

"La teoría del delito" Repaso y actualidad.

(Prof. Carlos Parma)

1) El debate del siglo XX, tiene su puntapié inicial en la **teoría clásica** del Derecho Penal. Esta teoría parte de la "ley publicada" excluyendo valoraciones filosóficas, psicológicas o axiológicas. El concepto de acción es puramente naturalístico o mecanicista (movimiento corporal que produce una modificación en el mundo exterior); la tipicidad, describe la acción penalmente relevante sobre aspectos objetivo; la antijuridicidad es la contradicción de la conducta con el plexo normativo y **la culpabilidad es la relación anímica o psicológica del autor con el hecho**. A éste último concepto se lo denominó teoría **PSICOLOGICA DE LA CULPABILIDAD**. Representantes destacados de esta tesis son: Von Liszt, Beling y Binding. Entre nosotros: Soler y Núñez. La cuestión pasaba entonces por dar preeminencia al resultado, algo que el academicismo reinante llamó "el desvalor del resultado" (un hombre muerto, un vidrio roto, etc.).

2) La "vuelta" a Kant a principios de siglo, incorpora principios filosóficos (valorativos y teleológicos), que forman la **teoría neoclásica**, obviamente integrada por "neokantianos". La acción deja de ser "natural" y se inspira en sentido normativo, pudiendo de esta manera comprenderse también la omisión. Se la define como " el comportamiento humano voluntario manifestado en el mundo exterior". En el plano de la tipicidad se produce una revolución, ya que se descubren ELEMENTOS NORMATIVOS (subyace un juicio de valor, por ejemplo: el término "banda", etc.), debiendo también ser incluidos los ELEMENTOS SUBJETIVOS del tipo (por ej. "ánimo de lucro", etc.) La antijuridicidad se ampliará, así al juicio de desvalor objetivo de carácter formal, se le aporta un juicio de desvalor material. La antijuridicidad entonces consistirá en la reprobación jurídica que recae sobre el acto formalmente contrario a derecho, que también produce "un daño social" (contenido material). Esta teoría introdujo otro debate relevante: si la tipicidad es ratio cognoscendi de la antijuridicidad (mero indicio) o la "ratio essendi" (constitutiva). Para entender esta ligazón, se usó la frase "es como el humo al fuego", es decir: la tipicidad pasa a ser razón y existencia de la antijuridicidad. En materia de culpabilidad la revolución es mayor aún, pues se adopta un concepto normativo. Alguién será culpable de algo, si su conducta se la puede **reprochar**. Se instala uno de los términos de mayor aceptación en el desarrollo de la dogmática de este siglo: LA REPROCHABILIDAD. Se dirá entonces que la culpabilidad se convierte en un "juicio de reproche" (Frank). Pero esta visión "normativa", se ve aún influenciada por el psicologismo, no logra ser autónoma. Frank dice: " al autor se le reprocha haberse rebelado conscientemente contra los mandatos del derecho (dolo) o se le enrostra el haber lesionado inadvertidamente las exigencias de la vida comunitaria (culpa) ". La estructura de la culpabilidad para el normativismo estaba compuesta por : a) Imputabilidad y b) Conocimiento de la antijuridicidad (el dolo o la culpa). A esto se le suma un nuevo elemento que aporta Freundenthal: c) No exigibilidad de otra conducta, es decir, si al sujeto, en el momento del hecho, de acuerdo a sus condiciones personales y circunstancias que lo rodean, el derecho le puede exigir una conducta distinta a la que realizó (esta tesis logró sustento jurisprudencial en el famoso caso del "caballo resabiado", y hoy cuenta con importante respaldo en Alemania y España). Exponente de

esta visión fueron Mezger y Goldschmit y en Argentina: Jiménez de Asúa y Frías Caballero entre otros.

