LAS TEORÍAS DEL DELITO

**FACULTAD DE MEDICINA DE LA
UNIVERSIDAD DE CORDOBA**

2013

VARIOS AUTORES

LAS TEORÍAS DEL DELITO

FACULTAD DE MEDICINA DE LA UNIVERSIDAD DE CORDOBA

2013

Dr. Eduardo Franco Loor
Aguilar López Miguel Ángel
Bacigalupo Enrique
Bodero Edmundo René
Borja Jiménez Emiliano
Bustos Ramírez Juan

RESUMEN:

El presente trabajo académico es de relevante importancia para el Derecho Penal moderno; se analiza los estadios de la evolución de la teoría del delito a través de la historia, remontándonos a Alemania, hace ya más de un siglo, hasta la actualidad considerando el *causalismo positivista*, para adentrarnos al finalismo y luego al funcionalismo. Hoy día llamamos teoría jurídica del delito a la ordenación de esas reglas y criterios de imputación en un sistema; ya que esta teoría agrupa ordenadamente las categorías y conceptos sobre los que se basa la imputación de responsabilidad por la perpetración de un hecho delictivo; conceptualizaciones que enuncian diversos autores y que coinciden en afirmar que la teoría del delito, representa una parte de la ciencia del Derecho Penal que se ocupa de explicar qué es el delito en sentido genérico, descomponiendo el concepto de delito en un sistema de categorías jurídicas, en requisitos o elementos que facilitan así la aplicación de la ley penal. Válida es la estimación doctrinaria de Roxín, sobre las categorías tradicionales del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) que las estima pero reestructuradas conforme a las directrices de la Política Criminal. Los enunciados de Jakobs, en su teoría sobre el funcionalismo sistémico, por el contrario, retracta la concepción tradicional del delito y diseña su sistema apoyado en las ideas del sociólogo alemán Niklas Luhmann. Cabe destacar el estudio sistémico que hace Zaffaroni quién no reconoce ninguna validez científica a ninguna teoría positiva de la pena, y de Ferrajoli sobre su teoría que el garantismo es una doctrina filosófico-política de justificación del Derecho Penal y a la vez una teoría jurídico-normativa de las garantías penales y procesales. Este examen de definiciones del delito que proponen los autores citados y otros ilustres penalistas, y de cada uno de sus elementos, muestran la enorme variedad de sentidos en que se puede entender a la teoría del delito, fundamentos esenciales de la presente investigación.

PALABRAS CLAVES:

Teoría del Delito, Sistema Causalista, Sistema Finalista, Sistema funcionalista, Modelo Neokantiano, acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, Política Criminal, positivismo, punibilidad.

SUMARIO:

1. Generalidades y Conceptos.- 2.-Evolución Histórica.- 3.- Presupuestos básicos de una teoría penal de carácter político criminal en un estado social y democrático de derecho, según Juan Bustos Ramírez.- 4.- La estructura del delito y el rango de los elementos del mismo.- 5.-El Sistema Causalista del delito.- 6.-Modelo Neokantiano (Concepto Neoclásico Del Delito) (1907-

1940).- 7.- El Sistema Finalista del delito - 8. El Sistema Funcionalista del delito- 9. El Sistema Racional-Final o Teleológico Funcional del Derecho Penal según Claus Roxin -10. El Sistema Funcionalista Sistémico de Jakobs.- 11.- El Sistema Funcional Reductor de Zaffaroni. 12.-El Sistema Garantista Penal de Ferrajoli.- Bibliografía.

1.-GENERALIDADES Y CONCEPTOS

Como bien señala Santiago Mir Puig, en su “Introducción a las bases del Derecho penal”, si algo justifica la actividad de la ciencia del Derecho penal, de sus profesores estudiantes, es su destino a la práctica, ya que el estudio del Derecho penal alcanza sentido únicamente en la medida en que puede influir en las distintas manifestaciones de la vida de la ley penal: la creación de la ley y su aplicación.

A lo largo de la historia, con unos nombres u otros, se ha hecho uso de diversas reglas o criterios para atribuir responsabilidad, para decidir quién es responsable, a quién se le aplicará una pena, cuándo puede ésta rebajarse, es decir, atenuarse. Hoy día llamamos teoría jurídica del delito a la ordenación de esas reglas y criterios de imputación en un sistema; y es que dicha teoría agrupa ordenadamente las categorías y conceptos sobre los que se basa la imputación de responsabilidad. Pero lo que hoy día se conoce como teoría jurídica del delito es relativamente moderna: surge a finales del s. XIX, cuando los docentes del Derecho penal se ven en la necesidad de explicar a sus alumnos de forma sistemática y ordenada el contenido de la parte general (los preceptos del Libro I o equivalente) del código penal. En concreto, surge en Alemania tras la promulgación del código penal de 1871, y por autores como F.v. Liszt (1851-1919), E.L. Beling (1866-1932), y otros.¹

Ahora bien, los estadios de la evolución de la teoría del delito desde que surge en Alemania, hace ya más de un siglo, hasta la actualidad son: En primer lugar, el *causalismo positivista*, bajo cuya influencia se pretende plantear el delito y la responsabilidad como datos positivos, y realidades físicas explicadas mediante la mera causalidad y no la libertad (F.v. Liszt, 1851-1919, por ejemplo). En segundo lugar, ante la insuficiencia de tal enfoque causalista, se recurre a enfoques denominados *neoclásicos* o *neokantianos*, atentos a los valores que se hallan presentes en las diversos elementos de la acción humana, la libertad, la culpabilidad como reproche... (así, G. Radbruch, 1878-1949, y E. Mezger, 1883-1962, por ejemplo). En tercer lugar, tras la segunda guerra mundial, el re-descubrimiento de que la acción humana se encuentra gobernada por la idea de finalidad buscada por el agente, idea que sirve para replantear el orden de las categorías de la teoría del delito, e ir dotándolas de nuevo contenido (así, el *finalismo* de H. Welzel, 1904-1977, y R. Maurach, por ejemplo). Desde los años setenta del pasado siglo, y hasta ahora, dominan el panorama doctrinal los enfoques finalistas (plasmado sobre todo en el esquema y orden de las categorías del delito), combinados con el *funcionalismo*, es decir, la explicación y justificación de los contenidos de las categorías por las funciones que cumplen en la sociedad o por sus consecuencias: es la finalidad de la pena y su contribución al mantenimiento de la vida social lo que sirve para dar contenido a las categorías del delito (así, G. Jakobs); o bien, son los principios y categorías de la política criminal –principio de legalidad,

¹ *Derecho penal I*. Universidad de Navarra- España. Varios autores. p. 75

prevención...– los que han de dar contenido a cada una de las categorías de la teoría del delito (así, C. Roxin).

Entendemos por *sistema* a un conjunto de reglas o principios jurídicos racionalmente enlazados entre sí, que dan coherencia a un instituto jurídico-penal, en este caso, el delito. El filósofo Kant dijo que un sistema es la unidad de los diversos conocimientos bajo una idea, un todo del conocimiento ordenado según principios. En esta orientación Medina Peñaloza considera que el *sistema científico jurídico* es una ordenación lógica de los conocimientos particulares alcanzados en la ciencia del derecho, donde el contenido de los enunciados (principios) determina la relación sistemática de unos con otros; garantizando una precisión de sus argumentos y aportando posibilidades de solución para problemas específicos, además de mostrar las consecuencias de esas soluciones hasta conducir a planteamientos válidos para la comunidad.² Y así es la estructura de la teoría del delito.

Por estas consideraciones, la teoría del Delito reúne en un sistema, dice Mir Puig, los elementos que, en base al Derecho positivo, pueden considerarse *comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos*. La teoría del delito es obra de la doctrina jurídico-penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del Derecho Penal. Esta tiene como objetivo teórico más elevado la búsqueda de los *principios básicos* del Derecho Penal positivo y su articulación en un *sistema* unitario. La teoría del delito constituye un intento de ofrecer un sistema de esas características.³

Por eso se sostiene que el esfuerzo investigador en la Ciencia del Derecho penal se ha centrado, a lo largo de los tiempos, en la elaboración de la teoría jurídica del delito. Emiliano Borja Jiménez⁴ considera que muchas razones explican la gran importancia que la doctrina le ha otorgado al hecho punible, sin embargo, la de mayor peso reside en la constatación de que la infracción penal constituye el presupuesto fundamental de la norma jurídica, y con ello, del propio Derecho penal. “Se puede decir –alega–, sin exageración alguna, que los diferentes métodos desarrollados en la investigación en el ámbito del ordenamiento punitivo coinciden, en líneas esenciales, con aquellos utilizados en la explicación jurídica del fenómeno delictivo. Y tampoco es de extrañar que cuando se hace referencia a un determinado sistema de Derecho penal, se está tomando en consideración, fundamentalmente, un cierto modelo explicativo del hecho punible. Porque, en efecto, las diferentes metodologías utilizadas en Derecho penal encuentran su plasmación en el estudio de la teoría general del delito”.

Muñoz Conde escribe que la Teoría General del Delito estudia las características comunes que debe tener cualquier conducta (acción u omisión) para ser considerada delito, sea ésta en el caso concreto un homicidio, una estafa, una agresión sexual o una malversación de caudales públicos⁵ Es que hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos penales unos de otros; un asesinato es distinto a una estafa o un hurto; cada uno de estos hechos presenta particularidades diferentes y tiene conminadas, en principio, penas de distinta gravedad. Sin embargo, tanto el asesinato, como el hurto o la estafa tienen características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general de delito. Muñoz Conde enseña que “la verificación de estas características comunes corresponde a la Teoría General del Delito, que es una de las materias de la Parte General del Derecho Penal; mientras que el estudio de las concretas figuras delictivas, de las particularidades específicas del hurto, de la violación, de la estafa, etc., es materia de la Parte Especial” (Muñoz Conde, p.199). Por eso, Roxin considera que la dogmática de la Teoría General

² Sergio Medina Peñaloza. Teoría del delito .p.25

³ Santiago Mir Puig. “Derecho penal, parte general” p. 143.

⁴ Profesor de la Universidad de Valencia, en su artículo de Internet: “Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España”.

⁵ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. “Derecho Penal. Parte General”. p.199

del delito es desde siempre la parte nuclear de todas las exposiciones de la Parte General, ya que uno de sus cometidos más difíciles que encuentra es la formación y evolución cada vez más fina de un Sistema de Derecho Penal.⁶

La Teoría del delito, *representa una parte de la ciencia del Derecho Penal que se ocupa de explicar qué es el delito en sentido genérico, descomponiendo el concepto de delito en un sistema de categorías jurídicas, facilitando así la aplicación de la ley penal*. Por ello, la doctrina ha separado sus elementos, categorías o ingredientes en: Acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Lo que se observa es que indudablemente el sistema actual de la teoría del delito está integrado prácticamente por las mismas categorías que en su origen en el último cuarto del siglo XIX, ya que, la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son desde casi un siglo las categorías básicas del sistema. Por esto, Bacigalupo Zapater sostiene acertadamente, que no se discute el orden de las categorías, pues éste procede del fundamento lógico-normativo de los problemas generados por la aplicación de la ley penal respecto del que el acuerdo es muy estable. Lo que se discute se refiere precisamente a la cuestión de la mediación entre la ley y los hechos que son objeto del juicio. La razón que explica esto es sencilla: aplicar la ley a un caso significa poner en relación un pensamiento abstracto –la ley- y un suceso real determinado.

En consecuencia, para este autor, se discute cómo se debe establecer el material de hecho que es preciso considerar en la comprobación de cada categoría y cómo se lo debe configurar. Por ejemplo, sostiene Bacigalupo, para verificar si el hecho constituye el supuesto prohibido por la norma, o dicho técnicamente: la tipicidad. ¿Se debe tomar en cuenta sólo el aspecto formal exterior de su comportamiento, es decir, su vinculación causal con un determinado suceso o, por el contrario, es preciso considerar también lo que el autor supo y la dirección de su voluntad. Esta cuestión estuvo en la base de las discusiones que nutrieron la polémica entre finalistas y casualistas que ocuparon el centro de la atención científica en los años 50 y comienzo de los 60. Pero, aún cuando se respondiera esta pregunta en alguno de los sentidos posibles, siempre quedará en pie un segundo problema: ¿Cómo se deben configurar estos elementos del caso que es preciso considerar en la aplicación de la ley penal al caso concreto? ¿Se debe operar con conceptos que recepten el ser, en sentido ontológico, de los elementos del hecho, o, por el contrario, es necesario un proceso de selección de los elementos previamente dados desde algún punto de vista normativo? Esta cuestión es la que ha permitido a Armín Kaufmann titular el libro en que se reúne las obras menores de su vida como “La Dogmática penal entre el ser y el valor” y es la que en la actualidad da lugar a la polémica entre una dogmática ontologista y otra normativizante del Derecho Penal. (Bacigalupo, 195, 196)

Por esto, el sistema de la teoría del delito es un instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley a un caso. En este sentido, asegura, es posible afirmar que *la teoría del delito es una teoría de la aplicación de la ley penal*. Como tal pretende establecer básicamente un orden para el planteamiento y la resolución de los problemas que implica la aplicación de la ley penal, valiéndose para ello de un método analítico, es decir, que procura separar los distintos problemas en diversos niveles o categorías⁷ Para este autor, la teoría del delito es, en primer lugar, el

⁶ Claus Roxín. op.cit. p. 192 y 193

⁷ Enrique Bacigalupo Zapater. op.cit. 194

medio técnico jurídico para establecer a quién se deben imputar ciertos hechos y quién debe responder por ellos personalmente. (op.cit. p. 191)

Y con razón, con objetividad doctrinal, el magistrado Miguel Ángel Aguilar López, establece que la estructura de la Teoría del delito pertenece al área del Derecho Penal, por lo que analizar su concepto presupone inevitablemente acudir al concepto mismo de este Derecho. El examen de las definiciones del delito que se proponen y de cada uno de sus elementos (acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc.) muestran la enorme variedad de sentidos en que se puede entender a esta teoría. Por ello, puede decirse que cada dirección filosófica y metodológica concibe en términos diferentes a la Teoría del Delito; ejemplo de lo anterior lo es la distancia que separa los conceptos de acción propuestos por el causalismo, finalismo y funcionalismo; no obstante, actualmente se encuentra limitada con el Derecho positivo, surge así la pregunta ¿qué es la teoría del delito?, presupuesto de la que aquí importa: ¿qué es el delito?; interrogante que puede responderse en muy distintos sentidos. Además será de interés para la Dogmática jurídico-penal preguntarse por los elementos esenciales del delito: ¿cuál es su esencia?. Planteada así la cuestión se obtendrá una respuesta distinta según el aspecto que se considere esencial en la Dogmática. Esto es, en el caso del aspecto ontológico (cuál es el *ser* peculiar de la conducta), como el aspecto funcional (que *función* tiene) o el teleológico (a qué *fin* tiende) del orden jurídico. Y en base a ello, cada doctrina resolverá con criterio diferente estas cuestiones.⁸

En todo caso, entendemos que la moderna teoría jurídica del delito, es el resultado de un desarrollo dogmático y proceso evolutivo de ideas con amplia y compleja trayectoria en la ciencia penal. Los sucesivos cambios en la forma de entender el carácter y contenido de cada uno de los elementos del delito y su relación interna o entre sí han dado lugar a distintos y variados planteamientos, en ocasiones enfrentados como entre el causalismo y el finalismo, creemos ya superados, y ahora entre el finalismo y el pensamiento jurídico-penal estructural-funcionalista que irrumpe en la ciencia jurídico-penal alemana⁹

Por otro lado, muchos doctrinarios han asegurado, que la Teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico-penal, a una acción humana. Se habla de *sistema*, porque representa un conjunto ordenado de conocimientos. De *hipótesis*, pues son enunciados que pueden probarse, atestiguar o confirmarse sólo indirectamente, a través de sus consecuencias. *Tendencia dogmática*: no existe unidad, al ser parte de una ciencia social respecto de la postura con que debe abordarse el fenómeno del delito, por lo que existe más de un sistema que trata de explicarlo.¹⁰

Conviene señalar, que el desarrollo histórico-jurídico de la teoría del delito, hasta su fase actual, se ha elaborado en base a las premisas filosóficas, políticas y culturales valorativas de parte de la doctrina, en sus diferentes etapas históricas. Ellas están enmarcadas así: **positivismo** (desde el último tercio del siglo XIX hasta comienzos del siglo XX), **el neokantismo** (desde principios del siglo XX hasta la segunda guerra

⁸ Miguel Ángel Aguilar López. "El Delito y la Responsabilidad Penal" p. XXIII

⁹ http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=133

¹⁰ Criterio enunciado en trabajo científico en Internet.

mundial), **el ontologismo fenomenológico** (desde los años 30 hasta los 60 del siglo pasado) y **el funcionalismo** (en Derecho Penal desde los años 70 hasta la actualidad).¹¹

Hoy en la ciencia del Derecho penal (siguiendo a Mir Puig y a toda la doctrina alemana y española), se reconoce que la construcción teórica del delito debe partir de la *función político-criminal* del Derecho Penal (funcionalismo). A este enfoque se opone Zaffaroni, como veremos luego. Pero la política criminal depende de cada modelo de Estado, y en un Estado social, democrático y de Derecho, por lo que Estado, Derecho Penal, pena y delito, se hallan en una estricta relación de dependencia.

