

FORMULACIÓN DE LA TEORÍA DEL INJUSTO: LA PERSPECTIVA DE JUAREZ TAVARES

Msc. Diana Montero Montero
Defensora Pública
Poder Judicial de Costa Rica

RESUMEN: Dentro de la teoría del delito los conceptos de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son de estudio obligatorio y aunque su construcción demoró década, podría considerarse que había acuerdos sobre las formas de analizarlos. El profesor Juarez Tavares, retoma el estudio del injusto (el cual comprende la tipicidad y la antijuridicidad) y realiza una propuesta innovadora y sobretodo, respetuosa de la persona humana, tanto sobre su contenido como sobre su forma de analizarlo.

PALABRAS CLAVE: Norma, normas delimitadoras, Garantías individuales, Principio de Legalidad, Contenido del injusto, Tipo, Tipicidad, Imputación, Bien jurídico, Antijuridicidad, Causas de Justificación

ABSTRACT: Within the analysis of criminal liability, the concepts of action, satisfaction of all offense elements, wrongfulness and culpability are of obligatory study, and although its construction delayed a decade, could be considered that there were agreements about the ways to analyze them. Professor Juarez Tavares, takes up the study of the unlawful (which includes the satisfaction of all offense elements and wrongfulness) and accomplishes an innovative and above all, respectful proposal of the human person, both on its content and on its way to analyze it.

KEYWORDS: Rule, Boundary rules, individual guarantees, principle of legality, content of the unlawful, offense elements, satisfaction of all offense elements, imputation, legal goods, wrongfulness, defenses.

Fecha de recepción: 18 de mayo de 2015.

Fecha de aprobación: 3 de junio de 2016.

INTRODUCCIÓN

Al igual que el resto de categorías y conceptos del Derecho Penal, el concepto del injusto penal ha sufrido modificaciones en razón de las corrientes actuales que dominan la dogmática penal. Diversos autores han analizado el tema y entre ellos se encuentra Juárez Tavares quien brinda una perspectiva novedosa en el tratamiento de este tema, ya que a partir de un análisis filosófico que recoge aspectos metodológicos y diversos paradigmas que pueden afectar ese concepto, realiza una crítica de esos paradigmas agrupando los elementos comunes que contienen y procede a realizar una formulación del mismo. En la segunda parte de su libro, el autor brasileño delimita el tema conforme a un análisis doctrinario, analiza las funciones del injusto, su contenido y efectos. Pero uno de los aspectos fundamentales de su desarrollo es la preocupación por el respeto a la garantía individual de la libertad, que en el fondo es una preocupación por la persona humana y el ámbito en que se desenvuelve. Valga recordar al respecto las tesis humanistas que reconocen que el derecho penal es para el hombre, y que su espacio responde al ser humano, de ahí la necesidad de buscar lo antropológico a partir del texto legal¹.

¹ Zaffaroni citado por Salazar Marín, Mario (2003) Injusto Penal y Error. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda, p. 103

I. BASES DE UNA CONCEPCIÓN DEMOCRÁTICA DE INJUSTO SEGÚN TAVARES

Juarez Tavares a partir de la construcción que Mackie realiza de su sistema moral², procede a desarrollar la estructura que le permitirá formular su perspectiva de la teoría del injusto. En primer lugar aclara la diferencia existente entre la antijuridicidad o ilicitud y el injusto³, señalando al respecto que la primera *“...constituiría una característica de la acción típica, o mejor, una relación de contradicción entre la conducta prohibida o impuesta y la totalidad del orden jurídico...”* mientras que el injusto hace referencia a *“...la propia acción típica y antijurídica, o sea, el objeto del juicio de valoración del orden jurídico”*. El autor en estudio señala que pretende discutir las bases de los elementos del tipo y el juicio de antijuridicidad propio de la ausencia de causas de justificación con vista en las garantías individuales. Aclarados estos aspectos terminológicos, propone las cuatro bases o fundamentos a partir de las cuales desarrollará su teoría:

² Mackie citado por Tavares, Juárez (2010). Teoría del Injusto Penal, Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., pp. 103-107 Mackie destaca la importancia de los valores individuales de la persona como condición antropológica de la vida virtuosa, de manera que el derecho implica una conjunción entre los derechos de las personas y sus pretensiones por lo cual si las personas tienen el derecho de realizar algo, también tienen el derecho de obligar a que nadie se los impida. De aquí, Mackie concluye dos tesis negativas a) el derecho no resulta a priori de principios generales y b) no hay derechos absolutos. Además, partiendo de que para la consecución del bien individual se le debe garantizar al sujeto un espacio para llevar a cabo las pretensiones que le permitan su realización, orienta su sistema por las consecuencias reflejadas en la conducta humana, que tiene diversos y variados fines que resultan de la elección personal, la cual goza de una garantía: su pretensión. De manera que el sistema moral de Mackie, a diferencia del resto, parte del concepto jurídico y por lo tanto, sostiene la primacía del derecho sobre las obligaciones y los fines, de manera que el sistema jurídico garantiza las elecciones de preferencia de los individuos. Además, la escogencia de las preferencias obedece, no a un único plan de vida, sino a los diversos planes que un mismo individuo tiene conforme se le presentan expectativas. Otro aspecto que desarrolla este autor es de la cuando procede la intervención del Estado en la libertad de cada individuo, tema que resuelve indicando que procede cuando se requiere impedir daños a otro sujeto o bien que ese sujeto pueda ejercer plenamente su derecho de elección, siempre y cuando no interfiera en la libertad de los otros. Finalmente, señala que la norma penal tiene un carácter predominantemente delimitante, ya que traza los límites en que el estado interviene en la libertad individual, lo cual asegura la condición de sujeto de derecho y de persona, por ello, *“...la norma penal no puede simplemente ordenar conductas, como si existiera un deber jurídico general de obediencia. (...) Si la norma penal tiene carácter delimitante, constituye una exigencia del sistema jurídico que esa delimitación se consolide en un determinado resultado de daño o peligro, único medio posible de destronar del derecho penal el sentido privatista-contractualista que se le quiere imponer”*.

³ Tavares (2010), p. 108.

I-a La unidad del injusto: Por referirse el injusto al juicio de valoración del orden jurídico, existen diversas posibilidades en esta valoración, por ejemplo: que se distingan entre las causas que excluyen propiamente el injusto penal y que solo tienen efectos en el Derecho Penal, o bien que se analicen la causas de justificación en cuanto a la totalidad del ordenamiento jurídico, lo cual es propugnado por algunos autores⁴. Sin embargo, Tavares opta más bien por un análisis unitario del injusto señalando que **“La característica de una conducta como injusta no es consecuencia de su antinormatividad, sino de la contradicción entre su cometido y el orden jurídico en su totalidad. En segundo lugar, porque la conducta delictiva, ya sea como acto comisivo u omisivo, debe subordinarse al principio de legalidad, lo cual exige que todos sus elementos se encuentren definidos legalmente y estén presentes en el caso concreto”**⁵ (La negrita no es del original).

La tesis por la unidad del injusto, se ajusta a la coherencia del sistema jurídico⁶ y se desarrolla a nivel lógico normativo. Pero lo más importante, se ajusta al principio de Legalidad⁷ básico en una sociedad democrática, pues permite que la persona no se vea sometida a las arbitrariedades del poder estatal, ya que traza límites claros a este, pues exige que las normas penales sean formuladas con anterioridad a la comisión del hecho, de manera escrita, estricta, taxativa con claridad, etc.

⁴ Entre estos, Tavares cita a Hans-Ludwig Günther

⁵ Tavares (2010), p. 109

⁶ Zaffaroni, Raul, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro (2001). Derecho Penal (Parte General). Buenos Aires, Ediar S.A. Sociedad Editora, p. 567 señalan una definición de antijuridicidad y su relación con orden jurídico indicando “Adoptar el criterio de la antijuridicidad como juicio definitivo acerca de las prohibición de una conducta, presupone considerar al orden jurídico como un todo unitario, para cuya totalidad la conducta es lícita o ilícita (...) es la jurisdicción la que debe proceder de modo no contradictorio y, por lo tanto, no puede dar lugar a escándalo jurídico, esto es, a afirmar y negar algo al mismo tiempo. En este sentido, cuando se considera una conducta como lícita en un ámbito del derecho no puede considerársela ilícita en otro.”

⁷ Señala Hernández Valle que en Costa Rica el Principio de Legalidad Penal se encuentra en el artículo 39 de la Constitución Política y que tiene varios elementos: *lex scripta* (una persona solo puede ser castigada por un hecho sancionado por ley), *lex previa* (la ley que tipifique el hecho punible debe ser previa a la comisión de este), *lex certa* (implica la descripción del hecho mediante un tipo que establezca claramente las condiciones de la conducta sancionable), Hernández Valle, Rubén.(2002) El régimen jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica. San José, Editorial Juricentro, pp. 198-202.