3) La dogmática jurídico penal guardó un mesurado equilibrio hasta el arribo de Hans Welzel en el año 1931. Con tan sólo 27 años, Welzel, impuso en su trabajo "Causalidad y acción" un estigma: la acción final. Nacería entonces una nueva escuela: "el finalismo". Para graficar su discrepancia con el causalismo, Welzel diría: " la acción en el causalismo es ciega, en el "finalismo" es vidente". Así relataba: "En la relación intencional, el pensamiento está dirigido hacia el objeto y está guiado por su estructura...el orden del pensamiento es un orden con arreglo a los nexos objetivos y al "sentido" de los objetos proyectados". La acción es ejercicio de actividad final, que comprende: la anticipación mental del fin perseguido; la selección de medios adecuados y la consideración de los efectos concomitantes a los medios elegidos. Por eso Welzel decía: "... el que quiere asesinar a otro selecciona los factores causales conscientemente en tal sentido y los dispone de manera que alcancen la meta predeterminada... compra el arma, tiene informaciones para elegir la ocasión propicia, situarse al asecho, apuntar el arma, dispara; todos ellos, actos dirigidos a la meta sometidos a un plan de conjunto". La cuestión sería revolucionaria, pues el dolo estaría en la acción (final), este sería el *dolus malus* (dolo neoclásico) que a su vez se divide en dos: el "dolo natural" situado en la tipicidad (es conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo) y "la conciencia de la antijuridicidad", que sigue estando en la culpabilidad. La finalidad se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede preveer, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, fijarse fines diversos, dirigir su actividad conforme un plan. A diferencia del causalismo, el finalismo centraba el eje de discusión en esa "acción mala, con tendencia al menoscabo de bienes jurídicamente protegidos", demostrativa que la vida y o el bien ajeno, no le interesa. A esto se lo denominó "el desvalor de la acción".

4) La corriente finalista dejó huellas imborrables. Veamos: el error sobre el dolo se llamará error de tipo y el error sobre el conocimiento de la antijuridicidad, que está en la culpabilidad, se llamará error de prohibición. La participación sólo cabe en el hecho doloso; el "autor" será quien tenga el dominio del hecho; se crea el "injusto

personal" que manifiesta el "desvalor de la acción, frente al desvalor del resultado", teniendo que estar relacionados por una causa. La culpabilidad estaba compuesta por: la imputabilidad y conciencia de la antijuridicidad, aceptándose la no exigibilidad de otra conducta. Esta culpabilidad es sinónimo de reproche.

5) La "guerra de textos" entre causalistas y finalistas fue descontrolada, imponiéndose estos últimos. Sin embargo en nuestro país, Zaffaroni y Bacigalupo recién pudieron con mucho sacrificio y resistencia, introducir estas ideas en la década del '70. Pero a pesar de esta "victoria" de ideas, la cuestión era sólo aparente, pues el finalismo no podía explicar claramente los delitos imprudentes y los de omisión (tampoco pudo en su momento el causalismo). Se le cuestionaba -y con razón- el no encontrar la finalidad. Welzel al principio habló que en los delitos dolosos había una finalidad de acto y en los culposos una finalidad en potencia, cuestión que luego -con el apoyo del gran genio de Kaufmann - varió invitando a entender la problemática de lo culposo como "una infracción al deber de cuidado", apareciendo en la temática otro discípulo (Bacigalupo) que brillaría en lo referente a los delitos de omisión..

6) Los vientos "modernos" trataron de atemperar el choque de "escuelas" y -de soslayo- corregir defectos. Se propaga la **teoría de la acción social**, aparecen así importantes pensadores (Jescheck, Wessels, Kaufmann Arthur, etc.). La acción será una "conducta humana socialmente relevante dominada por la voluntad o que ésta puede dominar".

El aporte más significativo para el Derecho Penal actual y posmoderno, lo incorpora en esa época (década del '70) Claus Roxin en su obra sobre "Política criminal y sistema del Derecho Penal". Roxin comienza esta obra citando a von Liszt cuando dice: "El derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal", y es precisamente esto lo que objeta. Dicho de manera simple pretende "la penetración de la política criminal en el ámbito jurídico de la ciencia del derecho penal". Abre así dos compuertas vitales que afectan toda la estructura de la teoría del delito: a la culpabilidad le suma "cuestiones de política criminal" y forma la categoría que llamará "responsabilidad", lo que implica "reestructurar la categoría responsabilidad desde el punto de vista de la teoría de los fines de la pena" y, por otro lado, "recicla" la teoría de la imputación objetiva. La llegada de Roxin, coincide con el surgimiento de la "**teoría funcionalista**", que sería el último exponente de la dogmática actual.