En conclusión, la Teoría Jurídica del Delito estudia los principios y elementos que son comunes a todo delito, así como las características por las que se diferencian los delitos unos de otros, elementos, que como dijimos anteriormente son la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Consecuentemente, todo el estudio analítico de lo que comprende el delito, es tarea de la teoría jurídica del mismo. Por ello, se afirma que la teoría del delito es un producto de la dogmática. La doctrina partiendo del derecho positivo, al decir de Gimbernat, ha ordenado y sistematizado bajo las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad las reglas jurídicas que condicionan la posible responsabilidad penal de una persona. La ordenación y sistematización de estas reglas facilita su interpretación y su aplicación práctica en el análisis de los casos concretos. En tanto que las normas están integradas dentro de un sistema, su interpretación obliga a considerarlas en su conjunto de modo que guarden coherencia entre ellas. Por eso, la teoría del delito cumple también una *función de garantía*, pues no sólo evita una aplicación arbitraria de la ley penal, sino que también permite calcular cómo se va a aplicar dicha ley en un caso concreto¹².

Por todo lo expresado es perfectamente admisible la tesis de Muñoz Conde, para quien una teoría del delito que pretenda validez general para las distintas y numerosas figuras de delito existentes en la Parte Especial “ sólo puede elaborarse como una *teoría de la imputación* , es decir, como un *discurso* en el que las personas que integran una sociedad se ponen de acuerdo sobre cuáles son los criterios, objetivos y subjetivos, que hay que tener en cuenta para imputar un determinado suceso llamado delito a una persona como responsable del mismo al objeto de poder imponerle una pena (o en su caso, una medida de seguridad) y restablecer así la vigencia del ordenamiento jurídico conculcado por el delito” y ello, según Muñoz Conde, en el marco de un sistema democrático de Derecho de respeto a los derechos humanos. Por ello, el autor español, finalmente expresa que “ *El problema actual de la Teoría General del Delito, no es tanto la justificación de la imputación en sí misma, sino desarrollar las condiciones, requisitos y formas que hacen posible la imputación y , en consecuencia , la imposición de una consecuencia sancionatoria en un marco que posibilite la autorrealización y la participación de todos en la sociedad, en condiciones de igualdad; un marco, en definitiva, humanista y democrático, y no puramente funcional, burocrático, deshumanizado y autoritario*”. (Muñoz Conde. op.cit. p. 208) (Las cursivas son mías)

¹¹ Bernd Schunemann divide la evolución de la teoría del delito desde su nacimiento en las diferentes épocas de la construcción del sistema jurídico-penal, en las siguientes: el naturalismo (coincidente con el sistema clásico del delito), la explicación neokantiana, las tesis irracionalistas de la época nacionalsocialista, el finalismo, el postfinalismo y las sistemáticas funcional-racionalistas. En “El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales”. Madrid. 1991.

¹² En “Obras Completas” de Juan Bustos Ramírez. op.cit. p. 770

En la Enciclopedia de Internet¹³ encontramos que “La **teoría del delito** es un sistema de categorización por niveles, conformado por el estudio de los presupuestos jurídico-penales de carácter general que deben concurrir para establecer la existencia de un delito, es decir, permite resolver cuando un hecho es calificable de delito”

En definitiva, la finalidad de la Sistemática de la Teoría del delito, como opina Silva Sánchez, “es la ordenación del derecho positivo y la preparación y control de una aplicación racional del derecho mediante una ordenación clarificadora de conceptos e instituciones jurídico-penales, y esto incluso aunque los tribunales, los abogados, tribunales y fiscales se sirvan de este sistema, en ocasiones de forma muy limitada”.¹⁴

Por todo lo dicho nos adherimos al criterio de Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre¹⁵ que establece que la teoría del delito cumple un rol fundamental: primero, como criterio interpretativo de la norma jurídico-penal, a fin de fijar la relevancia jurídico-penal del comportamiento conforme a los alcances normativos del tipo penal y, segundo como método lógico-deductivo dirigido a resolver un determinado grupo de casos, como interdicción a la arbitrariedad judicial y como mecanismo garantizador del principio de igualdad. Por ello, se sostiene científicamente que “la pretensión punitiva del Estado en una sociedad democrática –como escribe Peña- debe estar sujeta a determinados límites que compaginan coherentemente en las líneas programáticas de la Teoría del Delito. La Teoría del delito constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser prohibido y penado por el Derecho Penal y ofrecer las respuestas, de qué conductas y qué elementos deben concurrir, para que un hecho sea jurídico-penalmente relevante y punible, esto es, cuáles son las características que debe contener una conducta para que pueda ser alcanzado con una pena.”. Y la respuesta que se da es sencilla en nuestra evolución cultural mundial: “Esta respuesta sólo podrá derivarse de la función que se le asigne al derecho penal en un Estado Social de Derecho, el Derecho penal tiene como misión fundamental, proteger los intereses sociales, tanto individuales como colectivos, que son considerados indispensables para asegurar una participación activa en la vida política y jurídica de una sociedad organizada. Actúa también como un medio de prevención, en el sentido de motivar a los ciudadanos mediante la internalización de la norma de conducta para que se abstengan de realizar conductas que afecten bienes jurídicos; para cumplir eficazmente esta función se conmina con una pena la infracción de la norma de conducta, creándose así el temor de una sanción, produciéndose un efecto disuasorio de inhibición del *animus* delictivo.”

En definitiva, siguiendo a Esteban Righi¹⁶ el objeto de la teoría del delito es formular reglas generales que, sin afectar las particularidades de cada caso, sirvan para *imputar cualquier hecho punible* a determinadas personas a las que se atribuye responsabilidad en su comisión. De lo que se trata, en consecuencia, es de presentar aquellas exigencias que en todos los casos deben cumplirse para que una determinada acción sea punible. Esa pretensión sólo es posible si más allá de sus diferencias, necesariamente todos los delitos reúnen características iguales, es decir, los mismos elementos esenciales.

¹³ http://es.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%ADA_del_delito

¹⁴ Jesús María Silva Sánchez, Artículo “La Sistemática alemana de la Teoría del delito: ¿Es o no adecuada a estos tiempos?”, en “Estudios de Derecho penal”. Ara editores 2005. p. 19 y sgte..

¹⁵ Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre. “Derecho Penal. Parte General. Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas”. p. 139 y sgtes.

¹⁶ Esteban Righi. “Derecho penal, parte general”. p. 93

Es una teoría que obliga a una abstracción –dice Righi-, que, sin embargo, no responde a un interés meramente teórico o especulativo, pues está destinada a cumplir una función práctica: como la teoría del delito enuncia una serie de presupuestos (condiciones) de la imputación, favorece una jurisprudencia nacional, objetiva e igualitaria. Si no existieran estos principios generales, exigibles en todos los casos, fiscales y jueces formularían sus imputaciones en función de criterios emocionales e inseguros, lo que inevitablemente generaría inseguridad jurídica.

2.-EVOLUCIÓN HISTÓRICA:

Las categorías básicas o elementos, o “peldaños” (escalones) de la estructura del delito” como los llama Roxín, son: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, y se han elaborado o desarrollados por la ciencia en un proceso de discusión de décadas. Es decir esta evolución y elaboración de la moderna teoría del delito, como la concebimos actualmente, ha experimentado un proceso histórico de transformación desde que fue iniciada por los dogmáticos alemanes a finales del siglo XIX y comienzos del XX.

Históricamente el delito no era concebido como lo es en la actualidad. Por ejemplo, en 1822, época de la tercera edición de los “Elementos de Derecho Criminal” de Giovanni Carmignani, el entonces profesor de la Universidad de Pisa, enseñaba que: “En cierto modo todo delito consta de dos elementos, a saber, de un *acto* de la *voluntad*, por el cual el agente quiere un efecto contrario a la ley, y de un *acto físico*, del cual resulta la infracción de la ley social ya promulgada. El primer elemento del delito emana de la *intención del agente*; el segundo de la *materialidad del hecho nocivo a la sociedad*. Para poner a plena luz la intención de la acción delictuosa, es necesario contemplar dicha acción por un doble aspecto; es decir, *en cuanto a la intención del agente*, y *en cuanto a la ejecución*, de donde se deriva el daño social”¹⁷. Además Carmignani, consideraba el delito como acción moral o como acción política.

El precedente más remoto de la actual construcción se remonta a la teoría del delito común, desarrollada bajo los auspicios de la ciencia italiana de los siglos XVI y XVII, a la luz de la concepción del derecho natural entonces imperante; se trataba de una estructura bipartita que distinguía entre *imputatio facti* (imputación objetiva) e *imputatio iuris* (imputación subjetiva), entre una parte externa al delito y otra interna. Dicha sistemática, retomada por el derecho alemán de la época, fue sostenida por autores como T. Deciani (1590, ocho años después de su muerte), P. Theodoricus (1618), S. Pufendorf (1660) y Ch. Wolff (1738).¹⁸

Como anota Velázquez¹⁹ comenzando el siglo XIX, se empieza a gestar en Alemania la teoría cuatripartita hoy imperante. En efecto, Ch. K. Stubel (1805) distinguió entre *injusto* e *imputación del hecho*; h. Luden (1840) elaboró un concepto tripartito de delito integrado por las notas de *acción*, *antijuridicidad* y *culpabilidad*, a cuyos aportes se sumó A. F. Berner al desarrollar con toda claridad el concepto jurídicopenal de acción (1843-1857).

¹⁷ Giovanni Carmignani. “Elementos de Derecho Criminal”. Editorial Temis. Bogotá-Colombia. 1979

¹⁸ Fernando Velásquez V. “Manual de Derecho Penal, Parte general”. p. 216

¹⁹ *Ibidem*.

También Roxín reseña en su obra fundamental, que el concepto de acción fue emitido por primera vez en el Manual de Albert Friedrich Berner en 1857 como piedra básica del sistema del delito. La exigencia de reconocimiento de una antijuridicidad objetiva e independiente de la culpabilidad la formula poco después Rudolph von Jhering (1818 – 1892) en su escrito “El momento de culpabilidad en el Derecho Privado Romano” en 1867. Este concepto fue incorporado al derecho penal por F. von Liszt y E. von Beling (1902), previas elaboraciones de K. Binding (1872), expuestas en su conocida *teoría de las normas*. El concepto del tipo lo creó Ernest Beling (1866- 1932) en el año 1906 en su obra “La Teoría del Delito”; La Teoría de la culpabilidad se desarrolla a partir de Reinhard Frank (1860 – 1934) en su obra “Sobre la estructura del concepto de culpabilidad” en 1907. La evolución del sistema en su totalidad, ha contado en la primera mitad del siglo XX con impulsos teóricos por parte de Franz von Liszt, quién publica su tratado en 1881 y Ernest Beling, de Max Ernest Mayer (1875 – 1923) y Edmund Mezger (1883 – 1962), así como de Hans Welzel (1904 – 1977) el fundador de la Teoría Final de la Acción.

En la moderna dogmática del Derecho Penal, existe en lo sustancial, acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad. Por tanto, toda conducta punible presenta cuatro elementos comunes (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), a los cuales puede añadirse aún en algunos casos un ulterior presupuesto de la punibilidad. Las citadas categorías básicas le dan ya a la materia jurídica, en principio no preparada, un considerable grado de orden y de principios comunes.

Daremos a continuación una explicación sucinta de estos conceptos, de momento de la forma más elemental, y como se explican mayoritariamente en la ciencia y en la praxis. Cabe señalar, que según la doctrina dominante en la actualidad. “Los distintos elementos del delito están en una relación lógica necesaria. Sólo una acción u omisión puede ser típica, sólo una acción u omisión típica puede ser antijurídica y sólo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable” (Cerezo Mir. op.cit. p. 381)

Para la doctrina más extendida, **acción** es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad. Por tanto, no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, pero tampoco los actos de una persona jurídica. No son acciones los meros pensamientos o actitudes internas, pero tampoco sucesos del mundo exterior que - como p.ej. los movimientos reflejos o los ataques convulsivos - son sencillamente indominables para la voluntad humana. Esa acción ha de ser **típica**, o sea, ha de coincidir con una de las descripciones de delitos, de las que las más importantes están reunidas en la Parte Especial del Código Penal. Por tanto, quién p.e. mediante una determinada acción “sustraer una cosa o mueble ajena con el ánimo de apropiársela antijurídicamente”, realiza el tipo del hurto. La estricta vinculación a la tipicidad es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege*, por consiguiente, no es posible derivar acciones punibles de principios jurídicos generales y sin un tipo fijado, como ocurre en algunas consecuencias jurídicas civiles (Roxín, 194, 195).

La acción típica ha de ser **antijurídica**, o sea prohibida. Por regla general lo será ya con la tipicidad, puesto que el legislador sólo incorporará una acción a un tipo cuando la misma usualmente deba estar prohibida. Pero ese indicio puede ser contradicho, ya que una conducta típica no es antijurídica si en el caso concreto

concorre una causa de justificación. Tales causas de justificación proceden de todo el ordenamiento jurídico. Así, p.ej. si el agente judicial (alguacil) entra coactivamente en la casa del deudor, habrá un allanamiento de morada típico, pero el mismo estará justificado por las facultades del derecho de ejecución (orden del juez mediante providencia). Y si el padre le da una bofetada al hijo por razones educativas, realiza el tipo de las lesiones, pero el derecho de corrección admitido por el Derecho de Familia le proporciona una causa de justificación. Pero también se contienen causas de justificación en el Código Penal, sobre todo el Derecho extraordinariamente importante a la legítima defensa y el estado de necesidad justificante. Ante una acción típica y antijurídica se habla de “**injusto**” penal, concepto que comprende por tanto las tres primeras categorías. (Roxín. p. 195).

Por último, la acción típica y antijurídica ha de ser **culpable**, es decir ha de poderse hacer responsable de ella al autor, la misma se le ha de poder, como mayoritariamente se dice, “reprochar”. Para ello es presupuesto la imputabilidad o capacidad de culpabilidad y la ausencia de causas de exculpación, como las que suponen p.ej. el error de prohibición invencible o el estado de necesidad disculpante. La diferencia entre falta de antijuridicidad y falta de culpabilidad, entre justificación y exculpación, consiste en que una conducta justificada es reconocida como legal por el legislador, está permitida y ha de ser soportada por todos, mientras que una conducta exculpada no es aprobada y por ello sigue estando no permitida y prohibida; únicamente no se castiga, pero por regla general no tiene por qué ser tolerada por quien es víctima de una conducta antijurídica. Ahora bien, una acción típica, antijurídica y culpable es por lo general punible. Pero excepcionalmente, es decir en algunos preceptos penales concretos, han de añadirse aún otros presupuestos de punibilidad para desencadenar la punibilidad. Tales presupuestos son las llamadas **condiciones objetivas de punibilidad y la ausencia de causas de exclusión de punibilidad**. Una condición objetiva de punibilidad es p.ej. la garantía de la reciprocidad en la protección penal de representantes y símbolos extranjeros, y una causa de exclusión de la punibilidad es p.ej. la indemnidad en caso de injurias parlamentarias. La falta de garantía de la reciprocidad no modifica en nada el hecho de que p. ej., los daños producidos en signos de la soberanía extranjera son típicos, antijurídicos o culpables; únicamente quedan sin castigo. E igualmente el insulto de un diputado a otro es también una injuria típica, antijurídica y culpable aunque tenga lugar en el parlamento (alemán) sólo que no puede ser penada. (En el derecho Penal Alemán). (Roxín. p. 195, 196)

La imputación personal (culpabilidad), en palabras de Villavicencio Terreros²⁰, se orienta, por un lado, desde la óptica del Estado, en los fines preventivos de la pena (no se pretende un libre albedrío indemostrable empíricamente, sino un concepto de libertad, no en un sentido abstracto, sino una especial ubicación del sujeto frente al cúmulo de condicionamientos) , y por otro lado, desde la óptica del individuo, siendo necesario apreciar la situación de desventaja que éste tiene frente al Estado. Para este fin, la imputación personal evalúa un conjunto de aspectos relativos al: imputabilidad (excluida por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, alteración de la percepción), probabilidad de conciencia de la antijuridicidad (excluida por situación de error de prohibición) y exigibilidad de otra conducta (excluida por una situación de miedo insuperable, obediencia jerárquica, etc).

