sosteniendo que la culpabilidad basada en ese poder actuar de otro modo (que en otros trabajos ha fundamentado empírico-normativamente) y que admite, sin embargo, que se puede dejar de lado y al final no es decisiva, ya que, aunque en el caso concreto se parta del poder actuar de otro modo, siempre se podrá negar la necesidad jurídico-penal de sancionar o, visto afirmativamente, "lo decisivo es que el legislador desde puntos de vista jurídico-penales quiera hacer responsable al autor de su actuación". Esta cuestión se dilucida dentro de otra categoría que denomina "responsabilidad" (*verantwortlichkeit*), por lo que añade: "por ello ya no hablaré a continuación de culpabilidad sino de responsabilidad". Para determinar si hay responsabilidad se examina en las diversas eximentes de la misma si, aunque haya culpabilidad, no hay necesidad de pena a efectos de los fines político-criminales de la pena, a efectos de prevención general y especial.

El autor va argumentando cómo no se da esa necesidad de pena ni para la prevención general (entendida unas veces como evitación del mal ejemplo y otras como aceptación social del derecho) ni para la especial tanto en eximentes legales como el estado de necesidad disculpante, los supuestos de inimputabilidad, el error de prohibición inevitable, o el exceso de la legítima defensa por turbación, terror o espanto, a principios regulativos como la inexigibilidad o la insignificancia en delitos imprudentes y a causas supraleales de exclusión de la "responsabilidad" como en los casos de "eutanasia" de algunos pacientes para preservar al resto del exterminio nazi o en la omisión de socorro, consistente en la transfusión sanguínea por motivos de conciencia. Posteriormente, va reformulando en diversos trabajos la relación entre culpabilidad y "responsabilidad" y, sobre todo, llega a admitir claramente la culpabilidad bajo la fórmula de "accesibilidad normativa" que ahora examinamos.

- Posición actual

En su formulación actual desarrollada en su tratado, Roxin hace una síntesis de los conceptos "culpabilidad" y "responsabilidad" que unas veces aparecen separados, pero en su concepción global el primero es integrante del segundo. En cualquier caso, para la "responsabilidad" jurídico-penal, en sentido amplio, considera necesarias primero la "culpabilidad" basada en la accesibilidad o apelabilidad normativa y, segundo, la "necesidad preventiva de sanción penal", "necesidad preventiva de pena" o "necesidad de prevención", lo que también se puede denominar "responsabilidad" en sentido estricto –puesto que aquí se trata de las "causas de exclusión de la responsabilidad"– como categoría determinada por la necesidad preventiva de pena (más exactamente, por no faltar las necesidades preventivas de pena).

Aquello lo empezó a sostener en 1970 y lo fue desarrollando en el examen de las diversas causas de "exclusión de la responsabilidad", que son las usualmente llamadas causas de exculpación o disculpa. Así, Roxin ahora ya acepta, sin reticencias, como primer requisito la culpabilidad, entendida como accesibilidad normativa basada en la libertad de determinación y actuación como aserción normativa.

- Accesibilidad normativa como culpabilidad

Según el criterio de Roxin, culpabilidad es "actuación injusta pese a la existencia de accesibilidad normativa". Según esto, la base o fundamento material de la culpabilidad es la accesibilidad normativa o accesibilidad a la norma (normative Ansprechbarkeit, término formulado por primera vez por Noll, en otras posibles traducciones abordabilidad, apelabilidad, reclamabilidad por la

norma o normativa, por tanto, accesibilidad por la norma desde una perspectiva: el sujeto es accesible, apelable, abordable por la norma; accesibilidad a la norma desde una segunda perspectiva: la norma es accesible para el sujeto, puede acceder a ella), es decir, que el sujeto "según su constitución espiritual y anímica estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma", que "(aún) le eran psíquicamente accesibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma", que "la posibilidad psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones, existía en el caso concreto".

En este sentido, indica que "no se trata de una hipótesis indemostrable [sobrentendido: como la libertad], sino de un fenómeno científico empírico", como prueban la psiquiatría y la psicología. Pero Roxin añade que la accesibilidad normativa y consiguiente culpabilidad "parte de" la base de que "el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma", porque "se le trata como libre", o sea, porque hay una "suposición de libertad", que "es una aserción normativa" o premisa, suposición o disposición normativa. Ya hemos visto que, aunque sigue señalando que la libertad en el caso concreto es indemostrable experimentalmente, la fundamenta doblemente: en el dato empírico-sociológico de la aceptación y convicción social general de la existencia de libertad, en la que descansa la organización social, y en la recepción jurídica y constitucional casi universal de esa convicción. Con esto, su concepción es predominantemente normativa, aunque también con fundamentos empíricos, por tanto, mixta empírico-normativa.

Hay que subrayar que la accesibilidad "parte de la libertad", por tanto, accesibilidad a la norma no significa solo que el sujeto puede conocer y comprender el mandato, normalmente prohibición, de la norma penal y percibir la prohibición y la amenaza de pena como posible motivación de su conducta, pero sin que ello signifique afirmar que el delincuente podía decidir conforme a la motivación normativa (porque se cree que no o no se sabe), sino que significa además que el sujeto normal puede, es libre de, si quiere, determinarse según la norma, es decir, decidir y actuar de otro modo a como actuó, actuar de modo lícito en vez de ilícito. Por tanto, la accesibilidad normativa de Roxin equivale materialmente al criterio de la libre capacidad de autodeterminación.

En una estimación de conjunto de toda la construcción de Roxin merece valoración positiva que haya llegado a la posición de admitir con claridad la culpabilidad. Su criterio material de la accesibilidad normativa o apelabilidad normativa es una interesante aportación al entendimiento del funcionamiento de los mecanismos de la capacidad de determinarse por las normas. Además, que base culpabilidad y accesibilidad en la libertad de voluntad como categoría socialmente aceptada y como aserción normativa y que considere que la culpabilidad no solo es límite, sino también fundamento de la pena. Solo no me parece compatible su tesis de reducir la culpabilidad a la accesibilidad normativa y no considerar terminológica o conceptualmente que se puede seguir hablando de exclusión de la culpabilidad en las eximentes que trata como excluyentes de la responsabilidad. En efecto, la cuestión es más discutible en cuanto a su nueva categoría de la "responsabilidad", cuestión que aquí no vamos a tratar.

### 3. Posición personal: reprochabilidad jurídica-penal individual y valoraciones normativas

#### 3.1. La reprochabilidad jurídica-penal individual y sus bases

En mi opinión –abandonando la posición que mantuve en obras anteriores de basar la culpabilidad, concebida de modo neutro como responsabilidad personal, exclusivamente en la motivabilidad normal y en la no necesidad de prevención general ante la inculpabilidad–, es correcta la mayoritaria concepción normativa de la culpabilidad, entendiendo esta como reprochabilidad jurídica-penal individual del hecho típico. Lo primero que hay que destacar es que el concepto no está impregnado, como a veces se afirma, de una indeseable connotación moralizante y menos metafísica o religiosa. Se trata de reprochabilidad jurídica desde valoraciones jurídicas y, concretamente, jurídica-penal (reprochabilidad que tiene incluso su confirmación en el derecho positivo español dentro de la LORPM), porque se trata de si al sujeto se le puede reprochar y si lo

merece, desde la perspectiva penal, la comisión de un hecho como delictivo. Naturalmente que se le puede formular un reproche social y jurídico al sujeto por haber cometido un hecho criminal, delictivo si es responsable de ello.

Por lo demás, no se puede desconocer que, ciertamente, el reproche jurídico-penal y social de ser responsable de un delito implica también, generalmente, una connotación de reproche ético, ya que, aunque no todas las conductas inmorales son ilícitos jurídicos ni menos ilícitos penales, a la inversa, la gran mayoría de las conductas delictivas si están bien seleccionadas por su dañinidad social. Son, al tiempo, conductas inmorales atentatorias contra la ética social. Tal reprochabilidad jurídica-penal individual se basa en la libertad de decisión y actuación del sujeto, en su posibilidad de acceder a las normas y de determinarse normalmente por ellas y en la exigibilidad penal individual basada en valoraciones normativas que no hagan comprensible, explicable o disculpable su infracción en la situación concreta.

### **3.2. Libertad: fundamento empírico y normativo. Libertad como presupuesto volitivo de la posibilidad de determinación por la norma**

#### **3.2.a. La aceptación de la autoconvicción social de la libertad de decisión de los humanos salvo en condiciones anormales**

En cuanto a la libertad de decisión y actuación conforme a lo decidido o poder actuar de otro modo, lo que abreviadamente se denomina libertad de voluntad, que constituye el presupuesto volitivo de la posibilidad humana de determinación por la norma, es decir, de que la voluntad consciente del hombre tiene capacidad de elegir entre posibilidades y, concretamente, en el caso del delito, de controlar sus impulsos y condicionantes, de frenar y reprimir sus tendencias e intereses antisociales e ilícitos y, por tanto, de motivarse y determinarse conforme a la norma penal, aunque haya optado por infringirla, cabe decir lo siguiente:

Si empíricamente no es verificable la libertad de un ser humano en el hecho concreto, pero exactamente igual que tampoco lo es la hipótesis del determinismo de que el hombre obra siempre sin libertad, totalmente determinado por causas o motivos que no controla y si los pretendidos intentos de comprobación científica de la falta de libertad humana son inadecuados, precisamente, por querer tratar la realidad humana y social como si fuera un fenómeno de la naturaleza, entonces, resulta más convincente y adecuado, en el campo de la valoración y regulación jurídico-penal de la actuación humana en sociedad, partir de la base de la que parten tanto la sociedad, la inmensa mayoría de los humanos, así como las normas sociales y jurídicas de modo prácticamente universal. Partir de que el ser humano maduro y mentalmente sano en situación normal tiene libertad para decidir y actuar de un modo u otro, cumpliendo las normas o infringiéndolas y, por eso, es responsable en caso de infracción.

Además, hay que destacar que la discusión sobre si no es demostrable la libertad de voluntad se suele plantear pensando en crímenes o delitos muy graves como los de sangre, violentos o los delitos sexuales donde, ciertamente, puede surgir la duda de si el hecho no ha sido determinado más bien por impulsos inconscientes o incontrolables que por la voluntad consciente. Efectivamente, a veces se da excepcionalmente una situación anómala que puede excluir o disminuir la culpabilidad.

Pero, aunque esto no se suele destacar en la discusión resulta bastante fuera de lugar dudar de la libertad de decisión del sujeto en la mayoría de los delitos de mediana o menor gravedad, como fraudes, falsedades, delitos fiscales, medioambientales, urbanísticos, corrupción de funcionarios como cohecho o tráfico de influencias etc., en los que no tiene sentido hablar de impulsos inconscientes o incontrolables como motivación de la actuación, sino que es evidente que esta responde a cálculos e intereses egoístas y, por tanto, a decisiones racionales. Por lo que, resulta totalmente inadecuado y hasta ridículo plantear en ellos la tesis de que no es cierto o, al

menos, no es demostrable que sus autores fueran libres para haber podido dejar de cometer el delito y, por tanto, no les sea reprochable.

#### **3.2.b. Respuesta a las posiciones deterministas y, en particular, a las tesis mayoritarias en las neurociencias**

Es cierta la indemostrabilidad empírica mediante experimentos del libre albedrío de alguien concreto. Es irreplicable la situación del sujeto en el momento del hecho y no se puede reproducir después, exactamente igual, para comprobar si alguna otra vez decide reaccionar de otra manera. Esto porque ya tiene experiencia, memoria, conocimiento y valoraciones previas de la situación anterior, pero además porque ser humano tiene inteligencia y razón y no sabemos si su valoración y ponderación de lo último sucedido pesará como un motivo más. Pero es que eso mismo es lo que impide comprobar experimentalmente la determinación necesaria y automática de la actuación del hombre como pretende el determinismo.

En efecto, no se puede repetir una vez tras otra, como en los experimentos de laboratorio, exactamente la misma situación del sujeto cuando cometió el hecho para comprobar si esta vez reacciona idénticamente e inferir de ahí que no podía actuar de otro modo. Pues la situación humana nunca será la misma, dado que el individuo cada vez tiene la experiencia de lo anterior y sus consecuencias, ha podido valorarlo y ha tenido otras experiencias en el intervalo. Además, la comprobación segura de la hipótesis determinista exigiría tener la comprobación no en un sujeto concreto, o en unos cuantos a modo de muestra sociológica, sino en la totalidad de los humanos y eso es imposible.

Por otra parte, no se puede admitir en absoluto una pretendida validez universal de parciales y aislados experimentos de las neurociencias sobre los impulsos neuronales, máxime cuando, en gran parte, se producen en comprobaciones con patologías o incluso daños cerebrales y menos la validez de las inferencias que, de ellos, se quieren extraer de que solo las capas profundas neuronales determinan realmente el actuar humano y le imponen totalmente su decisión a la parte cerebral donde radican la conciencia y voluntad. Con lo que toda la percepción que los humanos tenemos de que en una situación normal elegimos y decidimos consciente y voluntariamente no sería más que un espejismo o una vana ilusión.

Por eso, el determinismo se remite como argumento de peso no a la comprobación empírica, sino a la validez universal de una ley natural, la ley de la causalidad. Así, dice Mir Puig que "resulta imposible demostrar científicamente la existencia de la pretendida desvinculación de la voluntad humana de la ley de la causalidad, según la cual todo efecto obedece a una causa". En consecuencia, sostiene, como vimos, el "postulado determinista según el cual nadie pudo actuar de otro modo a como lo hizo". En las neurociencias se afirma lo mismo. Así, sostiene Singer que, dado que las neurociencias proporcionan crecientemente pruebas convincentes de que los cerebros humano y animal apenas se diferencian y que su evolución, su constitución y sus funciones obedecen a los mismos principios. De este modo, puesto que, no tenemos razones para dudar que, en el caso de los animales, todo comportamiento está completamente determinado, descansa en funciones cerebrales y, por consiguiente, está sometido a las leyes deterministas de procesos psicoquímicos, la afirmación de la dependencia material del comportamiento debe valer también para los seres humanos.

Sin embargo, esta pretendida cuasi-igualdad de los cerebros animales y el humano no se basa en pruebas irrefutables y comprobadas en todos los humanos en comparación con todos los animales (¿incluyen, por ejemplo, las formas menos desarrolladas?), ni tampoco en una argumentación lógica incontestable, sino que más bien se basa en un prejuicio firmemente asentado en muchos de estos científicos experimentales. El prejuicio de que nada en el mundo, ni las fuerzas de la naturaleza, ni los animales, ni los humanos pueden sustraerse a las leyes de la causalidad (ciega) y, por tanto, ningún ser puede obrar de modo distinto a como lo hace por estar determinado a ello por causas que no controla, es decir, la tesis del determinismo. Pero ocurre que, aun-

que por supuesto que otros motivos, impulsos y condicionantes previos y actuales influyen en el actuar humano, este cuenta también con un factor que no concurre en los fenómenos naturales o en los movimientos animales: la voluntad racional, con la libertad de elección y decisión por la misma. Esta también puede ser causa y la causa decisiva y determinante del acto humano como efecto de tal causa.

Los seres humanos, a diferencia de los restantes animales y de las fuerzas naturales, al tener inteligencia y razón, además de poseer, salvo perturbaciones o desviaciones graves, también conciencia moral, que les hace valorar el significado de los actos como bueno o malo, han desarrollado la capacidad de sustraerse a la ley causal ciega de la naturaleza, incluyendo, en gran medida, a sus instintos e impulsos profundos y a su disposición y modo de ser, de poder, por el contrario, controlar la naturaleza y dominarla cada vez en mayor medida, de poder valorar tanto utilitaria como moralmente y de poder elegir y decidir entre posibles efectos, tanto en lo cotidiano y menos importante, como en lo más importante y trascendente.

Esto es algo que, efectivamente, comprueban hace mucho tiempo tanto la antropología como la psicología, de modo, por cierto, totalmente coincidente con la convicción social absolutamente dominante y constatable sociológicamente. A saber, que el aparato psíquico-espiritual humano posee junto a pasiones, instintos, impulsos incluso inconscientes, con su fuerza (que a veces puede ser patológica y excesiva), una instancia consciente. Lo que el psicoanálisis denomina el "yo". En donde radica la inteligencia, la consciencia de los valores, la voluntad y su capacidad de control de los impulsos y deseos y de elegir y decidir la actuación. Poco a poco, se va descubriendo trabajosamente las partes cerebrales en que se asienta la posibilidad física de esos procesos psíquicos, pero lo que es comprobable de modo totalmente general es que en los sujetos normales y en circunstancias no anormales, la voluntad consciente tiene capacidad de controlar los impulsos y de decidir lo que prefiere.

La libertad de decisión consiste en la capacidad, que se va adquiriendo progresivamente en el proceso de maduración, educación y socialización, de ser, gracias a la capacidad racional de motivación y autocontrol, dueño de los propios actos –naturalmente dentro de límites de lo humanamente factible–, en vez de un mero juguete de las circunstancias, de los impulsos inconscientes y demás condicionantes. Salvo cuando concurren condiciones o circunstancias totalmente anormales que impiden o perturban dicha capacidad de la voluntad consciente. Este dominio de los propios actos y control de los impulsos y emociones profundas es algo que, como es sabido, se puede adquirir paulatinamente con el uso de medios como fármacos o sustancias, o de diversas técnicas de ayuda psicofisiológica como terapias y entrenamiento de conducta, yoga, meditación profunda o introspección.

Por ello, es esencialmente correcto el planteamiento doctrinal del fundamento mixto: empírico –sociológico, antropológico y psicológico– y normativo de la libertad humana como base de la culpabilidad. De ese modo, se puede prescindir de la no demostrabilidad mediante experimentos o mediante comprobaciones físico-químicas-biológicas de la libertad o no libertad de todo y cada hombre en cada actuación concreta. Hay que volver a insistir, un siglo después, en algo que puso de relieve la concepción neoclásica del delito basándose en aportaciones del neokantismo y la filosofía de los valores, a saber, que el método de las ciencias naturales (aparte de la matemática, la experimentación física, química y derivados biológicos, fisiológicos etc.) no es adecuado para comprender los objetos de los que se ocupan las "ciencias del espíritu", o sea, las ciencias humanas y sociales.

