

CAPÍTULO TERCERO

Proyección de la dogmática jurídica en la sistemática de la teoría del delito (bases generales)

I. PLANTEAMIENTO

En el capítulo anterior se precisó la proyección de la dogmática jurídica penal en el ámbito de la teoría del delito y la manera en que se vinculan con ella la política criminal y la criminología. Con esa referencia estamos en posibilidades de elaborar un bosquejo sobre el sustento metodológico de las sistemáticas más representativas de la teoría del delito. Nos interesa resaltar las bases o premisas bajo las cuales se han estructurado los elementos del delito. Este sustento resulta fundamental al momento de determinar el contenido de cada elemento y las diferentes alternativas que se pueden ofrecer para la solución de los casos.

Consideramos fundamental la construcción referida, dada la trascendencia de la teoría del delito en nuestra cultura jurídica penal y por ende la necesidad de profundizar al respecto. El intérprete en general y el juzgador en lo particular, al acudir a la sistemática del delito deben hacerlo con la mejor intención de solucionar los casos que se le presentan, pero también deben evitar caer en la tentación de ofrecer soluciones desapegadas o descon-

textualizadas del contenido teórico que subyace en cada toma de postura sistemática.

Nuestro marco de referencia será a partir del inicio de la moderna dogmática jurídica penal representada por el causalismo, hasta llegar a las orientaciones contemporáneas. Es importante reiterarlo, nuestro análisis se enfoca a las bases de la sistemática del delito en general, no al contenido de cada elemento; ese estudio más bien correspondería hacerse en un manual sobre teoría del delito, lo cual obviamente no es el caso.

II. INFLUENCIA DEL NATURALISMO (EL CAUSALISMO CLÁSICO)

II.1. Marco ideológico

El inicio de la moderna dogmática jurídica penal tiene su influencia, sobre todo, en las aportaciones del autor alemán Franz von Liszt. Fue él quien sistematizó por primera ocasión los elementos del delito a partir del análisis de una legislación específica: del Código Penal Alemán. Antes de entrar al estudio de su propuesta sistemática, resulta conveniente referirnos al marco ideológico en el que se sustentó.

Hay una obra básica de Liszt en la evolución del pensamiento jurídico-penal moderno: *La idea del fin en el Derecho penal*, conocido como el *Programa de la Universidad de Marburgo*.¹ En ese documento, Liszt le otorga un rango eminentemente garantista al código penal. Lo considera *la carta magna del delincuente*, porque su misión es proteger no a la colectividad, sino al individuo que se rebela contra ella, pues es el autor del delito al que se le afecta el bien jurídico con la imposición de la pena. El código penal garantiza que sólo podrá ser sancionado si se dan los presupuestos legales y únicamente dentro de ciertos límites. Ante la insistencia, en ese tiempo,

¹ Se trata del trabajo académico mediante el cual Liszt, en 1882, logró su ingreso como catedrático al Claustro de Hamburgo.

de priorizar medidas político criminales para combatir el fenómeno delictivo, Liszt imponía una aduana impasable: "El Derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal".²

Advierte que el problema central del Derecho penal es el de los fines de la pena, y ésta no es una creación de la inteligencia humana, sino del instinto animal.³ Así, ante el mal necesario que representa, es fundamental otorgarle el contenido de mayor utilidad. Bajo esa posición cuestiona las tesis absolutas o retribucionistas de la pena. Su crítica se basa, sobre todo, porque no toman en consideración los presupuestos bajo los cuales el Estado puede aplicar una pena. En contrapartida, destaca las bondades de las tesis relativas de la pena en la medida que persiguen un fin útil para la sociedad: la prevención. En este sentido, propone vincular el sustento de la culpabilidad con la finalidad preventiva de la pena para que ésta pueda resultar al propio tiempo justa y útil, despejada de todo contenido moral.⁴

II.2. Contribución sistemática

Franz von Liszt, en su *Tratado de Derecho penal*, publicado en 1881, elaboró su estudio a partir del contenido del Código Penal Alemán, cuya vigencia inició en 1871. Con ello reflejaba la influencia del positivismo imperante de su tiempo.

Del texto del Código Penal Alemán sustrajo un concepto de delito: El acto punible al cual el orden jurídico asocia la pena como legítima consecuen-

² Vid. LISZT, Franz von: *La idea del fin del Derecho penal (Programa de la Universidad de Marburgo, 1882)*, introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, trad.: Carlos Pérez de Valla, Granada, 1995, p. 36.

³ Vid. *Ibid.*, p. 50.

⁴ Vid. LISZT, Franz von, *La idea del fin...op. cit.*, p. 83. Establece que la pena no se dirige contra el delito sino contra el delincuente. En esa medida, propone una clasificación en la aplicación de la pena: Corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección; intimidación del delincuente que no requiere corrección, e inocuización del delincuente que carece de capacidad de corrección.

cia.⁵ De ese concepto hizo una clasificación del delito en varios elementos. Primeramente, en un plano objetivo, antepuso como piedra angular la presencia de un acto humano (acción), dado que nunca llegarán a constituir un delito los acontecimientos fortuitos, independientes de la voluntad humana. En ese mismo plano objetivo, el delito es además un acto contrario a derecho (antijuridicidad). Es decir, un acto que contraviniendo formalmente un mandato o prohibición del orden jurídico, implica, además, la lesión o peligro de un bien jurídico.

En un plano subjetivo, ubicó al delito como un acto culpable (culpabilidad), en la medida que es doloso o culposo.⁶ Liszt otorgaba estos caracteres esenciales a todo delito, entendido éste como un acto consumado por un solo sujeto, aunque también precisaba la posibilidad de otras formas de aparición del hecho delictivo. Esas formas especiales son la tentativa, la concurrencia de varios sujetos con diferente contribución (autoría y participación) y unidad y pluralidad de delitos (concurso).⁷

A continuación, haremos una breve referencia del contenido que le daba a cada uno de esos elementos.

a) *Acción*

Liszt puso a la acción en el primer lugar de su análisis del delito. Todos los demás elementos se encuentran condicionados por el comportamiento humano. Este requisito, a su vez, lo condicionó a un contenido neutral influenciado por el naturalismo imperante en su tiempo. Pretendió otorgarle a la acción un contenido neutral, al margen de toda valoración normativa o de otro tenor que estimaba innecesarias.⁸ Establecía que sólo de esa ma-

⁵ Vid. LISZT, Franz von: *Tratado de derecho penal*, t. I y III Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, traducción de la 18va. edición alemana y adicionado con la historia del Derecho penal en España por Quintiliano Saldaña, Reus, Madrid, 1926, p. 252.

⁶ Vid. *Idem*.

⁷ Vid. *Ibid.*, p. 254.

⁸ Vid. MEZGER, Edmund: *Derecho penal, parte general*, trad. (de la 6.ª edición alemana): Conrado A. Finzi, Editorial bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 79.

nera podría servir de base para todas las demás categorías del delito, porque si desde este nivel se establecieran valoraciones normativas, se recargaría demasiado el concepto y se propiciaría un desorden en el análisis sistemático del delito.

Bajo esta perspectiva, lo preponderante en la acción era su contenido naturalístico: el movimiento corporal voluntario que produce un cambio en el mundo exterior. El contenido de la voluntad era mínimo, sólo como factor desencadenante del proceso causal, sin que represente interés alguno la finalidad manifestada en esa voluntad. En todo caso, ese contenido tendría incidencia en la culpabilidad.

La propuesta de Liszt se completó con la aportación de Gustav Radbruch en 1904.⁹ Este autor, asumiendo las mismas directrices metodológicas naturalistas, le otorgó una doble orientación al comportamiento humano, desde la perspectiva de la teoría del delito: como una manifestación activa (la acción en estricto sentido) y la omisión. Destacó esta segunda manifestación al puntualizar la presencia de supuestos en los que el no realizar un determinado comportamiento también produce efectos causales con injerencia para el Derecho penal.¹⁰

b) Tipicidad

En 1906, Ernest Beling le otorgó un contenido sistemático al principio garantista *Nullum crimen sine lege*, con la creación del tipo penal y con ello se le agregaba un nuevo elemento a la propuesta sistemática de Liszt. Este elemento lo justificó atendiendo a la esencia de cada figura delictiva; es

⁹ Este planteamiento lo sustentó en su trabajo de habilitación para acceder a la plaza de profesor en Heidelberg presentado en 1903, intitulado: *El concepto de acción y su significado para el sistema de Derecho penal. Así como una teoría de la sistemática científica jurídica*. En 1903 volvió a retomar el tema en la obra: *Hacia la sistemática de la teoría del delito*. Al respecto, vid. MARTÍNEZ BRETONES, Virginia: *Gustav Radbruch, vida y obra*, UNAM, 1989, pp. 34 y 35.