I-b) La división del injusto: ⁸ En este apartado Tavares expone en primera lugar los límites que deben tomarse en cuenta al momento de realizar la evaluación de la conducta como acto injusto, destacando el carácter excepcional de la privación de libertad de las personas⁹ (pues obviamente esta limita las potencialidades del sujeto); los criterios de proporcionalidad¹⁰ e intervención mínima¹¹ así como la demostración de lesión efectiva o peligro concreto¹²; el respeto a los derechos fundamentales de las personas, cuya protección bajo ninguna circunstancia se debe confundir con las pretensiones del Estado, pues resultan temas totalmente diferentes.¹³ Teniendo claros estos restrictores, se procede a evaluar el carácter injusto de la conducta en dos etapas:

- Una global en que se analiza el tipo y la antijuridicidad atendiendo al sujeto y su conducta, y excluyendo las pretensiones estatales, pues la norma típica no tiene función de protección o tutela, sino que es básicamente limitadora. Se pretende “...*determinar con absoluta precisión las líneas demarcatorias de lo prohibido o impuesto (mandato) o de lo*

⁸ Tavares (2010), pp.112-114

⁹ Respecto al tema de la prisión preventiva ver Chinchilla Calderón Rosaura y García Aguilar Rosaura (2003). Disfuncionalidades en la aplicación de la Prisión Preventiva. San José, Investigaciones Jurídicas, obra en la cual se evidencia la contradicción en cuanto al carácter excepcional de la prisión preventiva en contraste con la realidad del aumento de presos en esta condición. Además, Llobet Rodríguez, Javier (1997). La Prisión Preventiva. San José, Imprenta y Litografía Mundo Grafico. Señala este autor (p. 36) que son los regímenes autoritarios los que “... se caracterizan por una extensión desmedida de la posibilidad del dictado de la prisión preventiva, dándose énfasis a la necesidad de ello en defensa del “Pueblo” o del Estado.” Pero también destaca que aun en países democráticos, la prisión preventiva “... sigue ocupando uno de los reductos de resistencia para la realización de principios democráticos, que imponen el respeto a las exigencias de un Estado de Derecho, debiendo la regulación llevarse a cabo con estricto apego a los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad”. Por lo tanto, aun cuando la libertad debe ser la regla, y la prisión preventiva la excepción, cada vez son más los presos sin condena en nuestro país, superando incluso el promedio latinoamericano.

¹⁰ Para un análisis detallado del Principio de Proporcionalidad (o prohibición de exceso) y sus elementos (idoneidad, necesidad y ponderación de intereses) ver Tiffer, Carlos. Principio de Proporcionalidad y Sanción Penal Juvenil. (2002) En: Derecho Penal Juvenil, San José, Imprenta y Litografía Mundo Grafico, pp. 255-265

¹¹ En cuanto al principio de mínima intervención resulta valiosa la exposición que al respecto realiza Binder, el cual menciona diversos mecanismos mediante los cuales pueden operar la solución de los conflictos sin recurrir al Derecho Penal, pero también analiza el tema de la violencia que ejerce el Estado en su intervención, la cual debe ser totalmente excepcional. Ver. Binder, Alberto.(2004) Introducción al Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-hoc, pp. 40-50

¹² Definición de peligro concreto

¹³ Al respecto ver Antillón Montealegre, Walter (2012). El discurso de la seguridad Ciudadana en las recientes reformas procesales. En: Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica. Compilado por Chinchilla Calderón, Rosaura. 1ª. Edición. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., p. 25

*jurídicamente irrelevante. Esto se logra definiendo la conducta delictiva, o cotejando la conducta concretamente realizada con esa definición, considerando el binomio prohibición o imposición/autorización, como también considerando a su autor como individuo, a fin de que no se confunda como objeto de una política discriminatoria, y también tomándolo como un sujeto pasible de derechos, a fin de excluirlo de la incriminación cuando no tenga la mínima capacidad de adquisición de cualquier derecho por esta fuera del orden social”.*¹⁴

- Análisis de los elementos del tipo y autorizaciones especiales de conducta, previstas en ley penal, ordenamiento jurídico e incluso sistema jurídico, que se deben analizar en relación con el autor como sujeto de derechos.

*I-c) Integridad del injusto:*¹⁵ El injusto penal, independientemente de que conforme al principio de legalidad se ajuste a la unidad del ordenamiento jurídico, se diferencia por el mayor grado de intervención estatal a que obliga, y por ello debe resultar evidente que se requiere esa intervención. Por lo tanto, la intervención viene a ser otro factor delimitante del injusto, que opera no solo de manera empírica en su configuración, sino como elemento de integridad racional, por lo cual si existen justificantes de conducta que provienen de otras áreas del Derecho, de igual manera deben producir efectos justificantes penales, ya que evidencian la no necesidad de intervención estatal en el ámbito penal. Lo anterior de conformidad con el orden jurídico democrático inspirado en un orden racional de integración.¹⁶

¹⁴ Tavares (2010), p. 114 Al respecto vale la pena la posición de Binder sobre las circunstancias en que se debe excluir la culpabilidad de la persona por no poder superar condicionantes en Binder, Alberto.(2004) Introducción al Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-hoc, pp. 243-250

¹⁵ Tavares (2010), pp. 115-116.

¹⁶ Tavares (2010), p. 116.

*I-d) El injusto dañoso:*¹⁷ Volviendo nuevamente a la propuesta de Mackie, Tavares señala que las normas delimitadoras no solo deben brindar los marcos exactos de las conductas prohibidas o exigidas, sino también los motivos que dan lugar a la incriminación en razón de sus efectos sociales. Por lo tanto, para que proceda una incriminación se debe tomar en cuenta que solo excepcionalmente cabe la privación de libertad, que la intervención del Estado solo procede si es estrictamente necesaria y adecuada y proporcionada, y además debe tener un efecto más allá de la mera infracción, sino una verdadera lesión o daño, producidos por la conducta realizada. Encontramos aquí la teoría del bien jurídico¹⁸ y el proceso de imputación que operan nuevamente como limitantes al momento de identificar la intensidad de la lesión o del peligro concreto y de la intensidad subjetiva de su producción.

II. CONCEPTOS BÁSICOS

A partir de estos cuatro aspectos Tavares procede a aclarar en qué consiste el tipo de injusto y la tipicidad señalando que el primero corresponde a “... *la descripción legal de la conducta delictiva...*”, la tipicidad es la “...*configuración concreta de ese tipo de injusto a través de la realización de determinada conducta, o, dicho de otro modo, la conformidad entre la descripción legal de la conducta delictiva y la práctica de un hecho concreto que ofende a un bien jurídico ajeno*”.¹⁹ Por lo tanto, resulta evidente que para el análisis del juicio de prohibición, es fundamental el tema de la tipicidad. Esto pues el análisis debe realizarse tomando en cuenta la realidad del conflicto social contemplados en la norma, pues la norma delimita una realidad. De manera que la norma no es un simple acto de voluntad, ni un símbolo, ni tampoco obedece a una precomprensión de sentido o el

¹⁷ Tavares (2010), pp. 116-117

¹⁸ Respecto al desarrollo del bien Jurídico, ver: Chirino Sánchez, Alfredo Perspectivas para una teoría del Bien Jurídico en el momento Actual. En: Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Libro Homenaje a Walter Antillón Montealegre, San José, Editorial Jurídica Continental, pp. 39-60

¹⁹ Tavares (2010), p. 120

resultado de un sistema autopoiético de autoproducción, perspectivas estas que atentan contra la libertad individual.

Por su parte, Tavares indica que antijuridicidad es entendida como *“...la relación de contradicción entre la conducta típica y aquella conducta concretamente realizada...”*²⁰. Sin embargo su tratamiento ha sido ambivalente ya que algunos autores la ubican como un elemento negativo de la tipicidad y otros, como un elemento autónomo a esta²¹.

Destaca además Tavares, la evidente relación entre tipicidad y antijuridicidad de manera que esta última aparece siempre como un consecuente de la primera. Por ello y tomando en consideración las bases propuestas para una visión democrática de injusto, considera que no es posible realizar un análisis de ambos aspectos como si fueran “compartimentos estancos” y propone un análisis que se desarrolla en dos etapas: *“...primeramente la tipicidad y la antijuridicidad deben ser tomadas en conjunto, desde el prisma de los derechos fundamentales y de los derechos humanos de primera generación; y en una segunda fase, separadamente, para atender sus aspectos analíticos de configuración. Con ello lo que se pretende es someter el examen del injusto a un procedimiento dialéctico riguroso respecto a la libertad individual”*²².