Esa corriente destacó que hay que tener en cuenta peculiaridades humanas y sociales, entre otras cosas, valores, elementos de sentido y normativos. Como destaca certeramente Roxin, se puede prescindir también de tomar partido a efectos de culpabilidad en la polémica indeterminismo/determinismo, respecto de la cual en el campo filosófico y teórico-cognoscitivo, cada uno se inclinará por lo que le parezca más convincente. Esto, a efectos de la convivencia de los hombres en sociedad y, por tanto, a efectos de resolver un problema humano-social como la culpabilidad por el delito. Toman partido a favor de la existencia de la libertad de decisión y ac-

tuación, por una parte, la propia sociedad y su convicción, apoyada por ciencias humanas y, por otra, el derecho.

### 3.2.c. Base en la autoconvicción social de la libertad de decisión humana y su aceptación por las ciencias humanas y sociales

En efecto, por una parte tienen razón todos los que afirman que la aceptación en circunstancias normales de la libertad de la voluntad de las personas para decidir y actuar se basa empíricamente de entrada en la conciencia, percepción, experiencia y convicción prácticamente universal de los humanos de que, aun teniendo condicionantes por su modo de ser, circunstancias, impulsos o pasiones, los hombres en circunstancias no excepcionales o anormales, usando su razón y teniendo en cuenta su conciencia o su conveniencia, son capaces no solo de acceder a las normas, conocerlas, comprenderlas y motivarse por ellas, sino también capaces y libres para controlar con su voluntad consciente sus impulsos, tendencias o preferencias y para decidir actuar de un modo u otro.

Esa convicción y experiencia humana se reflejan en las pautas, normas sociales y organización de la vida comunitaria, que reconocen y respetan a los individuos como personas con su dignidad, precisamente, porque se los reconoce como seres libres y con la responsabilidad que de ahí se deriva (lo que luego tiene su correlato y reflejo en la normación jurídica). Pues, por una parte, la educación y los mecanismos sociales y jurídicos de contención de hechos gravemente antijurídicos no funcionarían si las personas supieran que no se les va a considerar seres libres y responsables de las infracciones que cometan, lo que tendría un efecto catastrófico tanto para las exigencias de justicia, como para la eficacia mínima de la prevención general (de intimidación y de respeto y convicción) como medio de protección de bienes jurídicos.

Es más, la mayoría de los delincuentes, especialmente, los autores de los delitos más graves como asesinos, genocidas, terroristas, violadores, etc., estarían muy satisfechos, se burlarían y se crecerían ante el panorama de una sociedad y un ordenamiento que consideraran que con seguridad o posiblemente los "pobres" no actuaban libremente al delinquir y, por ello, no se les podía reprochar nada ni considerarlos culpables, responsables, sino que, a lo sumo, habría que ponderar si aplicarles una medida de seguridad. Por otra parte, si por el contrario, precisamente para evitar ese efecto desastroso, se exigiera responsabilidad penal de todos modos a personas no consideradas como libres en su actuación, los ciudadanos no entenderían ni aceptarían como justa la exigencia de la responsabilidad más grave si se aplicara a seres que no podían actuar de otro modo, o de los que no sabemos si podían actuar de otro modo.

Por último, sobre las valoraciones y convicciones sociales hay que añadir que, igual que los propios delincuentes no entenderían y se burlarían de ello, la misma incompreensión absoluta, pero, en este caso, con rechazo social activo, se produciría en la sociedad ante un sistema social y jurídico que, de modo general, no considerara libres y responsables de sus delitos a los delincuentes por muy normales que sean y que, se abstuviera por ello, de reprocharles penalmente sus delitos (y reaccionara a lo sumo en algunos casos de peligrosidad con medidas de seguridad neutras). Ello produciría indignación en el caso de los delitos más graves, pero también habría una total incompreensión social en el caso de la mayoría de los delitos medianos y menos graves, pues, como hemos visto, en ellos, socialmente (desde las concepciones valorativas, éticas y jurídicas de la sociedad), se consideraría hasta ridículo negar la libertad de decisión de los que los cometen.

Por todo ello, tales premisas de existencia de libertad de decisión y capacidad de control de sus actos en las personas normales son indispensables para el funcionamiento de la organización social y normativa que conocemos. Todo esto, es no solo susceptible de una elemental verificación sociológica, sino que la aceptación de la libertad está corroborada coincidentemente por las indicadas comprobaciones de la antropología y la psicología sobre las peculiaridades del actuar humano.

### 3.2.d. La libertad como base de las normas constitucionales y jurídicas

Por otra parte –esto es decisivo–, todos los ordenamientos jurídicos minimamente avanzados, históricamente y desde luego en la actualidad parten de la libertad de decisión y actuación y de la consiguiente responsabilidad de los seres humanos normales en circunstancias normales. Tienen esa posición, precisamente, coincidiendo con y basándose en el abrumador dato sociológico de las percepciones, convicciones y necesidades sociales, de los humanos y en la confirmación por los indicados datos antropológicos y psicológicos. Aquello tanto más en los ordenamientos jurídicos de supremacía constitucional y orientados al Estado de Derecho, como son los del modelo occidental, en que se consagra a la libertad como un valor constitucional superior, quizás el inspirador de todo el edificio constitucional y jurídico.

La Constitución Española (CE) de 1978 no solo parte, como se suele destacar con más frecuencia, en el artículo 10.1 de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes –lo que, indudablemente, presupone libertad y responsabilidad como reverso y por eso ese precepto conecta la dignidad con el libre desarrollo de la personalidad (ya que el ser humano posee dignidad inviolable y tiene valor único en sí mismo precisamente porque, a diferencia de otros objetos y seres, tiene razón, conciencia y libertad de voluntad), y se inspira también (art. 1.1 CE) en el Estado de Derecho, la justicia y la igualdad, en los que muchos quieren basar el principio de culpabilidad–, sino que está presidida e impregnada en sus pilares esenciales precisamente por la libertad. Nada menos que el artículo 1.1 CE consagra la libertad como primer valor superior del ordenamiento jurídico, junto con la justicia y la igualdad (y el pluralismo político) pero antes que ellas.

Así, el artículo 9.2 reconoce “la libertad e igualdad del individuo” y exige crear las condiciones para que sean reales. El artículo 10.1 reconoce la dignidad de la persona y el “libre desarrollo de la personalidad” como fundamentos del orden político y la paz social. El Capítulo II, Sección. 1.ª del Título I se dedica a los derechos fundamentales y “libertades públicas”, entre las cuales, se protege, en el artículo 17, obviamente la “libertad” genérica, no solo la libertad ambulatoria, sino toda la libertad de decisión y actuación, al igual que en los artículos 16 y 20, otras facetas básicas de la libertad personal, como son la libertad de conciencia y la libertad de expresión e información, etc.

Por su parte, los Códigos Penales, entre ellos el español, recogen títulos de delitos contra la libertad en general y contra otras facetas específicas de las libertades. La libertad que se reconoce, consagra y protege constitucional y jurídicamente comprende todos los aspectos o facetas de la misma, no solo la libertad externa o ausencia de coacción o presión exterior sobre el hombre, en sus relaciones con otros y con el poder público, sino ya la propia libertad interna del ser humano, su libertad para decidir y actuar como quiera.

Es más, es evidente que el Código Penal español acoge la concepción de que el sujeto que delinque podría si quisiera haber actuado conforme a derecho, cuando en las causas de inimputabilidad del artículo 20, 1.º y 2.º, anomalía psíquica o trastorno mental transitorio e intoxicación plena por alcohol o drogas, el requisito de la exclusión de culpabilidad por esas causas es que el sujeto “no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión” o que la intoxicación “le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. Lo que sensu contrario implica que fuera de esas circunstancias sí puede actuar de otro modo.

### 3.2.e. La libertad como aserción normativa o axioma normativo

La libertad o poder actuar de otro modo de los hombres es, por tanto, como vimos que la define Roxin, no solo una suposición, disposición o premisa normativa, sino una “aserción normativa”, es decir, según el significado de aserción, una “proposición en que se afirma o da por cierto algo” por parte de las normas jurídicas empezando por las constitucionales. Se afirma o da como cierta, precisamente, por la evidencia del dato sociológico y antropológico de la convicción y autocon-

ciencia de los humanos como seres libres y responsables en condiciones normales y de que solo eso les permite considerar justa la exigencia de responsabilidad y castigo a los infractores como delincuentes.

Además, por razones tanto de la organización y normas sociales, así como de las más elaboradas normas jurídicas que afirman la libertad y responsabilidad de las personas salvo que se demuestre lo contrario en casos excepcionales. Si esa aserción normativa se basa en datos evidentes, entonces, la afirmación como regla de la libertad de decisión es para el derecho, realmente, un axioma normativo puesto que, es una “proposición tan clara y evidente que se admite sin necesidad de demostración”.

En efecto, el Código español, como generalmente los Códigos penales, no exigen para la responsabilidad por delito que se compruebe o demuestre positivamente en cada caso la libertad de voluntad del sujeto en el hecho concreto, máxime cuando el concepto legal de delito (artículo 10 CP) no requiere expresamente la culpabilidad, sino que se parte de la premisa de libertad como regla que no hay que probar y solo se excluye negativamente la responsabilidad en el artículo 20, 1.º a 3.º y 6º CP (como en el § 20 StGB), por ausencia de culpabilidad, en circunstancias excepcionales o eximentes que permiten comprobar la exclusión o gravísima perturbación de la libertad del sujeto en el caso concreto, como algunos casos de perturbación psíquica o en el miedo insuperable (ello aparte de las causas de exculpación con el fundamento más laxo de la inexigibilidad individual), o se atenúa la culpabilidad en casos de disminución comprobable de la libertad de actuación.

Siendo así, desde una perspectiva probatoria, sobre todo procesal, también podría decirse que la libertad de la persona en condiciones normales es una presunción *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario. Mientras cuando se tiene en cuenta a todos los sujetos posibles, incluyendo a los que puedan estar en condiciones anormales personales o situacionales, sería una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario.

### 3.2.f. Base de culpabilidad también en otros principios y valores constitucionales

Basada así, en el reconocimiento constitucional y jurídico de la libertad de actuación y sus facetas y en el libre desarrollo de la personalidad, la reprochabilidad individual se fundamenta también, por supuesto, en los principios constitucionales de justicia, igualdad (art. 1.1 CE) y dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Con ello, la culpabilidad como reprochabilidad individual descansa en el conjunto de valores y principios que suponen los cimientos del sistema constitucional.

Se basa en la justicia porque imponer una sanción tan grave como la pena criminal solo es justo si el agente tenía libertad para no haber cometido el hecho típico, pero sería injusto si no era libre. Así lo percibe además, la conciencia social. Se basa en el principio de igualdad porque no pueden ser tratados igual quienes están en situación, tan esencialmente, distinta al cometer el hecho como los que tenían libertad para actuar de otro modo y los que carecían de ella, de modo que, ni sería adecuado igualar los culpables a los inculpables no imponiéndoles penas, ni por supuesto a la inversa, imponer penas a los inculpables como si fueran culpables. No se olvide que si se considerara no libres a todos los humanos aunque sean normales y maduros, lo coherente sería no declararlos responsables e imponerles solo medidas de seguridad cuando haya necesidad preventivo-especial, pero entonces, injustamente, se estaría tratando igual a los normales que a los inimputables u otros sujetos claramente inculpables.

Se basa en la dignidad de la persona, primero, porque la persona es digna precisamente en cuanto ser libre, además de tener conciencia y ser racional; y, segundo, porque como tantas veces se destaca, solo se respeta la dignidad de la persona si, según la idea kantiana se la trata como un fin en sí mismo y se la reconoce como tal persona y no se la instrumentaliza como un mero objeto útil al servicio de otros fines. En nuestro caso, si se le exige responsabilidad penal, precisamente, en atención a que es una persona libre y, por ello, responsable del ilícito cometido. Aunque

ello sirva también para la necesaria prevención general, mientras que se la instrumentaría como mero objeto, no como ser digno en y por sí mismo, si se declarara culpable y se impusiera pena a alguien que no podía actuar de otro modo o que no lo sabemos. Pero, como argumentan las concepciones puramente preventivas, que es normal y, por ello, interesara declararle responsable por ser útil o conveniente para la prevención general de delitos de los demás sujetos normales.

### 3.2.g. La exclusión o restricción de la libertad en condiciones o situaciones normales

La libertad de la voluntad puede estar excluida, en ciertos casos, de inimputabilidad que anulen o casi anulen la capacidad volitiva de controlar e inhibir los impulsos. Como reconoce el artículo 20,1.º y 2º CP para las anomalías psíquicas, trastorno mental transitorio e intoxicación etílica o de drogas o síndrome de abstinencia cuando el sujeto, pese a poder comprender la ilicitud del hecho, por la indicada situación "no pueda actuar conforme a esa comprensión". Podría darse además, en algún caso de menor edad del artículo 19 y, desde luego, sucederá en los supuestos de miedo totalmente insuperable del artículo 20, 6.º.

Hay otros casos en que la libertad de decisión, sin estar anulada está ciertamente coartada. Por ello, en el hecho no habrá plena culpabilidad. Pero, en unos supuestos, pese a todo, se disculpa porque la enorme dificultad de la situación sumada a la disminución de la libertad hace que se aprecie inexigibilidad penal individual, mientras que, en otros supuestos, no se da esta circunstancia y la disminución de la libertad operará solo como eximente incompleta o atenuante.

### 3.3. Accesibilidad y determinabilidad normal por la norma, su presupuesto cognitivo: la posibilidad subjetiva (incluyendo imputabilidad) de conocimiento de la antijuricidad o de los presupuestos de la prohibición

En estos dos últimos apartados, me limitaré a esbozar los restantes presupuestos que, según mi concepción, requiere la culpabilidad entendida como reprochabilidad penal subjetiva: la accesibilidad normativa y determinabilidad normal por la norma y la exigibilidad penal individual.

La reprochabilidad penal individual requiere, además de libertad de decisión y actuación, más concretamente, la posibilidad de determinarse o motivarse normalmente el sujeto por las normas penales. Ello, a su vez presupone, como ha destacado especialmente Roxin basándose en la fórmula de Noll, accesibilidad (o apelabilidad o abordabilidad) normativa, es decir, que la correspondiente norma jurídico-penal pueda acceder a la inteligencia y comprensión del sujeto para motivarle e influir en su comportamiento antes de que tome la decisión, o, viéndolo desde el agente, que este pueda acceder a la norma penal.

Ello tiene a su vez un presupuesto cognitivo doble. En primer lugar, que es lo que se suele destacar al llegar a este punto, el conocimiento de las normas prohibitivas, la conciencia de la antijuricidad (y además de la prohibición penal) para la plena reprochabilidad y culpabilidad o, al menos, la posibilidad de esa conciencia para un mínimo de reprochabilidad y culpabilidad aunque atenuada. Lo que negativamente, significa el error de prohibición. Ello presupone antes la capacidad cognoscitiva y comprensiva de la imputabilidad, es decir, antes ya del error de prohibición, que no haya una situación de inimputabilidad, de las de anomalías o trastornos psíquicos o de menor edad, que sea tal que, como dicen los n.ºs 1.º o 2.º del art. 20 CP, impidan "comprender la ilicitud del hecho".

En segundo lugar, la culpabilidad también requiere –lo que es más frecuente pasar por alto en este contexto– la posibilidad subjetiva o individual de conocer los presupuestos de la prohibición o antijuricidad, es decir, los elementos del tipo y la ausencia de los elementos de las causas de justificación. Ello es necesario para que, como consecuencia, exista la posibilidad subjetiva

de conocer la prohibición en el caso concreto. Pues, si el conocimiento de esos presupuestos le fuera por sus circunstancias personalmente imposible al agente, bien por una situación de inimputabilidad que le impidiera conocer los elementos del hecho, bien por imprevisibilidad subjetiva del hecho (aunque se debiera solo a imputabilidad disminuida) o por un error subjetivamente invencible sobre los elementos del tipo o los de una causa de justificación, el sujeto, en su hecho, no sería cognitiva, intelectualmente accesible a la prohibición de la norma penal y no se podría determinar por la misma y, por tanto, no sería culpable.

### 3.4. Exigibilidad penal individual desde valoraciones normativas

Un último requisito de la reprochabilidad individual es la exigibilidad penal e individual de la conducta ordenada, es decir, de abstenerse de la conducta prohibida que negativamente presupone la ausencia de causas de inexigibilidad penal individual, de causas de exculpación o disculpa. Es equivocado decir, como tantas veces se afirma, ya desde los creadores de la idea de inexigibilidad, que en circunstancias o situaciones difíciles o extremas el derecho no puede exigir a nadie otra conducta, la lícita en vez de la realización del hecho típico. Si eso fuera así, la inexigibilidad sería una causa de exclusión de la antijuricidad.

Si el derecho no exigiera, con carácter general, abstenerse de esa conducta a nadie, o al menos una causa de exclusión de la tipicidad penal, o el injusto penal si jurídicamente sí se exigiera a todos la conducta lícita aunque sea difícil pero, dada la poca entidad del ilícito, el derecho renunciara a exigir penalmente, bajo amenaza de pena a nadie abstenerse de la conducta. Ello beneficiaría a todos, no solo a los autores, sino también a los partícipes.

En el campo de la culpabilidad ha de tratarse de inexigibilidad individual, solo frente al sujeto en quien concurra una situación personal especial, pero no frente a los demás partícipes, a quienes se les sigue exigiendo penalmente abstenerse incluso de cooperar o inducir. Además, de inexigibilidad no jurídica general, no desde todos los campos del derecho, sino solo inexigibilidad penal, es decir, que ante una situación motivacional muy complicada y difícil para un sujeto concreto, el derecho penal renuncia al reproche criminal individual porque estima, desde sus puntos de vista valorativos y teleológicos, incluyendo los fines de la pena, que no se le puede o no merece la pena exigirle a él penalmente, o sea, bajo amenaza de considerarlo criminal y, por ello, de pena, que no cometa la conducta que sigue estando desvalorada y prohibida con carácter general.