²⁰ Felipe Villavicencio Terreros. “Derecho Penal. Parte General”. p. 228

Más adelante estudiaremos metodológicamente todos los elementos o categorías integrantes del delito, prescindiendo de la opinión de algunos autores como Jakobs, Bacigalupo o Juan Bustos que consideran que la tipicidad y no la acción es el primer elemento del delito. Así Bustos considera que “dentro del tipo penal, la acción es un elemento sin duda importante, pero un elemento más. El tipo penal constituye una selección valorativa abstracta definida por el legislador” (op.cit. p. 785). También, para Santiago Mir, el delito como un hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable “tiene dos partes. La primera, la antijuridicidad penal, exige la tipicidad penal y la ausencia de causas de justificación. La segunda, la imputación personal, requiere que el hecho penalmente antijurídico sea imputable a una infracción personal de la norma primaria por parte de un sujeto penalmente responsable. Por lo demás, al requerir que la antijuridicidad sea penal y que la misma sea imputable a un sujeto penalmente responsable, se hace innecesario añadir a la definición propuesta una nota independiente de “punibilidad” (Mir Puig. op. cit. p. 147).

Creemos que no es momento todavía, de aclarar algunos aspectos doctrinales de los autores con respecto a los elementos o categorías del delito, por ahora, simplemente vamos a estudiar la evolución doctrinal de la teoría del delito: el sistema causalista, finalista, funcionalista, las últimas posiciones doctrinarias al respecto, incluyendo el sistema propuesto por Zaffaroni y el sistema garantista de Ferrajoli, toda vez que, no cabe duda, en palabras de Muñoz Conde, “*en la medida en que el sistema de la teoría del delito constituye un riquísimo caudal ordenador de los criterios y argumentaciones que se pueden utilizar en la decisión y solución de los casos jurídicos-penales, será para el penalista un instrumento indispensable para el estudio, interpretación y crítica del Derecho Penal*” (Muñoz Conde. op.cit. p. 207).

Anotemos, en este contexto, lo dicho por Zaffaroni, en el sentido de que el esquema general de casi todas las teorías del delito es estratificado, o sea, que va del *género* (conducta, acción, acto) a los *caracteres específicos* (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) con prelación lógica y sentido práctico.²¹ A este esquema doctrinal el penalista argentino hace cuestionamientos políticos serios, manifestando que la objeción que tiene mucha mayor importancia es la que observa que la dogmática jurídico-penal y, en particular, la teoría del delito, no ha cumplido sus promesas de proveer seguridad y previsibilidad en las decisiones, puesto que puede afirmarse que a) *la dogmática facilitó la racionalización del poder punitivo y no cuestionó su función*, como también que b) *la pluralidad de teorías que admite en su seno permite sostener soluciones dispares y por ende, proceder en forma arbitraria*. (Zaffaroni, Manual, p. 286) Y por ello el autor se pregunta “si una metodología que ha permitido la racionalización del poder punitivo puede ser útil para su contención, a la hora de replantear el derecho penal liberal desde una teoría agnóstica de la pena” (ídem).

3.-PRESUPUESTOS BASICOS DE UNA TEORIA PENAL DE CARÁCTER POLITICO CRIMINAL EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO, SEGÚN JUAN BUSTOS RAMIREZ.-

El profesor chileno Dr. Juan Bustos Ramírez, recientemente fallecido, escribió que una posición política criminal conduce necesariamente a distinguir tres teorías diferentes: la del delito, la del sujeto responsable y la de la determinación de la pena. Esbozaremos sucintamente sus criterios dogmáticos al respecto, por su importancia en el estado actual de la doctrina jurídico-penal:

²¹ Eugenio Raúl Zaffaroni. “Manual de Derecho Penal. Parte General” p. 285

1.-**La teoría del delito.**- Según Bustos, es el bien jurídico el que está en la base de la teoría del delito y no la acción; ésta es sólo un elemento objetivo, importante, pero sólo un elemento objetivo más del tipo, a través de la cual se singulariza una vinculación entre los sujetos. Lo importante son los procesos valorativos fundamentados desde el bien jurídico. El tipo legal contiene la descripción de un ámbito situacional de comunicación social, esto es, sean de acción u omisión, dolosos o culposos, que tienen capacidad de entrar en conflicto con el bien jurídico protegido por la norma. La tipicidad es el resultado de un proceso valorativo de *atribución* de un ámbito situacional concreto a un tipo legal abstracto y genérico; el juicio de atribución implica la determinación de la tipicidad.

Para Bustos la antijuridicidad consiste en dos procesos: En primer lugar, habría un proceso valorativo en que se ha de determinar si es posible imputar objetivamente la afectación al ámbito situacional de comunicación social que es la tipicidad. En segundo lugar, es necesario considerar un aspecto negativo, esto es, que no existan causas de justificación, es decir, que en el propio ordenamiento jurídico no se den normas permisivas en relación a esa afectación del bien jurídico.

En resumen, la teoría del delito se construye a partir de una finalidad político-criminal de protección de bienes jurídicos.

2.- **La teoría del sujeto responsable.**- En la concepción de Bustos, esta teoría tiene un sesgo político-jurídico y se trata del reconocimiento de la autonomía ética de la persona, esto es que la persona no está sometida al tutelaje del Estado, sino que es autónoma frente a él y más allá de eso, que aquél es una construcción al servicio de ella y no al revés. Por tanto la persona responde frente a otro, es decir tiene responsabilidad; otro le puede exigir una respuesta. Luego, responsabilidad es igual a exigibilidad. El Estado tiene capacidad para exigir una respuesta determinada a una persona, por lo que, la responsabilidad en cuanto exigibilidad, implica *exigibilidad sistémica* o exigibilidad desde el sistema, esto es el sistema está en condiciones de exigir una respuesta a un determinado sujeto, pero ésta no puede vulnerar el principio de igualdad.

La exigibilidad sistémica es un planteamiento político-criminal que pone el acento en el Estado y en su capacidad para exigir respuestas a ciertas y determinadas personas que el propio Estado declara inimputables, reconociendo su desigualdad. Por eso los conceptos de imputabilidad e inimputabilidad son inapropiados para Bustos, dentro de la culpabilidad, en tanto se fundamenten en una característica del ser y no del sistema que exige determinada respuestas.

La exigibilidad de la conciencia del injusto, significa que se hallan dado las condiciones para unos efectivos procesos de internalización de valores por parte del sujeto; en cambio la exigibilidad de la conducta está significada, en que existan o estén dadas las circunstancias para que a la persona se le pueda exigir un comportamiento determinado. El Estado no podrá exigir como respuesta que la persona actuase con las características de un santo o de un héroe, pues ellas en modo alguno están dadas y entregadas por el sistema.

En opinión de Bustos, la exigibilidad del sujeto se rige por principios completamente diferentes a los del injusto; no es, en consecuencia un elemento de la teoría del delito, lo son de ellas, sólo la tipicidad y la antijuridicidad. La

responsabilidad por sí sola es el fundamento de otra teoría, la del sujeto responsable, y ésta teoría debe partir del individuo en sociedad; la persona responde por su comportamiento, pero lo que interesa es que una persona pueda responder a tareas concretas que le impone el sistema.

3.- **La Teoría de la Determinación de la Pena.**- Según el autor lo importante es la autonomía de la persona humana, la dignidad de ésta, por lo que toda pena ha de ser determinada de modo que no afecte a la persona como tal, como en el caso de la pena de muerte, la tortura y las penas de larga duración. El principio de la indemnidad de la persona es sustancial y en tal virtud, la pena no debe estar en relación con el daño causado. Bustos considera que la determinación de la pena es precisamente lo que va a afectar a una persona y sus derechos y de ahí que aparezca como el aspecto más significativo de la teoría penal. Aunque haya delito y un sujeto responsable puede llegarse a la conclusión en la determinación de la pena de que no ha de aplicarse, ya sea porque siempre va a implicar afectar a la indemnidad de la persona, o bien porque no resulta necesaria.

Como vemos, esta tesis es un poco utópica, ningún país la ha considerado seriamente, tal vez sirva como referente para humanizar más el Derecho Penal moderno minimalista, garantista y constitucional, que hoy tenemos.

4.-LA ESTRUCTURA DEL DELITO Y EL RANGO DE LOS ELEMENTOS DEL MISMO.-

Siguiendo a Reinhart Maurach y Heinz Zipf²² diremos que la doctrina actual tiene plena consciencia de la naturaleza del delito en cuanto concepto complejo (Engisch lo llamó acertadamente “impreso de cuatro colores”) y sobre la construcción escalonada que resulta de aquél. En todo caso, existen diversos métodos para su construcción. Ellos, según estos autores, se diferencian, en primer término, en la cuestión de si es el *hecho* o el *autor* lo que constituye la base del sistema; luego, en la pregunta por los elementos materiales del *ilícito*, por una parte, y de la *culpabilidad*, por la otra.

Escriben los autores alemanes en referencia, que los sistemas teóricos antiguos ponían en primer plano la distinción entre el *sujeto* y el *objeto* del delito. El sujeto es el autor; el objeto es la acción por él cometida. Dichos sistemas examinan, en primer término, la idoneidad del sujeto del delito. Con ello, para tales sistemas se hace forzoso tomar a la teoría de la imputabilidad como base del sistema: sólo es capaz de actuar un autor imputable. La exposición sobre el objeto del delito aparece recién con el debate sobre la calidad del autor: el objeto está constituido por el ilícito típico. El final está compuesto, en general, por el tratamiento del dolo y la culpa en cuanto *clases de culpabilidad*.

Para ellos, una sistemática como ésta supone que la pena sea el único arma del derecho penal. Si los incapaces de culpabilidad (inimputables) quedan fuera del alcance del derecho penal, es posible equiparar la capacidad de acción y la imputabilidad. Sin embargo, en opinión de estos autores, un sistema como éste fracasa cuando el derecho penal somete también al autor inimputable por medio de las medidas de seguridad. Por ello, no es una mera casualidad que los sistemas teóricos de este tipo sólo jugaran un papel importante en el pasado, en el que el derecho de medidas de corrección y seguridad no contaba con un campo de acción.

²² Reinhart Maurach y Heinz Zipf. *Derecho penal. Parte General.* p. 227 y stges.

A diferencia de ellos, los sistemas teóricos contemporáneos, siguen el camino contrario (sobre la base de la estructura del delito de Beling). El fundamento del delito está constituido por la acción. En este sentido, es capaz de cometer una acción toda persona, sin consideración de su capacidad de imputabilidad; de tal modo, ésta pasa de ser un presupuesto de la acción a uno de la culpabilidad. Para el Derecho penal, sólo es relevante una acción que sea antijurídica y típica. La constatación de la concurrencia de estos presupuestos agota el *juicio sobre el hecho*. La teoría de la culpabilidad que sigue a continuación, investiga si el *autor* puede ser personalmente responsable por su conducta desvalorativa. Sólo en este caso cabe estimar que la acción ha sido cometida *culpablemente*, dando lugar al efecto de la pena. Por el contrario, acciones cometidas inculpablemente por un autor peligroso inimputable pueden dar lugar a medidas de seguridad.

Expresan estos tratadistas, que los sistemas teóricos efectúan una segunda distinción, independiente de la clasificación nombrada, esta vez según el *contenido* que dan a los elementos que determinan los juicios sobre el hecho y el autor. La discusión de *estas* cuestiones constituye el centro de atención en la actualidad. En ellas se trata la pregunta por la así llamada diferenciación subjetivo-objetiva de los elementos de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En esta materia, se pueden distinguir esencialmente tres concepciones básicas diferentes. La más antigua, que se retrotrae a Beling y fue posteriormente sostenida por H. Mayer, incluye en el tipo de ilícito todo el acontecimiento objetivo (externo), mientras todo lo subjetivo (lo psicológico) pertenece al campo de la culpabilidad. La segunda posición, frecuentemente sostenida en la actualidad, se encuentra especialmente en el sistema teórico de Mezger. Ella relaja la rígida diferenciación entre ilícito “exclusivamente-objetivo” y culpabilidad “exclusivamente subjetiva”. Se reconoce, por una parte, que tanto el tipo, como la antijuridicidad pueden ser determinados, caracterizados o excluidos mediante ciertas y determinadas aspiraciones o nociones psíquicas (es decir *subjetivas*) del autor (los llamados elementos subjetivos del ilícito y elementos de justificación) y por la otra, que el juicio de culpabilidad “psicológico” primario puede ser influido por ciertas circunstancias objetivas (“elementos de culpabilidad concebidos objetivamente”). Una tercera corriente doctrinaria, actualmente dominante, rechaza absolutamente la distinción entre el carácter *objetivo* del ilícito y la naturaleza *subjetiva* de la culpabilidad. Para esta corriente sólo es relevante la distinción entre *objeto de valoración* (el tipo de ilícito) y *juicio de valoración* (la culpabilidad). Ella reconoce que la voluntad del autor, en cuanto elemento subjetivo (“final”) del delito, es necesaria al momento de caracterizar la acción ilícita; la voluntad, en cuanto factor de configuración de la acción, es objeto de valoración juntamente con ésta, mientras la culpabilidad aparece como un juicio valorativo puro, liberado de toda carga psicológica-actual. (Maurach, 228 y 229).

5.-EL SISTEMA CAUSALISTA DEL DELITO.-

En este sistema se distinguen dos fases: la una se inicia a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX como consecuencia del enfoque científico naturalista de la metodología jurídico-penal. Después, desde comienzos del siglo XX hasta 1939, más o menos, se inicia una segunda versión “valorativa” de raíz neokantiana.

- a) Concepto causal naturalista (CONCEPCIÓN CLASICA DEL DELITO).

En opinión de Jescheck el concepto clásico de delito fue un producto del pensamiento jurídico característico del **positivismo científico**, entendiéndose como tal, una concepción estrictamente limitada al Derecho positivo y a su interpretación, que pretendió abordar todos los problemas del Derecho con la sola ayuda de los conceptos jurídicos, excluyendo en lo posible de la dogmática jurídica las valoraciones filosóficas, los conocimientos psicológicos y la realidad sociológica. Por esta vía se obtuvo una imagen extremadamente *formal* de las características del comportamiento humano que debían contemplarse en la estructura del concepto de delito. Se distinguió entre la acción entendida de forma naturalística, el tipo concebido objetivo-descriptivamente, la esfera de la antijuridicidad delimitada objetivo-normativamente y la culpabilidad entendida subjetivo-descriptivamente. En estrecha conexión con el carácter objetivo-formal de este concepto de delito se halla, sin duda, la *idea de Estado de Derecho* que se materializó en la búsqueda de seguridad y calculabilidad del Derecho, a realizar mediante la vinculación del juez a conceptos sistemáticos sencillos y comprobables. Tal planteamiento servía de contrapeso a las exigencias de prevención especial postuladas por la Escuela moderna, patrocinadas por el mismo von Liszt junto a la dogmática clásica. Así el sistema jurídico penal clásico presentaba una característica imagen bipolar: por una parte, debía garantizar mediante el objetivismo y el formalismo de los presupuestos de la pena un máximo de seguridad jurídica; por otra parte, pretendía alcanzar, por la vía de un sistema sancionatorio orientado hacia el delincuente, un máximo de eficacia.²³

En este sistema se comienza a utilizar el método analítico del positivismo científico, donde se distingue y se identifica claramente los elementos generales del delito buscando en cada uno de ellos su base empírico-descriptivo, diferenciando las características objetivas de las subjetivas. No debemos olvidar que el causalismo naturalista se le identifica por su sencillez y claridad expositiva. Se buscaba reconducir al sistema del Derecho Penal a componentes de la realidad mensurables y empíricamente verificables. Dichos criterios sólo pueden ser, o factores objetivos del mundo externo, o procesos subjetivos y psíquicos. Por eso, se planteaba una división en este sistema, de una teoría del delito que comprendía elementos objetivos y subjetivos.²⁴

El sistema clásico (1881-1915) tuvo como marco teórico el apogeo del positivismo naturalista, que indiscutiblemente se destacó a partir de factores políticos y científicos.

