

NUEVA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PENAL

Elpidio RAMÍREZ HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *Necesidades de la nueva estructura conceptual.* II. *Esquema de la nueva teoría.* III. *Las acciones y omisiones humanas pre-jurídicas.* IV. *Las normas penales generales y abstractas.* V. *Los delitos.* VI. *Las puniciones.* VII. *Las penas.*

I. NECESIDAD DE UNA NUEVA ESTRUCTURA CONCEPTUAL

A) La doctrina penal dominante ha centrado su atención en la teoría del delito, y ha postergado, en un segundo plano, a la teoría de la ley penal y a la teoría de la pena.

B) La teoría del delito es un sistema conceptual que estudia tanto al delito (cometido por una concreta persona física) como al tipo penal (elaborado por el legislador). Es una teoría que amalgama dos mundos radicalmente diferentes: el de la facticidad (delito) y el de la normatividad penal (tipo).

El delito es, ante todo, una acción entendida como una concreta conducta humana (facticidad), conducta que, como tal, pertenece, ontológicamente, al mundo de los objetos materiales; el tipo (normatividad) emerge de un proceso legislativo y pertenece, ontológicamente, al mundo de los objetos conceptuales.

La amalgama de tipo y delito ha generado, en la doctrina, deficiencias de diversa índole, de las cuales se apuntarán, aquí, sólo algunas de las más evidentes.

- a) Ontológicamente, y desde una perspectiva lógica, el tipo y el delito no son comparables entre sí: ni el tipo es subconjunto del delito

* Profesor de la Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco.

ni el delito es subconjunto del tipo; en consecuencia, ni la teoría del tipo es subconjunto de la teoría del delito ni la teoría del delito es subconjunto de la teoría del tipo. La inclusión de la teoría del tipo en la teoría del delito suscita interrogantes que la doctrina deja en la oscuridad: ¿el contenido (elementos) del tipo es, también, contenido del delito?; ¿la normatividad penal va incluida en los hechos?; ¿los conceptos son un subconjunto de los hechos?

- b) El dolo, ubicado por el causalismo en la culpabilidad, es un concreto proceso cerebral y, por tanto, un ingrediente del delito. En cambio, el dolo, entendido como elemento del tipo, es, y no puede entenderse de otra manera, una mera descripción normativa general y abstracta (objeto conceptual) y no un concreto proceso cerebral; por ende, no puede ser elemento del delito. Otra vez la oscuridad: ¿el dolo que emerge del cerebro del autor del delito (facticidad: objeto material) es ahora un elemento del tipo (normatividad: objeto conceptual)? ¿El dolo que emerge del cerebro del autor del delito ha sido sustituido por un concepto normativo surgido de un proceso legislativo? ¿El dolo, entendido como concreto proceso cerebral, ha sido eliminado del delito?
- c) La tesis de que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico define a “la” antijuridicidad material, introduce complejidad en la antijuridicidad y genera contradicciones en el campo de la consumación y de la tentativa.

La complejidad deriva del contenido que se asigna a la antijuridicidad: juicio de valoración (antijuridicidad formal) y objeto de la valoración (lesión o puesta en peligro del bien jurídico: antijuridicidad material). La lesión o puesta en peligro del bien jurídico (desvalor del resultado, o mejor, resultado desvalorado), junto con la conducta (desvalor de la acción, o mejor, acción desvalorada), son el objeto desvalorado por el juicio de antijuridicidad.

Las contradicciones son obvias: la lesión del bien jurídico es un elemento *sine qua non* de la consumación (la doctrina habla, también, de delitos de peligro consumados) y la puesta en peligro del bien jurídico es un elemento *sine qua non* de la tentativa (algunos juristas hablan, nebulosamente, de una acción peligrosa que no pone en peligro al bien). La antijuridicidad (doctrina unánime) no es elemento de la consumación ni de la tentativa. Aquí están las contradicciones: si la lesión o puesta en peligro del bien jurídico es, respectivamente, elemento de la consumación o ele-

mento de la tentativa y, a la vez, da contenido a “la” antijuridicidad material, de ello se sigue que: 1) la antijuridicidad sí es, y también no es, elemento de la consumación o de la tentativa; 2) la lesión o puesta en peligro del bien jurídico sí es necesaria, y también no es necesaria, para la consumación o para la tentativa, respectivamente; 3) la lesión o puesta en peligro del bien jurídico es, y también no es, antijuridicidad material; 4) el error sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico: a) es, y también no es, error de tipo; b) excluye, y también no excluye, al dolo; c) es, y también no es, error de prohibición; d) incide, y también no incide, en la culpabilidad.

