



Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo

(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

TEMA:
TEORÍA DEL RIESGO

SUMARIO

1. TEORÍA DEL RIESGO IMPREVISIBLE EN EL DERECHO CIVIL

- a. Definición
- b. Justificación
- c. Modificación o revisión del contrato
- d. Resolución del contrato

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DEL RIESGO EN EL DERECHO CIVIL

- a. Definición de riesgo
- b. Riesgo de la cosa
- c. Riesgo del contrato

3. TEORÍA DEL RIESGO EN MATERIA PENAL

- a. Teoría de la equivalencia
- b. Teoría de la causalidad adecuada
- c. Teoría de la causalidad relevante
- d. Teoría de la imputación objetiva
- e. El finalismo
- f. El funcionalismo
- g. La corriente funcionalista en el derecho penal
- h. Riesgo en la situación actual de la dogmática jurídico penal



Resumen: la presente investigación ofrece una recopilación de información relacionada con la teoría del riesgo, donde principalmente se abarcan dos ramas del derecho; la civil y la penal, donde además se presenta generalidades del tema como, concepto, tipos de riesgos y teorías referidas con el tema.

DESARROLLO

1. TEORÍA DEL RIESGO IMPREVISIBLE¹

a. Definición

“Podemos definirla “como aquella que tiende a permitir que pueda ser pedida la revisión o la resolución de un contrato cuando, acontecimientos posteriores que escapen a toda previsión en el momento de la conclusión del contrato, hagan su ejecución extremadamente onerosa o desfavorable para alguno de los contratantes”.

b. Justificación

“Quienes siguen esta teoría la fundamentan, tanto desde un punto de vista subjetivo como desde un punto de vista objetivo. Desde el punto de vista subjetivo: en la cláusula “rebus sic stantibus”, y desde el punto de vista objetivo: en la necesidad de que exista una equivalencia de las prestaciones.

Pero lo importante es que el fundamento de la necesidad de revisar el contrato radica en la imprevisibilidad de los acontecimientos y circunstancias. Ahora bien, hay que hacer una diferencia en que la revisión por alteración de las circunstancias se da en la fase de la consumación del contrato, porque podría confundirse con la lesión; pero recordemos que en ésta, se tiene que dar el desequilibrio, en el momento de la perfección del contrato.”

c. Modificación o revisión del contrato

“La gran pregunta que surge ahora es, que si siempre que se da una alteración de las condiciones del contrato, que hacen excesiva la onerosidad sobreviniente para una de las partes. ¿Puede el Juez modificar o revisar el contrato?

Creo, que la respuesta está en lo siguiente: En primer lugar: debe tomarse en cuenta que tienen que ser hechos que hayan ocurrido en la etapa de consumación del contrato.



En segundo lugar: que esos hechos tengan el carácter de extraordinarios o imprevisibles al momento en que se perfeccionó el contrato.

En tercer lugar: que esos acontecimientos o eventos extraordinarios e imprevisibles afecten realmente la prestación y alteren de una manera substancial respecto a la contraprestación, y digo de manera substancial porque cuando se contrata es lógico que una parte obtenga un beneficio del contrato, pero no una excesiva onerosidad sobreviniente.

Y en cuarto lugar: que la excesiva onerosidad sobreviniente tenga carácter de generalidad.

El profesor español Beltrán de Heredia "estima que ninguna de las teorías formuladas en favor de la revisión contractual por sobrevenida alteración de las circunstancias, resulta convincente; ya que, no sólo no pueden considerárseles fundadas en preceptos legislativos concretos, sino que, tropiezan todas ellas con algún obstáculo legal dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Y además, no hay tampoco en ésta, indicios que permitan la construcción de un principio general que informase en este punto el derecho de la contratación".

Por lo tanto, considera que es al legislador y no al Juez ni a la doctrina a quien le toca la admisión de la revisión contractual.

Hay en el Derecho comparado tres tipos de soluciones:

a) Naturaleza contractual: ésta se da cuando las partes, previendo cualquier posible cambio de circunstancia, toman medidas de previsión.

b) Las soluciones de tipo legislativo: que son las que toma el legislador cuando se dan cambios en las circunstancias e impone normas que varían la contratación.

c) Las soluciones de tipo judicial: que es cuando a solicitud de parte, los jueces por la vía de la interpretación de la voluntad de los contratantes fijan el verdadero alcance de la contratación.

Según lo que pidan las partes, el Juez puede:

- resolver el contrato;
- modificarlo o revisarlo;
- suspenderlo o prorrogarlo."

d. Resolución del contrato

"Existen otros tratadistas que dicen, que lo mejor que puede hacer el Juez, es resolver el contrato, porque revisarlo equivale a contratar de nuevo y para ello es necesario la voluntad de los contratantes.

En nuestro país no encontramos una norma que regule la teoría de



la revisión por alteración de las circunstancias; sin embargo, el doctor Diego Baudrit ha reconocido que con fundamento en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 1023 del Código Civil, la posibilidad de que el Juez aplique un principio general de Derecho, cual es la equidad, cuando se presente un litigio que demandara la revisión de un contrato por onerosidad sobrevenida.

También creo que, con la reforma al título preliminar del Código Civil, según Ley 7020, los artículos 11 y 22 dan base también al Juez, para lo mismo.

No se debe olvidar que la Ley de Inquilinato en su artículo 13, permite la revisión de los precios de los alquileres en los contratos de inquilinato.

Para finalizar, he de manifestar la conveniencia que, en forma clara, en nuestro Código Civil se establezcan normas que explícitamente permitan la extinción o modificación del contrato ante la alteración de las circunstancias."

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DEL RIESGOⁱⁱ

a. Definición de riesgo

"Es importante partir del significado del concepto riesgo, cuyo origen proviene de la expresión latina "periculum", y que se repite con frecuencia en las fuentes romanas.

Su significado hace referencia a la idea de destrucción, desaparición o pérdida que experimenta un patrimonio. Se puede decir que esta voz deriva de "perire" y que tiene como verbos sinónimos "destruere" (aniquilar), evertere (destruir), "amitere" (perder) y guarda estrecha similitud con las raíces "interire" (morir) o "pedimere" (extinguir, hacer perecer).

En todo caso la idea de riesgo algunas veces esta referida a las circunstancias que ocasionan un perjuicio económico, a los eventos fortuitos que afectan a la cosa, otras veces se refiere a las circunstancias acaecidas por hechos invencibles siendo entonces el efecto de un hecho; un evento de efectos inevitables, superior a la voluntad y prudencia humanas, en otras ocasiones se les refiere a un acontecimiento dañoso que amenaza, ya sea aumentando o disminuyendo las utilidades derivadas del negocio, como se observa todas dan la idea de evento o acontecer dañoso, que sufren las cosas sobre las que ostentamos un poder jurídico o que son objeto de una prestación."

b. Riesgo de la cosa

Por otra parte, dentro de la teoría del riesgo contractual se hace



una distinción cuando se analiza el planteamiento sobre el problema de los riesgos y se habla sobre dos cuestiones distintas, la del riesgo de la cosa y del riesgo del contrato.