El origen inmediato de la moderna evolución del delito puede colocarse en el año 1881 impulsado por Franz von Liszt, quien con su Programa de Marburgo traslada a la ciencia penal los métodos propios de las ciencias empíricas, haciendo derivar su concepto de delito a partir de la definición legal de la época, que lo concebía como “la acción sancionada por la ley”, siendo los contenidos de la ley penal el objeto de estudio de la dogmática.

²³ Jescheck op. cit. p.275 y 276

²⁴ Felipe Villavicencio Terreros. op. cit. p. 235

Reseña Sergio Medida Peñaloza²⁵ que el método empleado por von Liszt como manifestación del positivismo jurídico, se caracterizó en términos generales por lo siguiente:

- a) Rechazó acudir a la filosofía en el estudio “científico” del delito.
- b) Excluyó cualquier juicio de valor en el estudio del tipo.
- c) Adoptó la observación externa formal de los objetos de conocimiento (delito)
- d) Estableció la visión analítica del delito, con una separación perfecta entre elementos.
- e) No pretendió formular una explicación del delito que aprehenda su esencia, sino una mera descripción de sus características (parte interna: culpabilidad; parte externa: antijuridicidad).
- f) La ley de la causalidad como parte del delito, no conoce excepciones que permitan afirmar el libre albedrío.
- g) La acción naturalística no abarca a la omisión, cuya esencia no es negativo-naturalística, sino negativo-normativa.
- h) La antijuridicidad constituye no un juicio valorativo, sino una expresión lógica de la contrariedad del hecho con el ordenamiento, sin tener cabida elementos subjetivos; por ejemplo, el examen de la paciente por el ginecólogo sería siempre antijurídico, independientemente de la finalidad terapéutica que guíe al agente

Liszt concibió al delito, en su primer elemento, como una acción humana. La “acción” es un movimiento corporal voluntario que produce un cambio en el mundo exterior, donde la voluntad sólo aparece como un factor causal que desencadena el movimiento corporal. Si la voluntad ha sido causante de una acción, es importante saber: por una parte, la existencia de un movimiento y su consecuente resultado y, por otra, que tal movimiento sea causado por la voluntad o producto de ésta. En la concepción de Liszt todavía no aparece el tipo penal. Para este autor el delito es una suma de relaciones causales o “acción”, compuesta a su vez de la voluntad, un movimiento corporal y un resultado, antijurídico y culpable sancionado por las leyes penales y por ello amenazado con una pena.

Pero es Ernest Beling, quien elabora su construcción dogmática del delito al amparo del concepto causal-mecánico de la acción. El “*tatbestand*” o *tipo* ingresa al ámbito del Derecho Penal gracias a Beling, toda vez que este autor le asigna al tipo penal la función de describir en abstracto los elementos materiales necesarios que caracterizan al delito, al que define como la acción típica y antijurídica subordinable a una sanción penal adecuada y que cumple las condiciones de penalidad.

Indica Medina Peñalosa, en su importante trabajo, que hacia 1906 la teoría del delito de Beling alcanza el punto culminante de la dirección analítica al descubrir la tipicidad (adecuación de la conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto) y enfatizar, como notas esenciales que acompañan su pensamiento, que existe total independencia y completa separación entre los distintos elementos del delito; aunado a ello sostuvo la tesis de que todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad, siendo los restantes elementos de índole objetiva. Por ende concibe la acción como una conducta

²⁵ Sergio Mediana Peñaloza. “Teoría del Delito. Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva” p.71

humana voluntaria, pero el contenido de la voluntad no pertenece a ella, sino a la culpabilidad. (Medina.op.cit. p. 75).

Y así nace el “sistema Liszt-Beling” en el que se distinguen los cuatro elementos del delito, concebidos, en resumen, de la siguiente manera:

La *acción* en el sistema clásico, es concebida como un proceso de relación causal, mediante la transformación del mundo exterior (fundamentalmente objetivo) a través de un movimiento corporal voluntario; provocando así un resultado. Estableciéndose entre el primero y el segundo un nexo generador de un proceso causal que desembocaba en un resultado. Concepción plenamente acorde con los postulados del naturalismo. Los elementos de tipicidad y antijuridicidad eran concebidos de forma exclusivamente objetiva. La *tipicidad* era entendida como la mera descripción objetiva de un determinado proceso causal que tenía su origen en una acción física que desembocaba en un determinado resultado. De tal modo que quedan fuera del tipo y pertenecen a la culpabilidad todas las circunstancias subjetivas o internas del delito, por ejemplo: intenciones, “a sabiendas”, propósitos, finalidades. Al igual que la tipicidad la *antijuridicidad* era entendida única y exclusivamente desde el plano objetivo, como contradicción entre hecho y norma; es decir, se convertía en una mera especificación valorativa de una acción típica previa, motivo por el cual había sido incluida en el código penal. En cuanto a la *culpabilidad*, ésta aportaba el contenido subjetivo en la teoría del delito. Al igual que la acción, se hablaba de un nexo causal material entre el movimiento y el resultado, la culpabilidad es la relación o el nexo psicológico, no material, entre el autor y el hecho, a partir del presupuesto de imputabilidad de dicho autor y al definir *dos formas* de distinta relevancia en la culpabilidad: *el dolo y la culpa*. En el supuesto de dolo el nexo psíquico que une al autor con el hecho es la voluntad o incluso intención, ya que el sujeto conoce y quiere realizar el hecho; mientras que en el caso de la culpa resultaba más complicado ese nexo psíquico, ya que el sujeto no quiso realizar el resultado²⁶.

Por ello, afirma Fernando Velásquez, que esta sistemática clásica del delito pretendió excluir todo tipo de valoración del campo jurídico, al reducir el delito a un agregado de dos relaciones o nexos: una *causal* (el injusto: lo objetivo) y otra *psicológica* (la culpabilidad: lo subjetivo); una concepción que, a decir verdad, reconocía todos los elementos del delito y los ordenaba de manera razonable, coherente, acorde con la concepción naturalista de la ciencia y de la técnica propia de la época, según la cual cualquier objeto equiparable a una máquina perfectamente construida era susceptible de ser compuesto con base en distintos elementos.²⁷

Certeramente Roxín enseña que el sistema “clásico”, de Liszt y Beling, que se convirtió en dominante a principios del siglo XX, se basaba en la hipótesis de que injusto y culpabilidad se comportan entre sí como la parte externa y la interna del delito, por lo que todos los requisitos objetivos del hecho punible pertenecían al tipo y a la antijuridicidad, mientras que la culpabilidad se concebía como el compendio de todos los elementos subjetivos del delito, por lo que el dolo se consideraba desde la perspectiva de esa teoría como forma de la culpabilidad²⁸

b) MODELO NEOKANTIANO (CONCEPTO NEOCLASICO DEL DELITO) (1907-1940)

Las elaboraciones del sistema clásico del delito fueron sometidas a profundo examen y revisión y se le dio un nuevo contenido al esquema gracias a la crítica adelantada contra el positivismo, que había pretendido erradicar el pensar filosófico; ello fue posible, anota Velásquez, con el auge del neokantismo, corriente que, como se recordará, hacia los años veinte del siglo

²⁶ Miguel Ángel Aguilar López op.cit. paginas. 9 y 10

²⁷ Fernando Velásquez V. “Manual de Derecho penal. Parte general”. p. 219.

²⁸ Roxín, op.cit. p 198

XX postuló la necesidad de erigir un método adecuado para las ciencias del espíritu, acorde al comprender y al valorar, e introdujo una orientación metodológica subjetivista para la que *el conocimiento estaba determinado por las categorías “a priori” de la mente del sujeto*: el sujeto (método) determina el objeto (conocimiento).²⁹

Así, Influenciados por la filosofía neokantiana fueron H. A. Fischer y Hegler que descubrieron la existencia de elementos subjetivos del injusto; se reconoció que el injusto no es explicable en todos los casos sólo por elementos puramente objetivos y que, a la inversa, la culpabilidad tampoco se basa exclusivamente en elementos subjetivos. Así por ejemplo, opina Roxín, el tipo del hurto requiere algo más que la sustracción –objetiva- de una cosa mueble ajena, que en cuanto privación o desposesión temporal de la cosa es por regla general jurídicopenalmente irrelevante; sin el elemento anímico-interno del ánimo de apropiación no se puede abarcar adecuadamente el modelo del hecho del hurto y el injusto del mismo. Mezger en su “Tratado” pudo concebir el concepto de delito neoclásico, que mantiene en principio la separación entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva y afirma el dolo como forma de culpabilidad, pero a criterio de Roxín, “tuvo que reconocer ciertas excepciones y buscar por ello otra explicación distinta para diferenciar injusto y culpabilidad. Dicha diferencia se halló – y ello supone una evolución fundamental- en la distinta forma de valoración: Al afirmar la presencia de injusto se valora el hecho desde el punto de vista de su dañosidad social, y al constatar la culpabilidad se lo valora desde el punto de vista de la reprochabilidad. El entendimiento de la culpabilidad como “reprochabilidad” es lo que caracteriza al denominado concepto normativo de culpabilidad, que se ha impuesto de modo general y solamente en los últimos tiempos está siendo sometido a modificación y ulterior desarrollo”³⁰

En todo este desarrollo dogmático jugaron un papel fundamental, además de Mezger, Mayer, Hegler, Saucer, Kart Binding, Reinhart Frank, James Goldschmidt, Freudenthal, von Weber, y los teóricos de la Universidad de Kiel. Ellos recibieron el influjo de la filosofía neokantiana. Utilizaron la metodología subjetivista y el relativismo valorativo sosteniendo que el conocimiento científico propios de la ciencia de la naturaleza o del espíritu se haya condicionado por categorías a priori de la mente del sujeto, de modo que los valores no provienen del objeto sino del método. Todos ellos estudiaron los elementos subjetivos del injusto, afirmando también el carácter valorativo de la antijuridicidad.

Así Max Ernest Mayer, pone en duda la independencia de los componentes del delito, cuando precisa en 1915, en su tratado de Derecho Penal, que la tipicidad es la ratio cognoscendi de la antijuridicidad, es decir, no se le considera como simple descripción sino que le atribuye un valor indiciario de otras características del delito, en particular respecto de la antijuridicidad. En cambio, en 1931, Edmund Mezger afirmó que la tipicidad es la ratio essendi de la antijuridicidad, pues considera que el delito no es una acción típica, antijurídica y culpable, sino típicamente antijurídica y culpable, lo que permite deducir que la tipicidad no se produce con independencia de la antijuridicidad, sino que aquella se incluye en ésta, ya que los elementos comunes a todo delito son esos tres. Posteriormente Reinhart Frank, en 1943 demuestra la insuficiencia del concepto de culpabilidad como el simple nexa psicológico entre el autor y el resultado, lo cual permite que haya una redefinición de la culpabilidad como “reprochabilidad”, es decir en ella existiría una verdadera valoración, que incluye los siguientes elementos: imputabilidad, dolo y culpa. Frank dice que: “ un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando puede reprochársele haberlo cometido”, opinión que está contenida en su obra “Estructura del concepto de culpabilidad”. Vemos que en la concepción neoclásica el dolo y la culpa siguen ubicados en la culpabilidad como dos formas que esta puede tener.

²⁹ Fernando Velásquez V. “Manual de Derecho penal, parte general” p. 219

³⁰ Ídem p. 199

En definitiva el neokantismo utilizó la *metodología subjetivista* y el *relativismo valorativo* sosteniendo que el conocimiento científico propio de las ciencias de la naturaleza o del espíritu se haya condicionado por categorías a priori de la mente del sujeto, de modo que los valores no provienen del objeto sino del método (Medina, 94) . Y todo ello porque el sistema neoclásico, según Roxín, estaba basado predominantemente en la filosofía de los valores neokantiano, muy influyente en las primeras décadas del siglo XX, y que apartándose del naturalismo, quiso devolverles un fundamento autónomo a las ciencias del espíritu, considerando que su peculiaridad consiste en que se debe referir la realidad a determinados valores supremos en los que se basan las respectivas disciplinas, configurarla y delimitarla mediante los mismos y sistematizarla desde el punto de vista de dichos valores. Partiendo de esta perspectiva es consecuente interpretar el injusto y la culpabilidad, dice Roxín, desde los criterios valorativos de la dañosidad o nocividad social y de la reprochabilidad, como también ocurre hasta hoy de modo importante a efectos prácticos en la mayoría de los proyectos sistemáticos. (Roxín, 200,201)

El sistema causal valorativo aplicó ideas neokantianas valorativas sobre un sistema positivista naturalista del delito de manera que lo valorativo recorría y vinculaba a todos los elementos del delito (lo injusto es objetivo, valorativo y excepcionalmente subjetivo; la culpabilidad es subjetiva, pero también valorativa). La filosofía neokantiana buscaba reemplazar el positivismo científico por un positivismo teleológico referido a valores. Por ello, se rescata y se transforma al sistema clásico, buscando referirse a los valores presentes en cada elemento general del delito, que no ha sido tomado en cuenta en el sistema anterior. El sistema anterior presentaba a los elementos naturales del delito sólo como exigencias sistemáticas. Este sistema es un enfoque normativo-valorativo, donde ya no tiene importancia la diferenciación entre elementos subjetivos y objetivos que se entrecruzan. En conclusión, se buscaba referir la realidad a determinados valores supremos, sobre la base de los cuales, determinados elementos generales del delito resultaban sistematizados desde el punto de vista de dichos valores.³¹

En concepto de Juan Bustos, el delito en este sistema, tiene un carácter objetivo valorativo (el injusto) y otro de carácter subjetivo valorativo (la culpabilidad), luego la característica común es la pertenencia al *mundo del valor* (en el sentido de las ciencias valorativas). Por ello, se puede afirmar que el concepto neoclásico supone una crítica a la sistemática clásica y una propuesta de reforma a ésta, al concebir el injusto de forma predominantemente objetiva y la culpabilidad como un elemento subjetivo referido a lo normativo³².

6.-¿QUE ES EL SISTEMA FINALISTA DEL DELITO?