C) La teoría de la pena aborda, en una visión unitaria, los tres momentos de la pena: 1) La amenaza legislativa, que, junto con el tipo, da contenido a las normas penales generales y abstractas; 2) el mandato judicial condenatorio, que da nacimiento a las normas penales individuales y concretas, y 3) la ejecución del mandato judicial, que se resuelve en una concreta facticidad. La pena es, pues, una tríada heterogénea y no un algo unitariamente simplificado.

Esta heterogeneidad no queda reflejada coherentemente en la estructura de la teoría penal: no hay la correspondencia recíproca, uno a uno, entre los tres referentes y la explicación teórica. Lo que sí hay es una amalgama de normatividad penal general y abstracta, normatividad penal individualizada y facticidad. Consecuencia: confusiones y deficiencias conceptuales. Un ejemplo: cuando se explica la determinación de “la pena” sólo se aborda la relación (función) entre culpabilidad y normatividad penal individualizada, sin que exista acuerdo en el significado (amplio o estricto) de culpabilidad. La amenaza legislativa (general y abstracta), que nada tiene que ver con la culpabilidad (individual y concreta), queda sin explicación; lo mismo ocurre con la pena, entendida como facticidad.

II. ESQUEMA DE LA NUEVA TEORÍA

La nueva teoría general del derecho penal es un sistema conceptual que explica, en cinco subsistemas, las cinco clases de referentes que integran su objeto de conocimiento, referentes que se sustentan en la dicotomía ontológica de objetos materiales y objetos conceptuales.

Las cinco clases de referentes son: 1) las acciones y omisiones humanas prejurídicas: acciones y omisiones antisociales (objetos materiales), relevantes para el legislador; 2) las normas penales generales y abstractas: ti-

pos y punibilidades (objetos conceptuales), elaboradas por el legislador; 3) los delitos (objetos materiales); 4) las normas penales individuales y concretas: puniciones (objetos conceptuales), surgidas de las sentencias de condena pronunciadas por los jueces, y 5) las penas (objetos materiales), entendidas como ejecución de las normas penales individuales y concretas: ejecución de las puniciones.

III. LAS ACCIONES Y OMISIONES HUMANAS PREJURÍDICAS

A) Todo ser humano, ante el mundo de la naturaleza (objetos materiales), tiene una doble posibilidad: a) intervenir, con sus actividades, en ese mundo y producir en él un hecho (cambio de estado en un objeto material), o bien b) no intervenir —esto es posible sólo a través de inactividades— y, por tanto, dejar que los hechos (cambios de estado) se produzcan sin su intervención.

- a) Las actividades son, por sí mismas, cambios de estado en el cuerpo de su autor (objeto material) y, precisamente por serlo, producen, a su vez, cambios de estado en otro objeto material, cambios que pueden trascender en beneficio o en perjuicio de los demás seres humanos o, incluso, pueden resultar neutros y, por tanto, no trascender ni en beneficio ni en perjuicio de los seres humanos.
- b) Las inactividades no son cambios de estado en el cuerpo de su autor, y por ello no producen cambios de estado en otro objeto material. Las inactividades son idóneas para no evitar los cambios que van a ocurrir. Esta idoneidad para la no evitación permite vincular inactividades concretas con cambios concretos, pero —conviene repetirlo— tales cambios no son producidos por las inactividades. La causa de esos cambios de estado se encuentra fuera del, y es independiente del, autor de la inactividad. Lo que vale decir es que el autor de la inactividad tenía la posibilidad de evitar el cambio (realizando la actividad idónea para evitarlo) y no lo evitó.

La inactividad, a diferencia de la actividad, no es aprehensible en términos de causalidad. Para la aprehensión de la inactividad es necesario un fundamento normativo. Ahí donde una norma exija del sujeto la realización de una específica y bien definida actividad, tiene sentido hablar de la

respectiva inactividad. Contrariamente, donde no haya una exigencia normativa carece de sentido traer a discusión una inactividad. Obviamente, no se trata de una norma penal, sino de una norma (consuetudinaria, moral, jurídica no penal, etcétera) previa al proceso legislativo penal e imprescindible para la focalización y aprehensión, en la vida real prejurídica, de una concreta y relevante inactividad, inactividad sin la cual es imposible la configuración de la específica clase de omisiones antisociales que dan lugar a la concreta y específica legitimación. En este orden de ideas, es conveniente una precisión: la norma sirve, únicamente, para focalizar y aprehender la concreta y relevante inactividad. La norma no es elemento de la inactividad, y la inactividad no es elemento de la norma.

Las inactividades, al igual que las actividades, pueden trascender en beneficio o en perjuicio de los demás seres humanos o, incluso, pueden resultar neutras y, por tanto, no trascender ni en beneficio ni en perjuicio de los seres humanos.

B) La inclusión de una determinada clase de actividades o inactividades en un universo penal, cualquiera que éste sea, depende de un juicio de antisocialidad: pueden ser materia de prohibición penal únicamente las actividades o inactividades antisociales, y en ningún caso las que no lo son.