Hay determinadas circunstancias situacionales del sujeto en el hecho concreto que le hacen, no imposible, pero sí muy difícil el cumplimiento de la norma, la motivación conforme a la misma. Entonces la infracción, aunque objetivamente esté prohibida y sea reprobable, es subjetivamente comprensible, explicable y disculpable desde las valoraciones normativas penales. Por eso, se considera subjetivamente inexigible bajo amenaza de pena y de consideración criminal la observancia de la norma en ese caso.

De estas circunstancias de inexigibilidad penal subjetiva o individual denominadas causas de exculpación o de disculpa, unas están previstas legalmente como eximentes (o como atenuantes en caso de concurrencia más débil o incompleta), y otras, se pueden apreciar como eximentes por analogía o causas supraleales de inexigibilidad individual. Pero, en cualquier caso, el que esa inexigibilidad individual se decida desde consideraciones valorativas y teleológicas de las normas penales explica que la decisión y admisión o no de esta exculpación pueda ser distinta en supuestos en que la presión o dificultad motivacional pueda ser de similar intensidad, admitiendo la disculpa en casos de circunstancias que no merecen una valoración o censura muy negativa, como por ejemplo, el miedo u otros estados pasionales asténicos o débiles o el ilícito por un conflicto extremo de conciencia. Rechazándola, en cambio, ante circunstancias paralelas pero valoradas como preocupantes o muy negativas, por ejemplo, los estados pasionales violentos o la delincuencia por convicción.

# Cuestiones relevantes en materia de omisión, consideraciones generales y conceptos

Miguel Ángel Núñez Paz

Del artículo 10 del Código Penal español se deduce que no solo la acción, sino la omisión, originarían la tipificación de un delito penado por la ley. La doctrina dominante ha venido considerando que las omisiones penadas por la ley, sin que sea necesario que se produzca un resultado, dan lugar a los denominados delitos de omisión propia, que se caracterizan porque la tipicidad se produce con la no realización de la acción ordenada por la norma y que consiste fundamentalmente en la amenaza de un peligro para un bien jurídico.

Por ejemplo, el artículo 195.1 del Código Penal, "el que no socorriere a una persona que se hallara desamparada y en peligro manifiesto y grave [...]", o el artículo 450 que se refiere al que, "sin riesgo propio o ajeno, no impidiera la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual". Si bien el tipo tiene por finalidad la protección de la vida y de la integridad y salud de las personas, el que estos resultados se produzcan no es elemento del tipo. De modo que, este se cumple con la simple omisión de socorro, aunque no se realicen los resultados señalados. Por consiguiente, si estos se producen el que omite el socorro no será responsable de los mismos.

Ahora bien, el problema se plantea cuando en los delitos de omisión no regulados por la ley penal la no evitación de un resultado típico pueda y deba equipararse a su producción mediante un hacer positivo. Así, si un padre da muerte a su hijo, realiza una acción prohibida por el artículo 138 o 139 (si se trata de un niño – alevosía) del Código Penal, sin perjuicio de la aplicación de la agravante de parentesco del artículo 23 del Código, ya que ha dado muerte a otro. Pero el padre puede matar también a su hijo dejándolo subir a la barandilla del balcón como consecuencia de lo cual este cae al vacío, en cuanto que omite la acción del salvamento. Así pues, en este caso, la acción y la omisión son distintas alternativas de conductas contrarias a la norma y punibles. Pero, si en ambos supuestos se tratare de personas sin relación alguna entre sí (A y B), solo en el primer caso A resultaría punible, no en el segundo al faltar un deber especial de salvamento, lo que correspondería a la debatida cuestión del garante.

También en el delito de omisión existe una parte objetiva y otra subjetiva. El tipo objetivo está constituido por la omisión de una determinada acción que el sujeto podría haber realizado. Su estructura vendría establecida por la no realización de una acción típica cuando existía capacidad del sujeto para realizar dicha acción. Por consiguiente, la capacidad concreta de acción es el elemento constitutivo de la omisión. Así pues, el tipo de la omisión consiste en la no realización de una acción que el sujeto era capaz de realizar; pero no es posible hablar de relación causal pues el sujeto no causó el resultado, sino que, simplemente, no lo evitó.

En relación a la capacidad de realización de la conducta coincido con el sector doctrinal que, al igual que en la imprudencia, parte del criterio del hombre mentalmente normal situado en la posición del autor y teniendo en cuenta las facultades especiales que puedan concurrir en el mismo. No me parece, sin embargo, que el tipo de omisión consista en la realización de una acción diferente de la debida como afirmaba Mir Puig, al menos, respecto del desvalor de la conducta. Tampoco me parece, que la omisión de socorro del artículo 195 CP se produzca también con el abandono del lugar del peligro, sino por la simple no realización de la acción que el sujeto debía realizar, se marchase o no.

La distinción entre comisión y omisión ha sido situada por la doctrina, bien en el ámbito de las estructuras ontológicas, o bien en el de la valoración jurídica. Liszt, definió la comisión como movimiento corporal voluntario y la omisión como no ejecución voluntaria de un movimiento corporal. Engisch, consideró la comisión como la utilización de energía en un determinado sentido y la omisión como su no utilización. Así, una definición como la de Liszt pretende comprender la omisión como forma de comportamiento frente a la acción.

La búsqueda de ese supraconcepto se ha convertido, durante decenios, en uno de los lugares comunes de la ciencia alemana. De acuerdo con la doctrina dominante, la delimitación entre la comisión y omisión no sería un problema de hechos sino de valoración. Tal exclusión de las posibilidades de delimitación resulta poco satisfactoria, pues al valorar los hechos prejurídicos como omisión, habría que determinar la "conducta voluntaria" a valorar como dañosa para el bien jurídico.

El concepto genérico del comportamiento es defendido por Gimbernat, quien entiende que abarcaría tanto comportamientos activos como pasivos. Tal punto de vista se opone a la famosa tesis de Radbruch, para quien la omisión no solo no tiene en común con la acción los elementos de voluntad, hecho y causalidad, sino que se agota en su negación. Por tanto, según Radbruch es imposible subordinar bajo un supraconcepto común un concepto y su opuesto contradictorio, afirmación y negación (A y no A), por lo que, acción y omisión deben permanecer desvinculadas. El autor consideraba que la naturaleza de ambas categorías quedaría dividida en dos partes. Sin embargo, desde una perspectiva ontológica Armin Kaufmann sostenía la viabilidad de un supraconcepto.

Sin duda, en la acción existe un movimiento corporal y el resultado que causa aquel. Esto no concurre en la omisión que se caracteriza por la no realización de un movimiento corporal que no puede estar en relación causal con ningún resultado del mundo exterior. Lo cual no caracteriza a la acción. Así pues, si la voluntariedad no concurre en todas las modalidades de acción, es irrelevante que concorra o no en una particular forma de omisión (la inconscientemente imprudente). Contra la imposibilidad de un superior concepto de comportamiento al estimar la naturaleza ontológica de la acción y normativa de la omisión se manifiesta la teoría social de la acción en sus formas más recientes.

La normativización del concepto de acción se ha desarrollado a efecto de encontrar un concepto unitario (acción-omisión), convirtiendo toda acción en omisión. Puesto que esta (omisión) es un concepto normativo, también la acción se convertiría en concepto normativo (desvalorado). Si bien, un sector doctrinal opina que tal concepto de acción coincidiría con el de acción típica, considerándose el concepto de acción irrelevante, para Bustos-Hormazábal, la primera valoración en el análisis del hecho es la atipicidad y no el comportamiento. Lo que importa establecer no es la existencia o ausencia de una acción u omisión en sí mismas, sino la existencia o ausencia de una acción típica.

## I

### Sobre los conceptos de acción comisiva y omisiva

Según la doctrina actualmente dominante, existe una acción comisiva cuando el autor ha provocado activamente un perjuicio a un bien jurídico mediante una actividad corporal perceptible por el mundo exterior. En contraste, existirá una acción omisiva cuando el autor haya provocado el perjuicio de un bien jurídico mediante una inactividad corporal. Un importante sector doctrinal estima la acción o comportamiento activo como un concepto ontológico, esto es, no valorativo, que pertenece a la esfera del ser y no a la del "deber ser". Aquello, puesto que, es un concepto que se establece sin referencia a valores. La omisión sería una especie del género "no hacer" (comportamiento pasivo), que se debería haber hecho, es decir, un no hacer desvalorado.

Para Armin Kaufmann, la omisión es la ausencia de realización de una acción finalista que el sujeto podría realizar en la situación concreta en que se hallaba. El acento valorativo no hace algo de nada, sino de un algo valorado. Si bien, aunque la omisión exigiera, como afirma Kaufmann, la posibilidad de no ejecución (aspecto ontológico), eso no basta para hablar de omisión, sino que esa acción habría debido también ejecutarse (aspecto valorativo). Por consiguiente, la omisión supondría la no realización de una acción que, sobre la base de una norma jurídica, se esperaba (acción esperada) que el sujeto podía y debía realizar. La doctrina dominante está de acuerdo en que la omisión es un concepto normativo que tiene lugar cuando se omite una acción exigida o esperada.

## II

### Delitos de omisión propia e impropia o comisión por omisión

#### Acción y omisión como objeto de las normas jurídicas

En principio, podría afirmarse que, para determinar cuáles delitos constituyen hechos punibles por omisión, podría parecer suficiente que en el tipo, la acción apareciera descrita como una inactividad que debiera haberse realizado. Sin embargo, si la acción viene descrita como actividad positiva, nos encontraríamos entonces ante un delito de comisión. No obstante, "el que matare" descrito como actividad positiva en el artículo 138 del Código Penal español y en el 211 del Código Penal alemán como verbo activo, puede ser cometido en forma no activa. Así pues, deberían ser estimados como de omisión impropia o de comisión por omisión los hechos que realizan un delito de comisión propia mediante una inactividad (el padre que omite el salvamento del hijo).

Quizás sería más acertado hablar de omisión impropia para los casos que no están tipificados por el legislador. Como indica Welzel, no existe una acción, sino siempre en relación a un determinado acto que no es realizado (artículo 195 Código Penal) e impedir la persecución de determinados delitos (artículo 407). En cambio, si se trata de delitos de acción, la referencia normativa no será una norma de mandato, sino de prohibición que estará determinada. Por ejemplo, el artículo 138 del Código Penal prohíbe matar; el artículo 234 del Código Penal prohíbe atentar contra la libertad sexual, etc.

De este modo, los delitos propios de omisión serían hechos punibles que se agotarían en la infracción de una norma preceptiva y en la simple omisión de una actividad exigida por la ley y los delitos impropios de omisión serían hechos punibles en los cuales el que omite estaría obligado como garante a evitar el resultado.

Jescheck y Weigend estiman que todos los delitos de omisión, propios o impropios, constituyen infracciones de normas preceptivas, pero consideran los delitos propios de omisión como hechos penales que se agotan en la no realización de la acción requerida por la ley. Mientras que, en los delitos impropios de omisión, al "garante" se le impone el deber de evitar el resultado. Por ejemplo, el funcionario policial competente que recibe la noticia de que va a cometerse un delito grave, tiene el deber de evitar el hecho arriesgando su vida; el conductor que causó un accidente debe procurar asistencia médica al accidentado bajo pena de responsabilidad por su muerte dolosa. Tal concepción, antes dominante, parece haberse abandonado, manteniéndose ahora que la diferencia entre los delitos propios e impropios de omisión depende sobre todo de la tipificación penal de los primeros.

Para Mir Puig, no hay en el derecho penal una omisión que deba precederle. No existe una omisión, en el sentido del derecho penal, antes de contemplar el tipo legal. El derecho penal no crea el concepto de omisión, pero para la existencia de una omisión jurídico penal no es preciso que se dé una omisión a la ley penal. Solo la ley penal es decisiva para la afirmación de una omisión jurídico penal. Con base en lo expuesto, y utilizando un ejemplo de Jescheck, para quien los habitantes de Berlín no han omitido salvar a quien se ahoga en el lago de Constanza durante una competición de ski acuático, por mucho que sean testigos del accidente gracias a la televisión.

En el delito impropio de omisión, el resultado se imputa al garante que no ha evitado su producción, igual que si lo hubiese ocasionado mediante un hacer positivo. Para Muñoz Conde y García Arán la infracción de las normas imperativas es lo que constituye el delito de omisión, pues el derecho penal no solo contiene normas prohibitivas, sino también imperativas cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos. La conducta que infrinja dicho tipo de norma consistirá en un no hacer que la norma ordena (norma imperativa: socorrer, conducta que la infringe: no socorrer).

Con la expresión "omisión propia" se quiere poner de relieve que estamos ante una actividad, en sentido estricto, que no puede ser puesta en conexión con lesión alguna. Así, por ejemplo, el artículo 191 del Código Penal se consume con el no auxilio al desamparado, siendo irrelevante que dicho desamparado muera posteriormente o consiga sobrevivir porque las lesiones no sean letales o porque, aun siendo muy graves, otras personas le han prestado auxilio a tiempo.

En el delito de omisión impropia, el resultado se describe en la norma prohibitiva aunque no se menciona el comportamiento omisivo. Así, dejar morir de hambre a un niño recién nacido no se encuentra expresamente tipificado en ninguno de los delitos contra la vida. Si bien todo el mundo admite que dicha omisión debe ser equiparada a la acción de matar conectada, causalmente, con el resultado muerte. Por tanto, el problema interpretativo surge cuando hay que dilucidar si la forma omisiva ha de equipararse a la activa que sí se mencionaría expresamente en la ley.

No obstante, las dificultades para determinar si un comportamiento ha de considerarse activo u omisivo son numerosas. Según la doctrina dominante, los presupuestos para la imputación del resultado son distintos, pues, mientras en el comportamiento activo (doloso o imprudente) para la imputación del resultado bastaría que este se hubiera causado científico-naturalmente (aun con las limitaciones que establece en sus criterios la imputación objetiva para la omisión), habrían de cumplirse otros presupuestos, como que el omitente posea la calidad de garante y que la acción omitida hubiera evitado el resultado con una "probabilidad rayana a la certeza".

## III

### Normas preceptivas y normas prohibitivas

El comportamiento delictivo supone, en todo caso, la infracción de una norma. Es la esencia del hecho que, o bien prohíbe la realización de determinadas conductas delictivas, o bien ordena la realización de otras. Puede distinguirse entre aquellos mandatos de los que únicamente surge un deber de actuar y aquellos otros de los cuales surge un deber más específico: el de evitación de un resultado.

Los primeros fundamentan los delitos propios de omisión (artículo 191.1.2. y artículo 450 Código Penal). Su infracción origina una responsabilidad que se agota en la mera omisión de la acción debida. Los segundos constituyen la base de los delitos de omisión y resultado originando para el omitente una responsabilidad por el mismo. Por ello, para la doctrina dominante, la comisión por omisión consiste en la infracción de un deber de evitar el resultado, ya que –según el artículo 11 del Código Penal– la infracción de un deber jurídico especial está referida a la no evitación del resultado.

## IV

### El tipo objetivo en la omisión propia e impropia (Comisión por omisión)

El tipo de omisión consta de un parte objetiva y otra subjetiva, diferentes para las modalidades dolosas e imprudentes. En estas últimas, la parte objetiva supone la infracción del cuidado debido y la subjetiva la falta de dolo. El problema en la omisión afecta especialmente a la parte

objetiva del tipo que incide en las formas dolosas e imprudentes y en el dolo como elemento subjetivo del tipo. En la comisión por omisión el tipo objetivo mantiene la misma estructura que en la omisión propia y los elementos necesarios para la imputación objetiva del hecho, requiriéndose además la posición de garante (aunque hoy la cuestión no sea pacífica), la realización de un resultado y la posibilidad de evitarlo.

Las omisiones penadas por la ley sin que se produzca ningún resultado dan lugar a delitos de omisión, caracterizándose porque la tipicidad se cumple con la no realización ordenada y exigida por la norma, que se traduce en la amenaza de un peligro para un bien jurídico (v.g. artículo 195.1 CP: no socorre a persona desamparada y en peligro manifiesto y grave). Aunque el tipo esté orientado a la protección de la vida, integridad y salud de las personas, la producción de un resultado que afecte a estos no es un elemento del tipo. El delito se consuma con la mera omisión de socorrer aunque no se produzcan los posibles resultados. Si estos se producen, el omitente no será responsable de los mismos, salvo el supuesto en que las omisiones revistan las características típicas de algún otro tipo de omisión penada por la ley.

### **El tipo objetivo en la omisión impropia - comisión por omisión**

Pero la ley no sanciona solo una omisión, sino que es preciso para la punibilidad que exista una relación entre tal omisión y el resultado, encontrándonos así, ante tipos de omisión y resultado. Los llamados delitos de omisión y resultado –terminología acogida, entre otros, por Silva Sánchez–, son delitos que requieren en algunos casos, incluso, una relación de causalidad –que en la esfera ontológica no pertenece a la omisión. En estos delitos, se responsabiliza al omitente por la producción de un resultado, para ellos no existe alternativa de comisión activa y no se consideran delitos impropios de omisión por una parte de la doctrina.

Algunos autores distinguen dentro de los tipos de omisión la comisión por omisión y la omisión simple –con resultado–, sin alternativa de comisión activa, que no deberían ser considerados propiamente de comisión por omisión, como en los supuestos del tipo de delito de omisión de socorro del artículo 195.1 CP o del delito de denegación de asistencia sanitaria del artículo 196 Código Penal (este último sería un delito de resultado sin alternativa de comisión activa).

Los tipos de los delitos de comisión por omisión, en sentido estricto, serían, para un sector doctrinal, aquellos que pueden realizarse indistintamente mediante una acción o una omisión. Dentro de esta parcela, que podría ser –en sentido estricto– la comisión por omisión, estarían, de un lado, los delitos de comisión por omisión explícitos, en los cuales el tipo describe una omisión junto a la acción típica y a la que se imputa el mismo resultado, verbigracia, los tipos de infidelidad en la custodia de documentos de los arts. 414 y 415 del Código penal que incluyen la destrucción o inutilización de documentos (acciones) –artículo 414– y la de consentir (omisión) que el autor lleve a cabo la destrucción o inutilización de tales medios –mismo artículo–, o permitir (omisión) el autor a otros el acceso a dichos elementos –artículo 415–. En estos supuestos, los tipos omisivos poseen idéntico fundamento que en la acción.