Al hablarse de riesgo de la cosa, se alude a un contrato cuya prestación es de dar y en el cual ha perecido la cosa objeto de la prestación, presentándose enseguida el problema de quien debe soportar esa pérdida, la respuesta será, su dueño o acreedor, ya que nunca recibirá la cosa que esperaba por concepto de prestación y que se le adeudaba, pero deberá cumplir, a pesar de ello, con la obligación a su cargo, establecida a favor del deudor dándose en tal caso coincidencia entre riesgo de la cosa y del contrato. Entre tanto en los contratos cuyo objeto es un hacer o no hacer, no se puede hablar de riesgo de la cosa, sino, solo del contrato, debido a que en ellos el objeto de la prestación es un actividad y no una cosa, soportando este riesgo del contrato el deudor ya que no tendrá que cumplir con su prestación, al haberse tornado imposible, pero tampoco recibirá la contraprestación que esperaba.

Como se observa, el riesgo de la cosa es fácilmente determinable sin más que atender al vínculo dominical, y, en cambio, el riesgo del contrato, ha de ponerse a cargo de uno u otro contratante según los principios y normas que hemos de exponer.

c. Riesgo del contrato

Soto nieta establece que en cuanto al riesgo del contrato no siempre se inicia en el instante de dar vida al contrato, por disposición legal o de las partes es susceptible de desplazarse temporalmente. Como se observa podemos decir que cuando se habla jurídicamente de soportar el riesgo, la solución se debe buscar mediante la determinación del momento en que la carga de los riesgos debe desplazarse de uno a otro contratante.

(...)

En definitiva podemos decir que el problema del riesgo, gira en torno a la situación de que al haber perecido el objeto del contrato, sea por caso fortuito o fuerza mayor sobreviniente al surgimiento de la relación obligatoria, cuál de las partes va a ver frustrado su interés al no obtener la prestación debida. Así se dice doctrinariamente que en los "contratos bilaterales" que es donde únicamente se presenta el problema del riesgo y en donde rigen tres principios: "Res perit domino", la cosa perece para su dueño, ya sea éste el acreedor o el deudor, de donde se puede decir, que en última instancia siempre se estaría aplicando, o bien, el principio "res perit domino", la cosa perece para su



dueño, ya sea éste el acreedor o el deudor, de donde se puede decir, que en última instancia siempre se estaría aplicando, o bien, el principio "res perit creditore", la cosa perece para su acreedor, o el "res perit debitore", la cosa perece para su deudor.

Es importante recalcar que en las situaciones apuntas al no haber culpa del deudor por acaecer un hecho que sale de su esfera de control humano, su obligación se extingue, claro está, que para que esto ocurra es necesario que la imposibilidad sobrevenida no pueda imputársele ya sea en forma culposa o dolosa.

Con respecto a la pérdida se dice que no siempre que un objeto desaparece en forma absoluta y permanente se puede hablar de riesgos, para que ello corresponda, son necesarias algunas otras condiciones, tales como: A) la cosa tiene que ser objeto de una obligación, B) la obligación debe ser de cuerpo cierto y determinado ya que hablándose de obligaciones de género se sostiene el principio de que el género no perece C) tratándose de obligación con prestación de hacer o no hacer la misma debe ser personalísima para poder hablar de imposibilidad absoluta y permanente, D) la cosa debe perecer por caso fortuito o fuerza mayor, sin que el deudor haya de alguna manera coadyuvado para que el hecho se presentara o se colocara en situación que favorezca, para que el mismo lo perjudique, E) el acontecimiento irresistible e inevitable debe presentarse entre el perfeccionamiento de la relación obligatoria y el momento de su ejecución; F) debe ser contrato bilateral no aleatorio; G) ninguna de las partes debe asumir el riesgo, H) el deudor no debe haberse constituido en mora, ya que en tal caso siempre responderá y si es el acreedor quien se encuentra en tal estado será éste quien soporte el riesgo.

Hasta aquí hemos hecho mención del problema del riesgo desde la perspectiva de la solución que se asigna entratándose del deudor, dijimos que si la cosa perece sin su culpa se libera de responsabilidad; pero es importante determinar qué sucede con la contraprestación que se le debe, en principio la doctrina establece que si el deudor no puede cumplir con su prestación pues tampoco recibirá nada de parte del acreedor, sin embargo en lo que respecta a las obligaciones de dar cuerpo cierto y determinado, la solución no es tan sencilla, ya que desde el momento en que el contrato queda perfecto, y el comprador puede disponer de la misma, se sostiene que si por alguna razón calificada de las ya apuntadas se pierde, lo es para su acreedor y por tanto está



obligado a cumplir con la satisfacción del precio, aún sin haber recibido la cosa.”

3. TEORÍA DEL RIESGO EN MATERIA PENAL ⁱⁱⁱ

a. Teoría de la equivalencia

“Esta teoría ha sido la más importante respecto a la causalidad física en los delitos de resultado. La misma establece, que la causa no radica en la suma de todas las condiciones de un resultado, sino en cada condición individual, aunque la misma sólo provoque el resultado en su conjunción con otras muchas. Por eso trata a cada causa parcial como causa autónoma; y lo hace, porque en el Derecho lo que importa no es la totalidad de las condiciones, sino sólo comprobar la conexión o nexo entre un determinado acto humano con el resultado. La doctrina dominante reconoce la teoría de la equivalencia en el sentido de que en los delitos omisivos el nexo causal es una condición necesaria, aunque no suficiente, para la imputación al tipo objetivo.”

La equivalencia de las condiciones es perfeccionada posteriormente mediante la teoría de la *conditio sine qua non*: que indica que es causa del resultado toda condición que suprimida mentalmente haría que no se produjera el resultado.

Esta teoría fue formulada a mediados del siglo XIX por JULIUS GLASER, implicando un gran avance en la superación de la fundamentación mágica e irracional de la responsabilidad penal.

Precisamente el reproche tradicional dirigido contra esta teoría es el *regresus ad infinitum* al que conduce⁵, pues incluso la madre de A quien mató a B sería causante del resultado.

Como correctivo de esta teoría se ha dicho que para que el resultado sea imputado es necesario que el sujeto haya actuado con *dolo* o *culpa*, por lo que si no se dieran estos requisitos el resultado no se imputaría al sujeto.

La doctrina pone dos ejemplos de las consecuencias a las que llevaría esta teoría: el del sujeto que desea que su tío realice un viaje fuera de casa con la esperanza de que un rayo le caiga y lo mate; y el del sujeto que le compra a su tío un pasaje de avión con la esperanza de que el mismo tenga un accidente y muera para recibir una herencia. En ambos supuestos el resultado esperado se da, por lo que aplicando esta teoría, se debe afirmar la causalidad física, resultando que el correctivo mencionado de *dolo*



o culpa no operaría, ya que ambos sujetos actuaron con dolo. En cuanto al análisis de los delitos culposos esta teoría ha sido puesta en entredicho por BUSTOS y LARRAURI, quienes afirman que decir que un sujeto causó el resultado, no aporta mayor cosa, pues nada se dice de quién infringió la norma de cuidado, en el supuesto de que ambos sujetos sean los causantes del resultado relevante.

Una sentencia de la Sala Tercera, rechaza la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, al ser ésta contraria a la lógica de un derecho penal de acto:

"Razonar como lo hace la impugnante, quien argumenta que ella desencadenó la sucesión de hechos (la imputada) que suprimiendo su intervención no habría sobrevenido el resultado lamentable, implica echar mano a un método causalista en el análisis de la autoría, específicamente el de la equivalencia de las condiciones, que afirma que todas las condiciones tienen idéntica y equivalente calidad causal. Este género de tesis, en sólido desuso lleva a considerar en igualdad de importancia la totalidad de los factores inmersos en la trama causal, independientemente del valor y peso que cada uno de ellos tenga. Precisamente por ello se revela como opuesta aun derecho penal de acciones, puesto que este requiere la concurrencia, no sólo de un sustrato fenoménico, sino también del elemento subjetivo del tipo como requisito mínimo indispensable de perseguibilidad del resultado lesivo".