Ahora bien, cuando se analizan las propiedades que debe satisfacer una actividad o una inactividad para ser considerada como antisocial, se evidencia, en primer término, que su autor: a) tiene la posibilidad de ejercer control sobre las mismas, es decir, tiene la posibilidad de ejercer control sobre la causalidad, o b) carece de esa posibilidad. Las primeras se rigen por una voluntad finalista; las segundas ocurren de manera fortuita. Voluntad finalista y control sobre la causalidad van unidos de manera inseparable. Esto quiere decir que la finalidad es imposible ahí donde el autor no tiene la posibilidad de ejercer control sobre la causalidad. Ahora bien, la voluntad finalista se manifiesta en forma exclusivamente finalista, o bien, en forma finalista, pero contaminada y desviada por un descuido del autor. De lo anterior se infiere que el descuido implica a la voluntad finalista, de tal manera que sin voluntad finalista es imposible el descuido.

C) Las acciones y omisiones finalistas que pueden tener relevancia para el legislador son, únicamente, aquellas que rebasan la esfera de lo individual y trascienden al ámbito social. Son acciones u omisiones finalistas con relevancia social que, respectivamente, producen o no evitan perjuicios a los demás seres humanos.

D) Finalidad y trascendencia social son necesarias, pero no suficientes, para la intervención del legislador. Es imprescindible, además, la antisocialidad de la acción o de la omisión. Aquí entra en juego la tesis de la adecuación social.

El universo de la antisocialidad, cualquiera que éste sea, incluye, únicamente, acciones y omisiones finalistas (en sus dos variantes) que producen o no evitan perjuicios para los seres humanos. La sana razón excluye de la antisocialidad tanto las acciones y omisiones benéficas, que siempre son adecuadas socialmente, como las neutras, que en ningún caso son inadecuadas socialmente, y, también, las fortuitamente perjudiciales, que tampoco son inadecuadas socialmente. Ejemplos: las intervenciones quirúrgicas realizadas conforme a la *lex artis* son benéficas, y por ello aceptadas, aprobadas e incluso estimuladas por la sociedad, lo cual las ubica en el conjunto de las acciones adecuadas socialmente; las acciones y omisiones finalistas de realización imposible son neutras y, por lo mismo, no son inadecuadas socialmente; las lesiones deportivas producidas fortuitamente no son inadecuadas socialmente.

E) El perjuicio, que se concretiza fuertemente como una lesión de algún bien o débilmente como una puesta en peligro del mismo, ha de recaer en bienes, individuales o colectivos, de índole social objetiva, necesarios para la subsistencia misma de la sociedad o para hacer soportable la vida en la sociedad o para hacer viable el integral y democrático desarrollo de los seres humanos. Tales bienes han de entenderse en sentido dinámico y, por ende, sometidos a los riesgos inherentes a la vida en sociedad.

F) Las acciones y omisiones finalistas y sociales que, respectivamente, producen o no evitan la lesión o la puesta en peligro de alguno de los bienes aludidos en el párrafo anterior suscitan una reflexión: algunas son realizadas por absoluta necesidad; otras, a pesar de que no existe necesidad. Actúa por necesidad quien lo hace para salvar algún bien, sin tener a su alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva. Actúa sin necesidad quien no va a salvar bien alguno o sí tiene a su alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

La necesidad, o la ausencia de ésta, va a determinar el sentido de la valoración social: cuando un ser humano actúa por necesidad, no hay juicio de reprobación social. Esta reprobación surge sólo cuando la lesión, o la puesta en peligro, del bien se infiere, o no se evita, sin necesidad.

En resumen: es antisocial toda acción u omisión finalista y social que sin necesidad lesiona o pone en peligro (o no evita la lesión o la puesta en peligro de) algún bien, individual o colectivo, de índole social objetiva, que es necesario para la subsistencia misma de la sociedad o para hacer soportable la vida en la sociedad o para hacer viable el integral y democrático desarrollo de los seres humanos.

G) Viene ahora el ejercicio del *ius puniendi* legislativo, ejercicio que debe regirse por, al menos, cuatro principios: legitimación, racionalidad, ponderación y legalidad. O, en lenguaje referido al *ius poenale* legislado: las normas penales generales y abstractas deben ser legítimas, racionales, ponderadas y legales.