Aclara que este procedimiento dialéctico es ideal para generar una teoría democrática del delito, en el tanto permite que el injusto aparezca como un sistema cerrado al momento de ubicar la conducta conforme a los contornos fijados por la tipicidad así como en el momento de determinar los presupuestos de las causas de justificación. Pero también, pasa a ser un sistema abierto al

²⁰ Tavares, (2010), p. 121

²¹ Existen diversas definiciones de antijuridicidad, como la que encontramos por ejemplo planteada por Sampedro Arrubla, Camilo (2002). Lección 19: La Antijuridicidad. En: Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 316 quien distingue entre antijuridicidad formal (“Es formalmente antijurídica, penalmente hablando, la conducta que se realiza cuando está prohibida por el ordenamiento jurídico penal o se omite cuando es mandada por el mismo, sin justa causa, siempre que el resto del ordenamiento la autorice.”) y material (“...es materialmente antijurídica la conducta que lesiona o pone en peligro efectivamente el bien jurídico penal”). En cuanto a este último aspecto aclara que el carácter fragmentario del derecho penal obliga a que no sea cualquier puesta en peligro o lesión la que se tutele penalmente, sino aquellas de especial gravedad.

²² Tavares (2010), p. 122.

constatar las características del sujeto en la búsqueda de las posibles justificaciones a su proceder.²³

III. LAS FUNCIONES DEL INJUSTO SEGÚN TAVARES

El examen del injusto partiendo del tipo y la antijuridicidad como elementos totalmente independientes entre sí, obedece a una función política en relación con la norma penal.

III- A) SENTIDO DE LA NORMA PENAL:

Para analizar el tema, es necesario vislumbrar cuál es el **sentido de la norma** penal:

- Si la norma penal es prohibitiva, se requiera un daño para proceder a castigar al delincuente, y hay que demostrar que ese castigo ayudará a la recuperación del sujeto. Por lo tanto, esta perspectiva permitía no castigar casos de delitos de bagatela, hechos inevitables, etc.
- Si la norma penal es determinativa la punición se acrecienta pues se acuden a tipos omisivos como ocurre actualmente.
- Si la norma penal tiene ambas características, puede darse cualquier sentido.

Ante esta disyuntiva, Tavares señala que la posición a seguir es la de tomar la norma penal como mecanismo que sirve para equilibrar el poder de intervención del Estado y la libertad individual, buscando asegurar a todos los individuos sus derechos: *“En ese sentido, la norma puede ser tanto prohibitiva como impositiva. Su validez depende no del fin al que se destina, sino de la necesidad de su promulgación y de las garantías que ofrezca”*.²⁴

²³ Tavares (2010), p. 122.

²⁴ Tavares (2010), p. 155

III-B) RELACIÓN TIPO-ANTI JURIDICIDAD:

También se debe analizar la **relación tipo-antijuridicidad**, la cual parte precisamente del carácter limitante del ejercicio del poder estatal. Por esto, se deben examinar tanto las funciones del tipo y las limitaciones de la antijuridicidad conforme al esquema de dos fases propuesto para la elaboración de una teoría del injusto. El contenido de la norma penal obedece a la escogencia de una opción política que puede implicar el dar al Estado un auténtico derecho subjetivo a punir como parte del ejercicio de su soberanía (*ius puniendi*), generando obligaciones para el ciudadano. Nuevamente retoma Tavares, las perspectivas de Mackie trayendo a este análisis dos niveles²⁵:

- Para la garantía y el ejercicio de la libertad individual no se necesita legitimación, pues es una consecuencia inmediata del derecho a la vida, reconocida en la normativa a nivel internacional y constitucional.
- El poder de intervención del Estado solo se puede admitir en el tanto es necesario para garantizar el pleno ejercicio de la libertad individual, si esta es la única forma viable de hacerlo.

De esta forma, no se crean derechos estatales ni se imponen obligaciones individuales como acertadamente señala Tavares.²⁶

Tavares señala que si conforme a la propuesta de teoría de injusto, lo primero que debe llevar a cabo es el contraste del tipo y los preceptos autorizantes con los derechos fundamentales del sujeto, el tipo no es más que un indicio de antijuridicidad. Esta aseveración se entiende fácilmente con el ejemplo que plantea el autor, relativo a un Estado que señala responsabilidad penal a los 10 años de edad, lo cual violenta la normativa internacional sobre el tema. En un caso así, más que ver las condiciones del tipo o las autorizaciones, se analizan los

²⁵ Tavares (2010), pp. 156-157

²⁶ Tavares (2010), p. 157.

derechos fundamentales del sujeto, para determinar si se están violentando “preceptos fundamentales de protección a la persona humana.” para verificar que la norma penal no los esté violentado. Por ello, la característica de la teoría del injusto propuesta por Tavares es que “...no se vincule tan solo a un objeto –la acción prohibida- sino que tenga su punto de apoyo en el origen de esa prohibición a partir de la protección del sujeto²⁷. Esta aseveración y el desarrollo que a raíz de esta perspectiva realiza el autor brasileño, es de suma importancia, pues implica que más allá de una pose ideológica, su perspectiva es efectivamente a favor de un sistema de justicia penal democrático que respete la dignidad y los derechos de la persona. Por ello, aclara que la relación entre injusto y sujeto se realiza de dos maneras:

- En unión, tomando en cuenta los preceptos fundamentales de manera que la perspectiva de un estado democrático debe estar necesariamente presente. El sujeto es el motivo de la prohibición y por ello su relación con el injusto es estrecha.
- En separación, cuando el sujeto pasa a ser objeto del juicio de valor, para analizar la responsabilidad por el acto cometido. Al ser este el tema, el sujeto es objeto de este en la culpabilidad.

De aquí se desprende el análisis por etapas propio de un sistema que busca proteger la libertad, y por ello se produce un cambio de la valoración del tipo que deja de ser un indicio de antijuridicidad, para ser más bien la etapa previa al juicio de injusto, el cual, como ya había anunciado Tavares, es un juicio dialectico, que más allá de analizar “...los comportamientos del injusto (es decir del tipo y de la antijuridicidad) no deben situarse en una relación de causalidad-antecedente-consecuente, sino en atención al caso concreto y la necesidad de protección individual, pueden ser apreciados separada o conjuntamente.²⁸”

²⁷ Tavares (2010), p. 159

²⁸ Tavares (2010), p. 160

Según explica Tavares, existen dos motivos para que esto ocurra así:

- La delimitación del poder estatal no ocurre a través de las normas prohibitivas o mandatos, sino también mediante las normas permisivas, de manera que el aspecto material también incide en la intervención del estado. Por tanto, lo que primero que se debe definir es si existe una causa que autorice la conducta del sujeto, y solo ante la ausencia de esta, se permite la intervención del estado.
- Por otra parte, la presunción de inocencia obliga a que se realice una anticipación del análisis de la antijuridicidad, lo cual no se hace usualmente por aspectos metodológicos, ya que se parte del examen del tipo y de seguido, el de los elementos de la antijuridicidad. Según explica son dos etapas, pero el juicio es único y por ello, *“...la interpretación de la propia acción típica debe estar de acuerdo con la autorización de la conducta, pudiéndose así anticipar la decisión acerca del injusto...”*, esto comprobando la existencia de alguna causa de justificación. Este análisis se refiere no solo a normas que brinden su autorización de manera expresa, sino también cuando exista incompatibilidad entre la acción típica realizada y las circunstancias de las cuales se evidencia un contexto de permiso.

No es de extrañar que este análisis ocurra de manera simultánea o conjunta,²⁹ si tomamos en cuenta que en muchos tipos penales, el permiso se brinda dentro del mismo tipo penal como ocurre en aquellos casos en que la redacción del tipo implica que se usan expresiones como “con permiso legal”, “con justa causa”, o se mencionan autorizaciones o deberes.³⁰

²⁹ En sentido contrario podemos ver la posición de Quintero Olivares, Gonzalo (1997), *La Tipicidad*, p. 357 En: *La Autoría. La Tipicidad*. Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana quien expresamente señala entre las funciones de la tipicidad la función indiciaria e indica que “No debe establecer por tanto una fusión entre tipo y antijuridicidad, en aras a preservar la entidad propia de las diferentes secuencias valorativas del juicio de antijuridicidad (juicio sobre el hecho) que se hallan escalonadas e interrelacionadas.”