¹⁰ Para mayores referencias sobre el tema, vid. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: "Algunas consideraciones sobre la omisión", en (VV. AA.): *Libro Homenaje al maestro Antonio Torres Gómez*, Universidad de Guanajuato, 2003, (publicación pendiente).

decir, a la descripción de los comportamientos delictivos elaborados por el legislador en la parte especial de los códigos penales. En ellos se encuentran una pluralidad de elementos, explícitos unos e implícitos otros, los cuales se pueden derivar de la interpretación.¹¹

A esos elementos que se contienen en las figuras delictivas, Beling les otorgaba un rango común: se encontraban en la faz externa de la acción. Siguiendo el esquema de Liszt, todo contenido interno se ubicaba en la culpabilidad. De esta manera, los actos que en principio tenían relevancia para el Derecho penal, no eran los que estaban sancionados con una pena, sino los que eran típicos.

La aportación de Beling fue de gran trascendencia para el desarrollo de la dogmática jurídica penal. Implicó otorgarle a una inspiración de la legalidad un enfoque técnico; limitó el *ius puniendi* estatal en el marco de la cientificidad del Derecho penal.

c) Antijuridicidad

Siguiendo el mismo plano objetivo, la antijuridicidad se conceptuó como un presupuesto imprescindible de todo hecho punible. Se proyectó como el juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.

Como el Derecho determina ciertas situaciones de convivencia humana que se encuentran en concordancia con el orden jurídico y otras que no lo están, se desprenden ciertos mandatos relacionados con lo que el individuo debe hacer y también prohibiciones acerca de lo que no debe hacer.¹² De este esquema se derivan, a su vez, dos perspectivas de la antijuridicidad: La formal, cuando un acto transgredió una norma que contiene el mandato o prohibición y la material, cuando ese acto resulta contrario a la ordenación social en general.

¹¹ Vid. BELING, Ernest: *Esquema de Derecho penal (la doctrina del delito-tipo)*, trad.: Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 42.

¹² Vid. MEZGER, Edmund: *Derecho penal...*, op. cit., pp. 131-134.

d) *Culpabilidad*

Como ya habíamos referido, para Liszt la culpabilidad representaba el nexo psicológico entre el autor y su hecho. Es aquí donde tenía preponderancia el aspecto subjetivo del acto, el contenido de la voluntad manifestado en dos formas o especies: dolo o culpa. Para que fuera factible determinar tal nexo era indispensable un presupuesto: La imputabilidad, concebida como la facultad normal en la psique del autor para poder asumir una valoración social de su comportamiento.¹³

III. INFLUENCIA DEL NEOKANTISMO (CAUSALISMO NEOCLÁSICO)

III.1. Marco ideológico

El *núcleo duro* del positivismo reflejado en el naturalismo y específicamente en la sistemática de Liszt, se vio matizado por la influencia de la filosofía de los valores del neokantismo sudoccidental alemán y así se marcó una nueva etapa en el pensamiento jurídico-penal. Bajo esta línea de pensamiento, se criticó la inflexibilidad del positivismo y se propuso la construcción de un nuevo camino para la teoría del conocimiento. Tomó auge la fenomenología de la conciencia de Husserl, en el sentido de ubicar el conocimiento en el mundo ideal de las esencias y no en el mundo de las ideas platónicas.¹⁴

También influyeron las aportaciones de Max Scheler, al considerar la existencia de principios universales que no pueden aprehenderse por medio de la inteligencia, pero tienen una función decisiva para la conducta humana, puesto que son sus bases universales y necesarias. Estos principios son los valores que rigen, algunos de manera universal y otros de manera concreta.

¹³ Vid. LISZT, Franz von: *Tratado de derecho penal, op., cit.*, pp. 384 y 385.

¹⁴ Vid. XIRAU, Ramón: *Introducción a la historia de la filosofía*, UNAM, undécima edición, 1990.

Bajo este enfoque hay que distinguir entre individuo y persona; entre actos vitales o del cuerpo, entre actos psíquicos o del yo y actos espirituales.¹⁵

Al vincularse esta ideología en el ámbito de la dogmática jurídica penal imperante de la época, aun y cuando se siguió asumiendo como punto de referencia fundamental a la ley penal para el análisis sistemático del delito, se abrieron espacios a las consideraciones axiológicas. Las aportaciones de autores como Radbruch,¹⁶ Mayer, Sauer, Lask, Binder, entre otros, fueron fundamentales para el desarrollo de esta construcción sistemática.¹⁷ En esencia, implicaba incorporar al naturalismo elementos de valoración. El comportamiento humano se siguió asumiendo como piedra angular de la sistemática del delito pero con matices axiológicas. Haremos una breve referencia de las repercusiones que tuvo esta influencia ideológica en el contenido de los elementos del delito, sin detenernos en la acción la cual mantuvo la misma configuración elaborada por Liszt y complementada por Radbruch.

III.2. Contribución sistemática

a) Tipicidad

El tipo penal tuvo una transformación importante. Al aspecto eminentemente descriptivo de la conducta elaborada en la ley penal, se le fueron incorporando otros elementos de contenido subjetivo y valorativo. De las aportaciones de autores como Fischer (1911), Hegler (1914), Mayer (1915), Weber, Graf zu dhona, Edmund Mezger (en los años veinte), se derivaron sustancialmente tres aspectos representativos de esta sistemática.

¹⁵ Vid. *Ibid.*, pp. 377 y 378.

¹⁶ Aunque las primeras aportaciones de Radbruch fueron bajo la sistemática de Liszt en la construcción del concepto de la omisión, posteriormente, fue orientando su postura hacia el Neokantismo.

¹⁷ Vid. WELZEL, Hans: *Introducción a la filosofía del derecho (derecho natural y justicia material)*, trad.: Felipe González Vicen, Biblioteca Jurídica Aguilar, segunda edición, Madrid, 1979, pp. 196 y ss.

Primeramente, la presencia, en algunos tipos penales, de ciertos ánimos, deseos o intenciones que el legislador incorpora de manera expresa o tácita y que son fundamentales para determinar su configuración. Un ejemplo palpable de ello es el tipo de robo, donde su existencia no sólo depende del apoderamiento de una cosa mueble, sino de un cierto ánimo: *el ánimo de apropiación*. Incluso, se llegó a determinar que en algunos tipos penales lo decisivo no es el acontecer externo, sino la orientación que el autor le otorgue a su comportamiento. En este sentido, Graf zu Dhona llegó a plantear que el legislador tenía dos opciones: Referirse solamente al acontecer externo y prohibir conductas eminentemente causales. O bien, basarse en la voluntad del autor en torno a la dirección que le otorgue a la producción del resultado. Así llegó a concluir que en la parte especial de los códigos penales pueden existir tipos causales o tipos finales.¹⁸

Por otro lado, se le atribuyeron a ciertos tipos un contenido no palpable desde el plano objetivo ni tampoco perceptible en el ámbito interno del autor, sino apreciables únicamente a partir de un análisis valorativo por parte del intérprete. Y es que se detectaron figuras en las que en alguno de los elementos, el legislador le otorga un rango axiológico determinante para su desvaloración. Por ejemplo, la calidad de funcionario público en el sujeto activo; la honestidad en el pasivo, o la categoría de cosa mueble. En esos casos, la configuración del tipo respectivo amerita una determinación desde un plano valorativo bajo el sustento de parámetros jurídicos, sociales o culturales.¹⁹

Otra repercusión de esta influencia ideológica se centró en la relación entre el tipo y la antijuridicidad. Se flexibilizó su separación que imperaba bajo la sistemática del naturalismo. Ahora se aproximaban en una valoración más integral. De esta manera, el tipo pasaba a ser *la ratio esendi* de la antijuridicidad.