- a) Una norma penal general y abstracta es legítima sólo cuando ella es socialmente necesaria para frenar la real comisión de acciones u omisiones antisociales pertenecientes a una única y bien definida clase de antisocialidad.
- b) Una norma penal general y abstracta es racional sólo cuando, previamente a su creación, se diseña y pone en juego una política de prevención no penal de la antisocialidad, prevención que incluya: 1) medidas (materiales) para eliminar, o al menos neutralizar, los factores (bióticos, psíquicos, sociales y ambientales) que propician esa clase de acciones u omisiones antisociales, y 2) medidas (normativas, no penales) para inhibir la comisión de tales conductas.
- c) Una norma penal general y abstracta es ponderada sólo cuando, previamente a su creación, el legislador evalúa toda la constelación de consecuencias que, conjeturablemente, va a originar esa norma. Tales consecuencias pueden ser benéficas, contraproducentes o ambivalentes. Si, razonablemente, la evaluación anuncia consecuencias sólo benéficas, adelante: se debe elaborar la norma. Si las consecuencias van a ser contraproducentes o ambivalentes, alto: es mejor prescindir de la norma, aun cuando ésta sea legítima y racional.
- d) Una norma penal general y abstracta nace legalmente sólo cuando en su creación se cumplen rigurosamente todas las exigencias constitucionales relativas al órgano creador y a las formalidades del proceso legislativo.

IV. LAS NORMAS PENALES GENERALES Y ABSTRACTAS

1. *El tipo*

A) Las acciones y omisiones antisociales —vale repetirlo— son la fuente real que otorga legitimidad al legislador para la elaboración de las normas penales generales y abstractas, normas que van a operar como instrumento para la protección de los bienes aludidos en el apartado anterior. Esta protección, para ser integral, exige dos clases de normas: 1) normas penales para imputables, que contienen un tipo y una punibilidad, y 2) normas penales para inimputables, que contienen un tipo y una descripción (legal) de medidas de seguridad.

Una norma penal general y abstracta es un sistema conceptual que, en forma necesaria y suficiente, describe una determinada clase de acciones u omisiones antisociales y la correspondiente posibilidad de privación o restricción coactiva de bienes del sujeto que realice una acción u omisión antisocial de la clase descrita.

Tipo es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de acciones u omisiones antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos.

B) El contenido del tipo está dado, precisamente, por las acciones u omisiones antisociales. El legislador debe plasmar en el tipo una específica y bien definida clase de acciones u omisiones antisociales: el legislador está sometido a la realidad prejurídica. Esto se corrobora con la función asignada a la punibilidad, función que, según la opinión unánime, sólo puede ser la prevención general. Si lo que se pretende es la prevención general, parece obvio que el legislador debe tomar en cuenta, para su descripción y prohibición, únicamente acciones u omisiones antisociales que ya están ocurriendo en la realidad social, y tal como están ocurriendo: esas, y no otras, acciones u omisiones. Si el legislador no se sometiera a esa realidad antisocial prejurídica, las consecuencias serían inevitablemente negativas: las acciones u omisiones antisociales que están generando desarmonía en la convivencia humana no quedarían descritas y prohibidas en las correspondientes normas penales; en cambio, sí quedarían descritas y prohibidas acciones u omisiones que no son las que generan desarmonía. Sería ésta una prevención general realmente ininteligible.

Una norma penal específica debe ser, siempre, la respuesta legislativa que da solución a una necesidad social ya existente en la realidad prejurídica. Más aún: el juez, en el momento de interpretar los textos penales para descubrir la norma penal (tipo y punibilidad) que va a aplicar en el caso concreto, se debe regir, en su interpretación, por la necesidad social que dio origen a esa norma penal; en otras palabras: el juez debe apoyar su interpretación en esa realidad prejurídica que el legislador plasmó en la norma penal. Ignorar esta realidad equivale a pervertir la función judicial.

Las acciones y omisiones finalistas adecuadas socialmente, por ser benéficas y en consecuencia no antisociales, quedan fuera de la órbita del tipo. No es razonable incluirlas en el tipo para después afanarse en excluirlas del delito mediante alguna atipicidad o causa de justificación. Simplemente, no hay tipo. Lo mismo vale decir con relación a las acciones y omisiones que no son inadecuadas socialmente.

C) La voluntad finalista genera dos clases de tipos: los dolosos y los culposos. Los tipos dolosos recogen la voluntad finalista; los culposos incorporan no la voluntad finalista, sino tan sólo el descuido que contamina a la voluntad finalista y desvía a la actividad o inactividad: en la vida real hay una voluntad finalista, pero ésta carece de relevancia para el legislador y, consecuentemente, para el tipo.

D) El tipo, en términos lógicos, es un conjunto que contiene veinticuatro elementos, organizables en ocho subconjuntos. Véase:

Bien jurídico

Elemento:
Bien jurídico.

Objeto material

Elemento:
Objeto material.

Sujeto pasivo

Elementos:
Calidad específica.
Número específico.

Sujeto activo

Elementos:

Voluntabilidad.

Imputabilidad.

Calidad de garante.

Calidad específica.

Número específico.

Deber jurídico penal

Elemento:

Deber jurídico penal.

El hecho

Elementos:

Voluntad dolosa.

Voluntad específica ultradolosa.

Voluntad culposa.

Actividad.