³⁰ Aclara Tavares que esta metodología no implica que comparta la Teoría de Merkel sobre los elementos negativos del tipo, la cual a su criterio resulta un retroceso pues confunde elementos que tardaron muchos años en delimitarse sin que con ello se logre una mejor protección. Además, obvia que el tipo es utilizado para

III-C) LAS FUNCIONES DEL TIPO:

El tipo del injusto es más que una mera descripción de conductas prohibidas o exigidas. Por ello Tavares explica brevemente sus tres funciones:³¹

- Función sistemática: Implica la ubicación dentro del delito, junto con los otros elementos (antijuridicidad y culpabilidad). Cumple “...el papel de objeto referencial, por medio del cual se señala tal identificación a través de los respectivos elementos de la situación social que se quiere reglamentar.”³² Es la individualización de ese objeto la que permite ubicar los distintos delitos, aspecto que impacta en la proporcionalidad tanto de la sanción como en la definición de las conductas. El principio de legalidad conforme al cual debe haber una descripción de las conductas, impide que exista arbitrariedad pues se llegan a determinar las conductas que el sujeto puede realizar (lo permitido) y aquellas que no (lo prohibido)³³
- Función político criminal: Hace referencia a la lesión o peligro de lesión del bien jurídico, la cual se define a partir de los elementos y/o objetos que se ubican en el espacio y tiempo.
- Función dogmática: A fin de determinar el grado de incidencia en lo ilícito, se toma en cuenta el aspecto del dolo del agente, es decir que fundamenta y gradúa el injusto.

IV- EL CONTENIDO DEL INJUSTO DESDE LA PERSPECTIVA DE TAVARES

delimitar el área de acción del poder estatal describiendo la conducta a perseguir, y la antijuridicidad es más que una mera excepción, sino que opera como limitación de contenido del tipo frente a un hecho concreto. El tipo siempre opera como garantía del ciudadano, pero mediante la aplicación de la norma permisiva su contenido concreto y validez son limitados en relación con un hecho.

³¹ Tavares (2010), pp. 168-169

³² Tavares (2010), p. 167

³³ Tavares (2010), p. 168

Por este concepto Tavares entiende la estructura tanto del tipo como la estructura de la antijuridicidad así como el significado de los juicios valorativos sobre la conducta delictiva.

IV-a) *El tipo del injusto*: El núcleo del tipo está “...representado por la acción u omisión, y su objeto, teniendo como base la lesión a un determinado bien jurídico...”, por tanto se trata de una norma de conducta cuyo fin es limitar la acción del Estado, lo que se logra a través de la lesión a un bien jurídico.

Ahora bien, Tavares no comparte la perspectiva de que el tipo tiene como fin la protección del bien jurídico, pues considera que esta visión no se ajusta a una perspectiva democrática, ya que más bien esta perspectiva doctrinaria, corresponde a una política criminal sistémica, que elimina su carácter de garantía individual.

IV-a-i) Análisis de el bien jurídico: En cuanto a este, Tavares destaca el aporte de Feuerbach, conforme al cual la violación a un bien jurídico no consiste en la violación a un deber hacia el Estado, sino en la lesión al derecho individual de otro sujeto (el ofendido). Así entendido, el derecho subjetivo se plantea como “símbolo de la demarcación del daño social en que pudiera incurrir la conducta delictiva.”³⁴ De esta manera, una vez más, se limita la intervención estatal que podría ocurrir mediante los tipos penales, pues solo se puede perseguir las conductas que lesionen un derecho subjetivo y por ende, causen daño social.

Después de repasar la evolución del concepto de bien jurídico desde la escuela positivista³⁵, la perspectiva neokantiana³⁶, la visión ontologista³⁷ y los

³⁴ Tavares (2010), p. 177

³⁵ Según explica Tavares, el positivismo tiene dos vertientes, la de Beling en la cual “el bien jurídico es un elemento de la propia norma, que puede ser tanto su finalidad cuanto la ratio de su sistema” (p. 182) o bien la posición de Von Liszt que recoge dos variables, primero señala que es mediante la protección jurídica que un interés se convierte en bien jurídico, y la segunda en que los ubica como “condiciones vitales de la comunidad estatal” (visión organicista) (p. 183).

³⁶ En el neokantismo la noción material de bien se sustituye por el de valor, y este no es individual, sino que es hipotético y cultura, y responde a los imperativos de la norma. Por ello, el bien jurídico pasa a ser “ un mero

distintos matices del funcionalismo³⁸, Tavares concluye que la concepción del bien jurídico se encuentra estrechamente relacionado con los giros del poder punitivo,³⁹ de manera que en la sociedad postmoderna “...*ve diluir gradualmente su sustancia material, hasta culminar prácticamente en su eliminación*”⁴⁰

Por ello, a partir de la definición de bien jurídico propuesta por Zaffaroni, conforme a la cual este resulta ser “*la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto*”⁴¹, señala Tavares como la efectiva lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es presupuesto necesario del injusto penal. Incluso, al relacionarlo con el concepto de valor, aclara que: “...*puede ser entendido como un valor que se incorpora a la norma como su objeto de preferencia real y constituye por tanto, un elemento primario de la estructura del tipo, al cual se deben referir tanto la acción típica como todos los demás componentes. Siendo un valor, y por tanto, un objeto de preferencia real y no simplemente ideal o funcional al sujeto, el bien jurídico condiciona la validez de la norma, y concomitantemente subordina su eficacia a la demostración real de que éste efectivamente ha sido lesionado o puesto en peligro. Por ello son invalidas las normas incriminatorias sin referencia directa a*

ejercicio retórico en un marco de referencia clasificatorio” que se pretende proteger. Sin embargo debe distinguirse entre la posición de Mayer y la Metzger pues el primero comprende que bien jurídico y valor no se pueden desvincular. Tavares, (2010), p. 184-185

³⁷ El ontologismo de Welzel ubica el bien jurídico como el objeto a proteger por la norma, inspirado en los valores ético-sociales. El problema es la definición de estos, pues perfectamente puede convertirse en un programador de conducta y no un límite al poder estatal, acudiendo a fórmulas referentes a la voluntad de la Nación, o el espíritu del pueblo, entre otros.. Tavares, (2010), pp. 186-189

³⁸ Tavares, (2010), pp. 189-192 La concepción funcionalista que muestra tres variantes: estructural (los bienes jurídicos vendrían a ser presupuestos existenciales útiles para la realización de la persona y su ubicación en la vida social, según la perspectiva de Muñoz Conde); propio (los bienes jurídicos se identifican con la validez de la norma, según la propuesta de Jakobs) y el impropio (cuyo exponente es Roxin, quien busca limitar el poder punitivo mediante la Constitución y para ello acude al bien jurídico, pues lo relaciona con el presupuesto de libertad individual pero al mismo tiempo considera que sirve para el mantenimiento del sistema. Surge tanto de elementos anteriores a la ley penal como de los deberes propios de esta).

³⁹ En realidad, todo el Derecho Penal, sustantivo y procesal, sufre los cambios de la organización política y modelo de Estado que se adopte, no solamente el tema del bien jurídico pero dado su condición de límite al ejercicio del poder del Estado, es uno de los elementos en que resulta más evidente. Un estudio sobre el tema es desarrollado en detalle por Barreto Ardila, Hernando (2002). Lección 3: Concepción del Estado y su influencia en la teoría del delito. En: Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 45-59, quien a partir de las distintas formas de organización política analiza los fundamentos del derecho penal.

⁴⁰ Tavares, (2010), p.193

⁴¹ Tavares, (2010), p. 193

*un específico bien jurídico, ni se admite su aplicación sin un resultado de daño o de peligro a ese mismo bien jurídico.”*⁴²

De manera, que nuevamente queda evidenciado la visión garantista a favor del individuo, y limitadora del poder estatal que en su exposición propugna Tavares, pues, señala como el bien jurídico opera como un límite a la política de seguridad pública, de manera que el juez como contralor, debe verificar si se justifica la intervención del Estado en los casos concretos, analizando con la visión de una política de garantía individual, con argumentos racionales y en particular, con respeto de los derechos humanos de las personas, aspecto fundamental en un Estado democrático.⁴³ Además, se aclara que no existe un deber absoluto a punir, sino que este procede como última opción, en casos de extrema necesidad, por lo que para la solución de los conflictos se debe privilegiar la solución pacífica de manera que el bien jurídico no es una legitimación para la incriminación sino más bien su límite.