¹⁸ Vid. MEZGER, Edmund: *Derecho penal...*, op. cit., pp. 157 y ss.

¹⁹ Vid. *Ibid.*, pp. 147 y 148.

b) Antijuridicidad

A este elemento también se le atribuyó un contenido distinto al planteado por Liszt. Su construcción no se limitó a la existencia de un componente meramente objetivo, también se le atribuyó un significado subjetivo. Sobre todo, al momento de determinar la presencia de una causa de justificación. Por ejemplo, en la legítima defensa no basta la repulsa proporcional a una agresión injusta, sino que dicha respuesta debe emitirse *en defensa* de la salvaguarda de un bien jurídico propio o ajeno.²⁰

c) Culpabilidad

El contenido de la culpabilidad construida por Liszt comenzó a replantearse, sobre todo, a partir de la obra de Reinhard Frank (1907) denominada *Estructura del concepto de culpabilidad*. Frank destacó la insuficiencia del concepto construido por el causalismo naturalista. Apreció limitada la sola determinación del nexo psicológico entre el autor y su hecho para determinar el grado de intensidad que le debía corresponder a la acción previamente calificada como típica y antijurídica. En contrapartida, planteó la necesidad de incorporar al nexo psicológico un contenido valorativo.²¹

Para aclarar esta insuficiencia puso el siguiente ejemplo: Un cajero de una empresa y un repartidor de valores; cada uno por su cuenta comete fraude. El primero de ellos posee una buena situación económica, no tiene familia pero tiene “amantes dispendiosas.” El segundo apenas se gana la vida; tiene una mujer enferma y un buen número de hijos pequeños. Pues bien, al apoderarse ambos ilícitamente de dinero ajeno, no existe diferencia alguna entre ambos casos en el nivel de determinación del dolo. Es decir, en

²⁰ Vid. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: “La teoría del delito en el Código Penal para el Estado de Guanajuato. Un análisis dogmático”. Tesis de grado de Maestro en Ciencias Jurídico-Penales, Facultad de Derecho, de la Universidad de Guanajuato, México, 1998., p. 34.

²¹ Vid. FRANK, Reinhard: *Estructura del concepto de culpabilidad*, versión castellana de Sebastián Soler, publicaciones del Seminario de Derecho penal, Universidad de Chile, 1966, p. 10.

los dos supuestos se configura el nexo psicológico entre el autor y su hecho a título doloso. No obstante, desde una perspectiva valorativa, cualquiera diría que a ambos no les puede corresponder la misma culpabilidad. La del repartidor de valores es menor por las características desfavorables en que se encuentra. Al primero, por el contrario, su culpabilidad se agrava debido a su buena situación económica e inclinaciones lujosas.²²

De esta manera, Frank aprecia que acudiendo al lenguaje cotidiano para medir la culpabilidad se derivan factores que están fuera del dolo. Y algo similar sucede con el delito culposo: la falta de prudencia, de prevención u observancia de un determinado deber de cuidado, debe valorarse de manera más severa o benigna según las circunstancias concomitantes. Para sustentar esta postura también ejemplifica: el guardavías que después de un largo descanso, al comenzar su trabajo hace mal el desvío, parece más culpable que el sujeto que incurre en el mismo descuido, después de once horas de servicio.²³

Por otra parte, Frank encontró inconvenientes a la ubicación de la imputabilidad, en la sistemática de Liszt, como un presupuesto de la culpabilidad. Planteó que no puede ser un presupuesto del dolo, porque también el enfermo mental puede querer la acción y representarse los caracteres que la hacen delictuosa y hasta llegar a saber que su comportamiento es delictuoso. Ahora, aunque exista una relación entre imputabilidad y pena, no es distinta de la que se da entre culpabilidad y pena, dado que sólo el culpable es merecedor de pena. En consecuencia, la imputabilidad debe pertenecer a la culpabilidad.²⁴

Además, bajo la perspectiva de Liszt, la vinculación de la culpabilidad con respecto del dolo y de la culpa implicaba una relación de género a especie, pero para Frank la relación debe ser distinta. Como dolo y culpa no son los

²² *Vid. Ibid.*, p. 13.

²³ *Vid. Ibid.*, p. 14.

²⁴ *Vid. Ibid.*, pp. 21 y 22.

únicos componentes de la culpabilidad, ya no son sus formas de manifestación, sino elementos de ella.

De este planteamiento emanó una conformación de la culpabilidad más elaborada que la eminentemente psicológica de Liszt. Pasó a integrarse, primeramente, con la imputabilidad, consistente en una aptitud espiritual normal del autor. Además con la relación psíquica del autor y su hecho expresada en el dolo y la culpa. Finalmente, se integra con la determinación de normalidad de las circunstancias con las que el sujeto obra. De todo ello Frank puntualizó la necesidad buscar una expresión breve que comprenda todos esos elementos y así estableció que culpabilidad es *reprochabilidad*. Aclaró: “la expresión no es bella, pero no conozco otra mejor”.²⁵

En la propia línea de pensamiento neokantiana, la propuesta de Frank tuvo un seguimiento importante con otros autores. Sobre todo con Goldschmidt (1913), al sostener que al lado de cada norma jurídica que exija una conducta exterior, debe suponerse la existencia tácita de una *norma del deber*, con base en la cual el autor debe dirigir su conducta interna y la culpabilidad consiste precisamente en la violación de esa norma.²⁶ Por su parte, Freudenthal plantea que la determinación de la normalidad de las circunstancias con las que el sujeto obra –propuesta por Frank– y la violación a la norma del deber –propuesta por Goldschmidt– se traducen en la *exigibilidad de otra conducta*, como elemento integrante de la culpabilidad al lado del dolo y la culpa. Esta configuración, posteriormente, fue resumida, sistematizada y difundida sobre todo por Edmund Mezger. Este autor llegó a conceptualizar la culpabilidad como el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido.²⁷

²⁵ Vid. *Ibid.*, p. 29.

²⁶ Vid. BUSCH, Richard: *Modernas transformaciones de la teoría del delito*, Temis, Bogotá, 1964, p. 6.

²⁷ Vid. MEZGER, Edmund: *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 189 y ss.

IV. INFLUENCIA DEL FINALISMO

A mediados de los años veinte se comenzó a desarrollar una corriente identificada como finalismo la cual representó un avance importante en el desarrollo científico de la sistemática del delito.²⁸ Esta teoría también sostuvo su sistemática a partir de una particular estructura y sustento del comportamiento humano, bajo un marco ideológico determinado, difundido por su principal exponente, Hans Welzel. Trataremos de hacer una síntesis de sus principales planteamientos.

IV.1. Marco ideológico

Welzel sostenía que el Derecho penal y la ciencia del Derecho penal se encontraban determinadas por la tarea de hacer un balance de los problemas legados por los regímenes totalitarios.²⁹ Se ubicó en la crítica del Derecho penal del nacionalsocialismo, caracterizado por ser extremadamente utilitario y naturalista. Lo justo era lo útil para el pueblo y la pena se asumía como un medio de limpieza biológica de la Nación. En contrapartida, para Welzel, la misión primordial del Derecho penal no debe ser de carácter preventivo, sino de contenido ético-social. Su finalidad es asegurar en los ciudadanos la permanente fidelidad frente al Estado y el respeto a la persona. En suma, la misión del Derecho penal es la protección de los valores ético-sociales más allá de la tutela de los bienes jurídicos. En ese contexto debía crearse la dogmática, con el objeto de incluir de manera racional, en el Derecho penal, las exigencias del Estado.³⁰

²⁸ Para mayores detalles del sustento de esta teoría, *vid.*, ESTRADA ÁLVAREZ, Jorge: *Teoría del delito y la actualidad del Derecho penal mexicano*, Yussim, México, 2003.

²⁹ *Vid.* WELZEL, Hans: *Teoría de la acción finalista*, comp.: Carlos Fontan Balestra, trad.: Eduardo Friker, Depalma, Buenos Aires, 1951.

³⁰ *Vid. Ibid.*, pp. 10-15.