No obstante, este rechazo preliminar de la jurisprudencia respecto a la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones en nuestro ordenamiento jurídico, ha quedado en entredicho con una sentencia más o menos reciente en la que se adopta dicha teoría para fundamentar la absolución del acusado¹⁰, lo cual no deja de tener trascendencia, dadas las críticas antes mencionadas que se le han formulada a esta postura."

b. Teoría de la causalidad adecuada

"Esta tesis, también denominada como teoría de la adecuación, se atribuye a v. Kries y desarrollada por v. Bar para limitar los excesos de la teoría de la equivalencia en delitos cualificados por el resultado. De esta forma, pretende formular un principio general aplicable a cualquier caso.

Se puede considerar a esta teoría como un primer intento normativo serio para limitar el alcance de los tipos, dada la sensación existente en doctrina de que la mera relación de causalidad no era suficiente. Esta teoría se percató de que



"causalidad e imputación de un tipo de homicidio o lesiones no son una misma cosa, sino dos planos diferentes: el primero descriptivo y el segundo valorativo".

Postula, que de acuerdo con las múltiples condiciones intervinientes en un acontecimiento sólo tiene la consideración de causa la condición que conforme a la experiencia es adecuada para producir el resultado típico.

La determinación del juicio de posibilidad debe tomar en cuenta las condiciones que al tiempo de la acción sean conocidas y cognoscibles por un hombre prudente, debe incorporarse a su vez conocimientos particulares del autor, una vez delimitadas las condiciones sólo es causa aquella que aparece como apropiada para producir el resultado.

Esta teoría busca determinar un juicio de probabilidad que realiza el juez situándose en el momento de la acción para determinar si de acuerdo a los conocimientos del hombre medio el resultado concreto aparece como objetivamente previsible. De esta forma, esta teoría permitía la exclusión de las acciones inadecuadas, o sea de un curso causal irregular.

Las principales críticas que se le han formulado es por una parte su falta de precisión y principalmente que *"pretende ser una teoría de la causalidad física cuando en realidad al igual que la teoría de la imputación objetiva, es una teoría de la causalidad jurídica"*.

Por otra parte, se ha dicho que existe una dificultad para determinar las bases de dicho juicio de adecuación por la importancia que reviste para esta teoría la medida del juicio de peligro¹⁹, y no es de extrañar que se le achaque que en esta búsqueda se convirtió en una amalgama confusa de conocimientos subjetivos y conocimientos ideales.

LLOBET haciendo referencia a ROXÍN indica que esta teoría está contenida dentro de la imputación objetiva, implicando una forma embrionaria de esta."

c. Teoría de la causalidad relevante

"Esta teoría fue creada para evadir las críticas contra la fórmula de la teoría de la equivalencia de las condiciones, de que debería ser siempre referida al resultado en su connotación jurídica. Para esta teoría la causa no sólo depende del aspecto físico, sino que también requiere de contenidos jurídicos que deben extraerse a partir del sentido del tipo penal.

MEZGER, a quien se le atribuye esta teoría, indica que la equivalencia causal de todas las condiciones no implica su equivalencia jurídica, por lo que estableció que debe existir una clara separación entre los fenómenos de la causalidad y la



responsabilidad, aislándose la causa que resulta relevante para el derecho penal, relevancia que se extrae de la mera interpretación del tipo penal.

Esta teoría se considera como un precedente de la teoría de la imputación objetiva al aceptar la teoría de la equivalencia como correcta para afrontar el problema de la causalidad, pretendiendo conseguir congruencia entre causalidad natural y jurídica, de la cual la teoría de la adecuación carecía. Seguidamente debe negarse que todas las causas intervinientes en un suceso sean jurídicamente equivalentes afirmando que el derecho penal solo toma en consideración procesos causales relevantes.

FEIJOO considera que la adopción de la teoría de la relevancia supuso un importante cambio cualitativo, dado que el alcance de la teoría de la adecuación como filtro normativo es bastante relativo, pues en muchas ocasiones la teoría de la adecuación en vez de ser un criterio limitador de la responsabilidad penal, se convierte en un mecanismo para ampliarla sin límites, alegando que en una sociedad moderna todo es previsible.

La doctrina de la relevancia corrige los excesos a los que lleva la teoría de la condición en mejor manera que lo hacía la teoría de la adecuación y esto se lleva a cabo mediante la exclusión que el mismo tipo penal realiza de los demás cursos causales irrelevantes. El ejemplo clásico que se menciona en doctrina, es el del sujeto que es herido levemente por otro, y aquél muere cuando es trasladado en la ambulancia en un accidente de tránsito. En tal supuesto, el resultado de muerte no le puede ser imputado al autor puesto que la condición en que puso a la víctima de las lesiones no es relevante para el tipo del homicidio.

La principal crítica que se le hace a esta postura, es que al hacer referencia a criterios normativos para subsumir acciones causales al tipo legal no dice nada acerca de cuales criterios determinan que acciones son o no relevantes."

d. Teoría de la imputación objetiva

Como primer antecedente de esta teoría podemos mencionar el trabajo realizado por LARENZ quien retoma el concepto de imputación dejado de lado por la influencia del positivismo, y toma como punto de partida la doctrina del idealismo crítico, en especial de HEGEL.

Atribuye al concepto de imputación objetiva la función de separar entre hecho propio y accidente, denominando imputación objetiva al "juicio sobre la cuestión de si un suceso puede ser atribuido a un sujeto como propio", juicio independiente del que se decide sobre la existencia o no del nexo causal.

De estas consideraciones se deriva que son imputables al autor



todas las consecuencias de su comportamiento por él previstas, pero también las que pudo prever, pues la posibilidad de prever fundamenta la de dirigir el curso causal hacia la evitación del resultado. Con esto LARENZ enlaza con la teoría de la adecuación, aceptándola en sus líneas generales, aunque no como teoría causal, sino como principio de imputación.

HONIG partiendo que para el ordenamiento jurídico lo decisivo no es la constatación de una mera relación causal, sino de una relación jurídica especial entre acción y resultado, determina que en los procesos que conducen a un resultado debió valorarse precisamente la relación de causalidad, sin embargo, con esa constatación no se determina aún si dicha relación es significativa para el Derecho, lo cual es la teoría de la imputación objetiva: *"contestar a la cuestión axiológica de la significación de la relación de causalidad para el ordenamiento jurídico"*, ROXÍN basándose en la doctrina elaborada por HONIG es quien procede a desarrollar criterios de imputación objetiva, básicamente los criterios de la disminución del riesgo, la creación de un riesgo jurídicamente relevante y la esfera de protección de la norma, los cuales procederemos a desarrollar en el transcurso de la presente investigación.

e. El finalismo

Las observaciones críticas realizadas por los neokantianos a la teoría clásica causalista, abrieron el portillo a la teoría final de la acción desarrollada por WELZEL en la década de los años treinta, quien partiendo del esquema aristotélico, indica que la voluntad no puede separarse de su contenido, de su finalidad, puesto que toda conducta debe ser voluntaria y toda voluntad tiene un final.