Por último, los supuestos que indica el profesor Gracia Martín como de “comisión por omisión implícita”, como en el caso del homicidio del artículo 138 Código Penal, que describen el comportamiento mediante un verbo activo (matar) que desencadena, causalmente, el resultado (de muerte) –v.g. disparar una arma contra alguien o administrarle una sustancia letal–, comprenden los tipos que producirían causalmente el resultado mediante una acción. Pero, por ejemplo, el verbo matar comprende también, según la doctrina dominante y la jurisprudencia del TS, hechos como el de la madre que no alimentó al hijo recién nacido muerto de inanición, o la que no ligó el cordón umbilical, igual que el de el socorrista que no se lanzó al agua para salvar al bañista que solicitaba auxilio, como consecuencia de lo cual dio motivo a su ahogamiento, el clásico ejemplo del guardaguasas que no realizó el cambio de vía a tiempo, etc.

Con este criterio, al que me sumo, todos estos supuestos constituyen –tanto en su consideración de comisión por omisión implícita, como explícita– tipos de comisión por omisión con análo-

ga fundamentación jurídica que los de acción. No estoy plenamente de acuerdo en que los tipos de omisión y resultado sin alternativa de comisión activa no puedan ser considerados delitos de comisión por omisión con base en el rechazo de la posición de garante como elemento típico de la comisión por omisión, al menos de lege lata. Esto, puesto que, su existencia es, hoy por hoy, indiscutible, sin perjuicio de sus restricciones y limitaciones a las que se aludirá después y que deberían ser tenidas en cuenta de lege ferenda.

## **V**

### **Los tipos de comisión por omisión en la doctrina dominante**

#### **La posición de garante**

La doctrina dominante, como hemos, visto distingue dos tipos de comportamiento: delitos de acción y de omisión. La omisión es una especie del género “comportamiento humano”, supra-concepto que engloba la acción y la omisión y hace gravitar como elemento principal del tipo de injusto de la comisión por omisión la posición de garante. Posición que le obliga, frente a la comunidad, a garantizar la integridad o la salvaguarda de un bien jurídico.

La doctrina y la jurisprudencia española basan la posición de garante, sobre todo, en las fuentes formales como la ley, el contrato y la actuación precedente o teoría de la injerencia. Aquello, aunque prevalezca la teoría de las funciones con base en la tesis de Armin Kaufmann, que fundamenta la posición de garante no en las fuentes formales, sino en las materiales, en el peligro que surja como consecuencia de las funciones desempeñadas por el garante, superándose, en cierto modo, la teoría formal del deber jurídico.

En su parte objetiva, el tipo de comisión por omisión muestra tres elementos fundamentales para la imputación objetiva del hecho: posición de garante, producción de un resultado y posibilidad de evitarlo. La posición de garante y la capacidad de acción deben comprender la capacidad de evitar el resultado. El garante con su omisión se responsabiliza del resultado, porque garantiza ante la comunidad la integridad del bien jurídico.

En nuestro derecho, un sector importante de la doctrina considera que la posición de garante se daría cuando corresponda al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro. Todo ello, con base en la teoría de las funciones de Kaufmann frente a la vieja teoría formal del deber jurídico que, para la existencia de la condición de garante, estudia las fuentes formales: ley, contrato y actuar precedente (teoría de la injerencia). No obstante, en la fórmula general que incorporó en su artículo 11, el Código Penal de 1995 incluye, en su primer inciso, una referencia a la teoría formal en cuanto que se afirma la equiparación de la omisión a la acción, entre otros supuestos, cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar, pues, por ejemplo, si bien los padres tienen el derecho y el deber de alimentar a sus hijos menores de 18 años, no parece que ello baste cuando el hijo que no se alimenta es capaz de valerse por sí mismo.

## **VI**

### **Evolución doctrinal en torno a la posición de garante**

#### **a) las fuentes tradicionales: ley, contrato y hacer precedente (teoría de la injerencia)**

Según la doctrina dominante, la diferencia entre los tipos de omisión propia e impropia, habría de radicar en que quien omite esté en posición de garante como consecuencia de que tenga un deber extrapenal –de carácter civil o administrativo–, de mantener la integridad del bien jurídico protegido. No obstante, nunca un deber de tipo penal podría fundamentar la posición de garante,

como sucede en el supuesto de los artículos 191 y 450, puesto que, se trata de delitos de simple omisión.

Según este criterio, los padres estarán obligados v.g. a proteger a los hijos menores que conviven con ellos contra los peligros para la vida y la integridad corporal, pero, por el contrario, no lo están los hijos frente a los padres, a no ser que aquellos se encuentren respecto de ellos en una situación de dependencia. También en la relación entre cónyuges se admite un deber de garante para la integridad física y la vida. La posición de garante deriva en estos y otros supuestos de la ley. Pero aquella puede derivar también del contrato, v.g. un empleado de RENFE al no cumplir con el deber de vigilancia de la vía, ocasionando unos resultados letales por colisión con vehículo, o accidentes en cables de alta tensión.

Al tomarse en consideración solo una causa jurídica para que el garante responda por la evitación del resultado, quedarán excluidos los deberes morales como base de la responsabilidad penal. Con este criterio, solo responderá el marido de la muerte de la mujer; mientras que el novio que omite salvar a su novia lo hará únicamente por una omisión del deber de socorro.

La verdad es que la teoría del deber jurídico nunca se aplicó consecuentemente y se estimó que algunas relaciones familiares o interpersonales podían servir de base a posiciones de garante aunque no lo fueran en sentido jurídico privado estricto, como por ejemplo, en supuestos de nulidad de contrato. El panorama de casos abarca desde la niñera hasta el guía de montaña y no presupone un contrato válido. En el caso de la niñera menor de edad que se dedica al cuidado de niños sin la aprobación de sus representantes legales, esta se encontrará penalmente obligada a ayudar al bebé dejado a su cuidado en supuestos de necesidad; y, quien comienza a ayudar en la calle a una personal débil, estará igualmente obligada (garante).

Sin embargo, sustituir el criterio del contrato por la "asunción fáctica" puede llevar –como sostiene algún autor– a restringir y no a ampliar el ámbito de la posición de garante, sin que exista tal asunción. Dado que la teoría tradicional aludida (ley y contrato) no atiende al contenido del deber jurídico y no proporciona ningún elemento material delimitador, se acude al criterio de la responsabilidad respecto del control de determinadas fuentes de peligro.

Por consiguiente, quien ocasiona una perturbación social (peligro), mediante una acción precedente (injerencia), debe evitar que el peligro que ha creado se transforme en resultado típico. Si bien deberá restringirse la idea de la injerencia de modo que el peligro previo ocasionado tenga que ser próximo, esto es, adecuado a la producción del daño. Así pues, quien ha creado un peligro precedente y próximo de lesión de un bien jurídico, responde del resultado típico si omite evitarlo.

La proximidad del peligro se requiere tradicionalmente en la doctrina y la jurisprudencia alemanas. Así, quien emborracha a otro hasta el punto de que este no puede actuar responsablemente, ha de conjurar los peligros surgidos para el mismo o para terceras personas. De este modo, por ejemplo, respondería por homicidio imprudente en comisión por omisión, el camarero que sirve alcohol a un cliente (hacer precedente) que se emborracha, si después no impide que este conduzca el automóvil en ese estado y atropelle a un peatón produciéndole la muerte. O bien, quien empuja al agua a otra persona (hacer precedente) y luego no evita que parezca ahogada –supuesto que puede estar de actualidad en relación a los recientes y desgraciados acontecimientos del Port Olympic de Barcelona–. Igualmente, son deberes que surgen de un comportamiento anterior el de quien enciende una hoguera en el monte que debe apagar tras su uso y el de quien excava una zanja en una vía pública, pues se obliga a asegurarla de manera que nadie caiga en ella.

La fórmula del "hacer precedente" adolece, sin embargo, de excesiva amplitud y precisión para fundamentar la responsabilidad, por lo que la doctrina establece una serie de limitaciones, como es la de que el hacer precedente sea ya peligroso en sí mismo para la consecución del resultado. En el supuesto del camarero que sirve alcohol y no impide que el cliente embriagado conduzca

después, la doctrina y jurisprudencia alemanas han rectificado y se afirma la responsabilidad solo en supuestos en que el conductor está tan embriagado que no sería imputable.

## b) Otras fuentes de peligro

A las tradicionales situaciones requeridas para establecer la posición de garante: ley, contrato y hacer precedente (injerencia), han ido añadiéndose otras, tales como la llamada "estrecha relación vital" y las "comunidades de vivienda" y "de peligro".

Según el primer criterio (estrecha relación vital), no solo tienen la condición de garantes los padres respecto de los bienes de sus hijos, sino también otros parientes más lejanos sin base jurídico penal e, incluso, cuando se trata de relaciones existentes extrafamiliares (relaciones entre novios, parejas de hecho heterosexuales u homosexuales). Pero la "estrecha relación vital" no solo ha servido para ampliar, sino también para restringir. En ocasiones, las relaciones personales que pueden deteriorarse en los supuestos, v.g., de relación matrimonial, si los cónyuges viven separados.

De forma aislada, se fundamenta también la posición de garante entre personas que viven bajo el mismo techo (comunidad de vivienda), aunque no exista relación sentimental alguna. También el criterio de la comunidad de vivienda se utiliza como juicio adicional para que una relación familiar o sentimental sirva de base a la posición de garante. La llamada "comunidad de vivienda" es considerada, entre otras, en la STS de 17-4-1997 A-3526, donde se condenó por homicidio doloso en comisión por omisión al yerno que no impidió la muerte del suegro con quien convivía en la misma casa y a la hija del fallecido por parricidio, establecido en el antiguo artículo 405 del Código Penal de 1973 en comisión por omisión.

También la participación voluntaria de varias personas en una actividad peligrosa (comunidad de peligro), es considerada por la doctrina dominante en el supuesto, por ejemplo, de varias personas si estas resuelven llevar a cabo una empresa de riesgo, como en el caso de grupos de alpinismo. En este supuesto, todas ellas se convierten en garantes de los demás miembros del equipo o expedicionarios y responden de un delito de homicidio o lesiones, en su caso, si omiten auxiliar al que se encuentre en situación peligrosa, si se produce el resultado.

Tal comunidad fundamenta, únicamente, la posición de garante si la empresa, ya de por sí peligrosa, ha sido concertada de antemano y no de manera casual, como sería el caso de los naufragos que se encuentran en un bote salvavidas en el medio del océano. También quien posee en su esfera de dominio una fuente de peligro responde que tal peligro no se realice. Por ejemplo, el propietario de un establecimiento que no intervino para evitar el robo con homicidio cometido contra una persona acogida en aquel como huésped.

La responsabilidad por determinadas fuentes de peligro puede resultar, asimismo, del deber de atender la seguridad del tráfico (deberes de vigilancia y seguridad para terceros, etc.). Schünemann ha desarrollado el tema de la posición de garante como criterio autónomo y sobre la base de los deberes de aseguramiento del tráfico. Este punto de vista supone una crítica a la teoría de la injerencia y considera que con él se subsanan las carencias de dicha tesis o se amplía su ámbito, pues todos aquellos supuestos relativos al peligro precedente son subsumibles en los deberes de aseguramiento del tráfico, cuyo fundamento residiría en el dominio sobre un sector del peligro, el cual debe ser asegurado de modo que no genere ningún riesgo para los demás.

Así, por ejemplo, el propietario de una casa responde de los daños causados por el desprendimiento de tejas originado por el transcurso del tiempo. Esta responsabilidad por omisión debe fundamentarse en los deberes de aseguramiento del tráfico, ya que el criterio de la injerencia no fundamentaría la responsabilidad de la injerencia, por ejemplo, en casos como el de compra de la casa por un nuevo propietario, ya que este se encuentra con el peligro, no lo crea (injerencia).

Puede decirse, respecto de la configuración del garante, que los llamados deberes de aseguramiento del tráfico, ya sea junto a otras fuentes de peligro tradicionales o de forma autónoma, tratan de fundamentar la equiparación de la omisión a la acción. Además, en determinados supuestos, la condición de garante derivada del aseguramiento del tráfico reúne elementos propios de la ley y del hacer precedente (injerencia).

Por último, la teoría de la disminución del riesgo considera que, dada la imposibilidad de determinar con certeza si la acción omitida (hipotética) hubiera evitado el resultado, la llamada probabilidad rayana en la certeza no sería más que un slogan que nunca se aplicaría. Así, no se podría condenar en la mayoría de los casos por delito consumado de omisión impropia y, por consiguiente, bastaría con que la acción exigida hubiera disminuido el riesgo.

## Autoría y participación

**Miguel Díaz y García Conlledo**

Muy buenos días queridos amigos en Ecuador, amigos de la Fiscalía General del Estado. Muchas gracias por contar conmigo para esta serie que es tan interesante e importante. Debo mi presencia también a buenos amigos, a Beatriz Rodríguez y a las demás personas que la rodean en ese equipo. Para mí, es un honor estar aquí. Me hubiera gustado mucho más estar allí presente, en su querido país que, para mí, es ya también el mío, Ecuador. Afortunadamente, las tecnologías nos permiten esto, incluso, en un momento tan difícil como el que hemos estado pasando en esta época y que, esperemos, mejore.

Bien, dicho esto, voy a comenzar con mi presentación que se referirá a la autoría y a la participación. Naturalmente, la autoría y la participación pueden ser objeto de explicaciones muy extensas, muy amplias. Se ofrecen maestrías sobre ello, días enteros hablando de esto. Entonces, aquí intentaré concentrar algunas ideas pequeñas que, espero, sirvan para el interés de todos. Esto, sin descartar que, en el futuro, cualquier cosa se pueda ampliar, que me puedan hacer preguntas. Yo estaré a la disposición de cualquiera.

Cuando hablamos de autoría y participación nos referimos a que los delitos, como es obvio, no siempre se cometen por una sola persona, sino que, a veces, interviene en ellos un conjunto de personas. Un conjunto de personas pequeño o, en estas sociedades actuales, estos intervinientes se pueden multiplicar y las personas pueden estar organizadas de muy diversa manera. Pensemos, por ejemplo, en organizaciones complejas con jerarquías y división del trabajo en que se cometen delitos y se trata, tanto en las más sencillas como en las más amplias, de distribuir la responsabilidad de los distintos sujetos que intervienen conforme a determinadas categorías cuyo sentido intentaré explicar ahora.

En general, podemos decir que los intervinientes se dividen en autores y partícipes, al menos, en los modelos a los que nosotros estamos más acostumbrados. Sin embargo, ha habido distintos conceptos de autor. Digamos que los más importantes serían el unitario y el restrictivo. Según el llamado concepto unitario de autor, todos los que intervienen en un hecho delictivo son autores de él y no guardan una dependencia jurídica especial entre ellos, no son (jurídicamente) accesorias unas conductas de otras, más allá de la obvia dependencia natural, puesto que, cuando actuamos en grupo, dependemos unos de otros.

Este concepto unitario de autor se ha defendido, en la antigüedad, sobre bases causales e incorrectas en sí mismas, pero también, se ha defendido en tiempos más modernos desde una perspectiva funcional, intentado dar como principal ventaja de él la mayor simplicidad. No tendríamos que distinguir, evitando las dificultades de tantos siglos de intentar distinguir entre autores y partícipes, autores de una clase u otra.

En el otro lado, estaría el llamado concepto restrictivo de autor en el que no todo el que interviene en el hecho típico es un autor, sino que solo lo sería aquel que realiza el tipo, realiza la conducta típica. Esta vinculación de autoría y tipo o tipicidad es un mérito que correspondió a las llamadas teorías objetivo-formales y que hoy, la mayoría de los autores que defendemos un concepto restrictivo de autor (casi todos) entendemos que es un avance. Ahora diré el por qué.

Junto a estos autores propios del concepto o sistema restrictivo habría otras figuras que actuarían como satélites, por decirlo así, que serían los partícipes. Partícipes (luego me referiré a las peculiaridades del Ecuador, del Código Orgánico Integral Penal, del COIP) que, en principio, en casi todos los países, pues son normalmente los instigadores (o inductores o determinadores) y los cómplices (o cooperadores). En algunos países se distinguen dos clases de cómplices, cómplices primarios y secundarios, también llamados cooperadores o cómplices necesarios y cómplices simples o de otras maneras. Entonces ellos serían partícipes cuya diferencia fundamental con el autor es que su responsabilidad es accesoria de la del autor. El autor tiene responsabilidad autónoma, el partícipe tiene una responsabilidad accesoria, que intentaré luego resumir muy brevemente.

¿Es una cuestión, tanto el concepto unitario de autor moderno, como en el restrictivo de quantum de pena?: ¡no! Por ejemplo, en los países como el mío, en que la instigación es claramente una forma de participación, como en la mayoría, no de autoría, o la cooperación necesaria también, ambas figuras están conminadas en España (y en otros países) con la misma pena que la autoría. Entonces, ¿en qué se diferencian de esta? En un concepto restrictivo, se diferencian en que la responsabilidad de estos, inductor y cooperador necesario, también la del cómplice que tiene menos pena, es accesoria. Así, para responder tiene que haber unas características, a las que luego me referiré, en la conducta del autor. Esta es la diferencia, no de pena. Esto es importante siempre recordarlo. En el concepto unitario moderno, incluso cuando se dice que todos son autores, se admite que, entre esos autores, según la intensidad de su contribución al hecho, si bien no se pueden establecer relaciones de dependencia tipo accesoriidad, sí pueden establecerse distinciones de pena y que a algunos autores se les imponga, se les conmine con una pena inferior a la de otros.

Por tanto, no es una cuestión de pena, es una cuestión de accesoriidad presente en el concepto restrictivo de autor y ausente en el unitario. Ese es el rasgo que más distingue a los dos sistemas. Aunque no lo puedo explicar largamente, en la elección entre un concepto unitario de autor y uno restrictivo ese es el dato decisivo. Por ejemplo, en países como Alemania es muy criticado el concepto unitario de autor para los delitos dolosos (aunque es muy mayoritario, paradójicamente, en los culposos o imprudentes). Yo creo, sin embargo, que ambos sistemas son posibles, pero, no obstante, el restrictivo con esa idea de la accesoriidad de unas figuras de participación que, en realidad, son ampliaciones de la tipicidad, que si no estuvieran solo respondería quien realiza el tipo, consigue un mejor recorte de lo típico y de la responsabilidad penal que se adecua mejor al derecho penal, propio de un Estado de Derecho.