Un vuelco total a la concepción anterior – señala Fernando Velásquez- solo fue posible en el período de la postguerra –una vez derrotados los extravíos del nacionalsocialismo también en el ámbito del derecho penal-, gracias a la labor de Hans Welzel, que con base en estudios comenzados al final del decenio del año veinte del pasado siglo, quiso erigir de nuevo el ser real de la acción humana en el concepto central de la teoría del delito, concibiéndola desde un punto de vista ontológico, al estilo aristotélico. “Dos factores –como ya se indicó-, igualmente, explican este viraje metódico: uno científico, derivado del hecho de que este pensador planteaba en sus escritos filosóficos un paso del subjetivismo al objetivismo y –por ende- que era el objeto del conocimiento el que determinaba al sujeto y no al contrario, como postulaban

³¹ Villavicencio Terreros. op. cit. p. 238

³² Cfr. Fernando Velasquez V. “Manual de Derecho penal, parte general”. p. 222.

los neokantianos, a quienes acusaban de malinterpretar la doctrina del gran pensador de Konigsberg. Y, coetáneamente, la afirmación, con base a las premisas del iusnaturalismo, de la existencia de “verdades eternas” y de “estructuras lógico-objetivas” que tenían que ser respetadas por el legislador (el concepto final de acción y la culpabilidad como *reprochabilidad*)³³

Jescheck considera que el sistema finalista vino determinado por el paso de la tajante separación entre mundo real y Derecho, propia del neokantismo, a la realidad del ser social. Por eso se esforzó en elaborar las “estructuras lógico-objetivas” previas a toda regulación jurídica y en edificar el Derecho sobre la base de la “naturaleza de las cosas” según Welzel. De este modo, según el autor alemán, la teoría de la estructura final de la acción humana se apoyó de forma inmediata en observaciones de la moderna psicología sobre el comportamiento de los actos psíquicos. Incluso para el conociendo de los valores acudió la nueva teoría a lo que precede a la existencia humana: “el deber ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del actuar ético-social y la concordancia de los órdenes ético-sociales” (según Welzel). Unido a la superación del neutralismo valorativo se hallaba el intento de una verdadera fundamentación ético-social del Derecho Penal, que encontró plasmación en la concepción personal de la antijuridicidad, en el postulado de la responsabilidad del hombre por la objetiva corrección de sus decisiones voluntarias y en el redescubrimiento del pensamiento retribucionista como sentido de la pena.³⁴

Expresado en palabras del penalista alemán Claus Roxín, la teoría final de la acción, que constituye la parte preponderante del finalismo, se basa filosóficamente en teorías ontológico-fenomenológicas, que intentaban poner de relieve determinadas leyes estructurales del ser humano y convertirlas en el fundamento de las ciencias que se ocupan del hombre. Para dicha concepción, dice el autor, es lógico colocar un concepto básico antropológico y prejurídico como el de la acción humana en el centro de la teoría general del delito y construir a partir de la constitución ontológica de la acción un sistema, que le conviene previamente dado al legislador, de estructuras (denominadas por Welzel) lógico-reales (o lógico-objetivas), sistema que en opinión de sus defensores también le debe proporcionar a la dogmática jurídico-penal perspectivas permanentes e incommovibles.³⁵

El concepto de delito del finalismo, en la opinión de Jescheck, respondió en lo metodológico al abandono del pensamiento logicista y abstracto propio de época precedente. Welzel que elaboró en varias etapas desde principios de los años 30 este sistema, quiso erigir de nuevo el ser real de la acción humana en concepto central de la teoría del delito, desde un punto de vista ontológico. Como dice Santiago Mir Puig, el finalismo parte de la existencia de ciertas “estructuras lógico-objetivas” que pertenecen a la “naturaleza de las cosas” y el legislador y la ciencia no pueden sino respetar; la acción humana guiada por una finalidad, es para Welzel una de esas estructuras ontológicas. Por consiguiente, dice Mir Puig en su obra que siempre hemos comentado, la ley y la construcción dogmática del delito deben partir de ese concepto, y no es admisible sustraer al hecho en ningún momento la intención que lo preside. Si la antijuridicidad es un juicio sobre *el hecho*, dependerá, pues, no sólo de sus elementos objetivos, sino también, de forma esencial, del elemento subjetivo de la finalidad. Así, en los delitos dolosos, el dolo ha de considerarse componente esencial del injusto, y no de la culpabilidad. El “desvalor del resultado”(la objetiva causación de una lesión) sólo importa en cuanto obra de una conducta final, es decir, dentro del “desvalor de la acción” (concebida finalmente), siendo ésta, a criterio de Mir, la consecuencia más importante del concepto final de acción, que es la esencia del sistema finalista creado por Welzel.

³³ Fernando Velásquez V. “Manual de Derecho penal, parte general”. p. 222

³⁴ Hans Heinrich Jescheck . op.cit. p. 283

³⁵ Roxín. op.cit. p. 201

La médula del nuevo sistema es éste: ante el concepto causal de acción, Hans Welzel esgrimió el concepto finalista, y dijo: “Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer “final”, no solamente “causal”. La “finalidad” o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante casual de los componentes causales existentes en cada caso”³⁶

El mismo Welzel asegura en su magna obra que la finalidad es “vidente”, en cambio la causalidad “ciega” y pone el siguiente ejemplo: Cuando el rayo electrocuta a un hombre que trabaja en el campo, el acontecer se basa en que entre el hombre y la nube se originó la máxima tensión eléctrica, que llevó a la descarga. Esta tensión pudo haberse originado también exactamente igual entre otro objeto de cierta altura y la nube. Que fuera justamente el hombre estaba por cierto condicionado causalmente en la cadena infinita del acontecer, pero el acontecer no estaba dirigido finalmente a ello. Totalmente diferente en las acciones humanas: quien quiere asesinar a otro elige, conscientemente para ello, los factores causales y los dispone de tal modo que alcancen el fin previamente determinado. Aquí la constelación causal se ha ordenado para la consecución del fin: compra del arma, averiguación de la oportunidad, ponerse al acecho, disparar al objetivo; todos éstos son actos dirigidos a un fin, que están sujetos a un plan de conjunto.(Welzel, 40) De lo cual se determina que el legislador no puede prohibir causaciones de resultados, sino acciones finales, dirigidos por la voluntad, porque, como dice Welzel, “Ninguna norma, ni moral ni jurídica, puede preceptuar a las mujeres que den a luz hijos viables a los seis meses, en lugar de a los nueve, como no pueden tampoco prohibir a un aviador que si se precipita contra el suelo, no traspase la velocidad de 30 Km. por hora...”³⁷

Siguiendo a Juan Bustos, diremos que para el sistema finalista, sus primeros principios fundamentales son que el delito es acción, pero no causal sino final, lo que significa que el actuar humano se determina *desde* el fin perseguido por el autor sobre la base de su experiencia causal. Con este planteamiento la categoría de la causalidad quedaría *integrada* no sumada como en el causalismo valorativo dentro de la tipicidad.

En suma, a) la tipicidad tiene un aspecto objetivo, descriptivo y valorativo (del proceso causal) y un aspecto subjetivo (que recoge valorativamente el proceso desde el fin). Por ello dolo y culpa pertenecen a la tipicidad. b) la antijuridicidad es objetiva y valorativa, pero todas las causas de justificación contienen elementos subjetivos (conocimiento e *intención*). Para los finalistas, el injusto es un ámbito integrado de diferentes caracteres, pero en el que el elemento común es lo subjetivo. c) La culpabilidad es reprochabilidad (proceso valorativo) de la capacidad de motivación, esto es, de la capacidad de actuar de otra manera, esto es, conforme a la norma y a pesar de ello actuar en contra de ella (aspecto subjetivo). Luego los elementos de culpabilidad son sólo la imputabilidad y la conciencia del injusto. Para los finalistas la exigibilidad

³⁶ Hans Welzel. “Derecho Penal Alemán” p. 39 y 40

³⁷ Hans Welzel. “Introducción a la Filosofía del Derecho”. p. 257

de la conducta por principio no puede ser elemento de la culpabilidad, pues el sujeto podía actuar de otra manera. Luego, en esas situaciones extremas todo lo más habría una dispensa estatal. Así, por ejemplo, el que estaba sujeto a un madero en vez de echar al otro de él, pues en caso contrario se ahogaban ambos, podía no haberlo hecho, esto es, podía elegir entre ser héroe o santo. En definitiva, para los finalistas, dentro de sus procesos de integración prima siempre lo subjetivo valorado éticamente. Por eso, consecuentemente, es para ellos punible la tentativa de delito imposible, pues ya en ello hay una subjetividad desvalorada éticamente que se ha objetivado. (Bustos, pp.627, 628)

En resumen, en la concepción de Medina Peñaloza, filosóficamente el sistema finalista se fundamenta en axiomas que le dan sustento y fuerza, y que son:

- a) El delito deja de ser un fenómeno natural que es producido por una causa y acarrea una consecuencia o resultado, para convertirse en una realidad del ser social, ya que el derecho se edifica sobre la base de la naturaleza real de las cosas.
- b) El concepto clásico del delito fue producto del pensamiento jurídico del positivismo científico, mientras que el finalismo partió de una fundamentación ético-social del Derecho Penal; y con ello, de una concepción ius filosófica, que retomó criterios aportados por el derecho natural, pues, como dice Welzel, “para el conocimiento de los valores recurrió a lo que precede a la existencia humana: el sujeto responsable, el carácter ordenado del actuar ético-social y la concordancia de los órdenes ético-sociales”.
- c) Admite que el concepto del delito debe ser congruente con el fin y los medios del Derecho Penal y no con las causas y efectos (como un fenómeno natural). El fin estriba en la protección de la convivencia en comunidad frente a infracciones graves a la normatividad; mientras que el principal medio de que se sirve es la pena, traducida en la conminación e imposición de un mal estatal, en proporción a la gravedad de la lesión del Derecho, cuyo propósito es el mantenimiento de tal orden jurídico.
- d) Representa el paso del subjetivismo al objetivismo. Como consecuencia el método que sigue el finalismo para estudiar la teoría general del delito se funda en un derecho penal de medios a fines.
- e) Reconoce que para fijar los criterios de punibilidad, la Teoría del delito se debe fundar en la naturaleza de la acción perpetrada, y no en la personalidad del delincuente, en atención a que la imposición de la pena debe circunscribirse a una responsabilidad del acto y no responsabilidad de autor, que impide que al sujeto se le apliquen criterios de peligrosidad, temibilidad, reincidencia o habitualidad, como resabios de un positivismo que se encuentra en contradicción con los principios del Derecho natural.(Medina, pp. 136 y 137)

Pero vale recordar, que posteriormente, dadas las críticas recibidas en el sentido de que en la omisión no hay finalidad – y por tanto tampoco causalidad- y que en el delito culposos no hay un proceso valorado desde el fin, y que la culpabilidad en todo caso guarda relación directa con el sujeto y no con la acción, según Bustos y toda la doctrina penal, se produce un cambio total en la teoría. Delito es ahora injusto y culpabilidad, al decir de Bustos.

Por ello, en palabras de Bustos Ramírez, el finalismo habría de reconocer estructuras diferentes para la acción y la omisión y a su vez los injustos de acción y omisión pueden ser dolosos o culposos. Con ello vendría a proponer cuatro propuestas metodológicas diferentes: a) para los delitos de acción dolosos; b) para los delitos de acción culposos; c) para los delitos de omisión dolosos y d) para los delitos de omisión culposos. En todo caso, diremos, como precisa Bustos, que el finalismo pudo superar las críticas que se le habían hecho a las propuestas causalistas logrando una mayor precisión conceptual y sistemática. No obstante, se le criticaría su acentuación en la valoración del acto y su tendencia a la eticización y subjetivización del delito al prescindir del resultado, esto es, de la afectación al bien jurídico.

Roxín transcribe que actualmente el concepto final de acción ha perdido ampliamente la gran importancia que antes tuvo. Cree que ya no se discute hoy que tal concepto no es adecuado como elemento base del sistema jurídico-penal, ya que no se acomoda a los delitos de omisión; pues como el omitente no es causal respecto del resultado y por tanto no dirige ningún curso causal, tampoco puede actuar de modo final. Incluso, expone Roxín, en los delitos comisivos es dudoso que el concepto de finalidad les pueda aportar una base común. “En estos casos los finalistas se encuentran en el delito imprudente con dificultades similares a aquellas con los que tropezó el concepto de acción de los hegelianos orientado al delito doloso” puntualiza Roxín, añadiendo que originariamente Welzel había contemplado el hecho con imprudencia inconsciente, en el que las consecuencias no se causan de modo final, sino causal-ciego, como una “forma mísera” de acción humana. En otras palabras la teoría final de la acción de Welzel era inadecuada y ni resolvía los problemas derivados, especialmente en los delitos culposos o imprudentes. Pero, en honradez, Roxín reconoce, que la teoría finalista, a pesar de ser inadecuada como Teoría General de la acción para el Derecho Penal y de haber sido muy sobrevalorada en su utilidad práctica, le debemos agradecer progresos esenciales en la teoría del injusto, sobre todo en haber comprendido que el injusto no se basa sólo –como se había sostenido en el sistema “clásico” del delito- en el resultado típico, sino que es esencialmente co-determinado por el desvalor de acción de la conducta del autor. “Y ello vale, comenta Roxín, no sólo para los delitos dolosos, en lo que lo dicho resulta especialmente evidente por la ordenación del dolo dentro del injusto, sino también para los hechos imprudentes, en los que es co-constitutiva del injusto, no la finalidad ciertamente, pero sí la falta de control de la acción y por tanto un elemento personal.”³⁸

Roxin admite³⁹ que la teoría finalista significó un progreso esencial y significativo respecto del sistema clásico del delito, pues eliminó estos problemas⁴⁰. El finalismo dio a conocer que lo injusto del hecho no depende solamente de elementos objetivos, sino también de la predisposición de un fin (el dolo) del autor. También puso un límite a la expansión del injusto que hasta ese momento se reducía a la causalidad. Asimismo reconoció que la culpabilidad no se puede fundamentar en la relación psicológica entre el hecho y su autor.

En criterio crítico de Zaffaroni, la sistemática finalista culminaba y perfeccionaba la sistemática valorativa que había iniciado el neokantismo, ya que cumplía mucho mejor con la funcionalidad decisoria y facilitaba la selección valorativa. El sistema de Welzel, según el argentino, “era orientado firmemente por una idea de funcionalidad: el poder punitivo se legitimaba porque fortalecía el sentimiento ético mínimo de la sociedad. En los años setenta comenzó a perfilarse un general abandono del concepto finalista de la acción y más aún de la teoría de las estructuras lógico-reales, que si se hubieran llegado

³⁸ Claus Roxín. op.cit. p.240 y sgtes.

³⁹ En conferencia pronunciada en México el 25 de Octubre de 2007. Ver: Claus Roxín, “Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania”. p. 17

⁴⁰ Los clásicos, conforme a su concepción causal-psicológica, consideraban al conocimiento de la antijuridicidad como un componente del dolo (como elemento subjetivo de la culpabilidad).

hasta el plano de las penas y del poder punitivo en general, el funcionalismo ético de la teoría de Welzel hubiese entrado en gravísima crisis”⁴¹

Ha reseñado sucintamente Juan Fernández Carrasquilla⁴² que el finalismo no definió estrictamente o puramente la estructura normativa de la culpabilidad, porque en ella permanecen, de un lado, la imputabilidad, cuya naturaleza de capacidad psíquica (para la valoración de la propia conducta) resulta insoslayable, y, del otro, el “potencial conocimiento del injusto” (que, sea cual sea su presentación, no puede consistir en algo distinto a la captación mental o psíquica del desvalor socio-jurídico de la acción punible, tanto si esa captación o comprensión se exige que sea actual o solamente se la piensa como potencial). El concepto de culpabilidad finalista se mantiene, pues, con un carácter tan mixto (a la vez psicológico y valorativo) como en los neoclásicos, si bien salieron del él, desplazados al tipo de injusto por requerimiento de la estructura final ontológica de la acción, los componentes psicofácticos del dolo y de la culpa naturales. Esta restricción en la naturaleza completamente normativa del juicio de reproche – escribe Fernández, responde en el finalismo sobre todo al fervoroso y empeinado sostenimiento del la “teoría estricta de la culpabilidad”, sin la cual el sentido social de la acción tendría que situarse en el tipo mismo, que entonces no podría aparecer limitado por las estructuras del ser.

7.- EL SISTEMA FUNCIONALISTA DEL DELITO.-

Escribe Esteban Righi⁴³ que el abandono de la defensa de las estructuras *lógico-objetivas* afectó la coherencia del modelo de Welzel, ya que un modelo de teoría del delito orientado por consideraciones de política criminal estableció una nueva tensión entre la armonía del *sistema* y la consideración del *problema* que el jurista enfrenta cuando debe resolver un caso.

El sistema ortodoxo del finalismo impuso la conocida *teoría estricta de la culpabilidad*, según la cual un error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación debe ser considerado error de prohibición, dejando inalterable el dolo, por lo que sólo excluye la culpabilidad cuando es invencible.

Un sistema edificado, sobre *la naturaleza de las cosas* –agrega RIGHI- no podía adjudicar consecuencias iguales a situaciones diversas, por lo que siendo evidente que un error de tipo (el autor no sabe que mata) es más intenso que un error de prohibición (

⁴¹ Eugenio Raúl Zaffaroni y otros. “Derecho Penal. Parte General”. p 36. Por valor histórico es importante concluir que el sistema finalista se basó en dos corrientes filosóficas: el ontologismo fenomenológico y la filosofía epistemológica. El ontologismo fenomenológico, que se propugnó en las décadas de los años 30 hasta los 60 del siglo pasado, establecía que el mundo se organizaba de acuerdo a las finalidades. Welzel precisa que el uso de la palabra “ontológico” no procedía de la Ontología (posterior) de Hartmann y tenía mucho menos que ver con la ontología de la antigua metafísica (precrítica). Además afirmaba que el ámbito ontológico viene a ser el concepto de la acción y sirve de base a la ciencia del Derecho Penal. Dicho concepto no es causal sino final. La filosofía epistemológica que nos lleva a una teoría del conocimiento, entiende que todo fenómeno se logra explicar a través del fin por el cual se orienta. Para Welzel, las “categorías del conocimiento son también categorías del ser, es decir, que no son sólo categorías gnoseológicas, sino (de modo primario) categorías ontológicas. Esto era lo que yo me refería principalmente con la palabra “ontológico”. Cfr. Villavicencio Terreros. op. cit. p. 244

⁴² Juan Fernández Carrasquilla. “Derecho penal fundamental I”. p. 524 y sgte.