WELZEL abandona el pensamiento abstracto y logicista utilizado por la teoría neoclásica para investigar la esencia real de la acción humana, y para esto aprovechándose de los avances psicológicos y filosóficos de la década anterior, redefine el concepto de acción desde una perspectiva ontológica (estudio del ser). Desde este punto de vista, lo propio de la acción humana es la capacidad de dirigirse a determinados fines propuestos. La acción humana será el ejercicio de la "actividad final".

Inicia su análisis haciendo una crítica de las teorías imperantes, indicando que acción a efectos jurídicos penales, no es un mero acontecimiento causal, sino que designa la actividad final del hombre, que como fruto de la experiencia, puede prever las consecuencias posibles de su conducta, por lo que orienta la obtención de determinados fines, conforme a un plan de obtención de los mismos. Por eso la finalidad es dicho de forma gráfica-



"vidente", la causalidad "ciega".

JAKOBS afirma que el equivalente antropológico del finalismo es el ser humano, el cual si quiere sobrevivir, debe anticipar su futuro y configurarlo de acuerdo a sus intereses, o sea que debe tomar postura acerca de cómo quiere que esté configurado su mundo, por eso, WELZEL entendió la acción como "expresión de sentido", o sea una toma de postura que nunca podría expresarse sólo con la causalidad, que por sí misma carece de sentido.

Finalidad y dolo son equiparados, por lo que el dolo debe pasar a la tipicidad, al considerar que la finalidad es un elemento fundamental en la acción. Es así como el *dolus malus* esbozado por la teoría neoclásica, queda dividido en dos:

a) *dolo natural*: consistente en el conocimiento y voluntad actual de realizar el hecho típico, por lo que debe situarse en la tipicidad.

b) *conciencia de la antijuridicidad del hecho*, de carácter potencial, que sigue situado en la culpabilidad.

Indica la Doctora De la Cuesta Aguado que:

"Esta estructura se adecua perfectamente al delito doloso, pero no explica el delito imprudente. A partir de aquí, Welzel, afirma que la diferenciación entre delitos dolosos e imprudentes no se encuentra en la culpabilidad, sino en la propia tipicidad".

La teoría finalista se completó con la dogmática elaborada por ARMIR KAUFMANN sobre los delitos de omisión, pues se intentó superar los problemas del concepto ontológico de acción planteada en los delitos de omisión, consistente en no realizar la conducta esperada.

Entre las principales modificaciones estructurales introducidas por el finalismo tenemos:

a) se separa la conciencia de antijuridicidad (que permanece en la culpabilidad) y el dolo, que como dolo natural (no valorativo), pasa a la tipicidad.

b) Se le atribuye distinto significado al error sobre el dolo, que pasa a error de tipo, y al error sobre el conocimiento de la antijuridicidad se le la error de prohibición, que afecta la culpabilidad.

c) El conocimiento de la antijuridicidad es una cuestión valorativa le corresponde a la culpabilidad.

d) Sólo cabe la participación en los hechos dolosos, si el autor no actúa dolosamente, los partícipes no tienen responsabilidad jurídico-penal.

e) El concepto de autor se redefine, siéndolo únicamente aquél que Miga dominio del hecho y no simplemente quien interponga alguna causa la producción del resultado.

f) Al trasladar a la tipicidad el dolo, se reúnen todos los



elementos objetivos del tipo bajo la denominación de "elementos personales del injusto", en los que se manifiesta el "desvalor de la acción" frente al "desvalor de resultado" (lesión)- teoría del injusto personal-.

En el campo de la culpabilidad, aparecen los siguientes elementos en esta teoría:

a) La imputabilidad: consistente en la capacidad del autor de actuar ;gún los indicadores de la norma, de acuerdo a sus fuerzas psíquicas.

b) conciencia de antijuridicidad del hecho: que sabe que actúa en contra de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

c) no exigibilidad de otra conducta: son las conocidas causas de exculpación, en las que se considera que la posibilidad de motivación en la norma jurídica se encuentra fuertemente disminuida, o sea que pese a la existencia de culpabilidad del autor se le otorga indulgencia.

La teoría final de la acción ha logrado imponerse mayoritariamente en casi todos los ordenamientos jurídicos, debido a las consecuencias que tiene para el concepto de delito, no tanto por la pacificidad de sus presupuestos, pues todavía quedaban algunos puntos que aclarar, sobre todo en lo tocante a los delitos de omisión, y a los delitos que son la base del presente trabajo, los delitos imprudentes o delitos culposos.

Con la evolución del concepto psicológico supra apuntado al concepto normativo, debido principalmente a la incapacidad de la primera para explicar un fenómeno normativo como la imprudencia, llevó a la doctrina a sostener como núcleo del injusto penal de la imprudencia al deber objetivo de cuidado, lo cual sienta las bases para la evolución posterior de la teoría clásica del delito, cuyo núcleo era la causación de un resultado, llevándolo hasta excluir el resultado del ámbito del injusto.

Aquí resulta importante el aporte realizado por ENGISH, quien retomando lo dicho por BINDING, sostiene que la cuestión del deber de cuidado objetivo no corresponde únicamente a un asunto de culpabilidad, sino de antijuridicidad. En los delitos imprudentes sólo las acciones peligrosas que representan un riesgo de lesión para un bien jurídico pueden ser antijurídicas, siendo que la lesión de la norma se produce cuando no se observa el cuidado debido, por lo que el resultado es un componente casual del delito imprudente, y si excepcionalmente esa puesta en peligro está permitida, ese riesgo permitido es causa de exclusión del injusto. Gracias al aporte brindado por ENGISH, posteriormente WELZEL con su teoría del injusto personal y del desvalor de acción, afirma que el desvalor de acción constituye el núcleo del injusto penal. Entonces, el momento esencial no es el resultado, sino la acción



constituida por una puesta en peligro por encima de los límites del riesgo permitido, constituyendo una infracción al deber de cuidado. WELZEL considera que el desvalor del resultado es importante tenerlo en cuenta como parte del injusto, ya que el mismo no afecta a la antijuridicidad, pues más bien tiene una función restrictiva.

Pese a la posición de WELZEL antes mencionada, algunos de sus discípulos finalistas, fundamentan el tipo de injusto exclusivamente en el desvalor de acción y excluyen el de resultado, cuya exigencia legal únicamente la atribuyen a una condición objetiva de punibilidad. Esta teoría se basa sobre dos argumentos: 1° La norma penal, concebida como imperativo, sólo puede prohibir u ordenar acciones, no resultados, por lo que al no ser materia de la norma, queda fuera del tipo y del injusto. 2° El resultado es irrelevante para el injusto, porque su producción o no depende de la casualidad. En este sentido, autores como ZIELINSKI, indican que el resultado es un elemento casual, que no pertenece ni al injusto ni a la culpabilidad, sino que es una mera condición de punibilidad.

Esta preeminencia del finalismo por la valoración de la acción, que lleva a cierta subjetivización ha sido criticada en los últimos tiempos, debido a que según sus detractores, impide considerar en su plenitud significativo el resultado. Esta situación se ha visto acrecentada después de los años sesenta en que se da una renovación de la criminología y la política criminal, que analiza el delito desde las funciones y legitimación del Estado social de derecho, y por eso, desde el sentido y fundamento de la pena, lo cual será detallado en el siguiente apartado.