Al sustraer de la pena la finalidad preventiva, le otorgó fines eminentemente retributivos, sustentados en la intensidad de la culpabilidad. Para Wezel, en la retribución hay límites claros, determinados; en cambio en la prevención, hay contornos borrosos e imprecisos.³¹

IV.2. Contribución sistemática

a) *La acción*

En el finalismo encontramos como característica común con el causalismo, el hecho de adoptar el concepto de acción como piedra angular de la teoría del delito, pero con un contenido distinto y con bases ideológicas diversas. Es por ello que Wezel resaltó la importancia de asumir de manera imprescindible sus fundamentos para entender a cabalidad su teoría de la acción finalista. Si no se comprenden estos fundamentos, difícilmente se tendrá claridad en su construcción sistemática.³²

Bajo la perspectiva de Wezel, si el Derecho penal tiene una función eminentemente ético-social, deben encontrarse en primer plano las manifestaciones ético-sociales intolerables de comportamiento. En este sentido, no basta para la construcción del concepto del injusto la situación creada por el resultado, sino que pasa a ser centro de interés penal el contenido interno de la acción intolerable, porque toda la vida comunitaria se estructura para bien o para mal, sobre la actividad final humana.³³ Puntualizó que las prohibiciones o mandatos del hombre no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, carentes de sentido, sino sólo a acciones que tienen capacidad de configurar finalmente el futuro.³⁴ Retomó el concepto de acción de Aristóteles –difundido en la Edad Media por Santo Tomás de Aquino y posterior-

³¹ Vid. *Ibid.*, p. 15.

³² Vid. *Ibid.*, p. 17.

³³ Vid. *Ibid.*, p. 16.

³⁴ Vid. WELZEL, Hans: *Derecho penal alemán, parte general*, 11.ª edición, trad.: Juan Bustos y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 40 y 41.

mente por Pufendorf— y estableció que el hombre puede dirigir sus efectos causales, perseguir objetivos; dirigir su actividad según un plan fijado para ese efecto; en suma, la voluntad consciente es la espina dorsal de la acción.

A partir de ese marco teórico concluyó que la acción es el ejercicio de la actividad final humana. A su vez dividió el contenido de la acción en tres planos: el objetivo que se quiere alcanzar, los medios que emplea para ello y las consecuencias secundarias necesariamente vinculadas al empleo de los dichos medios.³⁵

Es importante hacer notar la ubicación de la acción final, dado que tal característica sirve de fundamento a la construcción sistemática del finalismo. Esta ubicación es la siguiente: La estructura final de la acción tiene una presencia previa a la configuración del injusto. Constituye un concepto ontológico; es una categoría del ser, no un concepto jurídico. Su presencia es previa al tipo, porque aunque en este nivel se regulan acciones posibles, en él no se presupone la estructura ontológica del comportamiento humano. Al concepto de acción se unen los demás elementos del delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.³⁶

b) Relación entre antijuridicidad e injusto

En la sistemática de Welzel hay tres categorías que se mantienen en estrecha vinculación, pero cada una tiene un contenido técnico y valorativo distinto. Resulta primordial aclarar esa distinción. Primeramente, el *tipo* es la descripción concreta de la conducta punible. De otro lado, la *antijuridicidad* es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibida en el ordenamiento jurídico en su conjunto. Es objetiva en el sentido de que implica un juicio de valor general—aunque su objeto, la acción, es una unidad de elementos objetivos y subjetivos—. Finalmente, el *injusto* es una categoría consustancial a la conducta antijurídica misma; representa su

³⁵ Vid. WELZEL, Hans: *Teoría de la acción finalista*, op. cit., p. 21.

³⁶ Vid. WELZEL, Hans: *Derecho penal alemán*, op. cit., pp. 50 y 51

esencia. En términos del propio Welzel: La antijuridicidad es un predicado y el contenido del injusto es el sustantivo.³⁷

c) *El injusto personal*

Aclarada la diferenciación abordada en el apartado anterior, ahora haremos una precisión en torno al contenido del injusto desde la perspectiva de Welzel. Se trata también de un sello característico de esta corriente: Lo injusto no se agota en la causación del resultado; no culmina en la lesión del bien jurídico, desligado de la persona del autor. Por el contrario, la desvaloración del injusto se sustenta en la presencia de una acción antijurídica, en tanto se presenta como obra de un autor determinado. Los factores que determinan de modo decisivo lo injusto del hecho, junto a la eventual lesión del bien jurídico, es el fin que el autor asignó al hecho; la ilicitud en que lo convirtió no obstante los deberes que lo obligan. A esa desvaloración de la acción final de la autor se le identificó como *injusto personal*.³⁸ Implica entonces que la lesión del bien jurídico (desvalor del resultado), tiene relevancia en el Derecho penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica. En suma, el desvalor del resultado puede faltar sin que por ello desaparezca el desvalor de la acción. Esta delimitación sistemática le sirvió de sustento al finalismo para fundamentar otras categorías de la teoría del delito. Por ejemplo, la tentativa inidónea.³⁹

d) *Tipicidad*

El contenido del tipo penal tuvo una transformación importante. Se construyó en una parte objetiva y otra subjetiva. La parte objetiva, integrada con todo aquello que es perceptible en el mundo exterior. La parte subjetiva, se encuentra influenciada por el contenido de la acción final, y ello repercute en su integración: el dolo y la culpa dejan de pertenecer a la culpabilidad y pasan a formar parte del tipo, en virtud de que es ahí donde se incorporan las acciones revestidas de un contenido final que afectan los valores ético sociales.

³⁷ Vid. *Ibid.*, pp. 61 y ss.

³⁸ Vid. *Ibid.*, pp. 61-74.

³⁹ Vid. *Ibid.*, p. 75.

Como la acción final es la representación consciente de la realidad, el dolo de un delito exige, por consiguiente, el conocimiento de las circunstancias que pertenecen al tipo y ahí está su ubicación.⁴⁰ Es importante hacer referencia al nivel de conocimiento exigido para el autor: No se requiere un conocimiento técnico de los elementos de la parte objetiva del tipo, sino profano, el que corresponde a la esfera del lego. Además, dicho conocimiento no comprende el carácter antijurídico del actuar; por eso se le identifica como dolo natural, a diferencia del dolo malo representado por los causalistas –integrado con el conocimiento antijurídico del hecho–.⁴¹

Ahora, para el finalismo, el Derecho penal no sólo prohíbe al hombre desplegar conductas dolosas, también espera de él un mínimo de cuidado en la dirección de sus acciones finalistas, para no afectar bienes jurídicos. Es así como las acciones que en sus consecuencias causales producen afectaciones al no observar los cuidados correspondientes, comprenden la esfera de los delitos imprudentes.⁴² Entonces, el tipo subjetivo queda integrado con el dolo, en su caso también con los elementos subjetivos específicos y la culpa, según el contenido del tipo correspondiente.

⁴⁰ *Vid. Ibid.*, pp. 76 y 77.

⁴¹ Este cambio tiene repercusiones importantes. Aunque escapa de los fines del presente estudio profundizar al respecto, estimamos oportuno hacer por lo menos advertir su injerencia en la construcción sistemática del error. Así, cuando exista un error con respecto de la parte objetiva del tipo, debido a un erróneo conocimiento de los elementos del mismo, en la esfera del profano, se eliminará el dolo y en consecuencia el tipo. En cambio, cuando el error verse sobre el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, sus repercusiones se reflejarán en la culpabilidad, en virtud del error de prohibición.

⁴² *Vid. WELZEL, Hans: Teoría de la acción finalista, op. cit.*, pp. 27 y 28. Plantea Welzel (*Teoría de la acción finalista...*, *op. cit.*, p. 39): “Los delitos culposos deben su existencia al hecho del que el hombre no es capaz, en un sentido absoluto de proveer y disponer lo futuro. Dios, debido a su omniscencia y omnipotencia, puede acudir solamente en forma finalista; el hombre sólo puede hacerlo en la escala muy limitada de su previsión (...) el derecho exige ahora de cada uno de los que quieren participar en la vida social, un mínimo de dirección finalista a sus acciones, es decir, como derivación de la diligencia necesaria de intercambio, es decir, de la diligencia que es capaz y de la que está obligado un individuo inteligente y prudente”.

e) Antijuridicidad

Con el finalismo se le otorgó a la antijuridicidad un alcance mas allá de su concepción formal. Se le identificó como la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto. De esta manera, no existen tipos antijurídicos, sino sólo realizaciones antijurídicas del tipo.