No es que el otro, el unitario, sea totalmente incompatible con ese derecho penal, pero este, el restrictivo, se compatibiliza mejor. De ahí que la opción, yo creo buena, es por un concepto restrictivo de autor. En relación con este concepto restrictivo de autor, una vez que hemos optado por él, lo que tenemos que ver es si está recogido en el Código Penal al que queramos referirnos, ¿verdad? Esto es muy claro en algunos códigos, vamos a ver un par de ejemplos, no quiero cansar. Esto es muy claro, por ejemplo, en el Código Penal colombiano que, tal como está redactado, es evidente que se distingue entre autores y partícipes y que los partícipes tienen una responsabilidad accesoria de la del autor. Ese es bastante claro también en el Código Penal alemán, por ejemplo. En el español debería serlo, porque es la idea central que guió además la reforma legislativa, pero la verdad es que (al menos literalmente) no es tan claro. Hay que darle unas poquitas vueltas, aunque al final, todos acabamos sosteniendo en España, la doctrina, la jurisprudencia, que estamos en un concepto restrictivo de autor.

Aquí llegamos a Ecuador. A mí me gustaría decir que en el Ecuador es claro que hay un concepto restrictivo de autor. Pero he de decir que no es tan claro. Que nos tenemos que pelear con el texto de la ley para decirlo, para "llevármolo" a un concepto restrictivo de autor. Podríamos apoyarnos en la regulación de la complicidad, que parece que es claramente restrictiva con algún dato más que luego diré, una cooperación en el hecho del autor. Pero lo malo es que cuando vamos a las definiciones de la autoría del COIP, estas sí que son amplísimas y nos recuerdan, muchas veces, a un concepto unitario de autor.

Yo creo que, sinceramente, para que esto quedara claro lo mejor sería cambiar la ley. Así, a un código, como el COIP, que en la autoría intenta definir tanto y tan detalladamente las posiciones de autor, pues le ocurre que, a lo mejor, se le ha dejado algunas fuera e incluye algunas que claramente no deberían serlo, como es la instigación. Algo similar sucede en la coautoría cuando la define. En realidad, en un concepto restrictivo de autor la coautoría debe ser autoría, la autoría mediata debe ser autoría, es decir, realización típica, igual que la autoría inmediata o directa. Exactamente igual si de verdad es autoría.

En cambio, la definición de la coautoría, por ejemplo, en el COIP, recuerda bastante a la de la cooperación necesaria en España o la complicidad primaria en Perú, es decir, una forma accesoria de participación equiparada en pena a la autoría. Yo creo que es mejor que los códigos no digan tanto, que dejen al interpretación doctrinal y jurisprudencial decidir cómo se caracteriza la autoría, cómo se caracteriza la participación. Porque, si esto no ocurre, se cometen nuevamente errores. No es fácil englobar en un precepto todos los posibles supuestos de autoría o de complicidad. Esa sería mi recomendación.

En todo lo que voy a contar después, los criterios principales que se manejan hoy en día para distinguir autor de partícipe, no sé si ha pesado ahí la equiparación en pena o no. Pero quiero recordar por eso, que ese no es el dato central. Lo fundamental es: responsabilidad autónoma (autor), responsabilidad accesoria (partícipe), no la pena. Es decir, que se puede conseguir que el cooperador necesario o el instigador siendo partícipe accesorio, como deben serlo, tenga la misma pena que el autor. No hay ningún problema. Y no hace falta llamarlo coautor.

Bien, como decía, ese concepto restrictivo de autor –del que creo se debe partir y que me gustaría ver reflejado con más claridad en el COIP– es el preferible. Es el preferible porque es el que mejor se adecua a ese derecho penal propio de un Estado de Derecho. Pero, para que eso sea así, tenemos que mantenerlo con coherencia. Eso es lo que yo he intentado con mi concepción de la autoría que parte de las ideas de mi maestro español, el profesor Diego Manuel Luzón Peña y que, sobre todo, la he desarrollado yo, aunque ya tiene bastantes adeptos en España y también fuera de España. Eso sí, sin ser, sin llegar a ser (de lejos) dominante. Esto, puesto que, la dominante sigue siendo la teoría del dominio del hecho, cuyo máximo exponente es mi otro maestro, mi maestro alemán, nada menos que el Profesor Claus Roxin.

¿Qué sería la autoría según estas dos concepciones? Antes hay que señalar que, naturalmente, hay otras concepciones. Siguen manteniéndose, por ejemplo, teorías objetivo-formales en el ultra-funcionalismo o ultra-normativismo de Jakobs. Yo creo que se está llegando a una especie de concepto unitario de autor por otra vía que yo creo, desapegada del texto de algunas legislaciones, sobre todo, las que tenemos muy claro qué son conceptos restrictivos de autor. Porque autores de la citada corriente han llegado a la idea de que la distinción entre autor y partícipe –así lo dicen sobre todo algunos de los discípulos de Jakobs–, es una cuestión cuantitativa y no cualitativa. Por tanto, ¿qué quiere decir eso? Que cualitativamente autor y partícipe son iguales y solo se diferenciarán en algunos casos en la pena, pero entonces, eso se llamaba concepto unitario de autor. Es verdad que moderno, funcional, etc., pero incompatible con algunos códigos. No sé si con el COIP, pero sí con algunos códigos.

Bien, ¿cuáles son esas dos principales, llamémoslas así, teorías de las que me voy a ocupar? Teoría significa criterios argumentativos, en este caso, para definir la autoría y distinguirla de la participación. Pues, por un lado, está la mayoritaria teoría del dominio del hecho, muy antigua, verdad, cuyo éxito se ha debido, yo creo, sobre todo, a su plasticidad, al criterio material asequible que da para distinguir autor y partícipe, pero también, a que la han defendido algunos autores de una importancia radical en los giros de la ciencia moderna del derecho penal. Me refiero, sobre todo, a dos que fueron muy importantes para hacer triunfar a la teoría del dominio del hecho. El profesor Hans Welzel, el fundador del finalismo, con una teoría del dominio del hecho bastante subjetivizada, pero que tuvo, naturalmente, toda la importancia que tuvo el finalismo en su momento. Y, sobre todo, mi maestro alemán, el profesor Claus Roxin, que la detalló y desarrolló en sus múltiples trabajos, sobre todo, en su famoso escrito de habilitación y libro "Täterschaft und

Tatherrschaft", "Autoría y dominio de hecho en derecho penal" (pues está traducido al español).

Para calcular la importancia de esta obra, basta decir que, tratándose de una monografía, la primera edición data de 1963 y que ya van nueve ediciones (la última de 2015) y está anunciada la décima (en realidad, cuando estas líneas sean publicadas, ya estará en las librerías en alemán). Insisto, diez ediciones a lo largo de varios decenios, de una monografía, no de un manual o de un tratado, de una monografía. Esto es un hecho único y eso se debe a la enorme calidad de ese libro que yo recomiendo a todos aquellos a los que les guste la investigación y el estudio jurídico, incluso, aunque no estén investigando el tema de la autoría. Esto, para que vean cómo es una investigación de calidad, llena de ejemplos, llena de distinciones, llena de avances, explicando cosas muy complejas con un lenguaje que podemos comprender. En fin, como solo puede hacer la pluma de Roxin.

Roxin, como saben ustedes, parte de que el autor sería la figura central del acontecer típico. Autor, él dice que –gran mérito de la teorías objetivo-formales– es quien realiza el tipo, esa figura central del acontecer típico. En la inmensa mayoría de los delitos, esa figura central, quien realiza el tipo, sería aquel que domina el hecho, que domina el hecho del tipo. Aquel que, con su actuación, decide el sí y el cómo del acontecer típico. Esto, Roxin lo desarrolla muy extensamente. Ahora, pasaré a explicar las formas del dominio del hecho, pero también, nos dice que hay algunas clases de delito en que el criterio de la autoría no es el dominio del hecho. Se trata de dos grupos de delitos, dentro de los cuales un subgrupo, muy importante, "salió", en la segunda edición de "Täterschaft und Tatherrschaft" de su encuadramiento inicial en la primera edición. Lo explico enseguida.

¿Qué delitos son aquellos en que, para Roxin, la autoría no se caracteriza por el dominio del hecho? Serían, en primer lugar, los llamados delitos de propia mano, es decir, aquellos cuya autoría requiere siempre contacto directo personal, realización por la propia mano o por el propio cuerpo, que estuvieran muy unidos en un tiempo, sobre todo, a los delitos sexuales. Roxin dice que en muchos de ellos, sobre todo, en el tema de los delitos sexuales (con toda razón lo lleva diciendo y lo llevamos diciendo muchos), debe desaparecer la propia mano como exigencia de autoría. La propia mano, en los delitos sexuales, se debía a que muchos códigos concebían los delitos sexuales como ataques, como se decía en España, a la honestidad, a la honestidad, sobre todo, de la mujer. Probablemente, cuando quedaban "mancilladas" las mujeres era cuando se realizaba directo-corporalmente, pues, con una conducta sexual, un acceso por ejemplo, etc.

Esto hace mucho tiempo que, en materia de delitos sexuales cambió. Afortunadamente, se entiende que el bien jurídico protegido en los delitos sexuales es la libertad sexual. Contra esa libertad sexual se puede atentar, de formas más o menos graves, de propia mano y sin propia mano. Hay muchos países en que la descripción del delito de violación todavía aparece como algo de propia mano, pero eso hay que evitarlo. Como dice Roxin, estos delitos de propia mano, sobre todo en este ámbito, deben ser una rémora histórica y se pueden solucionar tan fácilmente como lo hace el Código Penal alemán (no cito literalidad, sino solo aproximadamente): el que tuviere acceso carnal o hiciere que otro lo tuviere con otra persona (en la violación, y fórmulas similares en otros delitos sexuales: practicar o hacer practicar acciones sexuales no consentidas sobre otro o, incluso, más modalidades que abarcan los modos posibles de atentar contra la libertad sexual). Así de sencillo. Un legislador previsor evitará la propia mano y desaparecerá esta categoría, al menos, en los delitos sexuales.

Pero, en segundo lugar, más importante que esta pequeña categoría de los delitos de propia mano es la otra que Roxin ideó, digo ideó porque fue el primero que la formuló. La formuló y quiero subrayar esto, amigos del Ecuador y queridos fiscales, quiero subrayar que la desarrolló como un criterio de autoría. Ya verán después por qué digo esto y aunque lo desarrollaré muy brevemente, a lo mejor, podemos hablarlo después. La formuló como un criterio de autoría, de distinción de autor y partícipes. Roxin dijo que hay ciertos delitos en que la figura central no tiene que ser quien de propia mano realiza el tipo, ni quien domina siquiera la acción típica, sino que el núcleo de la autoría, esa figura central es, en tales delitos aquel que infringe un especial deber

extrapenal o pre-típico que sobre él recaer.

Es decir, nos viene a explicar Roxin que, si a un servidor público se le ha encargado la custodia de unos documentos muy importantes y existe un tipo penal que castiga la destrucción de tales documentos por un servidor público, no importa tanto que sea el propio funcionario el que los destruye con sus manos o que fuerce a otro en autoría mediata a que lo haga. Podría suceder que, simplemente, se lo pida a un extraño: "Mira, por favor, amiga mía, ¿me destruirías estos libros que tengo a mi cargo?". Pues bien, dominaría el hecho ese extraño o esa extraña, pero el núcleo de la autoría, el centro, la figura central resultaría quien infringe el deber (el intraneus, el servidor público en nuestro ejemplo) y, por lo tanto, estuviera en la posición que estuviera, debería ser el autor. No rige el dominio, estoy hablando del deber.

¿Qué tres grupos de delitos concibió Claus Roxin en la primera edición del Täterschaft como delitos de infracción de deber? Primero, una categoría tan importante como los delitos culposos o imprudentes. Así, logró distinguir en ellos entre autor y partícipe, al contrario que hacia toda, o la inmensa mayoría, de la doctrina alemana y hace hoy en día. Roxin creyó ver aquí un criterio. No obstante, en la segunda edición hace la única modificación grande de su libro (aparte de unas puestas al día que hace siempre al final). En la segunda edición dice que se había equivocado, ¿por qué? Porque el deber de cuidado que caracteriza la imprudencia, la culpa, no es un deber específico extrapenal que represente el deber del sujeto, sino que es un deber general para todos los ciudadanos y, por lo tanto, no puede caracterizar la infracción del deber. A partir de ahí, Roxin pasa a engrosar la lista de los autores alemanes que defienden un concepto, con más o menos restricciones, unitario de autor en la imprudencia.

¿Cuáles son los otros dos grupos que se mantienen hasta hoy? En primer lugar, los delitos de comisión por omisión u omisión impropia, que doy por supuesto que ustedes saben todos lo que es. ¿Cuál es ese deber que pesa sobre esos sujetos que sin infringir los convierte en autores? Sería, obviamente, también según tesis mayoritaria, para caracterizar la comisión por omisión, el deber de garante, la posición de garante. Quien actúa en posición, quien omite en posición de garante realiza comisión por omisión y es autor de ese delito de comisión por omisión.

Aquí no me puedo detener en exceso porque resulta que, como otros colegas, sobre todo en España más que en otros países, algunos defendemos criterios de comisión por omisión más estrictos. Otro día que les hable de la comisión por omisión les digo por qué son criterios más estrictos que la mera posición de garante. Entonces, no es que me parezca bien o mal que Roxin los considere delitos de infracción de deber, sino que mi concepto de comisión por omisión, al ser más estricto, no se conforma con la infracción de deber (de garante), pide algo más. Por lo tanto, eso ya lo contaré en otra ocasión.

El segundo grupo de los que permanece (tercero en la primera edición) es el constituido por los delitos de servidores públicos, los delitos contra la Administración Pública y similares. Por cierto, no cualquier delito especial es delito de infracción de deber. No cualquier delito que exija una característica especial en el autor es delito de infracción de deber. Básicamente, los importantes serían para Roxin los delitos contra la Administración Pública o contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública, delitos de funcionarios, o como queramos llamarlos.

Yo creo que en ese último grupo, materialmente, Roxin tiene mucha razón. En esos delitos no tiene sentido hacer depender la autoría del dominio del hecho. Da igual quién realice con sus manos el tipo, domine la acción del tipo, es evidente que lo importante, el núcleo, el centro, el autor de esos delitos es quien infringe ese deber especial extrapenal que le imponen otras normas. Por ello, me parecería bien que esa fuera la caracterización de la autoría en estos delitos. Solo que muchos autores encontramos no un problema de fondo o material, sino un problema formal muy importante. Muchos de los delitos de funcionarios en los códigos penales de todos los países están redactados de tal que, claramente, apuntan a un delito de dominio. No nos permiten interpretarlos como delitos de infracción de deber sin saltarnos, en mi opinión, el principio de legalidad.

¿Cómo deberíamos pedir, porque creemos que la posición es correcta, que se redactaran esos delitos? Pues miren, en España había, hasta hace poco, en el tipo básico de delito de malversación de caudales públicas, similar al peculado, una redacción que permitía perfectamente caracterizarlo, como debe ser, como delito de infracción de deber. Había, ya no lo hay. Por desgracia lo han cambiado nuestros legisladores quienes habían acertado en la redacción tradicional (seguramente sin querer) y lo han cambiado. Tradicionalmente, el tipo básico era: "la autoridad o funcionario público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga los caudales públicos que tiene a su cargo será castigado con tal pena". Con "sustrajere", él mismo, dominio del hecho o "consintiere que otro sustraiga", permitiere, incitara, cualquier conducta que dejara que lo hiciera otro, está configurado, sin querer seguramente, un delito de infracción de deber. Si el legislador fuera cuidadoso (es el que hace la ley, no la hacemos los profesores ni los jueces), debería redactar esos delitos que deben ser así, de estas maneras. Pese a ello, a veces, no lo hace.

Otra opción sería que, en todo ese grupo de delitos, una previsión legislativa dijera que en ellos será autor quien infrinja tal deber, etc. Igual que tenemos, por ejemplo, el actuar por otro para suplir lagunas de punibilidad en otros terrenos, pues aquí podría suceder lo mismo, por lo tanto, a los delitos de infracción del deber en ese grupo, en la concepción roxiniana, pero reconociendo su dificultad de plasmar siempre y en todos los delitos que deben serlo, que lo sean de verdad en la práctica. Mi recomendación es que trabaje el legislador. Trabaje señor legislador que, para eso, usted hace las leyes. Haga los delitos de infracción de deber porque está materialmente bien que así sea. Permita que compatibilice su tenor literal con la concepción de la infracción de deber.

Lo voy a mencionar muy rápidamente porque, si no, nos vamos a alargar mucho. Esta idea de la infracción de deber ha tenido mucho éxito en general. Hubo un grupo de autores muy importantes que la captaron de manera inmediata. Empezando por Jakobs, quien defendía una teoría de dominio del hecho en materia de autoría. Desde su tratado de hace muchos años dijo que, para él, lo importante –lo más importante de Roxin– no es el dominio del hecho, sino la idea de la infracción de deber, de distinguir según que uno infrinja deberes. ¿Qué pasó? Jakobs, cuyos seguidores están más cercanos a un concepto unitario de autor, olvida, no le importa tanto que Roxin creara eso como un criterio de autoría. Lo que hace con la infracción de deber es elevarla al núcleo del injusto. Trasciende la cuestión de la autoría y la participación y señala que los injustos –bueno que consisten en más cosas, pero dentro de otras cosas el infringir deberes que competen–, incumben a los ciudadanos.

Hay deberes de distinto tipo y ahí ya se distinguirá, una clase de delitos y otros. Bien, esa es la posición de infracción del deber que yo no comparto y que, a veces, se está importando en muchos países –incluso, cómo diría yo, con mayor ligereza que como el propio Jakobs la maneja– aplicándola a la idea de la autoría de la participación, en el fondo para decir que, en todo caso, siempre todos son autores. Cosa que no necesariamente tiene que ser así. Resumiendo: Roxin sí, adaptando los códigos; Jakobs, en este caso, no.