Relacionado con las consideraciones de política criminal, que se acaban de mencionar, se encuentra la crítica realizada por la teoría social de la acción llevada a cabo modernamente por JAKOBS, que por el alcance de la presente investigación, no puede ser tratado con detenimiento.

No obstante, queremos aunque sea de forma resumida, exponer brevemente cuál ha sido el camino llevado por esta teoría en detrimento de la adopción del injusto personal adoptado por el finalismo.

Cuando WELZEL concebía la acción como expresión de sentido, hacía referencia a la pertenencia del dolo a la acción, por lo que podía hablarse de una teoría de injusto personal. Así mismo, en el ámbito de la culpa penal, JAKOBS dice que la acción es expresión de sentido, consistente en la causación individualmente evitable (dolosa o individualmente imprudente) de determinadas consecuencias.



Una vez que este autor ha llegado a esta conclusión, indica que de conformidad con el desarrollo de la teoría de la acción, hoy en día ya no es satisfactorio hablar de la conducta como expresión de sentido, y ello por dos razones: 1. al estar vinculado a la inevitabilidad de un resultado externo, no está suficientemente implicado en una concepción penal que también conoce acciones sin resultado (Tentativas) y comportamientos punibles sin relación de causalidad con el resultado (omisiones). 2. la concepción antes formulada, sólo contiene la parte individual- antropológica de problema, pero no la vertiente social.

"Al contrario de lo que sugiere el finalismo, a la hora de combinar ser humano y curso causal a través de la imputación para obtener la acción humana, ello no puede hacerse utilizando exclusivamente la anticipación psicológica individual de cursos causales, ni tampoco por el mero hecho de que se conozca generalmente la existencia de tales sucesos psicológicos individuales se produce tal combinación; esta vinculación sólo se obtiene aplicando un esquema de interpretación, y la configuración determinante de este esquema deriva de la constitución de la sociedad, y no de una comprensión exclusivamente individual".

Sobre estas ideas referentes a la sustitución de un injusto personal por la implantación de la tutela de funciones en pro de la conservación de la sociedad es que nos dedicaremos en las páginas que siguen, esto con el objetivo de establecer las bases sobre las que se sostiene una teoría de los riesgos en el ámbito de los delitos culposos."

f. El funcionalismo

El funcionalismo es una escuela sociológica que ha tenido gran desarrollo, sobre todo en los Estados Unidos de América. Sus raíces se encuentran en el organicismo del inglés HERBERT SPENCER, así como también de los aportes más sutiles realizados por DURKHEIM.

Función es un término que evoca utilidad. La sociología funcionalista busca permanentemente la función que cumplen las instituciones sociales. Por ejemplo, la función de la familia es la de asegurar la alimentación, crianza educación y apoyo mutuo de sus miembros. El término función, frecuentemente se sustituye por el de rol, equivalente en inglés.

La aplicación irrestricta y totalizante del funcionalismo tiene consecuencias complicadas para la sociología. Una de ellas es que la sociedad sería una unidad funcional lo que desemboca en un funcionalismo universal, o sea que todo al interior de la sociedad tiene una función.

La sociología funcionalista concluye que existe una necesidad



funcional. De lo anterior deriva esta posición, que lo que no tiene una función es contrario a la sociedad, es destructivo, patológico.

Desde el punto de vista metodológico, los partidarios de la teoría del conflicto critican que la sociedad, lejos de ser un sistema funcional, es un resultado de fuerzas sociales con intereses opuestos que luchan entre sí.

El funcionalismo estudia la desigualdad social en relación a estratos sociales, dentro de los cuales cada uno tiene una función que cumplir. Las relaciones entre esos grupos no son conflictivas sino que existe una circulación entre ellos, a la cual se le denomina movilidad social. Dentro esta concepción, la diferencia entre esos estratos no es cualitativa, sino cuantitativa. Lo que cuenta, para diferenciar un estrato de otro se puede lucir a números: monto de ingreso, número de autos por persona, etc. así como se habla de estratificación social en contraposición a las teorías del conflicto, que se fundamentan en la categoría de la clase social.

Debido a que para el funcionalismo todo es funcional, el cambio se concibe como algo excepcional. Por el contrario, para las teorías del conflicto el cambio es fundamental en la sociedad.

Para el funcionamiento, el cambio radicaría en la pérdida de la función que antes cumplían algunas instituciones y la creación de otras para cumplir nuevas funciones, dentro de la armonía que se supone que reina en la sociedad.

Debido a lo anterior es que se ha calificado al funcionalismo como una sociología conservadora, puesto que los cambios que propugnarían sectores de la sociedad, serían considerados como patológicos.

Algunas reglas útiles para evitar los excesos del funcionalismo en América son mencionados por MENDRAS.

1. La primera regla es considerar la función de un elemento social en función de una sociedad determinada. En otras palabras, un elemento puede ser funcional para una sociedad y disfuncional para otra o para la misma en una época diferente.

2. La segunda regla consiste en tener presente que un mismo elemento social puede cambiar de función.

3. La tercera regla es que se debe distinguir entre funciones latentes y funciones manifiestas. Un mismo elemento puede aparecer con una función manifiesta muy clara, pero puede tener una importante función oculta (por ejemplo: se compra caviar para alimentarse, pero también para mostrar el poder económico de quien lo compra).

ROBERT MERTON en su trabajo sobre las funciones manifiestas y latentes, realiza una crítica de ciertos tipos de funcionalismo y



a la vez propone un paradigma para el análisis funcional. El mismo hace una crítica de lo que considera que son los tres postulados básicos del análisis funcional:

1. Sobre la unidad funcional de la sociedad, critica que el grado de integración es una variable empírica, que cambia en la misma sociedad, y que difiere entre sociedades. Establece entonces frente a la unidad funcional, la necesidad de especificar las unidades para las que un determinado rasgo cultural es funcional o no.

2. Critica el postulado del funcionalismo universal, que implica que todas las formas sociales tiene funciones positivas; e indica que resulta más acertado decir que las formas culturales tienen un saldo de consecuencias funcionales que se mantienen así por medio de la coerción directa o de persuasión indirecta.

3. Finalmente se refiere al postulado de la indispensabilidad, según el cual ciertos rasgos culturales, o ciertas funciones, o ambos son indispensables para una sociedad determinada.

Luego de señalar estas tres deficiencias, MERTON establece un paradigma para el análisis funcional en sociología, en el cual establece su principal contribución, al *realizar* una distinción entre funciones manifiestas y latentes, derivadas de la necesidad de distinguir entre las motivaciones conscientes del comportamiento y sus consecuencias subjetivas.

Quien ha dado mayor impulso al funcionalismo sociológico ha sido TALCOT PARSONS, el cual dio importancia a la conceptualización de la acción, entendida como comportamiento dirigido, regulado por normas y motivado, en una situación dada. PARSONS trata de explicar el problema del orden social desde un punto de vista voluntarista de la acción, frente al determinismo social imperante.

PARSONS parte de del pensamiento sociológico clásico (PARETO, WEBER Y DURKHEIM) para explicar el orden en la sociedad, y es en su obra "El sistema Social" define sistema social como "una pluralidad de actores individuales que interaccionan entre sí en una situación que tiene por lo menos un aspecto físico ambiental, unos actores que están motivados mediante la tendencia da la "optimización de la gratificación" y cuya relación con sus situaciones, incluidos ellos mismos, está definida y mediatizada por un sistema de símbolos culturalmente estructurados y compartidos.