Ante la pregunta ¿Por qué no todas las conductas siendo típicas son antijurídicas?, además de la respuesta sustentada en que en esos supuestos media una causa de justificación, Welzel responde: porque hay una adecuación social. Esta adecuación se refiere a un principio general de interpretación cuyo significado no se limita al Derecho penal, sino que comprende el ordenamiento jurídico en general. Este tratamiento lo derivó de la propia naturaleza del injusto personal: lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico) desligada de su contenido de la persona del autor, sino que es acción antijurídica sólo como obra de un autor determinado.⁴³

f) Culpabilidad

En el finalismo la culpabilidad se sustentó en el reproche personal contra el autor. Se le reprocha no haber evitado la acción antijurídica cuando estaba en posibilidades de hacerlo. Su esencia radica en el *poder en lugar de ello*, o como comúnmente se le identifica: *exigibilidad de otra conducta*.⁴⁴

Para poder fundamentar el reproche al autor se requieren en él dos presupuestos: Que en virtud de las fuerzas psíquicas, en abstracto, sea capaz de motivarse de acuerdo a la norma. Es decir, que sea imputable. El otro presupuesto es que el autor se encuentre en posibilidades de comprender el carácter antijurídico de su actuar concreto (conocimiento de antijuridicidad).⁴⁵

⁴³ Vid. WELZEL, Hans: *Derecho penal alemán, op. cit.*, pp. 86-92.

⁴⁴ Vid. *Ibid.*, p. 166.

⁴⁵ Vid. *Ibid.*, pp. 166-170.

El juicio de reproche que comprende la culpabilidad en virtud de la capacidad del autor de actuar de otro modo, tiene a su vez, un sustento de mayor fondo: El libre albedrío del ser humano. Planteó Welzel que entre todos los seres humanos, únicamente el hombre tiene la capacidad de otorgarle dirección a sus actos. El ser humano, siguiendo a Welzel, no actúa sólo por instintos sino por determinados intereses, porque tiene la capacidad para autodeterminarse.⁴⁶

IV.3. Críticas

En buena medida el finalismo otorgó a la dogmática jurídico penal mayor consistencia sistemática. Sin embargo, fueron cuestionadas sus premisas ideológicas, lo cual no debemos pasar por alto.

Una de las principales aportaciones que proporcionó el finalismo a la sistemática del delito jurídico-penal fue la incorporación del dolo y la culpa en el tipo, desprendiéndolos de la culpabilidad. Pero esa incorporación es casi unánime en la actualidad, con algunas variaciones,⁴⁷ sin que ello implique una afiliación a esa corriente, por el contrario, se desprenden sustancialmente de su soporte ideológico.

Ahora una de las críticas más insistentes al finalismo se encuentra precisamente en la piedra angular de su sistemática: la acción final. Y es que de la misma manera que el causalismo, asumió un concepto prejurídico del comportamiento humano; partió de una base ontológica, desde una perspectiva del ser, para formular una propuesta jurídica con incidencia en la sistemática de la teoría del delito. En este sentido, se ha hecho énfasis en el sentido de que ninguna teoría de la acción y ningún otro concepto fundamentado ontológicamente de manera similar puede ser la base de un sis-

⁴⁶ *Vid. Ibid.*, pp. 170-177.

⁴⁷ Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd: "Sobre la sistemática de la teoría del delito", en: *Nuevo Pensamiento Penal*, año, 4, n.º 5 a 8, 1975, pp. 40 y ss.

tema del que se puedan derivar resultados prácticos. Por ello, todo intento es inútil porque no es posible solucionar ningún problema jurídico con conceptos previos a los contenidos jurídicos.⁴⁸ Bajo una perspectiva distinta, se han venido ofreciendo conceptos de acción con otras bases, sobre todo de carácter normativo.⁴⁹ Hay quienes también asumen un determinado concepto ontológico de acción, pero dándole su significado en el ámbito del Derecho penal⁵⁰ o con trascendencia social.⁵¹

V. TENDENCIAS MODERNAS (EL "FUNCIONALISMO")

En contraposición a las premisas metodológicas del causalismo y finalismo, la ciencia jurídica penal comenzó a tomar otros derroteros. Se fueron sustituyendo las bases naturalistas u ontológicas por requerimientos de índole político criminal o de base sociológica. En seguida nos referiremos a las orientaciones más representativas de esta tendencia.

⁴⁸ Vid. ROXIN, Claus: "Contribución a la crítica de la teoría final de la acción", en (VV. AA.): *Problemas básicos del Derecho penal*, trad.: Diego Manuel Luzón Peña, Biblioteca Jurídica de Autores españoles y extranjeros, Reus, Madrid, 1976, p. 98.

⁴⁹ Al respecto, vid. BORJA JÍMENEZ, Emiliano: "Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de Jakobs, Roxin y Gimbernat", en: *Estudios Penales y Criminológicos*, XVII, Universidad de Santiago de Compostela, 1994, pp. 9-69.

⁵⁰ Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general*, sexta edición, Reppertor, Barcelona, 2002, pp. 184-189.

⁵¹ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGNED, Thomas: *Tratado de Derecho penal, parte general*, quinta edición, trad.: Miguel Olmedo Cardenote, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2002, pp. 238 y 239.

V.1. La sistemática teleológica (el "funcionalismo moderado")

En el contexto del Derecho penal contemporáneo ubicamos una corriente que le otorga a la sistemática del delito una vinculación imprescindible con la política criminal. El primer exponente de esta construcción es Claus Roxin. Sus aportaciones en la década de los sesenta, comenzaron a marcar una nueva perspectiva y una visión diferente de la ciencia del Derecho penal. Significó un respiro de aire fresco a las discusiones empantanadas entre causalistas y finalistas, que aún prevalecían en esa época.

V.1.1. Bases generales: la vinculación con la política criminal

Roxin hace hincapié en el riesgo que corre la dogmática jurídica si no se abre a pautas valorativas. Por ello puntualiza que el estudio analítico del delito debe tener también una orientación político-criminal,⁵² en contraposición a lo que en su momento Liszt delimitó como la "barrera infranqueable."⁵³ Esta propuesta ha venido ganando adeptos tanto en Europa como en América Latina.⁵⁴

⁵² Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites", en (VV. AA): *Política criminal y nuevo Derecho penal* (libro Homenaje a Claus Roxin), Bosch, Barcelona, 1997, p. 18. Plantea que actualmente, pocos son los que parecen estar dispuestos a rechazar la conveniencia de integrar consideraciones político-criminales en la construcción del sistema del delito y en la atribución del contenido a sus diversas categorías.

⁵³ Vid. ROXIN, Claus: *Política criminal y estructura del delito*, (elementos del delito en base en la política criminal), trad.: Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1992, p. 46. En contrapartida a esa barrera infranqueable creada por Liszt, plantea que la política criminal es la fuente de la construcción penal, conceptual y sistemática.

⁵⁴ Entre otros: MIR PUIG, Santiago: "El sistema de Derecho penal en la Europa actual," en: *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, (Libro Homenaje a Claus Roxin), J. M. Silva Sánchez (edic. española), coord.: B. Schunemann y Jorge de Figueiredo Dias, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 25-35.

Atribuye al pensamiento sistemático de la dogmática jurídica penal varios riesgos, entre ellos:⁵⁵ el olvido de la justicia en el caso concreto; la reducción de las posibilidades de resolver los problemas; se puede llegar a deducciones sistemáticas no legitimables político-criminalmente; y la elaboración de conceptos demasiado abstractos. Para contrarrestar esos riesgos, plantea que en un Derecho penal moderno la dogmática jurídica tiene que estructurarse teleológicamente atendiendo a finalidades valorativas. Y así, las finalidades rectoras que constituyen el sistema de Derecho penal sólo pueden ser de tipo político-criminal.

Pero, ¿cómo se analiza cada elemento del delito con un sustento político-criminal? La respuesta la encontramos en los fines del Derecho penal y en los medios que utiliza para alcanzarlos, en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho. De esta manera, cada elemento del delito debe permanecer en concordancia con los principios, criterios y límites que dicho modelo estatal impone en el marco de la política-criminal que le es propia.⁵⁶

Ahora bien, bajo esta orientación es importante evitar el riesgo de absolutizar y ontologizar la política criminal, pero también se debe evitar diluirla en arbitrariedad.⁵⁷ El primer riesgo se da cuando se asumen ciertos principios político-criminales sin someterlos a una ulterior fundamentación. O cuando se considera suficiente apelar a la política criminal, como si se tratase de algo en sí mismo evidente.