7) Los funcionalistas podemos llamarlos de "última generación", y aunque tienen divisiones (moderados, sistémicos, etc.) cuentan en su haber a dos importantes figuras : Jakobs y Roxin. Lo novedoso de esta propuesta es que tiende a "incorporar intereses de política criminal a los principios normativos de la determinación del merecimiento de pena y su ejecución", por eso enriquece el concepto de culpabilidad con finalidades preventivas. Además (según Hassemer), aceptan la teoría del bien jurídico como variante crítica sistemática a la propia propuesta. Esta última situación es combativa por Jakobs que en un inesperado giro hacia el endurecimiento de penas, entiende que el derecho penal lo que hace es proteger la vigencia de la norma y no bienes jurídicos.

En materia de "acción" se observa una marcada evolución conceptual. Roxin cristaliza a la "acción como exteriorización de la personalidad", el comportamiento es "la relación del YO CONSCIENTE y físicamente libre con el mundo exterior

manejando procesos causales".. dice así: "un hombre habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo, se le pueden atribuir a él como persona, o sea como centro espiritual de acción, por lo que se puede hablar de "una manifestación de la personalidad". Para Jakobs la acción sería "la causación de un resultado evitable", digamos que se trata de "una expresión de sentido". Digámoslo de otra manera: "la realización individual y evitable del resultado" y la omisión " "la no evitación evitable del resultado". Es un concepto de naturaleza social, y lo causal está enfocado desde el contexto social. Así vemos que la sociedad "aceptará" ciertos riesgos y éstos estarán excluidos de reproche. El delito para Jakobs quiebra la vigencia de la norma, es una comunicación defectuosa, una desautorización de la norma o falta de fidelidad a la misma. La norma es una expectativa social institucionalizada

Jakobs forma el siguiente esquema: el delito viola la "confianza en la norma" y la pena "restablece la confianza en la norma". Así el concepto de delito se torna exageradamente normativo. Pero las variantes por demás revolucionarias y polémicas aparecen en el tema de la culpabilidad al sostener que es "prevención general positiva o integradora"... es "ser infiel a la norma"... "es un concepto que se construye funcionalmente". Sin embargo llega más lejos e innova paradigmáticamente al cuestionar la teoría del bien jurídico protegido, pues para él el Derecho Penal lo que hace es proteger la vigencia de la norma y no establecer un muro alrededor de bienes jurídicos. Así dijo: " el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo, sobre la base de competencias y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto... de allí que lo importante sea delimitar comportamientos socialmente inadecuados o socialmente adecuados... por eso el riesgo social aceptado excluye el tipo". En esta inteligencia se advierte que al derecho penal no le interesa "un hombre muerto... o un vidrio roto" esto también podría pasar por una catástrofe o cualquier hecho de la naturaleza, sólo se fijará el derecho en conductas humanas que con sentido produzcan ese resultado que pudieron evitar.

Roxin critica virulentamente la posición jakobiana, especialmente su apego a lo que Jakobs llama Derecho Penal del Enemigo. En mi opinión ésta reciclada tesis no es más que una aceptación solapada a las ideas de Lombroso y al derecho penal de autor.

Sobre el punto: **Culpabilidad**, hay conceptos de similares características, veamos: "realización del injusto a pesar de la capacidad de reacción normativa ..." (Roxin), "es ser infiel al derecho" (Jakobs) -véase que este autor se aparta del sistema clásico de la teoría del delito y funda la culpabilidad en la "prevención"; "el que pudiendo, no se ha motivado con la norma, ni por la amenaza penal..." (Bacigalupo). De allí que sea de buen tino decir "que culpable será el que, pudiendo, no obra conforme a derecho".

9) La "**teoría de la imputación objetiva**", modifica el "ángulo" de análisis. Ahora el nexo entre acción y resultado no alcanza para imputar. La discusión pasa al tipo objetivo diría Zaffaroni. En realidad "lo central es saber si la conducta del

autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico (Jakobs). Si a la conducta humana causante del resultado... se la puede concebir finalmente, con respecto a la producción o evitación de un resultado (Roxin). Resumiendo: "Está prohibida la creación de un riesgo reprobado". Pessoa la entiende como un criterio corrector de tipicidad penal.