Las unidades de análisis de la teoría del sistema social de PARSONS, son los actos, pero sobre todo, los status-roles. Esta preocupación de este autor por el orden y el equilibrio social, trae consigo el descuido del conflicto y el cambio.

En este orden de ideas, resulta importante mencionar el trabajo



desarrollado por NIELAS LUHMANN a favor del funcionalismo. Hacia finales de la década de los cincuenta, la sociología se encontraba en una crisis paradigmática de importancia, ya que las propuestas teóricas funcionalistas que habían caracterizado el quehacer sociológico (sobre todo en Estados Unidos, y de ahí a todo el mundo), parecían no ser capaces de explicar los nuevos sucesos del acontecer social. La Guerra Fría amenazaba con perder la frialdad, y los fenómenos sociales eran demasiado complejos. Es así como el funcionalismo se ve criticado desde dos ángulos: uno interno y otro externo. Desde lo interno, la crítica más fecunda, fue realizada por ROBERT MERTON a PARSONS en el sentido de que es ilusorio, pretender elaborar una gran teoría capaz de dar cuenta del fenómeno social en todas sus manifestaciones, dado el nivel del conocimiento sociológico. Desde la perspectiva externa, la crítica tiene un tinte más ideológico, pues se afirmaba que este enfoque era incapaz de comprender el fenómeno del conflicto social (huelgas laborales y estudiantiles por doquier). En suma los autores de la época estaban desanimados por la extensa complejidad de una sociedad cada día menos comprensible.

Es en este momento, en que LUHMANN retoma la crítica del funcionalismo y de la teoría parsoniana, sin embargo, a diferencia de los autores anteriores, su postura consiste en afirmar que el problema más grave del funcionalismo ha sido la falta de radicalidad con que se ha hecho el análisis funcional. Indica que no se trata de que el método funcional sea inadecuado, sino que no ha sido utilizado en su verdadera potencialidad. Para hacerlo, resulta necesario radicalizar dicho método, entendido como esquema lógico-regulador que permita comparar entre sí, como equivalentes funcionales, sucesos que desde otras perspectivas serían absolutamente incomparables.

LUHMANN define su teoría como funcional-estructuralismo, a diferencia del estructural-funcionalismo, pues indica que la función antecede a la estructura, y con esto es posible armar un entramado teórico BECK postula que las pautas de vida, progreso y controlabilidad, pleno empleo y explotación de la naturaleza típicas de la primera modernidad han quedado socavadas por cinco procesos interrelacionados: la globalización, la individualización, la revolución de los géneros, el subempleo y los riesgos globales (como la crisis ecológica y el colapso de los mercados financieros).

El auténtico reto teórico y político de la segunda modernidad es que tiene que responder simultáneamente a todos estos desafíos.

Los fundamentos de la primera modernidad basados en el estado nacional, son radicalizados por esta segunda modernización, transformando el marco de referencia, de un modo que



frecuentemente ni se esperaba ni se deseaba. De hecho, se colapsa la idea misma de controlabilidad, certidumbre o seguridad, tan fundamental en la primera modernidad.

La constitución de un nuevo tipo de capitalismo, un nuevo tipo de sociedad, requiere de un cambio de paradigma. No se trata entonces de "postmodernidad" sino de una segunda modernidad. *"En el momento en que desaparece el mundo bipolar de la Guerra Fría, se pasa de un mundo de enemigos a un mundo de peligros y riesgos"*.

Para este autor, el concepto de riesgo es un *"...enfoque moderno de previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada. Es un intento (institucionalizado) de colonizar el futuro, un mapa cognitivo"*.

Hoy en día el concepto de riesgo combina lo que en otros tiempos no era conciliable, pues combina sociedad y naturaleza, ciencias sociales y ciencias de la materia, es pues un concepto interdisciplinario.

Riesgo y responsabilidad están estrechamente vinculados, pues, ahora interesa atribuir responsabilidades, y por tanto los costos. Algunos creen que el riesgo induce control, de modo que cuanto mayor sea el riesgo, mayor deberá ser la controlabilidad.

Este autor plantea ocho puntos principales en su obra Sociedad del Riesgo Global, que se puede resumir de la siguiente forma:

1. Los riesgos no se refieren a los daños producidos. No son lo mismo que destrucción. Si lo fueran, todas las compañías aseguradoras quebrarían. Sin embargo, los riesgos, sí presentan en alguna medida una amenaza de destrucción, por lo cual, el concepto de riesgo se caracteriza por un peculiar estado intermedio entre seguridad y destrucción.

2. El concepto de riesgo invierte la relación entre pasado, presente y futuro, pues entre más amenazadora sea la proyección de un suceso, mayor conmoción puede provocarse al dramatizar en el presente ese riesgo. Las definiciones establecidas en los riesgos son, una varita mágica con la que una sociedad puede aterrorizarse a sí misma. En palabras de este autor: *"Una sociedad que se concibe a sí misma como una sociedad del nesgo está en la posición, por utilizar una metáfora católica, del pecador que confiesa sus pecados para poder contemplar la posibilidad y deseabilidad de una vida "mejor" en armonía con la naturaleza y con la conciencia del mundo"*.

3. Las proposiciones sobre riesgos no son fácticas o valorativas, sino que son ambas cosas a la vez., son *"moralidad matematizada"*. Pues, los riesgos se refieren a estándares de vida tolerable o intolerable. Lo que significa que de las proposiciones sobre riesgos, sólo pueden descifrase una relación multidisciplinar,



dado que asumen, en igual medida, el conocimiento técnico y las percepciones culturales.

4. Los riesgos y su percepción es de "consecuencias no deseadas". La modernidad, tanto política como sociológicamente, es un proyecto de control social tecnológico por parte del estado-nación, por lo que los riesgos ponen en duda esta afirmación de control del estado-nación.

Hoy en día, entre más se intente controlar el futuro con ayuda de la categoría del riesgo, más escapa de nuestro control. Ya no es posible externalizar los riesgos en la sociedad del riesgo global. En la primera etapa de la modernidad (inicio siglos XVII y XVIII hasta comienzos del siglo XX) riesgo significa esencialmente una forma de calcular consecuencias impredecibles, hoy el cálculo del riesgo desarrolla formas y métodos para hacer predecible lo impredecible.

5. El concepto contemporáneo de riesgo asociado a la sociedad de riesgo y a la incertidumbre manufacturada se refiere a una peculiar síntesis del conocimiento y desconocimiento. Se fusionan, la evaluación de riesgos basados en conocimientos empíricos (accidentes de tránsito) y la incertidumbre o indeterminación, pues aquí el cálculo de probabilidades nunca puede descartar un suceso dado. *"Es así, como la sociedad basada en el conocimiento, la información y el riesgo se abre a una amenazante esfera de posibilidades. Todo cae bajo el imperativo de la evitación. La vida cotidiana se convierte de este modo en una involuntaria lotería de la desgracia"*.

Los riesgos únicamente sugieren qué no debería hacerse, no que debería hacerse. El no hacer nada y exigir demasiado transforma el mundo en una serie de riesgos indomables. El autor denomina a esto la trampa del riesgo.