⁵⁵ Vid. ROXIN, Claus: *Derecho penal, parte general*, t. I, Fundamentos. *La estructura de la teoría del delito*, trad.: de la 2.ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; y, Javier de Vicente Remesal, Cívitas, 1997, pp. 206-215. Antes puntualiza sus ventajas: facilita el examen del caso; se establece el orden del sistema como presupuesto de una ampliación; simplifica y proporciona una mejor manejabilidad del Derecho; y es una guía para la elaboración y desarrollo del Derecho.

⁵⁶ Vid. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, Colex, Madrid, 1997, p. 27. Plantea que la función del Derecho penal no es más que un apartado de la teoría del Estado.

⁵⁷ En el mismo sentido, vid. MIR PUIG, Santiago: "El sistema de Derecho penal...", *op. cit.*, 28.

El riesgo de caer en la arbitrariedad sucede cuando se confunden las exigencias político-criminales con el particular y subjetivo punto de vista valorativo del intérprete.⁵⁸ Por ello, la construcción del sistema penal debe permanecer en función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho. Este planteamiento supone entonces una cadena de funciones: Función del Estado, función del Derecho penal y función de la teoría del delito. A este esquema Mir Puig lo denomina *metodología teleológica*.⁵⁹

Esta orientación se aleja de la sistemática conceptual penal dependiente de las tendencias eminentemente filosóficas. Como bien lo precisa Roxin, hasta bien entrado el siglo XIX dominó en los manuales de Derecho penal la filosofía de Hegel. Para 1870, fue sustituida por un naturalismo científico espiritual orientado en la exactitud que proporcionaban las ciencias naturales. Esta tendencia siguió hasta el siglo XX con la influencia del neokantismo. Y por último, surgió el predominio del finalismo sustentado en las estructuras ontológicas.⁶⁰ En cambio, a partir de orientaciones político criminales, sin negarse la importante función de la realidad del ser –a la que no pueden oponerse las construcciones dogmáticas– se construyen los conceptos valorativos.⁶¹

⁵⁸ Por ello, debemos precisar que una construcción teórica orientada político-criminalmente, de ninguna manera implica un distanciamiento con el pensamiento sistemático. Por el contrario, le proporciona un mejor sentido. En similares términos, es ilustrativo el planteamiento de Bernardo Feijóo Sánchez (*El injusto penal y su prevención ante el nuevo...*, op. cit., p. 13): "(...) la renuncia al pensamiento sistemático supone un retorno al pensamiento tópico, al casuismo y a la solución ocasional; en definitiva, un retorno a la arbitrariedad, irracionalidad, improvisación e inseguridad jurídica, posibilitando con ello que hechos y situaciones valorativamente iguales sufran un trato desigual o viceversa".

⁵⁹ Vid. MIR PUIG, Santiago: "El sistema del Derecho penal en la Europa actual", op. cit., p. 28. Con esta denominación, pretende hacer la distinción con el funcionalismo de Parsons, Lhumann, y –en el ámbito del Derecho penal– de Jakobs.

⁶⁰ Vid. ROXIN, Claus: *Política criminal y estructura del delito*, op. cit., p. 42.

⁶¹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supranacional del Derecho penal", en: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, (Libro homenaje a Claus Roxin), J. M. Silva Sánchez (edic. española), coord.: B, Schüneman y Jorge de Figueiredo Días, Bosch, Barcelona, 1995, p. 12.

Es así como la sistemática del delito adquiere otra dimensión. Ahora, al abordarse la teoría del delito con una orientación político-criminal, se hace con un sentido crítico, a partir del pensamiento sistemático y bajo el reconocimiento de las limitaciones que puede tener la norma. La técnica jurídica, como cualquier otro tipo de técnica, plantea Muñoz Conde, tiene sus limitaciones y no puede convertir lo blanco en negro ni evitar que así sea.⁶² Por ende, no hay que esperar a la última fase de la dogmática jurídica para establecer la crítica del Derecho penal (ya interpretado). La crítica debe estar presente también en la interpretación y sistematización, procurando que los resultados de éstos sean idóneos para una convivencia pacífica y democrática. Y sólo cuando esto no sea posible, habrá que conseguirlo por la vía de la crítica al Derecho penal vigente de *lege ferenda*, procurando su reforma.⁶³

Recapitulando, cada elemento del delito contiene un criterio político-criminal y toda la sistemática en su conjunto debe permanecer articulada con una proyección ideológica. De esta manera, no es posible analizar una sistemática sin tener presente el modelo estatal respectivo y una política criminal definida. Sólo así se le puede otorgar un sustento. De lo contrario, es como caminar en el desierto sin rumbo fijo. Bajo esta panorámica, el juez no sólo debe limitarse a una obediencia de la ley, sino a una teoría explícita o por lo menos explicitable de la pena estatal. Para ello debe tomar partido por una determinada concepción político criminal. Pero por otro lado, la orientación de justicia criminal, si quiere superar el nivel de *justicia del juez*, tampoco puede renunciar a un control mediante un sistema desarrollado por la ciencia jurídica.⁶⁴

⁶² Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 184

⁶³ Vid. *Idem*.

⁶⁴ Vid. SCHÜNEMANN, Bernard: "La política criminal y el sistema de derecho penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (tomo XLIV, III), septiembre-diciembre de 1991, pp. 694-696. Por su parte, LAMARCA PÉREZ, Carmen ("Posibilidades y límites de la dogmática jurídico penal", en: *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 33, Madrid, 1987, p. 51), sostiene: "Cuando las soluciones dogmáticas requieren de la política criminal, cuan-

V.1.2. Punto de partida metodológico

Si la dogmática jurídica penal y específicamente la teoría del delito deben tener una finalidad político-criminal, la discusión se centra al determinar los criterios valorativos que le darán contenido a esas orientaciones. Dicho contenido se ubica, primeramente, en atención a los fines de la pena, tanto generales como especiales. Y en términos más amplios atendiendo a las funciones del modelo estatal social y democrático de Derecho.⁶⁵

Esto implica incluir las funciones de la pena en el contexto integral de las funciones del Derecho penal, en atención a los fines que persigue. En efecto, siguiendo a Mir Puig, la teoría de delito no se encuentra desvinculada del fundamento y de la función de la pena. Por el contrario, constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una pena, y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir como mínimo y con carácter general para que algo sea punible.⁶⁶

do la interpretación de los preceptos penales deben contrastarse con los valores o principios de la política, el jurista tiene que hacer explícito su punto de vista y, desde luego, no buscar esos valores en su personal espíritu crítico sino en el propio ordenamiento, específicamente en la constitución que establece el sentido último que ha de tener todo acto de protección jurídica”.

⁶⁵ En el mismo sentido, *vid.* MOCCIA, Sergio: “Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente”, en: *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal* (Libro Homenaje a Claus Roxin), J.M. Silva Sánchez (ed. Española), coord.: B. Schünemann y Jorge de Figueiredo Dias, Bosch, 1995, pp. 73-109, especialmente p. 76. Por su parte, Silva Sánchez (“Sobre las posibilidades y límites...” , *op. cit.*, p. 12). Precisa que las finalidades político-criminales no se reducen a meras consideraciones utilitaristas de eficiencia, sino que comprenden esencialmente consideraciones valorativas derivadas del principio de dignidad humana y de las garantías individuales fundamentales. *Cfr.* AMELUNG, Knut: “Contribuciones a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin”, en: *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, comp.: Bernd Schünemann, Tecnos, Madrid, 1991, p. 95. Se manifiesta partidario a la metodología empleada por Roxin, la cual considera de gran utilidad, pero establece algunas consideraciones críticas al objeto y contenido de las decisiones políticas que asume al analizar los niveles de la estructura tripartita del delito.

⁶⁶ *Vid.* MIR PUIG, Santiago: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2a. edición, Bosch, Barcelona, 1982, p. 80.