⁴³ Esteban Righi. “Derecho Penal, parte general”. p. 123 y sgte.

el autor sabe que mata, pero cree equivocadamente que tiene derecho a hacerlo), debía necesariamente generar consecuencias distintas. Dado que la distinción es esencial no cabía identificar ambos supuestos, por lo mismo que la muerte de un hombre en legítima defensa no podía ser asimilada a matar un mosquito.⁴⁴

Por todo ello no todas las concepciones del finalismo son rechazadas, al viento de los nuevos progresos de la dogmática penal, por lo que se ha llegado a afirmar que la opinión todavía predominante en la dogmática reciente se mueve con sus proyectos sistemáticos dentro del marco prefigurado por el sistema neoclásico y el finalista; sobre todo Roxín, exponente máximo de la nueva tendencia cree que sobre la base de la síntesis neoclásico-finalista se puede distinguir entre injusto y culpabilidad, esgrimiendo que el injusto caracteriza el desvalor de la acción (y en su caso del resultado), y en cambio la culpabilidad el “desvalor de la actitud interna” o el “poder evitar (y consiguiente responsabilidad)” del autor respecto de la realización antijurídica del tipo. El eminente jurista alemán sostiene que el entendimiento material, procedente del sistema neoclásico, del injusto como dañosidad (o nocividad) social y de la culpabilidad como reprochabilidad, que tampoco contradice el sistema finalista, se mantiene en las teorías modernas del delito. Por eso, asegura que frecuentemente también se explica la diferencia entre injusto y culpabilidad afirmando que el injusto expresa un juicio de desvalor sobre el hecho, y en cambio la culpabilidad, un juicio de desvalor sobre el autor. Y esta concepción no ha cambiado en los nuevos aires de la dogmática moderna: el funcionalismo.

Desde 1970 irrumpe Claus Roxín en desarrollar un sistema “racional-final (o teleológico) o “funcional”, del Derecho Penal. Se rechaza el punto de partida del finalismo y se parte de la hipótesis de que la formación del sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.) sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho Penal. Y todo ello, en base a la filosofía jurídica neokantiana y neohegeliana, que había sufrido un detente en la época de entreguerras y en el sistema neoclásico habían tenido un desarrollo insuficiente, como cree Roxín.

El propio Roxín establece que el avance progresivo, consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana de los valores culturales por un criterio de sistematización específica jurídicopenal: las bases políticocriminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Y piensa que hay dos aspectos importantes que dilucidar y que son justamente piezas centrales de esta nueva concepción, y que son:

- 1) la primera es la teoría de la imputación al tipo objetivo. Dice Roxín que mientras que el tipo objetivo –que para el sistema clásico agotaba el contenido del tipo, y al que los proyectos neoclásicos le añadieron sólo los elementos subjetivos del tipo y el finalismo le añadió el dolo- para las tres concepciones sistemáticas en los delitos de resultado quedaba reducido en lo esencial a la mera causalidad, en cambio, el punto de

⁴⁴ Ibidem. p. 124. Righi sostiene que aun admitiendo que son esencialmente errores de prohibición, por considerar que no es plausible aplicarles la escala del delito doloso, *la teoría limitada de la culpabilidad* resolvió estos casos acudiendo a las reglas del error de tipo, sobre la base de que para el derecho penal no hay diferencia entre acciones jurídicamente irrelevantes (matar un mosquito) y acciones jurídicamente permitidas; ya que lo decisivo no es que ambos errores sean esencialmente diversos, sino buscar la mejor solución en función de consideraciones político-criminales.

partida teleológico ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la “realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma”, sustituyendo con ello por primera vez la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas. Esto es lo que se llama la moderna teoría de la imputación objetiva, que veremos posteriormente.

- 2) La segunda innovación central del sistema racional-final o teleológico, lo constituye, según Roxín, la ampliación de la “culpabilidad” a la categoría de la “responsabilidad”, en cuanto que a la culpabilidad como condición ineludible de toda pena se le debe añadir siempre la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la “responsabilidad” personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena. (Roxín, 204)

Es decir, que el movimiento de reforma que se produjo en la ciencia penal alemana, por los años sesenta aproximadamente, creemos fue inspirada en un ideal resocializador que provocó prácticamente el retorno a los postulados de Frank von Liszt. El mismo Roxín, expresó que “el método jurídico tiene que partir de que las concretas categorías del delito –tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político criminal”⁴⁵. De esta manera, la función político criminal del tipo consiste en la realización del principio “nulum crimen sine lege” y de él debe derivarse la estructuración dogmática.

A la luz de las corrientes funcionalistas, el Derecho penal es la forma en que las finalidades político-criminales se trasforman en módulos de vigencia jurídica, de modo que si se estructura la Teoría del delito en ese sentido, desaparecerán las objeciones que se formulan contra la dogmática abstracto conceptual proveniente de los tiempos positivistas, siendo imposible desvincular la construcción dogmática de dicha política criminal (Medina Peñaloza, 97)

Por otro lado, para Günther Jakobs, el funcionalismo en materia penal se concibe como la teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad⁴⁶. Y como el propio Roxín señala, la variante funcionalista de Jakobs, vuelve del revés la concepción de su maestro Welzel, al partir de la base de que conceptos como causalidad, poder, acción, etc., no tienen un contenido prejurídico para el Derecho Penal, sino que sólo se pueden determinar según las necesidades de la regulación jurídica. En ese sentido, Roxín manifiesta que metodológicamente, la especial originalidad de la concepción sistémica de Günther Jakobs, estriba en el hecho de que formula la dogmática jurídicopenal en los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales (sobre todo de Luhmann). Por eso cree este autor que la peculiaridad más discutida del contenido de su teoría del delito consiste en que para él, en concordancia con su teoría del fin de la pena, la culpabilidad queda totalmente absorbida en el concepto de prevención general, o sea que no la considera como algo objetivamente dado, sino que simplemente la “adscribe”

⁴⁵ C. Roxín. “Política Criminal y Sistema de Derecho penal”. Barcelona . 1972. págs.. 40 y sgtes.

⁴⁶ Gunther Jakobs. “Sociedad, norma y persona: Una Teoría de un Derecho Penal funcional”, p. 9

conforme al criterio de lo que es necesario para el “ejercitamiento en la fidelidad al Derecho”, sin tomar en consideración las capacidades del autor.⁴⁷

En este marco conceptual, como indica Medina Peñaloza, el esquema funcionalista sustituye al criterio filosófico de orden ontológico propio del finalismo, por una Teoría de la sociedad (sociología del derecho y Teoría del Derecho) que se estructura en atención a los fines que persigue el Derecho Penal, los que se concretizan en aquellos que pretende la colectividad organizada estatalmente, y ello, porque parte de una concepción de la sociedad a manera de un complejo orgánico armónico, donde cada uno de los miembros que la integran desarrolla una específica función que permite la coherencia del sistema y contribuye al desarrollo dinámico de la misma, manteniendo así su estructura básica, en la medida que el Estado pueda castigar aquellas acciones que presentan cierta lesividad social, de tal forma que el Derecho Penal tiene encomendada la tarea de dirigir su actividad en orden al establecimiento y protección de las condiciones necesarias que posibiliten el mantenimiento de la vida humana en comunidad. Por ello, como piensa Medina, para el funcionalismo, la sociedad es la construcción de un contexto de comunicación que se determina por sus reglas de configuración, es decir, por medio de normas, que tienen el carácter de penales cuando exista una pena impuesta en un procedimiento formal, donde la sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma, con lo que éste afirma la no vigencia de la norma, lo que es irrelevante cuando se le aplica una sanción.

El sistema funcionalista, en la práctica teórica y dogmática, tiene dos vertientes que estudiaremos a continuación, pero vale desde ahora decir que ninguna tiene una opinión dominante dentro de la dogmática jurídicopenal, toda vez que, según el propio Roxín, aún no se ha impuesto un sistema global elaborado sobre esas bases, y con respecto a su tesis (teleológica funcional) se encuentran aún en fase de desarrollo. Sólo diremos, que en el pensamiento estructural-funcionalista podemos distinguir un funcionalismo moderado o racional, que en su elaboración atiende a criterios de política criminal (Roxín), y de un funcionalismo radical que en su elaboración y desarrollo, como veremos luego, atiende a fines de prevención general positiva (Jakobs). También se ha llamado a los funcionalistas como normativistas, porque atienden a la norma penal como máxima categoría científica, dentro del Derecho penal. Por eso, lo que los normativistas llaman teoría general de la imputación tiene por misión determinar a qué persona y bajo qué presupuestos puede castigarse para lograr la estabilización de la norma: ha de castigarse al sujeto que se ha comportado de forma contraria a la norma y culpablemente.

Por tanto, en esta doctrina funcionalista o normativista, como quiera llamársele, los conceptos básicos de la teoría de la imputación jurídico-penal son el comportamiento del sujeto, la infracción de la norma y la culpabilidad.

8.-EL SISTEMA RACIONAL-FINAL O TELEOLOGICO FUNCIONAL DEL DERECHO PENAL SEGÚN CLAUS ROXIN.-

Para Roxín, causalismo y finalismo coinciden, a pesar de todas sus diferencias, en construir el sistema penal con base en datos derivados del Ser (la causalidad o la conducción de la acción). “El sistema de la teoría del delito desarrollado por mí –alega este autor- transita por una vía muy diferente: se fundamenta en la función social, en el fin (la misión) del derecho penal y de la pena, y construye el sistema basándolo en las decisiones valorativas y político-criminales que se ubican detrás de estos fines. Para referirnos a ella, podemos llamarla una construcción sistemática racional-final o funcional. Su idea fundamental es que la estructura del injusto se construye de acuerdo

⁴⁷ Ver, Roxín, op.cit. p. 205

con la función que tiene encomendada el derecho penal; por el contrario, la culpabilidad (a la cual denomino “responsabilidad”), se edifica con base en el fin de la pena...”⁴⁸

El propio Roxín analiza su teoría funcionalista, advirtiendo que es importante determinar cuál es el sistema correcto, pues así se trabaja en un Derecho correcto, y, asegura “se debe partir de la tesis de que un moderno sistema del Derecho Penal, ha de estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas”. Por ello, parte Roxín en creer firmemente que las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal sólo pueden ser de tipo políticocriminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho Penal. Y no está equivocado.

En este sendero, veremos a continuación la tesis de Roxín, expuesta magistralmente en su obra magna, señalando el autor que las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como instrumentos de valoración políticocriminal, siendo por tanto irrenunciables en su sistema teleológico.

Veamos cada categoría del delito, según la posición teleológica de este eminente tratadista:

- A) La acción.-** Parte Roxín de que la afirmación de que alguien ha llevado a cabo una acción es el resultado de una valoración del contenido consistente en que ha de podersele imputar a alguien como conducta suya un suceso que parte de él o un no hacer. Esto no es definido por algo preexistente (ya sea la casualidad, la conducta voluntaria, o la finalidad) y que estaría por igual en la base de todas las manifestaciones de conducta punible, sino sólo por la identidad del aspecto valorativo: 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 un “hacer” o de un “dejar de hacer” y con ello de una “manifestación de la personalidad”
- B) El Tipo.-** Según este autor, en el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena; es decir: independientemente de la persona del sujeto concreto y de la concreta situación de la actuación, una acción se declara punible para el caso regular (o sea, a reserva de especiales situaciones y circunstancias de la vida). Por ello Roxín asegura que el fin políticocriminal de dicha conminación penal abstracta es preventivageneral: Al acogerse una determinada conducta a un tipo se pretende motivar al individuo para que omita la actuación descrita en el mismo (o en los delitos de omisión, para que lleve a cabo la conducta ordenada). Roxín sostiene que todo tipo ha de ser interpretado según el fin de la ley (teleológicamente), es decir, de tal manera que se abarquen completamente las conductas desaprobadas legalmente y por tanto carezcan de lagunas el efecto motivador preventivageneral. Por ello, dice

⁴⁸. Roxín en México en conferencia de 25 de octubre de 2007 confiesa “que si pudiera resumir en una sola frase cuál es la diferencia entre mi concepción y la evolución sistemática de las épocas pasadas, diría que mi sistematización no se fundamenta en criterios ontológicos (causalidad o finalidad), sino en las funciones político-criminales (es decir, en el fin del derecho penal y la pena), y que conforme a esta perspectiva, el injusto tiende a ampliarse debido a la teoría de la imputación objetiva, y la culpabilidad, con la introducción del criterio de necesidad de pena, se extienden hasta constituir una teoría de la responsabilidad...”. Cfr. Claus Roxín: “Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania”. p. 19 y 35

también, que el principio de culpabilidad imprime ya carácter al tipo. Piensa que un cometido esencial de la teoría de la imputación objetiva consiste precisamente en excluir del tipo objetivo, frente a su anterior entendimiento puramente causal, las lesiones de bienes jurídicos producidas por casualidad o como consecuencia de un *versari in re illicita* (=como consecuencia de una conducta antijurídica cualquiera, no referida al tipo concreto) por infringir el principio de culpabilidad. Por lo que “la necesidad abstracta de pena bajo el aspecto de la prevención general y el principio de culpabilidad son los criterios políticocriminales rectores del tipo; y únicamente la prevención general es ajena a la interpretación del tipo, ya que la misma presupone un delincuente concreto, que aquí no desempeña aún ningún papel”. (Roxín, 219).

C) **El Injusto.**- En el sistema de Roxín (teleológico funcional-racional) en la categoría del injusto se enjuicia la acción típica concreta, todos los elementos reales de la respectiva situación, conforme a los criterios de la permisón o prohibición. El propio autor que analizamos dice que en este tercer “escalón del delito” debería hablarse de “injusto” y no de mera “antijuridicidad”. Y razona así: *“Pues así como el tipo acoge dentro de sí la acción (sólo las acciones pueden ser típicas), el injusto contiene acción y tipo: sólo las acciones típicas pueden ser injusto penal. En cambio la antijuridicidad no es una categoría especial del Derecho Penal, sino de todo el ordenamiento jurídico: hay conductas que pueden ser antijurídicas para el Derecho civil o el Derecho Público y no obstante ser irrelevantes a efectos penales; y las causas de justificación también proceden de todos los campos del Derecho, lo que no deja de ser importante para los criterios rectores del injusto”*⁴⁹. (las negrillas y cursivas son mías). Finalmente en este acápite, diremos que para Roxín, en el aspecto políticocriminal el juicio de injusto se caracteriza por tres funciones: soluciona colisiones de intereses de forma relevante para la punibilidad de uno o varios intervinientes; sirve de punto de enlace para las medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas; y entrelaza el Derecho Penal con todo el ordenamiento jurídico e integra sus valoraciones decisivas.

D) **La Responsabilidad.**- Destaca Roxín que en la categoría delictiva de la “responsabilidad” se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado. El presupuesto más importante de la responsabilidad es, como es sabido, la culpabilidad del sujeto. Pero para el autor alemán, ésta no es el único presupuesto, sino que debe añadirse además una necesidad preventiva de punición. Así por ejemplo, según Roxín, en el denominado estado de necesidad disculpante el autor no sólo actúa antijurídicamente, sino que también **puede** actuar de otro modo y se comporta por ello culpablemente, como se desprende ya del dato de que en los supuestos, de superior exigibilidad, tiene que soportar el peligro y se le castiga si no lo hace. Si no concurre un supuesto excepcional así, la impunidad no se fundamenta por tanto en la falta de culpabilidad, sino que se debe a que en tales situaciones extremas el legislador no considera que haya una necesidad de pena ni preventivo especial ni general, con lo que por esa razón queda excluida la responsabilidad penal. Lo mismo sucede en el exceso en la legítima defensa. Concluyendo Roxín, en que de ese modo la responsabilidad se presenta en el campo de las determinaciones de la

⁴⁹ C. Roxín. “Derecho Penal. Parte General” p. 219

punibilidad como la realización dogmática de la teoría políticocriminal de los fines de la pena y por regla general como una prescripción dirigida al juez para que imponga una sanción. Por ello, Roxín dice que dentro de esta categoría la concepción básica políticocriminal no se aplica al **hecho** (en el sentido de su necesidad abstracta de pena o de su prohibición concreta), sino al **delincuente**. En cuanto que se pregunta por su necesidad individual de pena.⁵⁰

Para defender su posición doctrinal, Roxín ha manifestado que sistematizar la teoría del delito, como él la ha expuesto, (la hemos reseñado sucintamente en el punto anterior), no significa una renuncia a las categorías delictivas tradicionales, sino sólo una estructuración distinta de las mismas (aunque al entender la culpabilidad como “responsabilidad” también se extraen consecuencias terminológicas de la ampliación del aspecto valorativo a toda la teoría de los fines de la pena). Por eso se adhiere a lo expresado por Welzel, en el sentido que en la división del delito en los tres elementos, tipo, antijuridicidad y culpabilidad es donde ve el progreso dogmático más importante de las últimas dos a tres generaciones, y por ello, piensa que un sistema teleológico-político-criminal tampoco es más que un ulterior desarrollo de la síntesis neoclásico-finalista y no se desvincula del contexto de la tradición dogmática.