Señala el autor en estudio que **no se debe creer que el bien jurídico es el objeto de la acción**, ni tampoco como un elemento material (cosa o persona), sino más bien como el valor que es propio de la vida de la persona y sus relaciones concretas. Por lo mismo, aclara Tavares que dadas las múltiples clasificaciones metodológicas que existen en torno al bien jurídico, se debe entender que *“...todo bien que se pueda reconocer como colectivo –siendo imposible tácticamente identificar a la persona titular- no es en esencia un bien del individuo...”*⁴⁴

En sentido similar, destaca que **se tiende a confundir la noción de bien jurídico con la noción de función**, pues se pretende que el Derecho Penal protege actividades de la administración pública, todos los actos relacionados con esta pueden ser protegidos. Esta confusión obedece, según expone Tavares a la tendencia de ubicar el bien jurídico no como objeto de preferencia vinculado a un valor relacionado a la protección de la persona, sino como un objeto de referencia

⁴² Tavares, (2010), pp. 193-194

⁴³ Tavares, (2010), p.196

⁴⁴ Tavares, (2010), p. 199 Incluso, ejemplifica el autor, que este es el motivo por el cual hay tantos cuestionamientos sobre la legitimidad de los delitos fiscales.

que es presupuesto de validez y eficacia de la norma pues se requiere la demostración de su lesión o puesta en peligro. Efectivamente, el bien jurídico cumple esa función como objeto de referencia, pero también es un objeto de preferencia, y en el momento en que se ubica este aspecto, la confusión en cuanto a la función del bien jurídico desaparece. En cuanto a la función en sí misma, no es susceptible de preferencia, ya que las definiciones de funciones en general, tienen como elemento común que se refieren a una relación entre variables, pero no constituye un valor, y por ende no se puede confundir con un bien.⁴⁵

Sin embargo, en la sociedad postmoderna se ha pretendido que la función de control que ejerce el Estado, sea protegida penalmente, desvirtuando las garantías constitucionales propias de la incriminación. Por ello, es fundamental comprender la **diferencia entre bien jurídico y función**. Las funciones se fijan de conformidad con criterios de oportunidad, y además suelen ser inestables pues dependen de las variables que relacionan. Esta es una diferencia fundamental con un sistema jurídico-penal de garantía, ya que en este las incriminaciones tiene como objeto jurídico lo que la persona humana, como ente real estable, haga.⁴⁶ El bien jurídico no depende de relaciones funcionales, pues es un valor, e incluso en el caso que este valor genera relaciones estas son reales, no simbólicas.

Ahora bien, a fin de reconocer con claridad cuando estamos ante un bien jurídico y cuando ante una función, Tavares propone abandonar los sistemas tradicionales y señala una serie de indicadores que considera, permiten realizar esta distinción:

- Plantear el bien jurídico que interesa, no como individual o colectivo, sino más bien con el carácter de *personal*.
- Al existir bienes jurídicos personales, pero inmateriales propone principios normativos para su delimitación, los cuales son:

⁴⁵ Tavares, (2010), p. 200-203. El autor realiza un detallado análisis sobre el tema de función, del cual rescatamos su conclusión y los que consideramos son los elementos básicos para la comprensión de esta.

⁴⁶ Tavares, (2010), po.

- Un valor que implique un interés individual, el cual puede ser de una persona o de un grupo, pero característico de esa persona o grupo. Por ejemplo el ambiente en sí mismo no es un bien jurídico, pero sí en la medida que se ubique como esencial para la vida de una persona y su desarrollo y vinculación con otras personas. La primera perspectiva puede ser desarrollada mediante el derecho administrativo, pero no mediante el derecho penal. En cambio, la segunda sí puede ser objeto de tutela penal.
- En cuanto a las propiedades esenciales de un bien jurídico y los principios normativos que regulan estas destaca la universalidad y sustancialidad de manera que será siempre un valor, que puede verse afectado o no por una relación, pero lo característico es que es un valor. Además debe poseer determinada substancia (lo cual no necesariamente implica que sea un objeto sensible), de manera que no sea simplemente inferido de una norma. Reconoce Tavares que este tema es todo un desafío para la dogmática actual. En cuanto al procedimiento que se debe utilizar para ubicar estas características es un procedimiento connotativo, no denotativo.⁴⁷ Esto significa que se debe analizar el significado de palabras y frases en términos relativos, de manera que interesa su ubicación en un contexto de garantía que busca la delimitación de poder en un Estado democrático. Por lo tanto, el bien jurídico preceder las características normativas, pero esto no implica que pueda prescindir de ellas.⁴⁸ De manera que el bien jurídico deriva del orden jurídico y por lo tanto puede ser sometido a un juicio de refutabilidad propio de un Estado democrático. De este modo, quedará evidenciada la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, pudiendo esta acción recibir respuesta, pues se afectó a la persona humana.

⁴⁷ Según el Diccionario de la Real Academia Española, “Connotar” significa “Conllevar, además de su significado propio o específico, otro de tipo expresivo” y “Denotar” es la palabra opuesta: “Significar objetivamente”. Diccionario de la Real Academia de Lengua, vigésimo segunda edición en www.rae.es

⁴⁸ Tavares (2010), p. 216.

Para finalizar el análisis del bien jurídico, Tavares termina resaltando que la exigencia de los que los bienes jurídicos puedan sufrir una lesión o peligro de lesión, de manera efectiva y nos simbólica, impide que se establezca una política criminal dirigida a proteger funciones.

Pero en sí mismo, el bien jurídico tiene una función dentro del injusto, y es de servir de elemento estructurador del este y de objeto de referencia de la incriminación cuando se determina la demostración de la lesión o peligro. Esta determinación se ve complementada con su ubicación como instrumento de legitimación del llamado derecho a punir, cumpliendo nuevamente un papel de limitante a este, para evitar el abuso en el ejercicio del poder estatal.

IV-a- ii) Aspectos relativos a la tipicidad: En cuanto a la conducta típica, valga destacar que siendo la norma penal una norma de conducta, esta se describe mediante un verbo que señala la acción u omisión típica, a la vez que evidencia el sentido dinámico de la conducta típica realizada por el sujeto. Este último aspecto obedece a los criterios de imputación que amparan el tipo (que permiten la división entre dolosos y culposos, y contemplan los delitos omisivos propios e impropios), por motivo de la causalidad en la producción. Además, debemos tomar en cuenta que existen principios de orientación para cumplir los propósitos garantistas, y entre estos vuelve a destacar Tavares el hecho de que la “...*imputación orientada por la gravedad de la lesión o del peligro de lesión al bien jurídico...*”⁴⁹, de manera que el error común a todas las teorías de tratar el tipo como instrumento de protección del bien jurídico se ve paliado al recaer sobre el tema de la lesión al bien jurídico el límite de actuación del Estado.

En cuanto al **objeto de la acción** señala Tavares que este puede estar representado por una persona, cosa o un ente abstracto. Sin embargo, reconoce que pueden existir tipos en que no exista un objeto de la acción, pero incluso en estos casos, debe existir una imputación objetiva, pues los principios garantizadores deben ser respetados. Además, explica como algunos tipos

⁴⁹ Tavares (2010), p. 221

contemplan no solo la acción y el objeto, sino también **circunstancias complementarias** necesarias para la configuración del tipo las cuales deben ser interpretadas de manera restrictiva,⁵⁰ y sin las cuales no se produce el encuadre típico o bien, goza de menor gravedad. Esto ocurre por ejemplo, en el caso del peculado con el concepto de funcionario público. Ahora bien, precisamente por el carácter limitante al que ya nos hemos referido, también se encuentra prohibido la interpretación analógica de estas circunstancias.

Usualmente el método que se utiliza por el legislador para delimitarlas las conductas prohibidas de las permitidas es el método descriptivo, pues se requiere que las normas sean claras y precisas, para que cumplan su función dentro del Estado democrático.

Uno de los aspectos que más crítica el autor en comentario, es el uso de “fórmulas sintéticas” dentro de los tipos penales, en las cuales se indica la acción pero no se detalla o describe plenamente, lo cual evidencia que el legislador no tenía claro la tipificación de la conducta. Su uso solo debería ocurrir, cuando para la generalidad de la comunidad su conocimiento sea totalmente claro, pero si el juzgador detecta que esto no ocurre, lo procedente es declarar la atipicidad por invalidez.

Señala también la existencia de **elementos descriptivos** (“...*aquellos que para su configuración, no dependen de la actuación o de la influencia de la voluntad del agente, o de juicios de valor...*”⁵¹, como por ejemplo: “matar”, “sustraer”), y de **elementos normativos** (“...*exigen para su comprensión, un juicio de valor con base en circunstancias o indicaciones situadas generalmente fuera de la norma penal...*”⁵²), los cuales pueden ser expresos (“ajena”) o tácitos (“aborto”). La importancia de estos elementos depende del impacto que puedan tener para determinar si estamos ante una tentativa o un delito consumado, el dolo y los errores de tipo y de prohibición. Además, evidencia la posibilidad de aplicar la teoría dialéctica del injusto, que fue propuesta anteriormente por Tavares.

⁵⁰ Tavares (2010), p. 222

⁵¹ Tavares (2010), p. 226

⁵² Tavares (2010), p. 226

Otro aspecto a destacar es la necesidad de que en los casos que se requiera un **efecto**, este debe ser incorporado al tipo, por lo cual existen tipos que contienen el resultado de la acción realizada, otros lo presuponen pero también algunos que no lo contemplan, bastando a los efectos de tipicidad, la mera realización de la conducta.⁵³

En cuanto al **resultado típico** encontramos que existen **delitos de resultado**, en los cuales es posible distinguir la acción y su efecto, en una perspectiva espacio-temporal, como puede ser el caso de los **delitos de mera actividad**, en la cual el resultado se agota en la misma acción, como ocurre por ejemplo en la amenaza. El interés de esta clasificación se encuentra en la posibilidad de determinar si se dio o no la consumación del delito, por el efecto que este aspecto pueda tener en la fijación de la pena. Por otra parte, cuando se trate de disminución de riesgos, se debe analizar el resultado de manera que es relevante el tema de la protección de la norma con vista al resultado generado.