Para Roxin, además de la protección de bienes jurídicos, el punto de partida de la dogmática penal orientada político-criminalmente es la configuración de sus principios superiores en la teoría penal. Siguiendo su planteamiento, el fin de la pena es exclusivamente la prevención, tanto general como especial. La prevención general entendida no como prevención intimidatoria negativa, sino como *prevención integradora positiva*. Es decir, la pena no debe retraer a través de su dureza a los autores potenciales de la perpetración de delitos, sino que ella debe restaurar la paz jurídica, en cuanto da al pueblo la confianza de que su seguridad será salvaguardada y que las reglas reconocidas de la convivencia humana pueden reafirmarse contra perturbaciones graves. Bajo esta panorámica, el Derecho penal es un factor integrador social en cuyos efectos también se incluye al autor porque con el castigo se trata de solucionar el conflicto social producido a través del hecho, de modo que el autor puede ser reintegrado socialmente.⁶⁷ Esto es, en un modelo de Estado social y democrático de Derecho, se debe proporcionar al delincuente una alternativa socializadora al aplicársele la sanción privativa de libertad.

V.1.3. Proyección en los elementos de la teoría del delito

Roxin logra proyectar la vinculación entre dogmática jurídica penal y la política criminal en los elementos de la teoría del delito de la siguiente manera:⁶⁸

- a) En el *tipo penal*, el hecho se valora desde el punto de vista de la necesidad abstracta de la pena. A su vez representa la determinación técnica de la ley penal bajo la exigencia garantista derivada del *nullum crimen sine lege*. Es así como cada elemento del tipo penal debe cumplir el objetivo de respetar dicho principio. Por ejemplo: el

⁶⁷ Vid. Roxin, Claus: *Política criminal y estructura del delito*, op.cit., pp. 46 y 47.

⁶⁸ Vid. *Ibid.*, p. 61. Sobre un análisis representativo de la sistemática de Roxin, vid. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: "Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España": en: *Cuadernos de Política Criminal*, 1997.

dolo y la culpa están en el tipo no por consideraciones ontológicas derivada de la acción final o del injusto personal –como se fundamentaba en el finalismo– sino por cumplimiento al mandato de determinación que debe prevalecer en el tipo para respetar la legalidad. Es decir, el legislador determina el supuesto de hecho a título doloso o culposo y no puede fraccionar dicho mandato remitiendo estos elementos a la culpabilidad.

- b) En la *antijuridicidad*, se manifiesta la necesidad concreta de pena de acuerdo a la inclusión de todas las circunstancias de una situación determinada. Es el ámbito donde se proporcionan soluciones a los conflictos en un marco de racionalidad, a partir de la ponderación de intereses inherentes al Estado social y democrático del Derecho.
- c) En la *culpabilidad*, se expresa la necesidad concreta de pena para el autor. Sirve como límite al poder penal del Estado, debido a que sólo puede aplicar la sanción cuando ésta cumpla sus fines preventivos. En este sentido, la culpabilidad debe excluirse, por ejemplo, cuando el sujeto padezca una enfermedad mental, cuando actúe bajo coacción; o bien, si comete el hecho típico y antijurídico debido a un error invencible sobre el carácter ilícito de su actuación. En estos casos no operan los fines preventivos de la penal (ni el general positivo, ni el especial) y por ello debe excluirse la culpabilidad.⁶⁹

Ubicados en este tratamiento, en la culpabilidad no se trata de formular declaraciones ontológicas; más bien comprende un postulado político-criminal dirigido a los jueces con el siguiente mensaje: Debes tratar al ciudadano, por su libertad, como persona capaz de decisión autónoma y de responsabilidad, siempre que su capacidad de motivación normal no se encuentre afectada.

⁶⁹ Vid. ROXIN, Claus: "Causas de exclusión, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena", en: *Cuadernos de Política Criminal*, Instituto Universitario de Criminalidad de la Universidad Complutense de Madrid, n.º 46, año 1992, pp. 174 y 175.

Basado en esta orientación sistemática, Roxin plantea que la culpabilidad es una condición necesaria, pero no suficiente para la imposición de la pena. Llega a esta conclusión argumentando que el principio de culpabilidad consiste en evitar que por razones de prevención general o especial se abuse de la pena, pero el legislador, desde un punto de vista jurídico-penal, hace responsable al autor de su actuación. Por ello lo procedente no es hablar de culpabilidad sino de responsabilidad. Así, en el tipo y la anti-juridicidad, se determina si una conducta se ajusta o no a las reglas. En cambio, en la responsabilidad, se determina la necesidad de sancionar a un autor específico, ubicado en circunstancias concretas.⁷⁰

V.2. El funcionalismo sistémico "radical"

V.2.1. Marco ideológico

La otra perspectiva del funcionalismo representa una postura más radical porque rompe con varios principios garantistas y presupuestos metodológicos que parecían inamovibles en la construcción del discurso jurídico-penal. Esta corriente se encuentra representada principalmente por Günther Jakobs.⁷¹ El principal presupuesto del cual parte esta corriente es el distanciamiento con el contenido ético valorativo y en su lugar propone centrarse en la vida social. Es decir, el Estado sólo puede castigar aquellas acciones que representen cierta lesividad social.

Jakobs se basa fundamentalmente en la teoría de los sistemas de Luhmann. Desde esta corriente sociológica adopta la construcción de un Derecho

⁷⁰ Vid. ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Reus, España, 1981, sobre todo, pp. 42 y ss.

⁷¹ Para una referencia general del planteamiento de este autor, vid.: GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *La delincuencia organizada, (Algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales)*, Universidad de Guanajuato, 2001, p. 273, nota 318. También OJEDA RODRÍGUEZ, Cuauhtémoc y GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *La imputación objetiva*, Universidad de Guanajuato, 2002, pp. 83 y ss.

penal legitimado a partir de la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas sociales frente a aquellos que expresen comportamientos incompatibles con la norma. De esta manera, la norma representa el modelo general de comportamiento en las relaciones sociales.⁷² A su vez, la norma penal forma parte de un sistema de comunicación más amplio conformado por varias prestaciones. La norma penal, si se asume de manera aislada puede apreciarse como un mal. Pero si se aprecia la secuencia externa entre hecho y pena, a partir de la dialéctica hegeliana, se produce la racional ausencia de males.

En este sentido, el delito es una afirmación que representa una contradicción a la norma. En oposición a ello, la función del Derecho penal es contradecir la contradicción a las normas que proyectan la identidad social.⁷³ Siguiendo esta línea de pensamiento, la pena estatal tiene la función de garantizar las expectativas sociales fundamentales con base en la prevención general positiva, a través del reconocimiento de la norma. Esto es, la pena tiene una función exclusiva de prevención general; sirve para confirmar la vigencia de la norma cuando ésta ha sido vulnerada. Al imponerse, se deriva una conexión entre la conducta infractora de la norma y la obligación de soportar sus consecuencias.

Ahora, la norma no sólo se dirige para influir sobre los potenciales autores de futuras infracciones; también asume como destinatarios a todos los miembros de la sociedad, concebidos como potenciales víctimas de los infractores de la norma, a fin de reafirmar en ellos la confianza en la norma infringida. Es por ello que la función preventiva general de la pena es en sentido positivo: porque pretende difundir en la sociedad no sólo una vi-

⁷² Vid. JAKOBS, Günther: *Estudios de Derecho penal*, Trad.: al castellano y estudio preliminar de: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Cívitas, Madrid, 1997. Particularmente el estudio preliminar de la obra elaborado por Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá.