En forma muy simple se puede armar la cuestión así: la relación de causalidad no alcanza para imputar, sí marca un límite mínimo pero no suficiente, para atribuir un resultado. Es decir que el primer análisis sigue pasando por la relación de causalidad... pero luego ¿qué?... o ¿qué se le agrega?: Un plus valorativo o juicio de "legalidad lógica". ¿porqué?, porqué la norma sólo prohíbe acciones que creen para el bien jurídico protegido "un riesgo mayor al autorizado", señalando además que ese resultado pueda evitarse. Dicho de esta forma, vemos que la tipicidad crea el objeto de enjuiciamiento y con ello la base de su responsabilidad. Veamos ahora una suerte de ejemplo práctico: Comprobada la relación de causalidad natural vamos a observar lo siguiente: a) si la acción ha creado un "peligro jurídicamente desaprobado" para la producción del resultado y b) si el resultado producido es "la realización del mismo peligro" creado por la acción. También en esta orientación se arriesgaron algunas consideraciones que sirven para aclarar el alcance de la imputación, por ejemplo: 1. "No es objetivamente imputable el resultado producto de una acción que disminuye el riesgo"; 2. "no es objetivamente imputable cuando la acción no cree un riesgo jurídicamente desaprobado"; 3. "no será objetivamente imputable el resultado que se produzca fuera del ámbito de protección a la norma"; d) "Cuando el objeto de la acción ya estaba expuesto a un peligro... se dá cuando se aumenta el riesgo, ahora bien, si el resultado era seguro, sólo habrá responsabilidad si se lo adelantó la producción pero: "No es posible atribuir un resultado a un autor, aunque su obrar haya sido causa suficiente del mismo, si ese resultado se habría producido igual sin la intervención del autor".

10) Los "posmodernos" no sólo aceptan la imputación objetiva (como mínimo en los delitos culposos). Muchos están planteando que no basta el tipo penal y su "adecuación" con el hecho para el reproche, sino que además debe afectarse un bien jurídico protegido.

11) La polémica sobre FIN Y FUNCION DE LA PENA, también tiene marcada vigencia. Hegel y Kant fueron dignos representantes del "**retribucionismo**". Para ellos, la culpabilidad que el autor carga por el hecho cometido, debe ser retribuída, compensada. Los cultores de esta posición sintetizaban la propuesta diciendo que el delincuente ha causado un "mal" y por ende debía ser retribuído con otro "mal". Se paga un mal con otro mal.

Sería entonces la retribución "la irrazonable consecuencia de dos males".

En contra de esta escuela surgió la idea de "**prevención**" general, que apuntaba "mediante la utilización del miedo y la razonabilidad del hombre" a enseñar a la generalidad de la gente lo que no se debe hacer. Esta tesis también fue avalada por Feuerbach, creando la "teoría psicológica de la coacción", donde a través de la "intimidación" se pretendía educar. La prevención general será "negativa" cuando tienda a "intimidar a quienes están en peligro de cometer similares hechos". Es como mostrarles una pantalla para que vean lo que les pasa a quienes cometen delitos. La prevención general positiva (Jakobs) tiende a asegurar la confianza en la norma. El delito violenta la norma y la pena restablece la confianza en la norma.

De tilda moderno es la "teoría de la UNION", que combina retribución con rehabilitación. Entienden éstos defensores que la Culpabilidad es la medida de la pena, como límite máximo, pero si se puede -por razones preventivas- bajar el mínimo. Dicen: es cierto que los delitos no pueden quedar impunes, pero también es cierto que la imposición de pena debe estar justificada.... debe tener sentido. Roxin sostuvo a su tiempo la teoría dialéctica de la pena que combinaba retribución y prevención (ya sea cuando amenaza, impone o ejecuta).

Al cuestionarse el "pensamiento fuerte" de tilda positivista científicista, la teoría de la interpretación ha dado paso a una nueva forma de pensar que en el derecho penal se trasluce como una corriente humanizadora tendiente a "reducir la violencia" legal e institucional. En las antípodas el pensamiento de Jakobs propone endurecer penas, tratar a algunos delincuentes como "animales peligrosos" y quitarles la condición de personas.

Sin embargo hoy hay consenso que la pena debe cumplir una "función"

resocializadora y su implantación y ejecución dependerá de la política - jurídica del Estado. Tampoco nadie discute que esa función ha fracasado en la práctica aunque mal se le pueda atribuir tal estigma a la dogmática jurídico penal.

Pero ¿ la pena podrá resocializar a quién no se reprochó la conducta lesiva o tiene una alta cuota de vulnerabilidad ?.

Aunque pueda parecer un juego de palabras, es dable reflexionar una y otra vez lo siguiente ¿ “vale la pena... la pena”?.

DR. CARLOS PARMA