En relación con los **delitos calificados por el resultado**, de los cuales encontramos dos tipos (delito cuya acción fue dolosamente realizada, con un resultado más grave se le achacaba al agente sin que existiera presupuesto de que este lo hubiera querido o bien los llamados delitos preterintencionales en los cuales la acción inicia dolosamente pero da lugar a un resultado culposo) que para Tavares se resuelven aplicando las reglas del injusto conforme al concurso formal, pues de lo contrario se violaría el sistema de fundamentación del injusto penal, basado en la lesión o peligro de lesión al bien jurídico.

IV-b) El proceso de imputación: Para Tavares, aun cuando la imputación fue tratada originalmente dentro del concepto de causalidad, lo cierto es que aun en los delitos que no son de resultado, sino de mera actividad, la imputación se encuentra contemplada en las condiciones en que van delineando las figuras típicas, pues es mediante ese proceso que se puede constatar su existencia.⁵⁴ Pero en definitiva, la imputación implica que *“... solo será posible atribuirle el*

⁵³ Tavares (2010), p. 228.

⁵⁴ Tavares (2010), p. 245

injusto a alguien cuando su realización pueda ser afirmada como obra suya y no de terceros.”⁵⁵

El proceso de imputación debe generarse sobre dos bases según la propuesta de Tavares: “...dentro de la perspectiva de las garantías es indispensable la demostración inequívoca de que el injusto tenga que ser objetivamente determinado de modo tal que no quede duda de que la conducta incriminada fuera realizada por el sujeto. La segunda consiste en que esa conducta deba ser individualizada, es decir, que sobre ella se proceda a una depuración empírica de sus elementos de modo de identificar con precisión la exacta contribución del sujeto en su ejecución.”⁵⁶ A partir de estas bases se identifica el tipo de delito, y posteriormente dos órdenes de imputación: la objetiva (que relaciona la acción prohibida, el objeto y el resultado) y la subjetiva (el dolo, su alcance y la diferencia con la culpa).

Es decir, que para lograr esta determinación además de la relación de causalidad meramente natural, se aplican criterios normativos, pues el Derecho no es una mera constatación del hecho, sino que contempla circunstancias propias del orden social en procura de la protección de la persona. Por ello se debe dividir el análisis de la imputación en dos: análisis de la relación de causalidad y análisis de los demás elementos de imputación.⁵⁷

En cuanto a la relación de causalidad Tavares parte de la normativa vigente en su país señalando que de ella se desprenden dos conclusiones:⁵⁸

-Sin causalidad no hay imputación.

-Si opera la causalidad en las omisiones, también se debe contemplar en los delitos de mera actividad y no solo en los de resultado.

En el campo del Derecho Penal la noción de causa es fundamental, para determinar la responsabilidad personal del sujeto, aunque sea necesario hacerlo

⁵⁵ Tavares (2010), p. 246

⁵⁶ Tavares (2010), p. 246

⁵⁷ Tavares (2010), p. 247

⁵⁸ Tavares (2010), p. 248

después de que el hecho ocurrió. Sobre la causalidad se dieron una gran cantidad de teorías, pero Tavares explica las tres que a su criterio todavía tienen vigencia:

- La **teoría de la conditio**, en la cual, se entiende como causa “...*toda condición del resultado*”. En esta teoría no se distingue entre causa y condición, independientemente de que “...*haya contribuido para producir el resultado...*”. De manera que esta teoría así formulada consideraba como causa, conductas que no tenían relación alguna con el hecho, motivo por el cual se generó un correctivo mediante la elaboración del concepto de “eliminación hipotética del resultado”, conforme al cual “*una condición será causa de un resultado si, una vez eliminada mentalmente dicha condición, se diera como efecto también la eliminación del resultado.*”⁵⁹ Resulta efectiva para aquellos casos en que la causalidad resulta evidente, pero cuando no es así se debe complementar con otros conceptos.

Así ocurre por ejemplo, en el supuesto de la doble causalidad alternativa que ocurre “...*cuando varias condiciones concurren para el resultado, pero de modo que cada una de ellas, separadamente, es suficiente para producirlo...*”⁶⁰, el cual se resuelve con el correctivo de la “fórmula de la eliminación global”, en la cual si operan simultáneamente para un resultado diversas condiciones, se eliminan alternativamente cada una de ellas y si aun así subsiste el resultado, cualquiera puede ser considerada como causa del resultado. Ahora bien, si se llega a determinar que efectivamente solo una de las causas provocó el resultado, pero no se puede determinar cuál, procede entonces que en aplicación del principio in dubio pro reo, se tenga el delito por tentado y no por consumado, pues no se sabe con certeza quién fue el sujeto que provocó el resultado. Para la aplicación del in dubio pro reo no cabría ningún reparo en el tanto corresponde al sistema de correlación entre tipicidad y antijuridicidad que había sido propuesto por Tavares, en el cual la imputación debe ser evaluada conforme a los principios que respetan los

⁵⁹ Tavares, (2010), p 251

⁶⁰ Tavares, (2010), p. 252

derechos fundamentales entre los cuales se encuentra la presunción de inocencia y por ende, el in dubio pro reo.

Pero cuando la causalidad viene asociada con otros factores diversos que tornan difícil su identificación, el criterio de eliminación global no resulta suficiente y por ello se ha generado un nuevo correctivo, el del principio de la alteración exterior conforme al cual se considera que hay causalidad si se produce, un cambio en el mundo exterior, por cualquier motivo, sea anticipando el hecho, agravándolo o modificando acontecimientos.

En este tipo de causalidad, señala el autor que la causalidad debe ir más allá del simple argumento interpretativo y contemplar otros aspectos como el conflicto social real porque este brinda elementos para determinar si el injusto ingresó en la zona del ilícito y a través de ella se hizo efectivo el resultado que provocó el daño o el peligro al bien jurídico. Además, en caso de que la causalidad no pueda determinarse en el plano natural o existan dudas sobre el proceso de producción del resultado, cualquier correctivo viola el principio in dubio pro reo de manera notoria. Además las agravantes o anticipaciones solo pueden imputarse si resultan evidentes⁶¹.

En cuanto a las concausas, Tavares señala que su tratamiento consiste en determinar si al momento del resultado las concausas estaban actuando, en cuyo caso, son causa de ese resultado; en cambio, si el resultado surge de otros factores pero inicialmente las concausas contribuyeron al proceso, se debe tener por interrumpida la causalidad anterior, siendo imputable el resultado a quien generó la nueva causalidad.⁶²

- **Teoría de la causalidad adecuada:** Busca limitar la causalidad natural con la ayuda de lineamientos jurídicos, dando lugar a una teoría de la imputación. En ella, se considera que “...*sólo la condición típicamente adecuada para producir un resultado...*”⁶³ es una causa. Para la determinación de la causa adecuada,

⁶¹ Tavares, (2010), p. 255

⁶² Tavares, (2010), p. 257

⁶³ Tavares, (2010), p. 261

se acude a una prognosis posterior objetiva, que implica un análisis de probabilidad del resultado realizado por un observador objetivo de manera posterior, tomando en cuenta para ello las condiciones anteriores vigentes al momento del hecho, conocidas por el agente u objetivamente previsibles.

Esta teoría aplica primeramente la supresión hipotética y si a partir de esta se infiere que no hay causalidad, esa conclusión debe ser respetada. Si se aplica la teoría de la condición debe entonces realizarse la prognosis posterior objetiva. Valga aclarar que esta teoría sirve como delimitante de la causalidad cuando el proceso que produjo el resultado sea anormal o atípico, pero no es en sí misma una teoría de la causalidad.

- **Teoría de la Relevancia jurídica:** Conforme a la cual una acción puede ser causa de un resultado desde la teoría de la conditio, y ser adecuada para generar ese resultado, pero lo que define la responsabilidad de su autor es que la conexión causal sea jurídicamente relevante. Por lo tanto, esta teoría está enfocada más que a la causalidad, a la imputación y según indica *“...tendría por base la relevancia jurídico-penal del proceso causal, que sólo reconocería las condiciones típicamente adecuadas para producir el resultado, desde el enfoque de la finalidad protectora de la norma y las particularidades concretas del tipo penal...”*⁶⁴. Tavares la ubica como el antecedente de la teoría de la imputación objetiva del resultado, pero la considera insuficiente pues trabaja con criterio puramente normativos, obviando los elementos propios del proceso causal.