En los delitos de funcionarios públicos, por ejemplo, a Roxin no se le ocurre decir que el núcleo del injusto sea la infracción del deber del funcionario. Esa es la caracterización de él como autor. El núcleo del injusto es que él, ese funcionario y los que participan con él, afectan el bien jurídico. Un bien jurídico que es, en términos generales, la correcta administración pública concretada en los distintos delitos de una forma u otra. Como saben ustedes, a Jakobs, la idea de bien jurídico no le importa mucho y por eso este cambio de paradigma. Por eso, cuando se habla del delito de infracción de deber se habla en muy distintos sentidos que no siempre son igualmente asumibles.

Explicado lo anterior, vuelvo ahora entonces, al dominio del hecho en Roxin. El dominio del hecho en Roxin tiene tres formas de autoría, la autoría directa o inmediata unipersonal, la mediata y la coautoría. La directa, la más sencilla, no paso a explicarla, el sujeto domina el hecho con su actuación con sus propias manos. En cualquier caso, mata el que clava un cuchillo y ya está, ha matado.

En la autoría mediata, Roxin habla del dominio de la voluntad y, en sus últimas obras, reduce

los supuestos de autoría mediata a tres. Esto de dominio de la voluntad se lo ha discutido yo creo que con razón, porque en el último de los tres supuestos a los que reduce Roxin, al día de hoy, la autoría mediata, no hay dominio de voluntad alguna. Esos tres supuestos muy rápidamente expresados son aquellos casos en los que se utiliza para instrumentalizar a un sujeto, la coacción o procedimientos similares como ponerle en una situación de necesidad de actuar y, así, manipular y poder ponérselo en sus manos. O, en segundo lugar, engaña o aprovecha un error de quien actúa de manera inmediata. No puedo detenerme aquí en explicar detalles sobre qué clases de error son suficientes para instrumentalizar, si el de tipo, si los vencibles, si el de prohibición, etc. Ese sería, pues, el segundo supuesto.

Algunos de los casos clásicos de la autoría mediata como la utilización de inimputables, dice Roxin que, en el fondo son una mezcla de estos dos. O bien de los similares a la coacción, o bien del error. Porque lo que los caracteriza es que no pueden conocer, no tienen conocimiento de la ilicitud del hecho –parecido al error de prohibición, no entiende que cometen algo ilícito–, o no pueden, pese a tenerlo, no pueden actuar, por sus impulsos, conforme a ese conocimiento. Es decir, no pueden refrenar o reprimir la comisión del delito. Pese al entendimiento, no pueden actuar conforme a él. Este último caso más parecido a la coacción, una coacción interna.

El tercer supuesto, el más original, el que hace correr ríos de tinta, es la llamada autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder, o por dominio de organización, como quieran. Muy simplificado, ¿cómo se caracteriza Roxin, en este tercer supuesto, la autoría mediata? Señala que hay ciertas formas de organizarse, los grupos, que los convierte en organizaciones criminales con unas características determinadas en las que, curiosamente, sin necesidad de coaccionar, sin necesidad de engañar, un sujeto puede dar una orden –no me gusta hablar de orden, porque enseguida pensamos en la obediencia debida, y no, vamos a llamarla instrucción– constitutiva de delito y contar con que, al final, a lo largo de una cadena que está en ese aparato organizado, alguien –el ejecutor–, va a realizar el delito. Sin coaccionar y sin engañar. ¿Por qué? Porque la propia organización está formada por una serie de personas que son eslabones fungibles e intercambiables.

¿Qué quiere decir esto? Uno transmite esa instrucción delictiva y ocurre que si el siguiente en la cadena no la quiere realizar, no la realiza, siempre va a haber otro dispuesto a hacerlo. Siempre otro y siempre otro. ¿Eso qué quiere decir? que el primer eslabón de la cadena, pero todos los demás también serían autores mediatos. Todos los que transmiten la instrucción, que pueden ser uno o más. El último, el ejecutor, sería también un autor, en este caso, un autor directo o inmediato. Todos autores, un supuesto de autor tras el autor. En este caso, como creo que verán, en realidad no hay dominio de la voluntad, los eslabones tienen voluntad, libertad, conocimiento, responsabilidad. Para Roxin, los elementos del dominio son que se trate de una estructura netamente criminal, al margen del derecho, sea el Estado o una parte del Estado, como ocurría en el régimen nazi (para el que idea esta construcción teórica), o sean otras organizaciones criminales que reúnan esas características de sustituibilidad, etc., como, por ejemplo, mafias, organizaciones de tráfico de órganos, de niños, de personas, de mujeres, otros, los que se nos puedan ocurrir. La característica fundamental, naturalmente, es la fungibilidad de los eslabones, hasta el ejecutor. La sustituibilidad sin límites de esos eslabones.

Desde luego, todo ello es muy interesante. Me parece, un hallazgo impresionante, como siempre, de Roxin. Algún día, con más tiempo, les contaré que además era muy valiente y sus aportes significaban muchas cosas en su país en ese momento, justo pasada la posguerra. Pero eso lo contaré en otra ocasión. Por cierto, Roxin, con el tiempo, dijo: bueno, puede que haya un requisito o característica adicional, que sería que esas personas que actúan en ese aparato, todas tienen una alta disponibilidad, una alta disposición para realizar el hecho. Aunque el propio Roxin –yo así lo creo– opina que eso no es un elemento aparte, sino que es consecuencia de los anteriores. Si es una organización netamente criminal y si los individuos, los eslabones, son sustituibles sin límites, entonces, obviamente, para que sean sustituibles, siempre ha de haber alguien dispuesto a hacer, a realizar el hecho, personas con alta disposición a llevarlo a cabo.

Bien, ¿cuál es mi opinión al respecto? Pues es una de las cosas de mi maestro alemán que más me ha roto la cabeza toda mi vida y la postura que he ido manteniendo, pero ya, cada vez, sabiendo más el por qué a mí no me convence como un supuesto de autoría mediata. Tiene cosas que, desde luego, se parecen mucho a la autoría. Fíjense, ¡qué mayor dominio de hecho que alguien da una instrucción, chasquea los dedos y puede estar seguro que se va a ejecutar! ¿Qué mayor dominio? No pueden estar tan seguros de la ejecución del hecho muchas veces otros autores mediatos más clásicos, los que engañan, los que coaccionan, pues a lo mejor los otros (los sujetos a los que se pretende instrumentalizar) resisten y, en cambio, aquí sí. Es decir, mirando desde arriba hacia abajo, por así decirlo, esto parece autoría. Sí, maestro Roxin. Pero, en cambio, mirando desde abajo hacia arriba, ¿qué ocurre? Que cada uno de esos eslabones (desde el propio ejecutor y así, hacia arriba) es una persona libre, es una persona consciente, sin déficits y eso recuerda mucho más a la participación, naturalmente. El cómplice, el instigador se dirigen a una persona con esas características de ausencia de déficits de libertad o conocimiento.

Entonces, teniendo parte y parte, ¿por qué me inclino yo por la participación y no por la autoría mediata? Pues, por varias razones. Una, sobre todo, porque admitir la autoría mediata, en este caso, supone incluir una forma de autoría mediata con un fundamento tan diferente, que me parece un poco distorsionador, incluso pensando en la aplicación práctica y en lo que a veces ha costado que los jueces y tribunales admitan la autoría mediata como una forma más de plena autoría. En segundo lugar, porque a veces se menosprecia la participación. En otros códigos no. Pero, en todo caso, el instigador o inductor responde con la pena del autor, ¿qué problema hay? Si se le castiga como instigador ningún problema. Casi nunca hay un problema de accesoriedad y, por lo tanto, nos basta normalmente con la instigación para castigar.

Por cierto, también ocurre que, en algunos supuestos, sin necesidad de un aparato organizado de poder –todos podemos imaginarnos que si uno, en cualquier país prácticamente, acude a un ambiente delincencial claro, hampón, aunque no haya organización y uno "saca billete" –, es fácil conseguir que una persona le dé, digamos, un susto a otra. Habrá varios candidatos dispuestos a hacerlo y el que ofrece el dinero podrá contar con ello con bastante seguridad. Por tanto, con dudas, me mantengo fuera de la tesis de mi maestro alemán en este punto, con la que, por cierto, en materia de autoría mediata coincido muy ampliamente en lo demás. Aquí digo con dudas y reconociendo la genialidad, puesto que, ya saben además que la construcción roxiniana ha sido importantísima en juicios, sobre todo, de crímenes de lesa humanidad, contra derechos humanos, etc.

Siempre se cita, como primer caso, el de los juicios a las juntas militares argentinas y las sentencias que produjo. Sentencias que, efectivamente, reproducen, casi literalmente, la teoría de Roxin. Entonces algunos decimos que para eso no hace falta dar tanta vuelta. Pero en otros casos, se ha aplicado más estrictamente. Por ejemplo, en el Perú, siempre se citan los casos de las condenas contra Fujimori, contra el expresidente autogolpista Fujimori, pero también, ya antes y después, se ha utilizado contra la cúpula de Sendero Luminoso, la organización terrorista que actuó tanto tiempo en Perú y contra Abimael Guzmán, su líder. Es decir, como digo, antes de las condenas a Fujimori, pero también después, muy recientemente, en el juicio del caso Tarata, nuevamente, contra esa cúpula (un atentado con coche bomba muy importante que hubo en Lima y que se juzgó definitivamente hace un par de años).

Así también en la propia Alemania, después de la caída del Muro de Berlín, también se utilizó la construcción roxiniana para castigar a las cúpulas y a mandos intermedios de lo que llamaríamos simplifadamente el Partido Comunista, cuyo nombre era Partido Socialista Unificado de la llamada República Democrática Alemana –es decir, de la Alemania comunista–, por disparos en el muro y por otras conductas. Pues bien, quiero decir que la construcción roxiniana ha tenido mucha trascendencia y que, se esté de acuerdo con ella o no (como es mi caso), es preciso conocerla bien y seguir reflexionando sobre ella con seriedad. Desde luego, no aplicarla ni rechazarla con automatismo vacío.

Por fin, llegamos a la coautoría. ¿Cómo define y caracteriza Roxin la coautoría? Hay que em-

pezar diciendo que en esa caracterización, Roxin (por lo tanto, sus seguidores) es especialmente restrictivo dentro de los defensores de la teoría del dominio del hecho. La caracteriza por lo que llama dominio del hecho funcional. ¿En qué sentido? Ninguno de los que interviene en el hecho, que son varios, tiene el dominio completo de él. Pero entre esos que intervienen en el hecho, algunos realizan funciones tan importantes que, si se retiraran, toda la empresa criminal decaería. Dominio funcional, dominio por la función esencial que realizan esos sujetos, sin la cual toda la empresa criminal decae.

Roxin concreta más en que consiste ese dominio funcional. Dice que tiene tres elementos. En primer lugar, la actuación en un marco común, a veces, se habla de acuerdo. Pero cuidado, no hace falta que sea un acuerdo en sentido estricto y expreso, sino saber que actuamos en un marco común. Característica que, por cierto, puede ser común a la coautoría, pero también a la complicidad, un cómplice puede estar actuando en el marco común. La segunda característica o elemento consistiría en que esa contribución sea esencial, de esas que, si las retiramos, el hecho entero "se cae". Hasta aquí es lo que exigen algunos partidarios de la teoría del dominio del hecho (no Roxin, que pide un tercer requisito).

Entonces, yo les diría que esto recuerda mucho a la cooperación necesaria, a esa forma de definir la coautoría del COIP, pero que, en otros países (como España) es una forma de participación (accesoria) conminada con la misma pena que la autoría. Pero Roxin, como digo, establece un tercer requisito: que esa conducta en el marco común, con división del trabajo o acumulación de esfuerzos, que es esencial, se realice en fase ejecutiva. No que sea una acción ejecutiva, sino que, lo sea o no, se realice en fase ejecutiva. Solo serían coautores aquellos intervinientes importantes, esenciales que actúan en fase ejecutiva.

Por ejemplo, el vigilante al que todo el mundo le da mucha importancia, que está vigilando de manera muy relevante para avisar de que no venga la policía durante un robo, por ejemplo. Ese sí, ese sería un coautor para Roxin. Repito, dentro de la teoría de dominio del hecho, la coautoría de Roxin es mucho más limitada que en otros que le precedieron (y que algunos que no le siguen desde que formuló su propuesta). Aunque es verdad que, desde entonces, casi todas las adhesiones a la teoría de dominio del hecho en materia de coautoría van por esa vía, por la del dominio funcional del hecho de Roxin. ¿Por qué esa exigencia? Parece un poco contradictoria con su postulado inicial de que coautor es el que realiza una función tan importante en el hecho que si se retira, decae todo el hecho criminal. Si no tenemos la contribución del ingeniero, el hecho terrorista no se produce y, sin embargo, ¿por qué, según Roxin, no es coautor? Porque él tiene que esperar la fase ejecutiva.

La exigencia de actuación en fase ejecutiva por Roxin tiene, en mi opinión, la siguiente explicación, que queda bastante clara en un artículo de un penalista vinculado a Roxin, el Profesor Rudolphi, que hablaba de la adscripción o pertenencia al tipo de dominio del hecho. ¿Por qué? Porque Roxin o Rudolphi se dan cuenta de que, si hasta del ingeniero decimos que es el que ha matado a los ciudadanos (como hace un autor), estamos extendiendo el concepto de autor tan enormemente que ya no es ese concepto restrictivo de autor que decíamos que tenía unas ventajas, al principio, ¿verdad? Entonces, Roxin se da cuenta de eso y dice no, hay que restringirlo. ¿Cómo se le ocurre hacerlo? Por un criterio temporal que a mí no me parece el más convincente. Enseguida, les diré cuál es el mío. Pero esa es la explicación, intentar no alejarse demasiado del concepto restrictivo de autor que tenía esas ventajas, lo cual es loable, aunque, en mi opinión, realizado de manera no convincente.

Bien, siguiendo ideas de Luzón Peña que hemos venido desarrollando, a veces, hasta en escritos conjuntos, definiendo un criterio que, al principio, creíamos que era (al menos yo lo denominé así) una versión heterodoxa de la teoría del dominio del hecho. Yo creí que estaba dentro de la teoría de dominio del hecho con más restricciones, pero que se podía llamar así. Luzón y yo hablábamos de dominio objetivo del hecho, íbamos a llamar a nuestro criterio dominio objetivo y positivo. Ahora verán por qué cambiamos y le empezamos a llamar determinación objetiva del hecho. Ojo que, por ejemplo, en Colombia se habla de determinador para referirse al instigador o

inductor (no es el caso estricto de Ecuador o España).

Esta determinación, de la que nosotros hablamos, no tiene nada que ver con determinar a otro a cometer el hecho, con la instigación, inducción o determinación como forma accesoria de participación. Se trata de que uno, con su propia actuación, determina el sí y el cómo del acontecer típico, "domina" así el cómo del acontecer típico. ¿En qué nos distinguimos y por eso algunos dicen que no estamos ahí, de la tesis mayoritaria e incluso de Roxin? Pues en detalles, en más cosas, pero, sobre todo, en esos dos adjetivos que le ponemos a determinación: objetiva y positiva del hecho.

Para los partidarios de la teoría de dominio del hecho no se puede tener el dominio del hecho si no se tiene voluntad de tenerlo o, al menos, saber que se tiene. Es decir, el dominio del hecho es un criterio material, objetivo. Hay que tener esos datos que he dicho antes, pero además, con un elemento subjetivo. ¿Qué les pasa entonces? Esto es lo que explica algo que conté antes. Cuando llegan a los hechos culposos o imprudentes, ese criterio no les vale para distinguir entre autores y partícipes. ¿Qué es lo que hacen? pues todos autores. Luego, nos dice Roxin, sí, reduciremos el número de autores por otras vías, por ejemplo, con la imputación objetiva. Sí, pero la reducción ya no es igual. Ya no es igual.

Sin embargo, nosotros decimos que la caracterización central de la determinación del hecho es objetiva. No es que digamos que los datos subjetivos no son muy importantes en materia de autoría, claro que lo son. Por ejemplo, si yo engaño a otro para que dispare haciéndole creer que es una pieza de caza cuando realmente es una persona, ese dato subjetivo de mi mayor conocimiento y del engaño es importante para convertirme a mí en autor mediato. Pero fuera de esas estructuras internas de las distintas formas de autoría, lo fundamental es que la actuación o contribución del autor (lo sepa o no lo sepa) es la que determina el hecho.

Es decir, en el caso famoso de que un médico le da a una enfermera una inyección que pone todos los días y que ella puede confiar en que no lleva nada dentro más que el medicamento indicado, pero, sin embargo, el médico sabe que ha puesto un veneno para que se muera el paciente, hay quien dice que la enfermera no puede ser autora porque no tiene dominio del hecho (por desconocimiento), no sabía que aquello era un veneno. Pues bien, nosotros decimos: no tendrá ese dominio subjetivo (por eso, para evitar que se nos diga que no puede haber dominio sin elemento subjetivo, hablamos de determinación), pero es determinante su actuación.

Así, ¿la enfermera será la autora directa? claro que sí. ¿Responderá? Pues claro que no, porque le faltan otros elementos típicos como es el dolo o la culpa. Está, clarísimo. No hay responsabilidad. Pero eso es lo que caracteriza al autor. De hecho, el médico solo es autor porque la ha instrumentalizado. Ha instrumentalizado a alguien que determina el hecho. Si hubiera instrumentalizado a alguien que no lo determina no sería autor tampoco. ¿De acuerdo? Bien, esa es la primera diferencia que es muy importante y que nos permite distinguir entre autoría y participación culposa.

Después, tenemos una discusión quienes distinguimos esa participación culposa de la autoría: ¿es punible o no es punible la participación culposa o imprudente? No explicaré ahora por qué, pero diré que algunos defendemos que no lo es. En eso, es en una de las pocas cosas que nos puede gustar (al menos cuando la complicidad sea culposa) el COIP en materia de autoría y participación. Al menos, para la complicidad se dice que "no cabe complicidad en las infracciones culposas" (artículo 43, segundo párrafo). Nos parece muy bien. No sé quién aportó esa idea, pero nos parece muy bien.