Inactividad.

Resultado material.

Nexo causal o nexo normativo.

Medios de comisión.

Referencia temporal.

Referencia espacial.

Referencia de ocasión.

Lesión o puesta en peligro del bien jurídico

Elementos:

Lesión del bien jurídico.

Puesta en peligro del bien jurídico.

Violación del deber jurídico penal

Elemento:

Violación del deber jurídico penal.

E) El contenido del tipo en la nueva teoría es notoriamente más extenso que el de la doctrina penal dominante. Dos razones avalan esta mayor extensión: a) la garantía de legalidad, y b) la coherencia interna y externa del tipo y, por ende, la coherencia interna y externa de la teoría penal.

- a) La garantía de legalidad sugiere que, excepto la culpabilidad, todos los presupuestos y elementos del delito deben estar previamente descritos y exigidos en el tipo. Salvo la culpabilidad, nada al margen del tipo.
- b) La coherencia interna sólo es posible si se concibe al tipo como un sistema conceptual-normativo que, como tal, se integra en función de los tres ingredientes de todo sistema conceptual: 1) la composición: conjunto de elementos necesarios y suficientes para la protección de bienes jurídicos; 2) la estructura: conexiones lógicas y semánticas entre los elementos, entre los subconjuntos y entre los elementos y subconjuntos, y 3) el entorno: integral universo penal.

La composición exige:

- ba) Un elemento: voluntabilidad —que se sustenta en la conciencia, inescindible del ser humano—, necesario para cimentar a la voluntad y conferir racionalidad a los objetivos del derecho penal. Lo primero, porque la voluntad emerge de la conciencia; lo segundo, porque la voluntabilidad es imprescindible, al interior del tipo, para identificar a las personas destinatarias de las normas penales generales y abstractas: 1) son sujetos de derecho penal y, por tanto, están atrapadas por las normas penales únicamente las personas que tienen conciencia; 2) no son sujetos de derecho penal y, por ende, están fuera del alcance de las normas penales las personas que padecen inconsciencia permanente.
- bb) La inclusión de las valoraciones legislativas: deber jurídico penal y violación del deber jurídico penal.
- bc) Un elemento: imputabilidad —que se sustenta en la ausencia de perturbación permanente de la conciencia—, necesario al interior del tipo para fundamentar las dos valoraciones legislativas y diferenciar las dos clases de personas destinatarias de las normas penales generales y abstractas: 1) los imputables, destinatarios de las normas penales (tipo y punibilidad) para

- imputables; 2) los inimputables —personas que padecen perturbación permanente de la conciencia—, destinatarios de las normas penales (tipo y descripción legal de medidas de seguridad) para inimputables. Vale aquí apuntar que la inimputabilidad es elemento (positivo) del tipo para inimputables.
- bd) La inclusión de la calidad de garante en el renglón del sujeto activo, para definir, con toda precisión, a la persona destinataria del deber jurídico penal en la comisión por omisión.
 - be) Una conexión causal constante, unívoca y de carácter genético entre acontecimientos naturales, en lugar de la nebulosa y ajena teoría de la equivalencia de las condiciones.
 - bf) Un elemento disyuntivo: lesión del bien jurídico o puesta en peligro del bien jurídico, imprescindible para fundamentar, respectivamente, la consumación y la tentativa.

La coherencia al exterior del tipo exige una correspondencia recíproca, uno a uno, entre el contenido del tipo y el contenido del delito.

F) La específica antisocialidad descrita en un tipo tiene un dual contenido: subjetivo y objetivo. Esta dualidad se refleja en el tipo: elementos subjetivos y elementos objetivos. Son elementos subjetivos: la voluntabilidad, la imputabilidad, la voluntad dolosa, la voluntad específica ultradolosa y la voluntad culposa. Son objetivos los diecinueve elementos restantes.

Esa misma antisocialidad, analizada desde una perspectiva ontológica, se resuelve en un contenido factual y un contenido valorativo. Esta dicotomía queda reflejada en el tipo: dos elementos valorativos (deber jurídico penal y violación del deber jurídico penal) y veintidós elementos factuales.

Las parejas: subjetivo-objetivo y factual-valorativo, combinadas entre sí, dan lugar a cuatro nuevas parejas: 1) elementos subjetivo-factuales: voluntabilidad, imputabilidad, voluntad dolosa, voluntad específica ultradolosa y voluntad culposa; 2) elementos subjetivo-valorativos: no los contiene el tipo; 3) elementos objetivo-valorativos: deber jurídico penal y violación del deber jurídico penal, y 4) elementos objetivo-factuales: los diecisiete elementos restantes.

Las distinciones apuntadas son necesarias para la pulcra definición de los elementos subjetivos: 1) la voluntabilidad, la voluntad dolosa y la voluntad culposa se sustentan en los elementos objetivo-factuales; 2) la imputabilidad se sustenta en los elementos objetivo-valorativos; 3) la voluntad específica ultradolosa se dirige a un objetivo que está fuera, y más allá, del tipo.