Otro elemento a tomar en consideración, es el de la **cláusula ceteris paribus**, conforme a la cual se pretende evidenciar que en el tema de la causalidad no es posible utilizar fórmula alguna sino que se deben atender factores específicos de la cadena causal, de manera que toma en cuenta

⁶⁴ Tavares, (2010), p. 263

*“...tanto las circunstancias antecedentes que impulsan a la cadena causal, como a los factores que, concomitantemente o sobrevinientemente, actúan sobre ella...”*⁶⁵

Ahora bien, Tavares señala que conforme a esta cláusula, se considera que opera una *“...relación de causalidad, solamente cuando las condiciones actuantes en el momento del resultado se encontraran bajo iguales condiciones desencadenadas en el momento de la acción...”*⁶⁶ Por lo tanto la supresión hipotética de la causa y la consecuente eliminación del resultado no son suficientes, sino que se requieren factores exactamente iguales al momento de realizar la acción y al momento del resultado.

En cuanto a la teoría de la imputación objetiva, para Tavares no es una teoría para atribuir responsabilidad sino por el contrario, para limitar la prohibición o determinación típica sobre un sujeto definido. Se pretender crear mecanismo para evidenciar el riesgo penal, pero se define que no hay imputación si disminuyo el riesgo para el bien jurídico, si no lo aumentó, si el riesgo era permitido o si el riesgo no se materializa en el resultado típico, o bien, si el resultado como ha ocurrido, no se incluye en el ámbito del riesgo.⁶⁷

Señala Tavares, que en la medida que estos criterios operen como con una función central delimitadora, de conformidad con el principio de integridad racional del orden jurídico, resultan validos como criterios normativos.

Tampoco existe imputación si el resultado típico tiene su origen en una desviación del curso causal o bien cuando la participación en el proceso causal es tan pequeña que no puede ser valorada.⁶⁸

Otro caso a valorar es la autopuesta en peligro de manera consciente por la víctima en cuyo caso se excluye la imputación de un tercero si la víctima así como la actuación de los agentes obligados a soportar el peligro. Como se trata de una valoración de la libertad individual, la imputación se debe analizar en cada caso

⁶⁵ Tavares, (2010), p 268.

⁶⁶ Tavares, (2010), p. 270

⁶⁷ Tavares, (2010), p. 213

⁶⁸ Tavares, (2010), p, 276

concreto, y además se toman en cuenta las reglas de exculpación o de consentimiento⁶⁹.

Además también se contemplan los casos de la víctima que con su conducta ha asumido las consecuencias de un resultado dañoso, provocando al agente para que realice una conducta contraria a su deber. En este caso la imputación se excluye en cuanto a aquellos resultados propios del riesgo asumido por ella y no de otras fallas.

Tavares analiza una gran cantidad de ejemplos en relación con la teoría de la imputación, y señala que *“el proceso de imputación contiene cada vez mas indagaciones y es producto no de la ampliación del contenido del injusto, sino de su comprensión dentro de un sistema de libertad y de limitaciones...”*⁷⁰

IV-c) El disvalor del acto y del resultado: Corresponden estos conceptos a la evaluación negativa de la conducta prohibida y su resultado ⁷¹. Casi siempre se manifiesta uno a través del otro, pues se encuentran integrados. En el caso de delitos de actividad usualmente la infracción de la norma opera con el disvalor del acto, pues la conducta puso en peligro el bien jurídico, pero cuando se trata de delitos de resultado para la infracción de la norma se requiere además del disvalor del acto, el disvalor del resultado pues este conlleva la lesión al bien jurídico.⁷²

Pero Tavares señala que este tema debe ser tratado de una manera diferente a la forma como lo ha hecho usualmente la doctrina, pues considera que lo que se debe verificar son tres fundamentos referentes al carácter de la incriminación:

⁶⁹ Tavares, (2010), p 280-281

⁷⁰ Tavares, (2010), p. 288

⁷¹ Köhler citado por Santana Vega, Dulce (2010). La fundamentación del injusto a la luz de sus teorías. En: Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho. España, La Ley Grupo Wolters Kluger. indica sobre el desvalor del hecho *“...el delito es, comportamiento desvalorado, necesariamente un desvalor del hecho, el cual exige, además de otras condiciones subjetivas y materiales, una unidad de acción exteriorizada y un resultado derivado de aquella suficiente para menoscabar la libertad externa de otra persona o una comunidad.”*

⁷² Tavares, (2010), p 289.

- Carácter político de la incriminación de manera que debe delimitarse el poder de intervención de Estado que incrimina, lo cual depende de la necesidad que haya de esta intervención con vista a la lesividad del bien jurídico. La incriminación *“está condicionada por el sentido de necesidad de asegurar este ejercicio de libertad, primeramente con vista al propio Estado mediante la restricción de su poder y después, en relación a los sujetos individuales.”*⁷³ Por ello, los bienes jurídicos funcionan como puntos de referencia que delimitan el campo de intervención.
- En cuanto al modo de la incriminación operan las garantías propias de la construcción de los tipos, es decir la descripción de la conducta incriminada y la confrontación con los derechos fundamentales, en el ejercicio dialéctico ya mencionado entre tipo y antijuridicidad.
- En relación con la extensión de la incriminación opera el tema de la imputación objetiva y el disvalor del acto y del resultado, aspectos estos que para Tavares se encuentran indisolublemente unidos, por lo que considera correcta la posición de Jakobs de estructurar la teoría del delito como una teoría de la imputación que desarrolla también las formas del injusto.⁷⁴

Tavares rechaza las tesis en que se da el énfasis a la decisión de actuar del sujeto sin importar la imputación, pues considera que en ese caso la norma pasa a ser una norma moral de determinación. Por otra parte, tampoco está de acuerdo con una perspectiva única de imputación basada en la causalidad pues considera que esto implicaría una mera constatación lo cual obviaría la evaluación conforme los derechos fundamentales. El autor propone que para lograr la construcción de la teoría del injusto con visión garantista, se permita que el dolo se mueva entre el injusto y la culpabilidad, con lo cual esta se humaniza, pues se subordina a los mismos límites de la teoría del injusto.

⁷³ Tavares, (2010), p 293

⁷⁴ Tavares, (2010), p. 294

V) La antijuridicidad: Como es sabido, para que una conducta se califique de ilícita debe no solo ajustarse a la descripción típica y a los presupuestos de imputación, sino también a las normas que otorgan permisos. Lo anterior conforme al respeto a las garantías individuales y las decisiones democráticas ya que el *“orden jurídico no contiene una relación de regla y excepción, porque simplemente ambas se encuentran subordinadas a preceptos fundamentales de protección de los derechos del sujeto, incluidos en la Constitución y en los tratados y pactos internacionales”*⁷⁵.

Recordemos que en la relación entre individuo y Estado, lo usual es el principio de libertad de actuación, por lo que Tavares sugiere analizar la antijuridicidad en dos planos⁷⁶:

- Norma general de permiso representada por *“... todos los preceptos que aseguran los derechos individuales a partir de la estructura del Estado democrático sobre la base de la protección de la persona humana.”*⁷⁷
- Definición concreta de si la conducta típica e imputable, cuenta con algún permiso para su realización, sea mediante una norma expresa o bien por el sistema jurídico. Esta definición implica tres aspectos, definir los métodos de identificación, estudiar sus elementos constitutivos y los principios generales que abarcan las normas y sus efectos.

V-i) Métodos de identificación: En cuanto a los métodos de identificación, se sugiere que al contrario de como se hace actualmente,⁷⁸ se debe partir de que la conducta se encuentra autorizada, y solo dejaría de estarlo cuando se demuestre que no se encuentra dentro de los parámetros de la autorización. Este aspecto se

⁷⁵ Tavares, (2010), p. 299

⁷⁶ Tavares, (2010), p. 300

⁷⁷ Tavares, (2010), p. 299

⁷⁸ Quintero Olivares, Gonzalo (1997), La Tipicidad., p. 357 En: La Autoría. La Tipicidad. Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana indica que *“... el enjuiciamiento sobre la verificación del tipo del injusto constituye el aspecto positivo del juicio de antijuridicidad, mientras que la valoración sobre la eventual concurrencia de causas de justificación debe ser considerada como el aspecto negativo del referido juicio de antijuridicidad. Es por ello que no puede hablarse de una duplicidad de juicios independientes, pues se hallan escalonados e interrelacionados en secuencias valorativas pertenecientes a «un mismo juicio», el de antijuridicidad”*.

complementa a su vez con la presunción de inocencia, la cual es un principio que alcanza a todas las ramas del derecho⁷⁹.

A partir de estas ideas, señala el autor que entonces las causas de justificación, al igual que los elementos del tipo forman parte del proceso de imputación. Por este motivo, el análisis de la antijuridicidad es objetivo.