Vamos con nuestra segunda gran diferencia. En materia de coautoría, nosotros entendemos que con esa definición amplia de que autor es todo aquel que cumple una función en el hecho tal que si se retira su contribución se viene abajo, se está destacando un dato muy importante. Eso es un dominio negativo (capacidad de que, retirando la contribución, decaiga el hecho) y hay, entre esas personas que tiene esas funciones, dos grados de dominio o determinación. Unos que

poseen solo ese negativo, como nuestro muy importante ingeniero: si no fabrica la bomba, no hay hecho; pero puede fabricar la bomba y, si luego no van los terroristas, sí que se acabó. O quien sujeta mientras el otro apuñala. Sujetar es muy importante en un hecho homicida o de lesiones, pero solo hace avanzar adelante el que clava el cuchillo. Pues nosotros, por congruencia, para ser muy consecuentes con esa idea del concepto restrictivo de autor del que partíamos y con sus ventajas, sostenemos que solo quien tiene ese dominio positivo, determinación positiva del hecho, es (co)autor.

¿Qué son los que tienen solo ese dominio negativo? Pues partícipes muy importantes. ¿Problema? Legislaciones como la alemana, como la colombiana y como otras, que no tienen ninguna figura de participación de complicidad equiparada (o cercana) en pena a la autoría. Entonces una de dos: o a esos sujetos tan importantes los hacen coautores –y algunos los hacen a todos– o, como Roxin, distingue a los coautores por la actuación en fase ejecutiva. En todo caso, o los hacen coautores, o tienen que aplicar la pena de la complicidad. La pena de la complicidad, para nuestro famoso ingeniero o para el que sujeta, parece poca. ¿Solución? Establecer, con mejor o peor redacción (la española no me parece la mejor redacción), esa figura de la cooperación necesaria (o como se la denomina, por ejemplo en Perú, complicidad primaria) como forma de participación accesoria, pero con la pena de la autoría.

Si no se considera que deba ser la de la autoría, con una pena cercana. Es decir, establecer una figura de complicidad o cooperación cualificada, con algunos criterios. Yo creo que, con eso se consigue no traicionar el concepto restrictivo de autor que nos parecía que era estupendo, pero, a la vez, logra soluciones materialmente satisfactorias. Porque Roxin quiere restringir, por un lado, el concepto de autor y entonces, se deja afuera a nuestro ingeniero porque este actúa en fase previa a la ejecutiva y tiene que castigarlo como a un cómplice, como a un cómplice que hace una cosa mucho menos importante. Pues no, lo ideal es castigarle como un cómplice cualificado. No como un autor, porque difícilmente realiza el tipo ese sujeto. Pero sí como un cómplice cualificado.

Bien, yo creo que se han entendido mis diferencias más allá del matiz. Esto es lo que nos diferencia y, por eso, algunos "no nos dejan" llamarnos teoría heterodoxa del dominio del hecho y creen que somos otra cosa. Pues bien, estupendo, no hay problema, es una cuestión terminológica y lo importante es que se entienda lo que decimos y se valoren esas diferencias. Debo decir que Roxin, en estas dos grandes diferencias, no realiza una crítica severa de nuestra opinión. En relación con los hechos imprudentes o culposos, viene a decir que no es una locura o un desatino lo que sostienen Luzón Peña y Díaz y García Conlledo (y sus seguidores), pero añade que cree que la distinción en materia de castigo en la imprudencia debe establecerse por la vía de la imputación objetiva. Ciertamente, la imputación objetiva debe analizarse y excluirá, en ocasiones, la responsabilidad de algún interviniente culposo, pero se trata de algo totalmente distinto a nosotros y una restricción mucho menor.

En la otra cuestión, la de la coautoría, Roxin ha venido a reconocer, en el segundo volumen de su imponente Tratado de Parte General del Derecho Penal, la coherencia de mi criterio con un concepto verdadera y altamente restrictivo de autor. ¿Qué problema tenemos?, viene a decir él que en Alemania no existe la cooperación necesaria. Bueno, pues entonces, contesto yo (en general respecto de sistemas legales que no conocen esa figura), lo que deben hacer ustedes es introducir la cooperación necesaria en su código, como forma de complicidad cualificada (por tanto, como una forma de participación accesoria cualificada).

Con ello, tenemos resumidos los rasgos básicos de la autoría. No sé si me queda un poco de tiempo para hablar algo de la participación. Vamos a decir algo aunque sea muy brevemente. ¿Quiénes son partícipes y en qué se caracterizan los partícipes? Parece que, en el COIP, el único partícipe claro es el cómplice y tendríamos que hacer muchas filigranas jurídicas para intentar fundamentar que también lo son el instigador y el cooperador necesario. Por ejemplo, en relación con este último, habría que explicar que, dentro de eso que el COIP llama coautores habría dos figuras: los cooperadores necesarios, partícipes (accesorios) muy importantes y los verdaderos

coautores, verdaderos autores que realizan el tipo. Pero, en fin, ¿en que se caracteriza la participación? En la accesoriadad. La responsabilidad penal del partícipe, en los sistemas de autoría restrictiva, es accesoria de la del autor. En mi opinión –y aquí sí sigo a mi maestro alemán, Roxin–, los partícipes realizan un ataque accesorio al bien jurídico.

¿Qué significa accesoriadad? Muy resumidamente diré que tiene dos facetas. Una a la que se ha llamado accesoriadad cuantitativa, que es la que menos se menciona cuando se habla de accesoriadad. ¿A qué etapa de realización del delito tiene que haber llegado la conducta del autor para que empiece a ser punible la participación? Aquí la respuesta es bastante unánime en general: a la fase ejecutiva. A la tentativa. Si la conducta del autor no ha llegado a tentativa, no se va a responder como partícipe en esa conducta. Si el legislador considera que alguna de esas conductas de participación intentada, en que el autor no llegue a la tentativa, debe castigarse, deberá establecer un castigo expreso como acto preparatorio punible, excepcionalmente. Eso sería la accesoriadad cuantitativa. La que más se conoce es la accesoriadad cualitativa y, dentro de ella, la posición dominante (aunque no siempre lo fue e incluso hoy hay voces discrepantes) es la llamada de la accesoriadad limitada. El partícipe realiza un injusto propio que consiste en un ataque accesorio al bien jurídico.

¿Qué significa accesoriadad limitada? Que para que el partícipe responda, la conducta del autor tiene que ser una conducta típica y antijurídica. Si no es típica y antijurídica –que sea culpable ya no importa a estos efectos– entonces, el partícipe fomenta un hecho conforme a derecho o, al menos, no delictivo y, por tanto, no debe responder. Hay quien denomina a este aspecto de la accesoriadad limitada de la participación faceta negativa de la accesoriadad de la participación. Negativa, en el sentido de que corta la responsabilidad del partícipe si no se dan unas características en el autor.

Pero existe otra segunda faceta, esta sí, positiva, que implica la unidad del título de imputación. El partícipe responde por el mismo delito que comete el autor. Si este delito es un delito especial (o similar), en principio, responde por el delito especial, no por el común, porque el que se ha cometido es el especial y el que ha fomentado ese partícipe es el especial. Respondería por el especial, aunque, eso sí, se puede establecer, lo que en muchos casos es importante, que dada su mayor lejanía con el injusto especial el partícipe pueda ser favorecido por una atenuación penológica que algunos códigos establecen, unas veces como facultativa, otras como obligatoria.

Naturalmente, eso no quiere decir que pase lo que pase ese partícipe va a responder por lo mismo que el autor. No, para ello tienen que darse el resto de elementos del tipo, estamos hablando de la autoría, pero para que el partícipe responda por el delito especial tiene, por ejemplo, que saber también que el autor realiza las características del delito especial. Si no, no. ¿Por qué? No por un problema de accesoriadad, sino sencillamente por un problema de falta de dolo. Espero que entiendan lo que digo, pues ya no me queda tiempo para desarrollarlo más. Este sería el rasgo fundamental de la participación: la accesoriadad.

En fin, como decía antes, las formas más comunes de participación en las legislaciones son la instigación y la complicidad o cooperación (simple o necesaria). Y ¿por qué se suele castigar con la misma pena del autor o, en su defecto, con una pena muy cercana? Ahí hay quien lo discute, pero, en general, suele coincidir con la del autor, porque es el instigador o inductor el que ha puesto en marcha una cadena que luego escapa de sus manos, escapa del control del instigador y, por eso, se considera que es una forma de participación muy importante.

La otra forma de participación accesoria es la complicidad. En muchos países es la complicidad y punto. En algunos países, la complicidad, como decía antes, se divide en dos formas, una cualificada y otra no. Esa cualificada recibe diferentes nombres, por ejemplo, en Perú se llama complicidad primaria. En España se le llama cooperación necesaria. Son formas de participación accesorias de aquellos que, en terminología roxiniana, tendrían el dominio funcional del hecho, pero utilizando la nuestra, no el dominio positivo, sino solo el negativo, la determinación negativa, no la positiva.

Los que tengan la positiva serían verdaderos coautores y los que la tienen solo negativa serán cooperadores necesarios. Estos cooperadores necesarios o cómplices cualificados tienen, en muchos ordenamientos, como en España, la misma pena del autor y la figura cumpliría las funciones ya indicadas. Se podría discutir si la pena ha de ser la misma o debe ser una intermedia. Se podría discutir toda la cuestión de la pena cualificada que deba corresponderle, pero lo que sí parece que es interesante es que esta figura (descrita, eso sí, de otra manera a como lo hace la ley española, creo yo, porque utiliza una fórmula hipotética casi imposible) se mantenga. Creo que es bueno que se mantenga para conseguir todo lo que he dicho antes.

La tercera forma sería la complicidad simple, que todos conocemos, la de coadyuvar al hecho, ayudar a ese hecho, fomentar ese hecho con actos que no sean necesarios, es decir, con actos sin los cuales el hecho también podría haberse realizado. No me queda tiempo para enunciar siquiera los criterios que nos pueden ayudar a distinguir entre las dos formas de complicidad o cooperación. Por tanto, si les parece, por hoy me quedo aquí y doy paso a las preguntas que, naturalmente, me quieran realizar. Muchísimas gracias.

# Una teoría del delito para el derecho penal de adolescentes

Jorge Fernández

Agradezco la invitación de la Dirección de Estudios Penales de la Fiscalía General del Estado de Ecuador, en especial, a su Directora Beatriz Rodríguez y a su equipo de trabajo por la coordinación de esta conferencia. Agradezco también a todas las personas a quienes llegue esta exposición, que espero pueda despertar cierto interés respecto de la teoría del delito y su aplicación en niñas, niños y adolescentes infractores de ley.

La presentación se dirige a describir la situación de niñas, niños y adolescentes infractores de la ley penal dentro de la teoría del delito, sin dejar de mencionar algunos puntos relevantes en torno a la teoría del delito en general y su estado actual, principalmente, a partir de ciertos ejes que guían la exposición. Como señalé, el principal objetivo es describir la situación de los menores de edad dentro de la teoría del delito, específicamente, cómo la teoría general del delito podría entrar en tensión a partir de las necesarias consideraciones especiales de su aplicación a adolescentes.

A su vez, a propósito de la culpabilidad, cómo una imputabilidad vinculada a la noción de incapacidad demuestra ser una perspectiva contraria a un enfoque de derechos. Por último, cómo un sistema diferenciado importa no solo un régimen jurídico centrado en la determinación de penas diferenciadas, que es como generalmente se ha entendido y construido el sistema de responsabilidad penal adolescente, aspecto que, por supuesto, es relevante por las características socioeducativas que deben de tener las penas de los adolescentes, sino también respecto de cómo debe pensarse una teoría del delito con una especial comprensión de la situación del adolescente, en torno a la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad.

Mi exposición tiene un interés teórico pero también práctico, en especial, desde la perspectiva de un operador jurídico. Me parece relevante ofrecer ciertas preocupaciones teóricas que, dentro de una mirada amplia, permitan repensar ciertas concepciones tradicionales y nuestra labor e impacto de nuestra interacción dentro del sistema de justicia penal.

Primeramente, parece conveniente introducirnos en la estructura del delito, en términos generales, para luego enfocarnos en la culpabilidad, desde donde se ha relacionado la situación de los menores de edad. Pues bien, entendemos tradicionalmente por delito, la conducta típica, antijurídica y culpable. Esta descripción uno puede encontrarla en la mayoría de los códigos y manuales, es la concepción tradicional y puede, de hecho, verse en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, en su artículo 18. Respecto de esta descripción, parece existir cierto acuerdo, al grado de haberse impuesto en la mayoría del derecho enraizado en la tradición continental europea, lo que nos permite identificar rasgos comunes en legislaciones como las de Chile, España y Ecuador, expresadas en la redacción de tipificaciones que resultan bastantes similares.

Para entrar en las categorías de la teoría del delito, necesitamos una cierta conducta presentada como acción u omisión posible de ser subsumida en el tipo penal, cubriendo hasta aquí, el espacio correspondiente a la tipicidad. Después, la autorización o no por el derecho, de acuerdo a normas permisivas que cubren las causales de justificación, lo que se enmarca dentro de la teoría de la antijuricidad. Finalmente, dirigirle al sujeto un reproche por haberse comportado como lo

hizo, sin seguir los mandatos y previsiones normativas existentes, pudiendo haber obrado conforme a derecho, momento en el cual entendemos que el sujeto es culpable y merecedor de una sanción penal. Es en esta última categoría entonces, que nos instalamos dentro de la noción de culpabilidad.

Por su parte, dentro de la culpabilidad, se han descrito, generalmente, tres elementos estructurales. Por una parte, la imputabilidad, como capacidad –y esta es la concepción tradicional de la que me quiero hacer cargo respecto de los adolescentes– como capacidad de reconocer el injusto del actuar y de determinarse conforme a ese conocimiento. Esta concepción termina asimilando y excluyendo a quienes carecen de madurez o adolecen de trastornos mentales, patológicos o accidentales.

Luego, la segunda categoría o elemento es la denominada conciencia de la ilicitud, esto es, la posibilidad real de parte de quien ejecuta una conducta de comprender lo injusto o lo contrario a derecho de su actuar. Aquí, en este ámbito, se excluye a quienes están en la convicción de estar obrando de una forma lícita, pero que, sin embargo, por un error de comprensión de lo injusto, en realidad no lo están. Esto, se enmarca dentro de lo que llamamos los “errores de prohibición”.

Por último, para no extenderme más de lo necesario, la exigibilidad de una conducta ajustada a derecho, es decir, la existencia o no de la posibilidad de obrar de una forma distinta o mejor que aquella que el sujeto decidió. Permitiendo excluir aquí, los casos de fuerza moral irresistible, o, en el caso de Chile, miedo insuperable, el estado de necesidad exculpante, entre otros.

Una primera cosa que es necesario señalar es que esta estructura del delito, descrita como típica, antijurídica y culpable puede estar sujeta a revisión. Haciendo eco de lo que decía Puppe, la descripción de este delito resulta desde el punto de vista lógico e inmaterial, como errónea, puesto que, se observa como si fuera una cosa que tuviera determinadas características. Es decir, se describe a un objeto que pareciera estar revestido de las características de ser típico, antijurídico y culpable.

Sin embargo, antijuricidad y culpabilidad aparecen como parte del género de algo más amplio de aquello en lo que se está inmerso, que es la acción típica, de lo cual son conceptos relacionales ¿Qué quiero decir con esto? Que mientras el juicio de antijuricidad se sitúa como un criterio valorativo respecto de si ciertos hechos realizados por una persona y que calzan con lo que está previsto en el tipo penal son o no contrarios al ordenamiento jurídico. La culpabilidad, en tanto, es un juicio valorativo vinculado al injusto, como eje global, no una categoría secuencial que se analiza mientras pasamos anteriormente por las otras. Lo que observamos en el nivel de la culpabilidad es solamente la ocurrencia o no de causales que la excluyan a partir del check list acerca de la existencia de imputabilidad, conciencia de la licitud y la exigibilidad de otra conducta, pero el elemento de culpabilidad como reproche general, en realidad, no es lo que se analiza en la categoría de culpabilidad.

Esto, porque si afirmamos que el agente tiene capacidad personal para ser objeto de reproche, no es que esa capacidad surja en ese instante, sino que acompaña al sujeto desde el momento de la realización de la conducta típica. La categoría, por lo tanto, permite agrupar causales en que debemos entender excluida la culpabilidad del agente, debido a que en la situación el agente no ha podido someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho. Con esto, quiero hacer presente que la teoría del delito está sujeta siempre a revisión, a nuevas formas de comprensión de sus elementos y juicios de valoración. Adicionalmente, destacar que antijuricidad y la culpabilidad son ejes valorativos respecto de la conducta típica.

Deteniéndonos en la imputabilidad, entendida como categoría acerca de las formas de exclusión de la culpabilidad, plantea la existencia de una capacidad de conocer o no el injusto del actuar y determinarse conforme a ese conocimiento. Sin embargo, esta forma de acercarse a la inimputabilidad no puede ser aplicada, entiendo yo, a la situación de los adolescentes. Por lo demás, el Código Orgánico Integral Penal se hace cargo de la situación de los adolescentes por

medio del sistema de responsabilidad penal especializada, de acuerdo a la diferenciación etaria plasmada en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Hoy, es posible reconocer que una persona menor de dieciocho años posee capacidad para comprender el injusto de su actuar y adecuar su comportamiento conforme a dicho conocimiento. Esto permite ya desechar un criterio puramente psicológico, de cierta raigambre positivista y sujeto a críticas por su cercanía respecto del sistema tutelar que, en razón de querer establecer medidas de protección en beneficio del adolescente, obviaba las garantías generales propias del derecho penal ilustrado, con una intervención sin un marco acorde a las garantías del debido proceso. Esto es lo que viene a modificar la presencia del sistema diferenciado que forma parte del ordenamiento jurídico del Ecuador.