⁷³ Vid. JAKOBS, Günther: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad.: Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 17-21.

sión negativa de la consecuencia del delito, sino también imponer una determinada visión de la realidad.⁷⁴

Para reafirmar su posición en torno al carácter preventivo general positivo de la pena, Jakobs, asume una postura crítica en torno al enfoque preventivo especial de aquélla. Establece:

El hecho punible se presenta, por cierto, concluido; cuando se le castiga, es pasado. Naturalmente, si lo pasado no fuera más que pasado, no habría nada que superar; más bien sería indiferente, olvidado en poco tiempo. El hecho punible concluido no es objeto del Derecho penal por sí mismo, sino que lo es sólo en la medida en que es origen de un conflicto todavía presente al momento de la punición, y es este conflicto lo que debe ser superado. De lo que se trata, entonces, es de la superación del presente por el pasado.⁷⁵

Por ello, sostiene, en la prevención general positiva, la pena –a diferencia de lo que sucede en la prevención general negativa– no se dirige a la generalidad como un arsenal de futuros delincuentes potenciales que tienen que ser intimidados; más bien se dirige al ciudadano fiel al Derecho. Y es que toda persona, si quiere orientarse en la vida social, debe asegurar sus expectativas. Pero como la seguridad cognitiva plena sólo es imaginable en un mundo encerrado en un museo, en la vida social, las expectativas deben asegurarse normativamente. Es decir, confirmando a quien le otorga su confianza a las normas que en caso de que se frustren o vulneren, su confianza es correcta, el defecto está en la persona que las ha quebrantado: en el delincuente, y con respecto a él, establece Jakobs, la norma representa un aprendizaje de adaptación a las consecuencias.⁷⁶

Recapitulando, en el funcionalismo sistémico la misión de la pena no es la evitación de lesiones a bienes jurídicos. Como se señalaba, bajo esta perspectiva, está destinada a confirmar la vigencia de la norma reguladora de

⁷⁴ Vid. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: "Algunos planteamientos dogmáticos...", *op. cit.*, p. 609.

⁷⁵ JAKOBS, Günther: "Superación del pasado mediante el Derecho penal", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 47, fasc. II, 1994, pp. 137 y 138.

⁷⁶ Vid. JAKOBS, Günther: "Sobre el tratamiento de la alteración volitiva y cognitiva", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 45, fasc. I, 1992, p. 213.

relaciones interpersonales en un determinado contexto social. Es decir, garantiza la confianza en la estructura estatal que regula la vida del ser humano en sociedad. Con base en este discurso, identifica su planteamiento como un funcionalismo jurídico-penal, que engloba una teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad.⁷⁷

V.2.2. Repercusiones sistemáticas

Jakobs, discípulo de Welzel, asume su propuesta sistemática sustentado en el segundo plano del finalismo: en el terreno de las relaciones sociales del ser humano. De otro lado, se desprende de todo contenido naturalístico u ontológico. Bajo este tenor, plantea una normativización de los conceptos jurídico-penales, orientados a la función que le corresponde al Derecho penal, referida líneas arriba. Establece que el universo de los conceptos jurídico-penales tiene que someterse a la función social del Derecho penal y no a fenómenos naturales o de otro contenido, ajenos a lo social.⁷⁸ En este sentido, basado en el marco conceptual de los sistemas sociales de Luhmann, le otorga contenido a las categorías del delito, a partir de la contribución que éstas prestan en orden al mantenimiento de la estructura social correspondiente. A continuación haremos una breve referencia de ese enfoque sistemático.

V.2.2.1. Teoría general de la imputación

Jakobs orienta su sistemática en dos niveles de imputación: en uno objetivo (injusto) y otro subjetivo (culpabilidad). Esta doble proyección tiene el

⁷⁷ Vid. JAKOBS, Günther: *Sociedad, norma y persona...*, op. cit., p. 15.

⁷⁸ PEÑARANDA RAMOS, Enrique: Estudio preliminar a la obra de Jakobs: *Estudios de Derecho penal*, trad. a castellano y estudio preliminar de: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997, p. 17.

sustento siguiente: El Derecho penal interviene ante el quebrantamiento de la norma o defraudación de las expectativas de relevancia social. Pero no a todos los individuos le son exigidas las mismas conductas. Las expectativas derivadas de un contexto social son variadas. Cada persona está obligada a cumplir sólo las que caen dentro de su ámbito de organización; las que le han sido asignadas para desempeñar su función social. De esta manera, cada individuo posee determinados roles cuyo contenido está representado por expectativas de comportamiento social. Y cuando esas expectativas no se cumplen, emana una defraudación, es decir, una imperfecta ejecución de un rol. Precisa Jakobs, que en el mundo social no todo corresponde a todos; cada persona está obligada a comportarse en razón de lo que la sociedad le exige. Desde esta perspectiva, en una sociedad, todos somos garantes respecto a determinadas actividades y a cada miembro se le imputa una sanción derivada de la norma, según su rol.⁷⁹

La consideración genérica que permite precisar cuándo una conducta lesiona leyes de convivencia social, se hace a partir de una imputación objetiva, al crearse riesgos jurídicamente relevantes.⁸⁰ Por otro lado, para determinar la responsabilidad individual, es necesario analizar el comportamiento del autor. Pero ya no como un genérico portador de roles sino en la culpabilidad, a través de la imputación subjetiva.

a) Acción

Desprendido de los presupuestos del causalismo y el finalismo, le otorga un contenido *sui generis* a la acción. La identifica como la expresión de un sentido consistente en la causación individual evitable (dolosa o culposa) de determinadas consecuencias.⁸¹

⁷⁹ Vid. REYES ALVARADO, Yesid: *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1994, p. 63.

⁸⁰ Vid. JAKOBS, Günther: *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad.: Manuel Cancio Meliá, Cívitas, Madrid, 1996.

⁸¹ Vid. BORJA JÍMENEZ, Emiliano: "Algunos planteamientos...", *op. cit.*, p. 607.

b) Injusto

Para Jakobs no tiene sentido la discusión entre el desvalor del acto y el desvalor del resultado. Plantea que en un plano naturalístico siempre habrá modificaciones en el mundo exterior y en el ámbito jurídico siempre habrá resultados, entendidos como quebrantamiento a una norma o defraudación de expectativas socialmente relevantes. Esto último es lo fundamental. Es decir, el injusto se actualiza con la frustración de un rol determinado por parte de un sujeto en una comunidad específica.⁸²

El dolo y la culpa forman parte del injusto para determinar la correcta defraudación del rol, pero también de la culpabilidad para asumir consideraciones de índole individual. Así, el aspecto volitivo del dolo atañe a la imputación objetiva y el cognoscitivo a la imputación subjetiva. De esta manera, no existe, en el injusto, diferencia en el tratamiento de los delitos dolosos y culposos. Tal distinción sólo adquiere sentido en el ámbito de la imputación subjetiva.

Tampoco hay distinción entre los delitos de acción y los de omisión. Lo que al Derecho penal le interesa como conducta, es aquella actuación con la cual una persona se aparta de las expectativas de comportamiento social; cuando incumple el rol que le incumbe, tanto en la acción ontológicamente positiva, como negativa, con independencia de si lo hace de manera activa u omisiva.⁸³

c) Culpabilidad (imputación subjetiva)

Para Jakobs, la culpabilidad significa un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal. Es el resultado de una imputación reprobatoria debido a la defraudación producida, motivada por la voluntad defectuosa del sujeto activo. Esta idea se basa en que todo ordenamiento puede tener

⁸² Vid. *Ibid.*, p. 608.

⁸³ Vid. JAKOBS, Günther: "La omisión: estado de la cuestión", en: *Sobre el estado de la teoría del delito*, coord.: Jesús María Silva Sánchez, trad.: Javier Sánchez Vera Gómez-Trellas, Cívitas, Madrid, 2000, pp. 132-133

la pretensión de que los seres humanos, capaces de motivarse en torno al mantenimiento del orden social proyectado en la norma, así lo hagan.⁸⁴

Culpabilidad material es la falta de fidelidad a las normas legítimas. Y esa legitimidad se deriva de la atribución del rol que le corresponde a la persona, libre en la conducción de su comportamiento. Así, cuando hay un *déficit* de motivación jurídica, ha de castigarse al autor para mantener la confianza general de la norma. De esta manera, el concepto de culpabilidad no ha de orientarse al futuro sino al presente, porque estabiliza el ordenamiento vulnerado.⁸⁵

⁸⁴ Vid. JAKOBS, Günther: *Estudios de Derecho penal*, op. cit., pp. 364, 438 y 393.

⁸⁵ Vid. JAKOBS, Günther: *Derecho penal, parte general*, trad.: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, pp. 579 y ss. Como crítica a esta postura, cfr. SCHÜNEMANN, Bernd: "La culpabilidad: estado de la cuestión", en (VV. AA.): *Sobre el estado de la teoría del delito* (seminario en la Universitat Pompeu Fabra), trad.: David Felipe I Saborit y Ramón Ráques I Vallés, Cívitas, Madrid, 2000, pp. 91-125.