G) Es conveniente, para clarificar la exposición, anotar algunas definiciones medulares:

- a) Sujeto activo es la persona que, enmarcada en un específico tipo penal, concretiza el contenido semántico de todos los elementos incluidos en ese tipo penal.
- b) Voluntabilidad es capacidad (psicobiológica) de conocer y de querer la concreción de la parte objetivo-factual del específico tipo penal: es una capacidad de conducta.
- c) Imputabilidad es capacidad (psicobiológica) de comprender la concreta violación del deber jurídico penal y de actuar conforme a esa comprensión: es una capacidad de culpabilidad.
- d) Calidad de garante es la relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien jurídico singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien.
- e) Deber jurídico penal es prohibición de la conducta que sin necesidad va a producir, o no va a evitar, la lesión o puesta en peligro del bien protegido en el tipo. Más explícitamente: deber jurídico penal es prohibición de la actividad o inactividad que dolosa o culpablemente va a producir, o no va a evitar, la lesión o puesta en peligro del bien protegido en el tipo, y que no es necesaria porque no va a salvar bien jurídico alguno o porque se tiene al alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.
- f) Lesión del bien jurídico es la destrucción o disminución o compresión del bien jurídico. Puesta en peligro del bien jurídico es la medida de probabilidad asociada a la destrucción o disminución o compresión del bien jurídico.

La lesión o puesta en peligro del bien jurídico: 1) es el objetivo hacia el cual va orientado el hecho; 2) integra, junto con el hecho, el objeto sobre el cual recae la desvaloración ínsita en la violación del deber jurídico penal; 3) es el puente de unión entre el hecho y la violación del deber jurídico penal; 4) es lo que le da sentido a la pregunta acerca de si el hecho está o no está justificado: los hechos inocuos (el bien jurídico permanece indemne) no necesitan justificación; 5) es autónoma respecto de la violación del deber jurídico penal; 6) se sitúa, estructuralmente, después del hecho y antes de la violación del deber jurídico penal; 7) es una de las varia-

bles ineludibles para la cuantificación de la punibilidad; 8) es lo que justifica la existencia del aparato judicial.

- g) Violación del deber jurídico penal es oposición de la conducta a la prohibición, porque sin necesidad produjo, o no evitó, la lesión o puesta en peligro del bien protegido en el tipo. Más explícitamente: violación del deber jurídico penal es oposición, a la prohibición, de la actividad o inactividad que dolosa o culposamente produjo, o no evitó, la lesión o puesta en peligro del bien protegido en el tipo, y que no era necesaria porque no iba dirigida a salvar bien jurídico alguno o porque se tenía al alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

2. *La punibilidad*

La punibilidad es conminación de privación o restricción de bienes (amenaza de retribución = medio) del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general (= fin), y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste.

La punibilidad: 1) es normatividad penal general y abstracta que surge en la instancia legislativa; 2) es, tan sólo, conminación de privación o restricción de bienes, dirigida a sujetos imputables; 3) tiene como finalidad la protección de bienes; 4) debe ser idónea para la prevención general.

La idoneidad depende de dos criterios: uno cualitativo y otro cuantitativo. En lo cualitativo, la clase de punibilidad está en función de la clase de bien tutelado; en lo cuantitativo, la cantidad de punibilidad depende del valor del bien tutelado, del dolo o de la culpa y de la lesión o puesta en peligro del bien protegido.

La punibilidad es el fundamento general y abstracto de la punición y de la pena. Aquí vale una precisión: la culpabilidad, que sí es decisiva para cuantificar la punición, es completamente ajena a la punibilidad.

V. LOS DELITOS

A) Las acciones y omisiones antisociales de la realidad prejurídica no poseen significado jurídico penal, aun cuando algunas pueden tener un sig-

nificado jurídico distinto del jurídico penal. Esta antisocialidad prejurídica es relevante para el legislador y legitimadora del ejercicio del *ius puniendi* legislativo.

B) Los delitos —relevantes para el juez y legitimadores del ejercicio del *ius puniendi* judicial— son acciones u omisiones antisociales que sí poseen un significado jurídico penal, significado que emana de la norma penal que las describe y prohíbe y que incide en ellas a través de la tipicidad. Se entiende por tipicidad la correspondencia recíproca, uno a uno, entre los elementos del tipo penal y los contenidos del delito, de tal manera que para cada elemento del tipo tiene que haber una porción de contenido del delito que satisfaga la semántica de aquél y para cada porción de contenido del delito tiene que haber un elemento del tipo que exija su concreción.