Aclara Roxín, que desde su posición doctrinal, teleológica-racional-final-funcional, la acción delictiva es siempre una unidad inseparable, y el significado de la categorías del delito no consiste en descomponer y desgarrar un todo con sentido psico-físico-social, que sólo posteriormente tendría que reagruparse como “edificio del delito” a partir de sus componentes parciales, ya que mediante las categorías delictivas lo que se expresa es únicamente que en cada caso y bajo diversos aspectos valorativos hay diversos “momentos” del suceso que resultan significativos jurídicopenalmente.

Pero como veremos más adelante el aporte significativo de Roxín es su desarrollo a la teoría de la imputación objetiva. Por ella, provisionalmente diremos, que es el conjunto de elementos normativos que sirven para regular el nexo causal, que a su vez pertenece a la parte objetiva de la tipicidad. Conforme a la imputación objetiva, un resultado típico debe imputarse al autor si se verifica que con su acción se elevó el nivel de riesgo permitido, siendo concretizado dicho riesgo en un resultado, resultado que a su vez pertenece al ámbito protector de la norma penal.

Lo importante de la tesis fundamental de Roxín, es que su dogmática vincula al Derecho penal con la Política Criminal, lo que al decir, de Muñoz Conde, obliga a

⁵⁰ Roxín ha dicho en México que su posición personal es que la categoría de “culpabilidad” debe cambiarse por una teoría de la “responsabilidad” y que ésta debe basarse en la función de la pena, y no como sucede en el injusto, en la función del derecho penal. “La función del derecho penal-explica- y la función de la pena individualmente impuesta no son, de manera alguna, lo mismo. Esto se debe a que el derecho penal está dirigido, independientemente de la comisión de un delito en concreto, a todos los integrantes de la sociedad y pretende evitar la comisión de delitos mediante la prohibición de comportamientos peligrosos que pongan en peligro bienes jurídicos, así como también salvaguardar dichos bienes antes de ser lesionados. Por el contrario, la pena se aplica individualmente al infractor una vez que éste ha cometido el delito, lo que para la sociedad tiene un significado de menor envergadura. Entonces ¿cuál es el fin de la pena?...” Cfr. Claus Roxín: “Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania”. p. 28

reestructurar las distintas categorías del delito en función de los principios político-criminales que dimanaban de las Constituciones Políticas.

Con Roxín, las categorías tradicionales del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) sobreviven pero reestructuradas conforme a las directrices de la Política Criminal establecidas en la Constitución. Jakobs, por el contrario, abjura de la concepción tradicional del delito y diseña su sistema apoyado en las ideas del sociólogo alemán Niklas Luhmann, quien desde su ensayo “*Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*” (1974) infiltró al Derecho penal con la sociología, consiguiendo –según sus opositores– que la dogmática pierda su autonomía y se “*convierta en apéndice de las elaboraciones sociológicas*”, acusación similar a la que hace un siglo se le formulara a Enrico Ferri.⁵¹

No olvidemos que fundamentalmente para Roxín la función del derecho penal es tan sólo preventiva, es decir, que debe ser edificada sobre la base de inhibir futuros hechos delictivos. Toda vez que el derecho penal es un instrumento de dirección y control de la sociedad, entonces solamente debe aspirar a fines de tipo social. Una reacción punitiva que no se sustenta en las necesidades de la sociedad carece de legitimación. Por otra parte, la pena debe tener también fines preventivos especiales y generales. Debe servir de ejemplo, de tal forma que la persona sancionada no incurra nuevamente en un delito, lo que se puede lograr a través de la ejecución de la pena, la cual se ocupa de reintegrar al autor a la sociedad, es decir, de su resocialización. Al mismo tiempo, la pena debe tener influencia en la sociedad para que el derecho sea reconocido por los ciudadanos y que éstos tengan presentes las consecuencias de cometer acciones punibles.

¿CUÁL ES EL SISTEMA FUNCIONALISTA SISTEMICO DE JAKOBS?

Para Jakobs, el funcionalismo jurídico penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. Para este doctrinario el Derecho penal tiene la misión de garantizar la identidad de la sociedad. Por eso piensa que el Derecho penal garantiza la expectativa de que el otro es fiel al Derecho, en caso contrario, se comporta de manera culpable, con total independencia de su estado psíquico (conocimiento o no). El grado de fidelidad al Derecho se establece como baremo objetivo. Quien es culpable entonces, tiene un déficit de fidelidad al Derecho. “De manera psicologizante –asegura– se dice que con *dolo* actúa “quien conoce el riesgo por él creado”. En este sentido, para el genial alemán, culpabilidad material es la falta de fidelidad frente a normas legítimas. Por eso, el sujeto agresor es infiel a la norma, de tal manera con su actitud hostil “resquebraja la confianza en la norma” ¿y la pena qué hace? Restituye la confianza en la norma. Por eso el Derecho penal de culpabilidad siempre estuvo fundamentado por sus fines sociales. Así piensa, en estos aspectos el creador del funcionalismo sistémico.

El jurista argentino Carlos Parma ha escrito un importante estudio del pensamiento de Günther Jakobs y en él expresa: “Jakobs, tenía tras de sí la sombra de su querido maestro: Hans Welzel, y por delante el prestigio de Roxín. Con cabalgadura de acero y paso firme, Günther Jakobs, desde la década del 90 ilumina como un meteoro el

⁵¹ Edmundo René Boderó. Artículo en Internet, “EL Post-finalismo, sublimación de la Política Criminal y el control social”.

firmamento de la dogmática, aquella a la que enriquece con una *nueva concepción que habla de “competencias”, “roles”, “expectativas sociales”, “significado”, “comunicación defectuosa”, “quebrantamientos de normas”, “infidelidad al derecho”, “prevención general”, etc.* Esto quiere decir que insiste en su tesis, no renuncia, no se arrepiente...es Prometeo”⁵²

Pero el mismo Günther Jakobs, nos da la clave de su sistema, en el prólogo de la primera edición de su Tratado (“Derecho Penal. Parte General”): “Si se parte de la misión del Derecho penal y no de la esencia (o de las estructuras) de objetos de la Dogmática penal, ello conduce a una (re) normativización de los conceptos. ***En esta concepción, un sujeto no es aquel que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquel que puede ser responsable por éste. Igualmente, los conceptos de causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc., pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que designan grados de responsabilidad o incumbencia.*** Estos conceptos no ofrecen al Derecho penal modelos de regulación, sino que sólo surgen en el contexto de las regulaciones de Derecho Penal...Al (re) normativizar, no se trata de pergeñar sistemas normativos al margen del contexto social (lo que desde luego también puede intentarse), sino que los esfuerzos se orientan a un Derecho penal en el seno de una sociedad de estructura dada, sin que evidentemente haya que renunciar a formular aspiraciones frente a la realidad. El objetivo es la sistematización óptima (no que esté siempre completamente conseguida) del Derecho penal vigente.”⁵³ (Las negrillas y cursivas son mías)

Es decir, para Jakobs, el nuevo sistema parte de conceptos nuevos y terminantes: es la norma revitalizada, o mejor dicho, renormativizada, la esencia del asunto. Por ello, en su concepción el sujeto infractor es sólo el que puede ser responsable por el delito cometido, prescindiendo de que haya o no ocasionado el daño. Es la nueva modalidad de la teoría de la imputación objetiva, que veremos posteriormente, en la cual Jakobs arma todo un sistema diferente a la teoría del riesgo de Roxín, con su teoría de los roles, en la cual introduce categorías como el principio de confianza, de actuación a propio riesgo, principio de prohibición de regreso. Pero además, su doctrina, que no es dominante dentro de Alemania ni en el resto del mundo, es contrapuesta a la doctrina dominante que considera que la misión del Derecho penal es la tutela y protección de los bienes jurídicos amparados por el Derecho; ante ello, Jakobs considera en su pensamiento la teoría del Derecho penal como protección de la vigencia de la norma, en la que cree conseguir aceptación o validez en la teoría de los fines de la pena: para él el hecho delictivo es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación. En este contexto, para el alemán, la pena sirve para confirmar la vigencia de la norma, a pesar de su infracción, y logra el ejercicio en la fidelidad hacia el derecho, y finalmente, cuando se impone, aparece la conexión existente entre el delito (que atenta contra la

⁵² La obra de Carlos Parma, titula, “El pensamiento de Günther Jakobs, El Derecho Penal del siglo XXI” p. 25. En este libro Parma hace un estudio del pensamiento jurídico y filosófico de Jakobs y llega a la conclusión que la concepción filosófica de éste proviene de Hegel, toda vez que el mismo Jakobs expresó en visita en Mendoza, Argentina, en conferencia dictada en septiembre del 2000: “si aceptamos una diferencia de 180 años mi sistema reconoce su fuente en Hegel”. Parma en esta obra es un panegirista de Jakobs, aunque pocos años después, cuando éste desarrolla su teoría del derecho penal del enemigo, se convierte en su detractor. Yo he escuchado conferencias de Parma en Guayaquil, varias veces, en que detesta esta concepción Jakobiana y la iguala a la política represiva del ex Presidente de EE.UU, Busch; le da una interpretación eminentemente política y no jurídica.

⁵³ Gunther Jakobs. “Derecho Penal. Parte General .Fundamentos y teoría de la imputación” prólogo a la primera edición.

norma) y la obligación jurídica ineludible de soportar las consecuencias, que él llama “ejercicio en la aceptación de los costes”.

Pero observemos el análisis crítico de Zaffaroni con respecto a la doctrina de Jakobs, en su conjunto. Parte del siguiente criterio: “Jakobs procede a una radicalización mucho más profunda que Roxín- dice Zaffaroni- en cuanto a la tendencia constructiva funcional sistémica. Invierte exactamente la premisa de Welzel, al afirmar que ningún concepto jurídico penal – y no sólo la acción y la culpabilidad- están vinculados a datos prejurídicos, sino que todos se construyen en función de la tarea del Derecho penal. Cualquier concepto del sistema sufrirá la inseguridad de depender del entendimiento que se tenga de la función del Derecho penal. Incluso el concepto mismo del sujeto al que se dirige el derecho se construye en función de la tarea asignada al derecho penal. No sólo niega la teoría de las estructuras lógico- reales, sino que propone exactamente lo contrario, es decir una radical normativización de toda la dogmática: *Estableciéndose los objetos de la dogmática por la tarea del Derecho penal y no por su esencia (o su estructura), esto conduce a una normativización o renormativización de los conceptos. Desde este punto de vista, un sujeto no es el que puede producir o impedir un acontecimiento, sino el que puede ser competente para eso. Del mismo modo, los conceptos de causalidad, poder, capacidad, culpabilidad y otros, pierden su contenido prejurídico y devienen conceptos para niveles de competencia. No dan al Derecho Penal ningún modelo regulador, sino que se generan en dependencia de las reglas del Derecho penal.* La consecuencia sistemática de su construcción es una nítida separación en cuanto a la construcción del objeto de la culpabilidad y la culpabilidad, en base a que el primero consiste en una imputación objetiva fundada en el riesgo desaprobado y en su realización (que incluye el aspecto cognoscitivo del dolo) y una imputación subjetiva, que es la culpabilidad (en la que incluye el aspecto conativo del dolo). Al asignarle una función puramente preventiva general a la pena, su concepto de culpabilidad es mucho más original que el de Roxín, dependiendo exclusivamente de la demanda de prevención general positiva (de reforzamiento en la confianza en el derecho) y no tomando en cuenta la real posibilidad del sujeto de poder hacer algo diferente no lesivo o menos lesivo. Se ha señalado que *su posición implica un sorprendente renacimiento de la teoría de la construcción de conceptos del neokantiano Lask, tan vehementemente combatida – y con éxito en casi cinco decenios- por Welzel.* Por otra parte, la sistemática basada en la doble imputación (objetiva y subjetiva) es propia del siglo XIX, habiendo sido ampliamente desarrollada por la *escuela toscana* a partir de Carmignani”.⁵⁴

La doctrina de Jakobs enlaza al hombre en su contexto social y para dicho autor la caracterización del funcionalismo jurídico-penal es aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad, y por ello , en palabras del propio Jakobs, con el derecho se resuelve siempre un problema del sistema social. En consecuencia, cobran valor las palabras de Juan Antonio García Amado, en su trabajo titulado “Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la Teoría Penal” (En Internet: Funcionalismo, Teoría de Sistemas y Derecho Penal): “Dentro de la explicación funcional del Derecho, se trata de ubicar el cometido preciso del Derecho penal. Para comprenderlo se ha de partir de la idea de que la sociedad se constituye precisamente a través de normas y, en consecuencia, a partir de esas normas alcanzan su identidad también los propios sujetos individuales, como dice Jakobs. Al Derecho Penal le correspondería la función de velar por la parte más esencial y básica de tales normas y, por tanto, solventar el problema social básico: la subsistencia de las normas que estructuran la base de lo social. Es la preservación de la sociedad el objetivo que da sentido al Derecho penal, con lo que la práctica jurídico-penal es un ejercicio de autopreservación de la

⁵⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni y otros. “Derecho Penal. parte General”. pp. 367 y 368.

sociedad y, mediatamente, de preservación de la identidad individual que sólo es una identidad social, inserta en unas concretas referencias que son sociales y normativas a un tiempo. Sin tal función, el sentido de las normas penales decae, pues con el fin de la sociedad acabaría también toda posibilidad de que los individuos pudieran organizadamente defender su identidad y, más aún, desaparecería también la posibilidad de que el individuo tuviera una identidad que le permitiera percibir unos intereses que fueran algo más que puros instintos. Es la identidad de la sociedad la que permite la identidad de los sujetos singulares.”

La tesis de Jakobs encuentra su génesis en la filosofía de Emilio Durkheim, Robert Merton y Talcott Parsons. El primero se lo ubica como el precursor del funcionalismo. Posteriormente recibe la influencia de Niklas Luhmann a través de su “Teoría de los Sistemas sociales”⁵⁵ Dice Medina Peñaloza que Parsons aporta un concepto *voluntarista de acción*, concediendo un papel importante a los elementos empíricos de ésta, pero postula a la vez, una interdependencia de los mismos con otros de índole normativa. Luhmann, en cambio, señala que la idea de sistema se contrapone a la de elemento: el sistema es el todo, mientras que el elemento la parte de aquel, pero no se puede negar el hecho mismo de que el sistema cualifica los elementos, pues la unidad de un elemento no está ónticamente dada, sino que empieza a constituirse como unidad a través del sistema, el cual recurre a un elemento para establecer sus relaciones.

En honor a la verdad, Jakobs, desmiente que su sistema penal sea la acogida en del derecho penal del funcionalismo de Luhmann; en una conferencia de Derecho Penal, en Rostock, Alemania, el 28 de mayo de 1995, puso de manifiesto su diferencia con la teoría de Luhmann, ya que dijo: “ La exposición más clara de la diferenciación entre sistemas sociales y psíquicos, que tiene consecuencias para el sistema jurídico, si bien con una enorme distancia con respecto al Derecho Penal, se encuentra en la actualidad en la teoría de los sistemas de Luhmann. Sin embargo, un conocimiento superficial de esta teoría permite advertir rápidamente que las presentes consideraciones no son en absoluto consecuentes con dicha teoría, y ello ni tan siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales”. Y allí está la cuestión, por lo que nos parece fundamental abordar el estudio de su doctrina con esta advertencia, para no perjudiciarnos.