6. Los nuevos riesgos son simultáneamente locales y globales. Tal es el caso de la experiencia de que los peligros ecológicos no saben de fronteras. Este distanciamiento espacio temporal de los peligros de las elecciones entre riesgos locales y globales confirma el diagnóstico de la sociedad del riesgo global. Los nuevos peligros destruyen los pilares del cálculo convencional de seguridad: muy difícilmente puede atribuirse los daños a culpables definidos, de modo que quien contamina paga. En el mundo de la sociedad global, la lógica del control se colapsa desde dentro. Por tanto, la sociedad del riesgo es una sociedad política (latente).

En la sociedad del riesgo global la lógica del control es cuestionada no sólo desde el punto de vista sociológico, sino por el propio proceso de modernización, y esta es una de las razones por las que las sociedades del riesgo pueden convertirse en



sociedades autocríticas, en las que técnicos y aseguradores se contradicen sobre la existencia de un riesgo y la no cobertura por lo elevado del mismo.

7. Desde el punto de vista del debate realismo-constructivismo, propiamente en la distinción entre conocimiento e impacto. Lo que significa que a diferencia de muchas otras cuestiones políticas, es preciso conciencia clara de los riesgos; sólo entonces puede decirse que instituyen una amenaza real, y esto se refiere tanto a valores y símbolos culturales como a argumentos científicos. Al mismo tiempo, los impactos los riesgos aumentan considerablemente porque nadie sabe o desea saber nada sobre ellos.

La realidad de los riesgos deriva de los "impactos" arraigados en las actuales rutinas de producción e investigación industrial y científica; mientras que su conocimiento, por el contrario, está vinculado a la historia los símbolos de la propia cultura y al tejido social de conocimiento.

Lo anterior, lleva al autor a concluir que cuanto menos riesgos se conocen públicamente, tantos más riesgos se producen.

8. La noción de sociedad del riesgo global es pertinente para un mundo que puede caracterizarse por la pérdida de una distinción clara entre naturaleza y cultura. La difuminación de las fronteras de éstos ámbitos no solo se debe a la industrialización de la naturaleza y la cultura, sino también a los peligros que amenazan por igual a seres humanos, animales y plantas.

Este autor concluye que a diferencia de lo sostenido por MAX WEBER, la jaula de hierro se abre, y las instituciones empiezan a cambiar. El concepto de riesgo no sería entonces únicamente una cuestión de consecuencias no deseadas, sino también de "*las consecuencias no deseadas de las consecuencias no deseadas en las instituciones*".

g. La corriente funcionalista en el derecho penal

Los avances realizados en el campo de la sociología respecto a las teorías funcionalistas, han llegado a penetrar la dogmática jurídico penal, dando origen a una nueva tendencia que se ha denominado como Funcionanalista o final-racional, cuya sistematización viene dada por criterios de política criminal o derivados de los fines de la pena, sobre todo de la prevención general.

Desde la década de los setentas se han efectuado varios intentos por desarrollar un sistema "racional-final" (teleológico) o funcional del Derecho Penal. Estos intentos parten de la base de rechazar el punto de partida finalista y tienen como hipótesis que el sistema penal no puede vincularse a realidades ónticas



previas (acción, causalidad, etc) sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho Penal, y más bien enlazan su teoría con la tradición metodológica del neokantismo, por lo que no podemos hablar de algo absolutamente nuevo.

Los criterios teleológicos-funcionalistas en la dogmática penal tienen su novedad en que tratan de hacer razonable un sistema abierto, analizando cuáles son los valores de referencia de cada categoría, qué finalidades inciden en la atribución de contenido a cada concepto, qué valores resuelven las colisiones de fines, etc. Todo esto se da con la pretensión de lograr cambios en la relación existente entre los fines del derecho penal y del sistema de la teoría del delito.

Dos son los aspectos principales que trata de sistematizar la teoría funcionalista, primero, lo referente a la teoría de la imputación al tipo objetivo, la cual busca dejar de lado el resultado como mera causalidad, sustituyéndolo por valoraciones de orden jurídico consistentes en la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma jurídica. Y en segundo lugar, la ampliación del concepto de culpabilidad a la categoría de "responsabilidad", tomando en consideración aspectos de prevención de la pena (general o especial).

Esta concepción está compuesta por muy diversas teorías y cantidad de autores, sin embargo, los aspectos más representativos son realizados por dos autores. Por un lado, la posición de JAKOBS, la cual está teñida de categorías sociológicas y guiada por principios de prevención general. Por otro lado, ROXIN, plantea la combinación de una dogmática jurídica con criterios de política criminal, sin abandonar la concepción valorativa del postfinalismo.

La versión más radical del funcionalismo en el derecho penal, parte de los supuestos del funcionalismo sociológico antes mencionado, y de los aportes realizados por LUHMANN en el marco de la ciencia del derecho, al ver en el derecho penal un objeto de protección del sistema social, y no como un garante de bienes jurídicos, pues la lesividad social es más que violación de valores ideales.

Si bien es cierto, ambas posiciones tienen diferencias doctrinales, las mismas no son de carácter metodológico, ya que ambas posiciones, una as radicalizada que la otra, muestran un interés por cuáles deben ser la misión del derecho penal.

El funcionalismo le critica a la dogmática el haber perdido la relación con la realidad, por haberse consagrado únicamente a teorizar, olvidando que lo fundamental en el derecho está en la



vida social.

La corriente funcionalista, parte de una concepción organicista de la sociedad como un complejo organismo armónico donde cada uno de los miembros que la integran desarrolla una específica función que contribuye al desarrollo dinámico de la misma, manteniendo así su estructura básica.

El Estado sólo puede castigar las acciones que contraríen el orden social, por lo que el derecho tiene la función de dirigir su actividad en orden al establecimiento y protección de las condiciones de normalidad poder vivir en sociedad.

El Derecho Penal ya no tiene que delimitar o proteger ciertos valores sino que debe proceder a asegurar la estructura del sistema social y garantizar su capacidad de función."

h. Riesgo en la situación actual de la dogmática jurídico penal

El autor WINFRIED HASSEMER postula que hoy en día violencia, riesgo y amenaza son fenómenos centrales de la percepción social. La seguridad ciudadana hace su carrera como bien jurídico, y alimenta una creciente industria de la seguridad.

Al convertirse la violencia, riesgo y amenaza en fenómenos centrales de la percepción social, entonces este proceso tiene consecuencias ineludibles en cuanto a la actitud de la sociedad frente a la violencia, surgiendo conceptos como "luchar", "eliminar" o "represión".

Esta nueva percepción de la sociedad, provoca que la misma no se pueda dar el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad. El delincuente se convierte tendencialmente en enemigo, y el derecho penal en "derecho penal del enemigo".

Surge así la idea de un derecho penal eficiente, que provoca agravaciones en el derecho penal material y en derecho procesal penal que son producto de una política criminal con una visión de violencia dramatizada. Esta política criminal no opera como antes con la atenuación de penas, sino con la nueva criminalización y agravamiento de las penas. Se centra en los tipos y amenazas penales y no en las consecuencias del derecho penal.

"La política criminal actual ocupa los campos que constituyen centros de riesgo en la percepción pública: medio ambiente, economía, impuestos, drogas, terrorismo, procesamiento automático de datos. No se orienta ya a bienes jurídicos clásicos concretos del individuo (vida, salud, libertad, etc), sino a bienes jurídicos de la generalidad..."