C) La tipicidad, necesaria por exigencia de la garantía de legalidad, no es suficiente para la integración del delito; es necesaria, además, la culpabilidad. Así, delito es la culpable concreción de un tipo penal; o, en definición equivalente: delito es la culpable violación de un deber jurídico penal.

D) El análisis del delito revela que su contenido surge a la vida en dos momentos diferentes: 1) una parte de ese contenido antecede a la acción o a la omisión; 2) otra, nace con la acción u omisión. El contenido preexistente juega el papel de presupuestos del delito; el que nace con la acción u omisión da vida a los elementos del delito.

Presupuestos del delito son antecedentes fácticos del delito, adecuados a un tipo penal y necesarios para la realización del delito. Tales son:

- El bien jurídico típico.
- El objeto material típico.
- El sujeto pasivo típico.
- El sujeto activo típico.
- El deber jurídico penal típico.

Son elementos del delito:

- El hecho típico.
- La lesión o puesta en peligro del bien jurídico, típica.
- La violación del deber jurídico penal, típica.
- La culpabilidad.

E) La simple lectura del listado anterior evidencia que sólo son presupuestos los antecedentes fácticos del delito que se ajustan a los respectivos elementos del específico tipo penal: los que satisfacen el requisito de tipicidad. Por ello, en el análisis riguroso de cada presupuesto sólo caben dos posibilidades: la tipicidad o la atipicidad. Obviamente, la atipicidad de un presupuesto da lugar a la imposible realización de ese delito, lo que no impide la posible concreción de un tipo penal diferente. Así:

- a) La atipicidad por ausencia del bien jurídico o del objeto material genera la imposible comisión del delito. Una de las causas que da origen a estas atipicidades es el consentimiento del titular del bien jurídico: el robo es un ejemplo.
- b) La atipicidad por falta del sujeto pasivo genera, asimismo, la imposible comisión del delito.
- c) La tipicidad o atipicidad por presencia o ausencia, respectivamente, del sujeto activo, encierra mayor complejidad.
 - ca) La voluntabilidad (tipicidad), que se sustenta en la conciencia, identifica al destinatario de las normas penales generales y abstractas: el voluntable es sujeto de derecho penal. La atipicidad por falta de voluntabilidad, derivada de la inconsciencia permanente, excluye al sujeto del campo del derecho punitivo: el involuntable es ajeno a la normatividad penal. La inconsciencia transitoria deja intacta la voluntabilidad (tipicidad) y sólo genera atipicidad por falta de la voluntad dolosa.
 - cb) La imputabilidad, que se sustenta en la ausencia de perturbación permanente de la conciencia, da lugar a la tipicidad en el marco del tipo penal para imputables. A su vez, la inimputabilidad, que descansa en la perturbación permanente de la conciencia, genera tipicidad en el marco del tipo penal para inimputables. La perturbación transitoria de la conciencia (trastorno mental transitorio) no convierte al sujeto en inimputable, y sí, únicamente, origina inculpabilidad.
 - cc) La atipicidad por ausencia de la calidad de garante o de la calidad específica o del número específico origina la imposible comisión del delito.

d) La tipicidad con relación al deber jurídico penal deviene de la plena tipicidad en el renglón del sujeto activo. En lenguaje más explícito: es destinataria del deber jurídico penal (tiene a su cargo la prohibición penal y, por ende, hay tipicidad) únicamente la persona que encuadra, con toda precisión, en la semántica definitoria del sujeto activo. En consecuencia, la atipicidad por ausencia del deber jurídico penal (que también origina la imposible comisión del delito) es la resultante de la tipicidad por falta del sujeto activo.

F) Los elementos del delito: 1) nacen con la acción u omisión, y 2) salvo la culpabilidad, deben ser sometidos al examen de la tipicidad. Ellos son:

- El hecho típico.
- Voluntad dolosa típica.
- Voluntad específica ultradolosa típica.
- Voluntad culposa típica.
- Actividad típica.
- Inactividad típica.
- Resultado material típico.
- Nexo causal o nexo normativo típicos.
- Medios de comisión típicos.
- Referencia temporal típica.
- Referencia espacial típica.
- Referencia de ocasión típica.
- La lesión o puesta en peligro del bien jurídico, típica:
- Lesión del bien jurídico, típica.
- Puesta en peligro del bien jurídico, típica.
- La violación del deber jurídico penal, típica.
- La culpabilidad.

a) La acción se integra con la voluntad (dolosa o culposa) y la actividad. La omisión, con la voluntad (dolosa o culposa) y la inactividad. La voluntad específica ultradolosa entra en juego, como elemento de la acción dolosa o de la omisión dolosa, sólo cuando el tipo la requiere en forma expresa.

b) La atipicidad por ausencia de la voluntad dolosa deriva: 1) del error de tipicidad factual (la doctrina habla de error de tipo, expre-

sión que sugiere, literalmente, un error sobre la normatividad penal general y abstracta y acrecienta, en un sentido, la confusión conceptual y estructural y, en otro, la duda sobre la supervivencia del dolo entendido como proceso cerebral concreto); 2) de la inconsciencia transitoria; 3) de la vis absoluta, *vis maior* o movimientos reflejos, y 4) de otras causas.