V-ii) Elementos constitutivos: Los mismos tienen características puramente objetivos, de manera que no interesa si el agente realmente quiso llevar a cabo la acción conforme al permiso concedido. Sin embargo, actualmente la teoría dominante exige que se cumplan tanto los elementos objetivos y subjetivos para que opere una justificación completa. Para Tavares, se debe excluir del disvalor del acto, la evaluación de la conducta partiendo de la decisión del agente dentro de la imputación pues de esta manera no se requieren los elementos subjetivos de la justificación. Estos se evaluarán en la medida que sea necesario verificar si procede o no la intervención estatal. En caso de que se requiera el análisis, la delimitación obligará a dos pasos:

- Los elementos de la causa de justificación deben corresponder con la forma y modo de limitación de la imputación de los elementos del tipo. Pero resulta contrario a las garantías individuales pretender que se incluya un elemento subjetivo de justificación que no puede ser empíricamente demostrado. Por otra parte los elementos subjetivos de justificación se dirigen a aquellos aspectos que pueden ser aprehendidos subjetivamente como elementos del dolo. Por ejemplo: en la legítima defensa interesa los elementos referentes a la agresión, pero no los relativos a la reacción justificada. En estado de necesidad, importa lo relativo al peligro pero no a ponderación de bienes.
- El pretender investigar si el sujeto ajustó totalmente su conducta a las causas de justificación es considerado por Tavares como contrario a la concepción democrática de injusto, porque resulta imposible una correspondencia

⁷⁹ Tavares, (2010), pp. 300-301

absoluta entre elementos del tipo y elementos de las causas de justificación. Además eso obligaría a un dolo de practicar la acción justificada exigencia esta que resulta contraria al principio de legalidad porque se estaría creando por analogía un tipo sobre las condiciones de permisibilidad. En relación con los cuestionamientos relativos a las condiciones subjetivas en las causas de justificación Tavares considera que la mejor solución es justificar la conducta cuando el sujeto ha considerado posible que ocurra la situación justificante, pues de esta manera se supera el tema imposible de la congruencia entre tipo y justificación y además, de esta manera los elementos subjetivos del tipo, se analizan dentro del proceso de imputación⁸⁰.

V-iii) Los principios informadores: Aun cuando señala los principios que siguen autores Roxin y Jakobs, a criterio de Tavares una teoría relativa a las causas de justificación tendría como principios rectores el respeto a la autonomía de las decisiones y la ponderación de bienes. A estos les agrega los principios “...generales de un orden democrático asentados por Habermas, de alcanzar la seguridad jurídica dentro de un juicio de compatibilidad con una decisión correcta”, señalando que para la libertad el aporte de la seguridad jurídica es fundamental pues le muestra los límites dentro de los cuales puede actuar. Ya definidos estos, se puede proceder a aplicar los criterios procedimentales que permitan alcanzar la decisión correcta.⁸¹

Tavares rechaza principios que procuren “sistematizar la materia únicamente bajo un paradigma formal y universal, como también bajo el prisma de una autorregulación sistemática...”. Por el contrario señala la necesidad de construir un sistema de causas de justificación que contemple el tema de la exclusión y sea flexible en razón de esta. Para ello analiza como en los países que son objeto de exclusión, las personas se encuentran al margen de lo social de manera que no pueden distinguir entre justificación y disculpa ya que la diferencia entre lícito y lo ilícito resulta confusa. Por ello, para un sujeto en esta

⁸⁰ Tavares, (2010), pp. 305-307

⁸¹ Tavares, (2010), p 315.

circunstancia, la decisión correcta en materia de causas de justificación será aquella que incorpore elementos de culpabilidad para excluirlo de la imputación.⁸²

V-iv) Algunos efectos de esta concepción de injusto: A partir de las propuestas hechas en esta obra Tavares plantea otra serie de cambios que como el mismo señala siguiendo a Roxin, excede los aspectos puramente penales, y se extiende a todas las ramas del derecho. Destaca en relación con la materia penal el tema de la clasificación entre delitos dolosos y culposos, pues considera que apartándose de los causalistas y los finalistas se debe partir más bien de las *“...limitaciones proyectadas por la norma penal bajo la forma de imputación de esa conducta al sujeto...”*⁸³

Al respecto Tavares se pregunta si la norma delimitativa está sujeta a la estructura de la conducta llegando a la conclusión de que no es así, pues *“el concepto de conducta y la modalidad del delito no se sostiene frente a un Derecho Penal de garantías”*⁸⁴ y lejos de ayudar al ciudadano, a su criterio, lo confunde. Para el autor, si se comprende que la norma penal no pretende proteger valores ético-sociales, no tiene porqué ser comprendida dentro del presupuesto. De esta manera solo interesará la lesión al bien jurídico y como se procesa. Además, la función limitadora de la norma se puede fijar independientemente de la estructura de la conducta, y por ello se puede resolver el caso con apego a los principios de seguridad jurídica y corrección propuestos por Habermas, y con respeto a la dignidad de la persona.

Un segundo aspecto que resalta Tavares, es la necesidad de corregir el proceso de imputación pues según señala, el dolo como voluntad de realizar el comportamiento típico opera en el proceso de imputación a partir del riesgo que la conducta representa para el bien jurídico, mientras que la culpa, se manifiesta bajo el presupuesto de un exceso de riesgo. Si se logra corregir el proceso de

⁸² En este sentido vale recordar el aporte de Zaffaroni en cuanto al concepto de culpabilidad por vulnerabilidad. Zaffaroni y otros, (2001) p. 620. En igual sentido la posición de Binder que mencionamos anteriormente en nota 14 de este artículo.

⁸³ Tavares, (2010), p 320

⁸⁴ Tavares, (2010), p 321

imputación y excluir del dolo los aspectos ontológicos o psicológicos, y dejarlo como un proceso de imputación, a su criterio se podrán reducir los poderes del Estado, partiendo de que el dolo hace referencia al “grado de intensidad de tal conducta, dirigida volitivamente, para la lesión del bien jurídico”.⁸⁵

CONCLUSION

La perspectiva del profesor brasileño Juarez Tavares resulta novedosa, pues a partir de la concepción tradicional del delito y en particular del injusto, plantea una serie de propuestas que buscan limitar la ingerencia en la vida y libertad de cada individuo, por parte del poder estatal.

Acude para ello tanto al principio de Legalidad, como a una visión de la norma, en la cual esa opera, no como mecanismo de protección de valores ético morales, que busca prescribir conductas, sino como un mecanismo para procesar (imputar) la lesión al bien jurídico, pero no por este en sí mismo, sino en el tanto el bien jurídico funciona como límite al estado, por lo que si no se dio una lesión efectiva o un peligro al bien jurídico, no procede la intervención del Estado mediante el Derecho Penal en la situación.

Destacable en su desarrollo, es la constante preocupación por la libertad individual y las garantías del individuo de manera que incluso valora cambios tanto en la estructura del delito, como incluso en sus mecanismos de análisis a fin de que resulten efectivamente resguardadas las garantías del sujeto. Independientemente de que se comportan sus propuestas, vale la pena conocerlas por novedosas y fundamentadas, y por la preocupación hacia el respeto de la persona que revelan.

BIBLIOGRAFIA

⁸⁵ Tavares, (2010), p 323

- Antillón Montealegre, Walter (2012). El discurso de la seguridad Ciudadana en las recientes reformas procesales. En: Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica. Compilado por Chinchilla Calderón, Rosaura. 1ª. Edición. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Barreto Ardila, Hernando (2002). Lección 3: Concepción del Estado y su influencia en la teoría del delito. En: Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Binder, Alberto (2004) Introducción al Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-hoc.
- Chinchilla Calderón Rosaura y García Aguilar Rosaura (2003). Disfuncionalidades en la aplicación de la Prisión Preventiva. San José, Investigaciones Jurídicas
- Chirino Sánchez, Alfredo. Perspectivas para una teoría del Bien Jurídico en el momento Actual. En: Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Libro Homenaje a Walter Antillón Montealegre, San José, Editorial Jurídica Continental.
- Llobet Rodríguez, Javier (1997). La Prisión Preventiva. San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico.
- Hernández Valle, Rubén. (2002) El régimen jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica. San José, Editorial Juricentro.
- Quintero Olivares, Gonzalo (1997), La Tipicidad., p. 357 En: La Autoría. La Tipicidad. Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana.
- Salazar Marín, Mario (2003). Injusto Penal y Error. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltada.
- Santana Vega, Dulce (2010). La fundamentación del injusto a la luz de sus teorías. En: Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho. España, La Ley Grupo Wolters Kluger
- Sampedro Arrubla, Camilo (2002). Lección 19: La Antijuridicidad. En: Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Universidad Externado de Colombia

Tavares, Juárez (2010). Teoría del Injusto Penal, Buenos Aires, Euros Editores S.R.L.

Tiffer, Carlos. Principio de Proporcionalidad y Sanción Penal Juvenil. (2002) En: Derecho Penal Juvenil, San José, Imprenta y Litografía Mundo Grafico, pp. 255-265

Zaffaroni, Raul, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro (2001). Derecho Penal (Parte General). Buenos Aires, Ediar S.A Sociedad Editora