Hoy se instrumentaliza la protección de dichos bienes jurídicos mediante la utilización de delitos de peligro, y sobre todo de



delitos de peligro abstracto, para los cuales basta la constatación de una acción.

La nueva política criminal tiene como fundamento la idea de que el derecho penal es un instrumento normativamente aceptable y realmente efectivo de conducción y contraconducción, un medio más de política interna.

La consecuencia principal, que la actual política criminal se niega a ver, es que la idea de un derecho penal "eficiente" reside en que éstos nuevos ámbitos están aparejados de un "déficit de ejecución" y ámbito creciente de efectos meramente simbólicos: pues el legislador obtiene el rédito político de haber brindado una solución con celeridad a un temor por la violencia, sin embargo, no se pueden esperar los efectos reales afirmados por el legislador en la capacidad funcional de la administración de la justicia penal.

Hoy más que nunca, se acrecienta la idea de que nuestra sociedad está influida por un funcionamiento panóptico¹¹¹ que permite vigilar a los ciudadanos desde una perspectiva estrictamente normativa. Este funcionamiento de vigilancia de nuestra sociedad, responde a la nueva economía del poder, que va unida a la necesidad de producción masiva, y aceptación de ciertos riesgos en pro del crecimiento.

Debido a la aceptación de tales riesgos, se está dando la peligrosa adopción de normativizarlo todo y por tanto, la necesidad de intervención Derecho Penal. La intervención del Derecho Penal se refiere al control de los ciudadanos y sometimiento a las normas.

En contra de todo lo hasta aquí expuesto, SCHÜNEMANN considera que hoy en día no es posible hablar de que el Derecho debe proteger únicamente a los intereses de un individuo egoísta, basado en una percepción personal de injusto que tiene como piedra angular el concepto de propiedad privada¹¹², sino que en virtud de la sobre explotación de los recursos naturales y de despilfarro actual debe hablarse de la supervivencia de la especie humana, y por tanto de una supraindividualidad o universalidad del injusto.

En este contexto resulta de suma importancia, la consideración de delitos de peligro, en los cuales se ha indicado que lo decisivo en los mismos es el adelantamiento de la protección del bien jurídico de acuerdo al no dominio de la situación por parte del autor y a la causalidad como factor decisivo, o sea que el bien jurídico entra en el ámbito de la acción típica peligrosa y deja de ser segura la evitación de su lesión.

Como más adelante veremos, los delitos de peligro son actuaciones imprudentes en los que la naturaleza de la actividad y la



experiencia acumulada han permitido la tipificación de la conducta como un riesgo no permitido, por lo cual el hacer mención de la importancia de esta cuestión en la dogmática actual es relevante para el presente estudio.

La ruta tomada en el sentido antes señalado por SCHÜNEMANN de protección de bienes jurídicos de naturaleza supraindividual (sobre todo en ámbito de los delitos ecológicos) se ha visto mayormente criticada por la sustitución de los delitos de peligro concreto por delitos de peligro abstracto llevada a cabo en legislaciones como la alemana y la española, en las que resulta más fácil evitar la comprobación causal de la conducta prohibida.

El problema encerrado por un pensamiento funcionalista, lleva a organizar las conductas de los individuos como portadoras de funciones en pro de la misma sociedad. Entonces, la difuminación de bienes jurídicos se ve acrecentada cuando en función de esos bienes jurídicos de difícil concreción, se criminalizan conductas que por su contenido lesivo no deberían constituir más que ilícitos administrativos, civiles o mercantiles.

Pese a lo anterior, SCHÜNEMANN se opone a la "anatemización" de los delitos de peligro abstracto, considerando como reaccionarios a quienes se oponen a su entender a la modernización del Derecho Penal, lo cual según él sólo llevaría a un callejón sin salida y a una dogmática sin consecuencias.

No obstante, la crítica dirigida por SCHÜNEMANN parece exagerada, dado que la defensa de un injusto personal no va formulada en el sentido de aceptar los despilfarros en la sociedad por él mencionados, sino que la regulación de dicha situación se debe realizar por medio de "instancias no estrictamente penales".

El error se encuentra en considerar que sólo el Derecho Penal puede dar solución a los modernos problemas de la sociedad, lo cual evidentemente produce consecuencias nefastas en el ámbito de la libertad los individuos. El que existan problemas operativos en otras ramas del ordenamiento jurídico no debe permitir que se entienda que estos deban resolverse en el Derecho Penal.

En definitiva, las críticas realizadas por la Escuela de Frankfurt, principalmente por HASSEMER y sus discípulos ponen de manifiesto algo que a nuestro entender SCHÜNEMANN deja de lado, y esto es que se están aceptando en el Derecho Penal Moderno situaciones que hace algunos años parecían inaceptables, tales como la imputación de resultados lesivos sin evidencias claras, inversión de la carga de la prueba, y otras presunciones establecidas por el legislador o por el juez, todo con el objetivo de prevención y seguridad, propio de la sociedad



del riesgo. Todo lo anterior, no encaja con los principios de responsabilidad penal acrisolados como la atribución basada en la previsibilidad de los posibles efectos de una conducta y en los conocimientos individuales del autor. Consideramos junto con MENDOZA que *"la minimización de riesgos a través de la utilización del Derecho Penal puede y debe ser mantenido, sólo en la medida en que ello sea compatible con los principios de atribución de responsabilidad individual justa"*. En otras palabras, ante riesgos de la nueva sociedad, se debe intervenir, pero sin olvidar el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal y el principio de última ratio. Todo lo hasta aquí presentado, nos plantea un nuevo enfoque en la dogmática jurídico-penal de nuestros días, que nos lleva a reformular el panorama conceptual de lo que son los riesgos de una sociedad tan compleja como la nuestra, y de ahí la importancia de comprender los alcances de una teoría de los riesgos en la aplicación sistemática de los delitos culposos, dado que la mayoría de las actividades que se realizan en diversos campos de la sociedad, presentan un nivel de riesgo que se considera necesario para el normal desempeño de dichas actividades, por que el criterio de la imprudencia no debe ser tomado a la ligera. Es por esto, que en el siguiente capítulo retomaremos el tema de los riesgos, propiamente al tema del riesgo permitido y su vinculación con el deber de cuidado en la determinación de la culpa jurídico penal.

FUENTES UTILIZADAS

- ⁱ CITAS DE: FONSECA SABORÍO José Miguel; Modificación del contrato por alteración de las circunstancias básicas; Revista Judicial; número 40 de marzo de 1987, página: 37. (Localización Biblioteca Facultad de Derecho UCR, signatura 340-R)
- ⁱⁱ CITAS DE: BRENES VARGAS Mario Enrique y JIMÉNEZ SANCHO María Estrella; Teoría del Riesgo y el Perecimiento de la cosa en la legislación costarricense; Tesis de grado para optar por el título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 1989. páginas 2-5 y 7-9. (Localización Biblioteca Facultad de Derecho UCR, signatura 1979)
- ⁱⁱⁱ CITAS DE: FERNÁNDEZ MORA Christian y GAMBOA SÁNCHEZ Natalia; La teoría de los riesgos en los delitos culposos, Tesis para optar al grado de licenciados en derecho de la Facultad de Derecho UCR, 2003, páginas Localización Biblioteca Facultad de Derecho UCR, signatura: 3951-B)