- c) La actividad, que puede ser de consumación o de tentativa, da lugar a cuatro posibilidades: 1) tipicidad con relación a la actividad de consumación; 2) atipicidad por ausencia de la actividad de consumación; 3) tipicidad en relación a la actividad de tentativa, o 4) atipicidad por ausencia de la actividad de tentativa. Lo mismo vale para la inactividad.
- d) La atipicidad por falta de los medios de comisión incluye a la que proviene de algunos casos de consentimiento. La violación es un ejemplo.
- e) La lesión del bien jurídico típica define a la consumación y la puesta en peligro del bien jurídico típica define a la tentativa. En cuanto a la atipicidad, ésta proviene, en algunos casos, del consentimiento. El abuso sexual es un ejemplo.
- f) La violación del deber jurídico penal se concretiza (tipicidad) cuando el sujeto realiza la conducta prohibida en el tipo. Más explícitamente: cuando la actividad o inactividad que dolosa o culposamente produjo, o no evitó, la lesión o puesta en peligro del bien protegido en el tipo no era necesaria porque: 1) no iba dirigida a salvar bien jurídico alguno, o 2) se tenía al alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

La atipicidad entra en juego cuando el sujeto realiza una conducta que no es la prohibida: cuando la actividad o inactividad que dolosa o culposamente produjo, o no evitó, la lesión o puesta en peligro del bien protegido en el tipo, sí era necesaria porque: 1) iba dirigida a salvar algún bien jurídico, y 2) no se tenía al alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

Las diversas situaciones de necesidad que pueden irrumpir en los casos concretos dan contenido a las causas de justificación. Una anotación: las causas de justificación dan lugar a la atipicidad por ausencia de la violación del deber jurídico penal y, por tanto, se sitúan a extramuros del tipo y de la tipicidad: no son elementos negativos del tipo.

- g) La culpabilidad es reprochabilidad de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que el activo tiene de que su acción u omisión es innecesaria porque no va dirigida a salvar bien jurídico alguno o porque existe a su alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

La culpabilidad se sustenta: 1) en la ausencia de trastorno mental transitorio, y 2) en el conocimiento real (actual) de la violación del deber jurídico penal, conocimiento que, a su vez, implica al conocimiento potencial del deber jurídico penal.

La culpabilidad queda eliminada ante la presencia de un trastorno mental transitorio o de un invencible error de tipicidad valorativa: error sobre el deber jurídico penal o error sobre la violación del deber jurídico penal (eximentes putativas). El error vencible deja subsistente una culpabilidad atenuada.

- h) La exigibilidad de la conducta adecuada a la norma (ausencia de coacción y de estado de necesidad con bienes de igual valor) es materia propia de la violación del deber jurídico penal y no de la culpabilidad. Razón: en la coacción y en el estado de necesidad (no exigibilidad) la conducta va dirigida a salvar algún bien jurídico y no existe al alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva. A la inversa: en la ausencia de coacción y de estado de necesidad (exigibilidad) la conducta no va dirigida a salvar bien jurídico alguno o el sujeto sí tiene a su alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva. Por ello, la exigibilidad queda incluida en la violación del deber jurídico penal, y las causas de inculpabilidad por inexigibilidad pasan a ensanchar el campo de las causas de justificación.

Con la supresión de la exigibilidad —zona común a culpabilidad y antijuridicidad— culmina la depuración del concepto complejo de culpabilidad; ésta, sin el gravamen de la exigibilidad, es, ahora sí, un juicio de valoración distinto del juicio de valoración propio de la violación del deber jurídico penal.

VI. LAS PUNICIONES

Punición es fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes (fijación de retribución = medio) del autor del delito, realizada por

el juez para reafirmar la prevención general (= fin) y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.

La punición: 1) es normatividad penal individual y concreta que surge en la instancia judicial; 2) es un mandato particular y concreto cuyo contenido es la privación o restricción de bienes del autor del delito; 3) tiene como finalidad la reafirmación de la prevención general; 4) debe ser proporcional a la magnitud de la culpabilidad; 5) se fundamenta en la punibilidad.

VII. LAS PENAS

Pena es la real privación o restricción de bienes (retribución = medio) del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial (= fin), y determinada en su máximo por la punición y en su mínimo por la convicción adquirida por el sujeto de que no volverá a delinquir.

La pena: 1) es un hecho particular y concreto a cargo del órgano ejecutivo; 2) es la real privación o restricción de bienes del autor del delito; 3) tiene como finalidad la prevención especial; 4) se fundamenta en la punición.