En contraposición a esta idea de capacidad, lo que debe observarse es la situación del niño, niña y adolescente, desde una perspectiva político-criminal que reconozca, en primer lugar, su sitial como persona, como sujeto de derecho, su dignidad y los derechos que le son inherentes. La cristalización de su consideración como sujeto de derecho se plasma con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, eliminando de nuestro vocablo la idea de incapacidad cuando nos referimos a la situación de los niños, niñas y adolescentes. El reconocimiento como sujetos de derecho viene acompañado de la posibilidad de demandar, progresivamente, una responsabilidad por los actos que realizan, que importa ser sancionado penalmente, estableciendo ciertas garantías que surgen precisamente para ofrecer un tratamiento especial acorde a sus necesidades y haciéndose cargo, a su vez, de los obstáculos en su satisfacción. Surge la idea del adolescente como sujeto responsable.

Por su parte, la teoría del sujeto responsable se instala dentro de lo que podemos denominar el "modelo jurídico de responsabilidad", sustentado, como dije, en el reconocimiento del adolescente como titular de derechos, dueños de una autonomía progresiva que nos permitirá una comprensión de la forma en que darán respuesta a las exigencias de una responsabilidad frente a sus conductas. Por lo tanto, es posible demandar de ellos y ellas respuestas acorde a la ley, exigiendo responsabilidad por su infracción. El tema ahora será, ¿qué tipos de respuestas son exigibles conforme a su desarrollo y formación?

El Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, en su artículo 38, de la misma forma que el artículo 19 del Código Penal Español, declara exentos de responsabilidad criminal a los menores de dieciocho años para, acto seguido, disponer su regulación por medio del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Lo que se señala es que existe una cierta irresponsabilidad penal respecto de la que rige para la categoría de adulto. No obstante, niños, niñas y adolescentes pueden ser responsables, aunque por un sistema distinto, especializado, algo que reconoce la misma Convención de Derechos del Niño. En síntesis, se reconoce a niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos, cuyo ejercicio autónomo se desenvuelve, progresivamente, en el desarrollo a su adultez. Esa autonomía progresiva permite, al mismo tiempo, reconocerlos como sujetos responsables, aunque de forma distinta de los adultos, por medio de un sistema de justicia penal diferenciado y, por sobre todo, especializado.

Esta diferenciación no está fundada en la consideración de niños, niñas y adolescentes como incapaces, sino porque la responsabilidad exigida debe adecuarse a su grado de desarrollo y madurez. A pesar de ello y siguiendo lo dispuesto por el artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se establece una edad mínima por debajo la cual se presume que los niños y niñas no tienen capacidad para infringir leyes penales. La noción de capacidad utilizada, sin embargo, no debe ser entendida como una negación de derechos, sino como un espacio de protección, donde no es posible imputar a la realización de una determinada conducta contraria a la ley, una específica consecuencia jurídica, esto es, la sanción penal.

La falta de motivabilidad racional por las normas en un niño o niña por debajo de ese rango de edad, traería aparejado problemas de legitimidad en la imposición de la pena, unido a preocupaciones asociadas al principio de no-desocialización, que convergen en la necesidad de des-criminalizar ciertas conductas cuando son realizadas por niños o niñas, puesto que, respecto de ellas no puede sostenerse una justificación preventivo intimidatoria. A diferencia de los adultos,

donde la creación de normas es formulada como una extensión de su autonormatividad, en niñas y niños las normas dictadas son confeccionadas de forma heterónoma, por lo que, su adecuación en torno a ellas y la legitimidad de su imposición se hacen más complejas.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 305 –en relación al artículo 4 del mismo Código– restringe la aplicación de la responsabilidad penal especializada para los adolescentes al marco que se da entre los doce y dieciocho años. Este marco de responsabilidad especializada respecto de los adultos puede encontrarse también en muchas regulaciones a nivel comparado, ejemplo de ello, España, Alemania y Chile.

La pregunta es si este marco especializado para adolescentes está dado solamente por un régimen jurídico diferenciado en cuanto a las penas. Esto es lo que parecen hacer generalmente los sistemas diferenciados de responsabilidad penal adolescente. Ejemplo de ello es el sistema de responsabilidad penal adolescente chileno y el sistema de responsabilidad que consagra el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en Ecuador. En ellos, se establece un régimen jurídico diferenciado de penas que difieren de las que se establecen para los adultos y cuya fundamentación posee fines socioeducativos. A mi parecer, debe adicionársele a ello un desarrollo dogmático para una teoría del delito diferenciada y especializada respecto de los adolescentes. En otras palabras, un sistema de responsabilidad penal especializado solo puede existir si se abordan ambos aspectos.

Quiero entonces esbozar, en lo que sigue, por qué se necesitan criterios especiales para una teoría del delito que se haga cargo de la situación especial de los y las adolescentes. En general, las legislaciones no establecen un catálogo separado de conductas punibles. Salvo excepciones, las figuras típicas que sancionan la conducta de adolescentes son extraídas a propósito del derecho penal de adultos, esto es lo que sucede con el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador. Sin embargo, esto no significa que no puedan realizarse ciertas distinciones cuando los hechos han sido cometidos por adolescentes, puesto que, no parece racional ni conveniente establecer una asimilación completa con los adultos.

Si nos ubicamos dentro de la teoría de la tipicidad, resulta evidente que la formulación de ciertos delitos solo ha tenido en mente su posible comisión por parte de un adulto, circunstancia esencial para darle sentido criminal al hecho. Esto resulta más nítido en delitos cuya víctima solo puede ser un niño, niña o adolescente y en donde el sentido de la norma penal solo adquiere relevancia en contraste con la calidad de adulto del agente, o cuando entre niñas, niños y adolescentes existe una diferencia significativa de edad, como el delito de producción pornográfica infantil o el delito de *child grooming*.

Una dogmática penal diferenciada o, especialmente, pensada para los niños, niñas y adolescentes, y para su situación como infractores de ley, debiera avanzar, al menos, a una interpretación teleológica respecto del marco penal existente, teniendo en consideración el fin protector de la norma. Me parece que esto es de lo más relevante.

Un ejemplo de ello es el delito del artículo 173 del COIP, que prohíbe el contacto con finalidad sexual a la persona que, a través de un medio telemático o electrónico, proponga concertar un encuentro con una persona menor de dieciocho años, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica. Este delito, es conocido a nivel comparado como *child grooming*. Como vemos, en el marco penal ecuatoriano la protección de la norma se establece para todos los menores de dieciocho años. En España, por ejemplo, se establece únicamente para los menores de dieciséis años, en razón que la protección se relaciona con la edad por debajo de la cual se entiende que niños, niñas y adolescentes pueden consentir libremente a la realización de relaciones sexuales. Por lo que el contacto con finalidad sexual entre un adulto y un adolescente de 16 años no estaría sancionado por el delito de *child grooming*, como tampoco aquel entre dos adolescentes mayores de 16 años.

En este sentido, uno se podría preguntar si en el Ecuador la proposición para concretar un

encuentro sexual entre dos adolescentes, o entre un adolescente y un niño o niña, formaría o no parte de lo que busca proteger la norma penal del *child grooming*, esto es, la indemnidad sexual. Esto debido a que esta categoría estaría pensada –a menos que lo que se quiera sancionar penalmente sea un cierto punto de vista moral respecto de la sexualidad adolescente– para sancionar la propuesta proveniente de un adulto dirigida a un niño, niña o adolescente. El problema dado por el Código Penal ecuatoriano es que establece en su artículo 175.5 que en los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante.

Entonces, mientras en España la protección se extiende para los menores de dieciséis años, es posible entender que existiendo una diferencia de edad ostensible entre el mayor de dieciséis años –responsable penalmente por un sistema penal diferenciado– y un menor de esa edad, podría existir una sanción penal para el adolescente, mientras, nuevamente, exista entre ellos una diferencia etaria relevante. En cambio, la sanción al *child grooming* en Ecuador, parece cubrir todo el espacio de los menores de dieciocho años y eso significa que las relaciones entre adolescentes no estarían comprendidas por el fin protector de la norma. Una interpretación sería excluir la posibilidad de que los menores de dieciocho años sean, bajo la misma disposición, sujetos protegidos e infractores.

La dificultad interpretativa está en definir si la finalidad de la norma es proteger a todos los menores de dieciocho años, entendiendo que respecto de todos ellos y ellas se encuentra ausente el consentimiento para la relación sexual, o hacer presente la existencia de diferencias etarias por debajo de los 18 años, cada una con distintos niveles de protección. Una solución normativa es el establecimiento de una norma que, a nivel comparado, se ha denominado "la regla de Romeo y Julieta", que establece límites de punibilidad para casos de diferencia etaria ostensible entre víctima y victimario, cuando ambos son menores de 18 años.

Este es el caso de Chile, donde existe una norma expresa que establece exenciones de responsabilidad para las conductas sexuales entre adolescentes mayores de 14 años y menores de 14 años –edad por sobre la cual el consentimiento es válido para mantener relaciones sexuales cuando, entre ambos, no se sobrepase ciertos rangos etarios–. Entonces, por ejemplo, la relación sexual entre un niño de quince y una niña de trece años no es sancionada penalmente, puesto que existe una regla específica que nos señala para ello debe darse una diferencia de más de dos años.

Entonces, desde un punto de vista de la tipicidad y del fin protector de la norma, la pregunta respecto del delito de *child grooming* en el Código Orgánico Integral Penal es si en su interpretación, excluimos a todos los menores de 18 años de la posibilidad de ser infractores, o establecemos rangos de protección basados en una diferencia ostensible de edad. El COIP hace distinción etaria para la sanción de ciertos delitos sexuales, además de poner en duda el que el consentimiento de un menor de 18 años sea absolutamente irrelevante, pues de serlo, no se entiende por qué se sanciona como estupro y no como violación la relación sexual entre un mayor de 18 años y un menor de 18 pero mayor de 14 años (art. 167 COIP). El problema: extender la protección para todos los menores de 18 años les ofrece una protección frente a las conductas provenientes de adultos, pero deja sin protección a niños y niñas respecto de la conducta de adolescentes, cuando existe entre ellos una diferencia etaria relevante.

El punto que quiero sostener es que el fin de protección de la norma impone una reducción teleológica y, en estos casos, lo que busca la normativa penal es proteger a una determinada categoría de personas consideradas vulnerables, frente a sujetos que se encuentran en situación de abusar de dicha vulnerabilidad. Por lo tanto, la diferencia entre adulto y menor de 18 años es clave en esta distinción, posibilidad de abuso que puede acontecer, en parte, entre adolescentes y niñas y niños que son, precisamente, quienes no pertenecen a la misma categoría, siempre que entre ambos exista, nuevamente, una diferencia etaria relevante.

Este razonamiento, aplicable también a otros supuestos, implica entender que el tipo objetivo exige, la diferencia etaria. La reducción teleológica, por lo demás, es un procedimiento formal de

interpretación por lo que no estoy yéndome fuera del espacio de la interpretación propia del derecho penal, es un procedimiento normal de interpretación del derecho en general y del derecho penal en particular.

Respecto a la antijuricidad, también uno podría plantear una diferenciación desde la teoría del delito. Si consideramos que durante la adolescencia, el grado de desarrollo y madurez se reflejan en relaciones especiales de sociabilidad, que difieren de las de un adulto, en cuanto a la posibilidad de exigir una "igual conciencia reflexiva" o de asimilar conceptos que se construyen necesariamente en forma social y que integran determinados delitos penales. Entonces, en este campo, que es esencialmente relacional, su valoración debe realizarse por medio de necesarias adecuaciones que podrían resultar relevantes, cuando recaen sobre elementos tradicionales de la teoría de la antijuricidad, como son las causales de justificación. Es decir, cuando uno analiza la legítima defensa, o cuando uno analiza el estado de necesidad justificante, estas categorías deben comprender, cuando estamos frente a infractores adolescentes, criterios de valoración que no pueden ser los mismos que los establecidos para los adultos, sino que deben construirse a partir de categorías valorativas específicas que incorporen la comprensión de acuerdo a la edad y desarrollo de los adolescentes.

Avanzando a la culpabilidad y más precisamente a las causales de inimputabilidad, puede sostenerse que conforme al estado de desarrollo y madurez de un adolescente, relativa inestabilidad emocional y la posibilidad de reaccionar con cierta irracionalidad propias de la etapa en la que se encuentran, resulta comprensible atribuirle un peso mayor a ciertas alteraciones mentales que, tratándose de adultos, no son significativas. De esta forma, aquellas perturbaciones mentales que en adultos no encuentran la entidad suficiente para revestir una causal de inimputabilidad por trastorno mental, en los casos en que dicha perturbación se produce en un adolescente, su edad debe ser considerada como un factor adicional concomitante, para una valoración que podría revestir caracteres similares al trastorno mental en adultos.

Una situación similar surge respecto del actual conocimiento de la antijuricidad, perteneciente a la categoría del error de prohibición, esto es, cuando en el adolescente existe una diferente percepción del significado social del hecho y se ha ejecutado una conducta asistida por la convicción de estar obrando lícitamente, cuando en realidad se está obrando contrario a derecho. Este análisis, que se realiza respecto a la percepción del significado social que pudiera tener un determinado hecho, en los y las adolescentes debiera hacerse a partir de un criterio valorativo diferenciador, que no puede ser que el exigido para un adulto.

Si el adolescente no ha podido conocer razonablemente el carácter injusto de su conducta y, consecuentemente, enderezarla de acuerdo a derecho, debido a que dicha apreciación recae en la comprensión de componentes sociales de difícil captación en razón de su grado de desarrollo y madurez, entonces, la edad se convierte en un factor relevante al momento de determinar el potencial de internalizar las normas y, en particular, las de carácter jurídico penal. En otras palabras, estas normas jurídico penales se encuentran fuertemente condicionadas por los avances del proceso de socialización que, debido al estado de desarrollo y madurez del adolescente, su exigibilidad debe ser menor en comparación con la de los adultos.

En resumen, el error en que cae el sujeto puede fundarse en la diversa comprensión de la realidad condicionada culturalmente que, en el caso de niños, niñas y adolescentes se encuentra adicionalmente condicionada por el menor grado de desarrollo y madurez. Situación que debe plasmarse en un criterio diferenciador no solo para el caso concreto, sino también desde su configuración como categoría general de culpabilidad, para una teoría del delito para todos y todas los adolescentes, pues no puede ser la misma que respecto de los adultos.

Finalmente, quiero detenerme brevemente en una categoría que no observo dentro del Código Orgánico Integral Penal, que es la inexigibilidad de otra conducta. Esto, porque en el COIP, en el artículo 34, que se refiere a la culpabilidad, se establece que para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuricidad

de su conducta, esto es, con conciencia de la ilicitud. Sin embargo, a nivel comparado existe la posibilidad de que, en ciertos casos, el sujeto no haya tenido la posibilidad de obrar de una forma distinta a como lo ha hecho y, por supuesto, mejor de la que decidió finalmente hacerlo. Tales situaciones están dadas a propósito del miedo insuperable y el estado de necesidad exculpante.

Generalmente, estas categorías han sido vinculadas a una disminución de la culpabilidad. En el miedo insuperable, por ejemplo, una persona ha obrado dentro de un estado de perturbación anímica más o menos profundo que ha sido provocado por la previsión de ser víctima o que otro sea víctima de un daño. Situación que lo mueve a actuar de una forma contraria a derecho, pues la única conducta a realizar para evitar el daño es una consistente en la vulneración de la norma prohibitiva.

En este caso, el sujeto es imputable y está en conocimiento de que la conducta realizada es antijurídica. Sin embargo, la pregunta desde el derecho penal es si es posible exigirle, en ese contexto, que actúe de forma diversa. Respecto de los adolescentes, la pregunta adicionalmente debe reflexionar acerca de si la valoración de la posibilidad de realizar una conducta alternativa conforme a derecho debe ser la misma que la utilizada para valorar la conducta realizada por un adulto. Es decir, si los parámetros de valoración acerca de aquello que constituye "miedo insuperable" para un adulto son los mismos a utilizar en el momento de valorar la situación de los y las adolescentes. Por supuesto, mi parecer es que la respuesta a esta pregunta debe responderse de forma negativa. El criterio de valoración debiera ser analizado de una forma diferenciada para adultos y adolescentes, puesto que, resulta factible que en el caso de los adolescentes se alcance más rápidamente, si se quiere, un estado de inexigibilidad, diferenciación que debe plasmarse no solo a propósito del caso concreto, sino respecto de toda la categoría de la adolescencia.

Otra categoría con similar alcance es el estado de necesidad exculpante, que se produce cuando para salvar un determinado bien, se sacrifica uno de igual o mayor valor, a partir de una valoración que realiza el agente frente a un caso concreto. Esta es una categoría más o menos nueva en Chile que también requiere una valoración distinta a propósito de las conductas realizadas por adolescentes. A su vez, el estado de necesidad exculpante puede tener lugar –no es necesariamente una ponderación de bienes– frente a una situación en que se pone voluntariamente en peligro un bien debido a que es la única forma de resguardarlo ante lo que es un peligro inminente de su eliminación.

Piénsese en una persona que está en un departamento a gran altura, el edificio se está incendiando y tiene a un bebé en sus brazos. La única forma de salvar al niño es lanzarlo y esperar que los bomberos que se encuentran abajo lo reciban en un colchón para rescate. El hecho es que, para el sujeto que está arriba, la única forma de salvar esa vida es, al mismo tiempo, poniéndola en peligro, lanzando al bebé, puesto que, de otra forma, perecerá debido al incendio. ¿Es exigible otra conducta al sujeto en esa situación? Pareciera que no. La viabilidad de evaluar, en un minuto de tensión, otras posibilidades conductuales escapan de lo exigible a un sujeto. Esta es una categoría que debiera incorporar, además, una valoración diferenciada respecto de las conductas realizadas por adolescentes, considerando criterios especializados y diferenciados, acordes a su grado de madurez y desarrollo.

Con esto concluyo mi exposición. Agradezco nuevamente la invitación de la Dirección de Estudios de la Fiscalía General del Estado y agradezco a todos por su atención e interés en la teoría del delito. Espero contribuir en algo a nuevas formas de comprensión respecto de la teoría del delito y su aplicación a los infractores penales adolescentes. Me despido y muchas gracias.

# CITD

I CONGRESO INTERNACIONAL DE  
TEORÍA DEL DELITO

# FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

**Fiscalía General del Estado**  
Dirección de Gestión de Estudios Penales  
Quito - Ecuador