Pero es indiscutible que el modelo funcionalista de Jakobs aparece como una alternativa al modelo de la unidad sistemática de Derecho Penal y política criminal de Roxín. Es una visión del sistema de la teoría del hecho punible como teoría de prevención general positiva, que es aquella que sostiene que la finalidad de la pena es el mantenimiento estabilizado de las expectativas sociales de los ciudadanos. Y como dice Bacigalupo, estas expectativas son el fundamento de las normas, o sea de los modelos de conducta orientadores del contacto social, y, la pena tiene la función de contradecir y desautorizar la desobediencia de la norma. Con el pensamiento del autor argentino-español, el Derecho penal, por tanto, protege la validez de las normas y esta validez es “el bien jurídico del Derecho Penal”⁵⁶

⁵⁵ Según Zafaroni, Niklass Luhmann, al decepcionar y radicalizar el funcionalismo en Alemania, distinguió entre el sistema y los subsistemas, que seríamos los seres humanos. El sistema debe responder a las demandas de os subsistemas, porque si son demasiadas lo desestabilizan. Al igual que los animales, debe mantenerse equilibrado y conservar la capacidad de reproducirse (autopoiesis). Para eso debe reducir las demandas, para lo cual tiene que producir consenso, que en realidad es ausencia de disenso. (Manual ,págs. 263 y 264)

⁵⁶ Enrique Bacigalupo. op.cit. p. 198

Por tanto, como opina Bacigalupo, esta concepción se opone totalmente al “ontologicismo”, pues postula una normativización total del contenido de las categorías, es decir una funcionalización de las mismas, de tal manera que “no sólo los conceptos de culpabilidad y acción, a los que la dogmática penal los ha reconocido, de todos modos, en forma expresa una esencia o una estructura lógico-objetiva o pre-jurídica devienen conceptos de los que nada es posible decir sin tomar en consideración la función del derecho Penal, sino que, inclusive, el concepto de sujeto, al que se le atribuye “la culpabilidad y la realización de la acción-“(…) “Un sujeto desde este punto de vista, no quién puede causar o impedir un suceso sino quien resulta obligado a ello. De la misma manera, conceptos como causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc. pierden su contenido pre-jurídico y se convierten en conceptos relativos a niveles de competencia”. La distancia entre los conceptos jurídicos del sistema y la “realidad ontológica” resulta aquí máxima. Ello se percibirá con mayor nitidez en la Teoría de la Acción que se debe convertir, en realidad, en una teoría del sujeto responsable, lo que le permite no reducir el Derecho Penal a sujetos individuales, y en la Teoría de la Culpabilidad, en la que ya no se tratará de fundamentar un reproche al autor sino de “limitarse a asegurar el orden social”, razón por la cual no se trata de comprobar si el autor tuvo una alternativa de comportamiento, es decir, si tuvo real capacidad para comportarse de otra manera, sino de si en la sociedad existe una alternativa para la elaboración del conflicto diferente de la imputación del delito al autor.(Bacigalupo,198)

Recordemos que la postura de Roxín, según anota Boderó Cali⁵⁷, se engarza con la Política Criminal, la de Jakobs –discípulo de Welzel- con la Sociología. En su obra “La evolución de la Política Criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal”, Roxín, establece las similitudes y diferencias entre su dogmática y la de Jakobs:

“Jakobs comparte conmigo el rechazo del punto de partida ontológico del finalismo y sostiene al igual que yo una elaboración normativa de las categorías dogmáticas como “tarea del derecho penal”. Pero dado que él sólo limita esa tarea a la estabilización del sistema, por tanto, a la imputación según exigencias preventivo generales, en su construcción están ausentes elementos esenciales de la política criminal: la prevención especial y la garantía de los derechos del acusado que no se contemplan en su punto de partida teórico-sistemático”

El Derecho penal, según la opinión autorizada de Medina Peñaloza, reacciona frente a una perturbación social que no puede resolverse bajo los conceptos de un sujeto aislado y de sus facultades, ya que hay que partir de conceptos sociales, siendo aquellos del sujeto mediados por lo social: de su competencia y de la norma en cuanto expectativa institucionalizada. Es que el hecho de *ser persona*, como dice Medina, significa tener que representar un papel; los partícipes de la sociedad se definen por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo o al menos alguna norma. Partiendo de esta situación es necesario fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento, si significa una infracción de la norma o algo que no acarrea lesividad social, de modo que ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento, que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles y estructuras objetivas, como los elementos del delito. (Medina, 190). Y es en este esquema que funciona Jakobs.

⁵⁷ Edmundo René Boderó Cali. Artículo en Internet: “EL Post-finalismo, sublimación de la Política Criminal y el Control Social”.

En todo caso, en palabras de Aguilar López, mucho se ha hablado, escrito y discutido en los últimos años sobre la influencia de la teoría de los sistemas sociales en el pensamiento de Jakobs. Suele casi generalmente afirmarse que la construcción de este autor se debe en gran parte a las aportaciones de Luhmann en el ámbito de la Sociología. Por eso Polaino Navarrete en su “Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal” (p. 30) opina que “sólo es cierta en parte, y por tanto los autores que suelen resaltar este aspecto (a menudo con exacerbada e infundada crítica a la supuesta abstracción sociológica de los conceptos dogmáticos penales), lo hacen desde una perspectiva muy parcial y fragmentaria, y –en consecuencia- no alcanzan a vislumbrar la totalidad del problema”

Ahora bien, Bacigalupo establece que *ninguno de los sistemas tiene validez absoluta*. En la medida en la que ninguna de las teorías de la pena la tiene, tampoco podrían tenerla los sistemas dogmáticos conectados con ellas, dice Bacigalupo. “Lo que parece seguro, es la dependencia de los sistemas dogmáticos de una decisión sobre la teoría de la pena, es decir, sobre la función social del Derecho penal y de algo que, generalmente, no se tiene en cuenta: una teoría de la sociedad. La evolución de la teoría del delito en el siglo XX ha sido paralela a diversas concepciones de la pena –la prevención especial del positivismo, el retorno a una teoría absoluta del finalismo y el nuevo entendimiento de la prevención especial y general del funcionalismo- y a su inserción en distintas nociones de la sociedad –la sociedad como un conjunto de intervenciones causales de los sujetos en objetos valiosos o en otros sujetos del positivismo, la sociedad entendida como intervenciones de valor ético-social de los sujetos con respecto a la esfera de bienes de otros sujetos del finalismo y la sociedad como un conjunto de sujetos interrelacionados sobre la base de expectativas estabilizadas en normas de conductas del funcionalismo”⁵⁸

En conclusión diremos que la originalidad de la metodología de Jakobs, al formular su propuesta dogmático-jurídico-penal, se basa en los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann. Entiende al funcionalismo jurídico penal como aquella teoría donde el Derecho penal se orienta a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. El Derecho penal se dirige a restablecer “en el plano de la comunicación la vigencia perturbadora de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma”. El delito se constituye como una comunicación defectuosa imputándose este defecto al autor como culpa suya. Para Jakobs, la sociedad es una “construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo a como está configurado en el caso concreto (de no ser así, no se trataría de una construcción). Puesto que se trata de la configuración, y no de la constatación de un estado, la identidad de una sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de normas, y no por determinados estados o bienes.”. Además persona es “el destino de expectativas normativas, la titular de deberes, y como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social (...); “persona” es algo distinto de un ser humano, un individuo; éste es el resultado de procesos naturales, aquella un producto social”. Dentro de este contexto de comunicación normativa se ubican dos tipos de normas. Una parte de las normas que vienen dadas por el mundo racional, “dentro del cual se produce en la era moderna la comunicación que es común entendimiento, y que no necesita de una estabilización especial: esta parte de las normas se encuentra asegurada de modo suficiente por vía cognitiva; quien no la acepte, puede que sea comprendido en algunas sociedades parciales, pero sólo allí”. Otra parte de las normas, “carece por completo de tal fuerza genuina para autoestabilizarse, concretamente, todas aquellas normas que conforme a la concepción de la sociedad no pueden representarse como dadas previamente, es decir, que no pueden representarse como leyes reveladas, sino sólo como normas hechas, aunque hechas por buenas razones”.⁵⁹

⁵⁸ Enrique Bacigalupo Zapater. op.cit. p. 199

⁵⁹ Cfr. Villavicencio Terreros. op. cit. p. 253

Para Jakobs, anota Peña Cabrera Freyre, el individuo no es más que un subsistema sico-psíquico, mero centro de imputación, es un instrumento de estabilización social y de institucionalización de expectativas. Al subsistema penal le corresponde asegurar la confianza institucional de los ciudadanos, de conformidad con la integración del sistema social, como un mecanismo de confianza recíproco entre los ciudadanos. Es entonces, un sistema así concebido se focaliza a partir de su propia dinámica, dinámica que viene constituida por los roles que a los ciudadanos se les asigna, roles sociales que son garantizados tácticamente mediante su normativización, de ahí, que la función del derecho penal no sea la protección de bienes jurídicos, sino la vigencia contrafáctica de la norma, esto es, la defraudación de expectativas del colectivo surge por una falta de reconocimiento de la norma. El delito es una falta de fidelidad hacia el derecho: una amenaza para la estabilidad e integridades sociales. Por ello, Peña Cabrera agrega, en opinión que nos adherimos,” a esta teoría más le interesa la manifestación de un hecho disfuncional que desestabiliza el sistema, que las causas de su desviación o las formas de prevenirlo, se produce por lo tanto, un desarraigo de las raíces individualistas del delito, de su ontologismo y de los valores fundamentales del ser humano”. (Peña Cabrera Freyre, p. 172 ss)

EL SISTEMA FUNCIONAL REDUCTOR DE ZAFFARONI

En palabras del propio Zaffaroni, las sistemáticas funcional-sistémicas de Roxín y de Jakobs tienden a elaborar sistemas conceptuales funcionales a los objetivos que les asignan a la pena (poder punitivo) que, a su vez, consideran funcionales para la preservación de una sociedad entendida como sistema; recordemos que para Jakobs la teoría de sistemas del sociólogo Luhmann tiene plena validez científica, *y ante ello el argentino no reconoce ninguna validez científica a ninguna teoría positiva de la pena. Por eso Zaffaroni, ante este panorama “intenta desarrollar una estructura conceptual que sea funcional para la contención y la reducción del poder punitivo y que, a su vez, resulte funcional a la dinámica de una sociedad donde se verifica la presencia de grupos en permanente conflicto y competencia.”*⁶⁰ (las cursivas y negrillas son mías)

Para el autor su tesis sistémica funcional reductora (o funcional conflictiva) no es apartarse del funcionalismo o quebrarlo, o eliminarlo, sino fundamentalmente desarrollarlo. Por ello, dice Zaffaroni que cabe insistir en que, al asignar al Derecho penal la función política de dique colocado por el Estado de Derecho para contener la presión del estado de policía, lo importante es que la construcción conceptual del delito, a partir de la posición agnóstica acerca de la pena, deba llevarse a cabo como un sistema orientado por la idea rectora de su intencionalidad reductora del poder punitivo. Para Zaffaroni las teorías sistémicas funcionalistas del delito estudiadas anteriormente, procuran establecer un puente con la Sociología, eligiendo las concepciones de la sociedad como sistema. En cambio dice que el vínculo que establece un derecho penal reductor con las ciencias sociales debe ser preferentemente a través del marco de una sociedad entendida conforme a una teoría del conflicto. Es decir una sociedad integrada por grupos cuyos intereses no coinciden sino que colisionan y compiten, lo que da lugar aun proceso de cambio continuo.” En este marco el poder punitivo no tiene signo positivo, porque interviene en la conflictividad social siempre del lado del más fuerte, tal como se certifica con toda la historia del poder punitivo. Por lo tanto, el derecho penal liberal concebido en el mismo contexto no puede legitimarlo en ninguna medida considerable, sino reducirlo y contenerlo. El derecho penal liberal no debe sostenerse sólo porque sea saludable para un sistema social, sino porque el poder punitivo tiende a reprimir el conflicto mismo y frena la dinámica social que pugna por ampliar los ámbitos de autorrealización de las personas”.⁶¹

⁶⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni y otros: “Derecho Penal. Parte General”. p.371

⁶¹ Idem.

Zaffaroni no desconoce los aportes importantes de los distintos momentos de la evolución de la teoría del delito. Por ello, asegura: a) el esquema de Liszt tuvo la virtud de oponer el derecho penal al poder punitivo, b) el sistema Liszt- Beling fijó las cuatro categorías sobre las que se discutiría a lo largo del siglo siguiente la teoría del delito, c) el neokantismo significó un duro entrenamiento para la fina construcción sistemática, d) el finalismo aportó su toque de atención en cuanto al respeto por el mundo y sus datos, y e) el funcionalismo confiesa con singular sinceridad que los conceptos jurídico-penales son políticamente funcionales.⁶²

Dicho de otro modo, el autor no renuncia a estas categorías, sino que les da una importancia relativa, lo único que hace es “cambiar el puente que el funcionalismo alemán tendió hacia la sociología sistémica para tenderlo hacia la sociología conflictivista y asociarlo a una teoría agnóstica de la pena”⁶³ no renunciando a la estructura estratificada del concepto de delito.

Por ello, en palabras de Zaffaroni, se impone que la construcción de la teoría del delito que propone, responda a una teleología contentora y reductora del poder punitivo, con lo cual se retoma el punto de partida de Franz von Liszt, aunque libre de su carga positiva y con la advertencia de que el Derecho Penal no debe ser la Carta Magna del delincuente sino del ciudadano. Por eso, afirma Zaffaroni, que la sistemática conceptual del delito, así concebida no puede menos que ser *valorativa*, en el sentido de que los caracteres deben surgir de la determinación de los criterios para descartar los impulsos punitivos intolerables conforme a pautas claras y dadas en cierto orden de prelación que facilite el camino analítico para la solución de los casos particulares. En este sentido, tiene presente su función inmediata o práctica, que es la de facilitar la decisión de las agencias jurídicas tanto como el entrenamiento académico para ese objeto. (Zaffaroni, Manual, 302)

El tratadista apunta que si bien el marco de la teoría negativa o agnóstica de la pena impone que cualquier concepto de la teoría del delito deba ser necesariamente contentor del ejercicio del poder punitivo (o de lo contrario sería disfuncional y, por ende, estaría mal elaborado) debe cuidarse de no confundir la teoría del delito como presupuesto (que sólo habilita la responsabilidad penal o punitiva de las agencias jurídicas), con las preguntas acerca de la asunción de esta responsabilidad por parte de las mismas. Para el autor, esto permite sistematizar mejor los problemas y evitar que la funcionalidad constructiva de la teoría del delito termine configurando una confusión conceptual, como a veces parece suceder en algunas construcciones funcionalistas.

EL SISTEMA GARANTISTA PENAL DE FERRAJOLI.-

“Garantizar significa afianzar, asegurar, proteger, defender, tutelar algo; y, cuando en la cultura jurídica de habla de garantismo, ese “algo” que se tutela son derechos y bienes individuales. Podría decirse pues, como primera aproximación, que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por otros individuos y (sobre todo) por el poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas”. Así analiza

⁶² Eugenio Raúl Zaffaroni y otros “Manual de Derecho Penal. Parte General” p. 301

⁶³ Ídem.

Marina Gascón Abellán en su trabajo “La Teoría del Garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli “Derecho y Razón”⁶⁴.

Como tal, el garantismo es un ideal, y el propio filósofo del derecho, Norberto Bobbio, dice que éste es un modelo ideal al que la realidad se puede acercar más o menos y que como modelo representa una meta que permanece tal aunque no se alcance y no pueda ser nunca alcanzada del todo. Pero, manifiesta Bobbio, para constituir una meta el modelo debe ser definido en todos los aspectos. Solamente si está bien definido puede servir de criterio de valoración y de corrección del hecho existente.⁶⁵

Para Luigi Ferrajoli, el garantismo está orientado a garantizar derechos subjetivos, y se vincula a la tradición clásica del pensamiento penal liberal y expresa la exigencia, propia de la ilustración jurídica, de *minimización* de ese “terrible poder” –como lo llamó Montesquieu- que es el poder punitivo, mediante el sometimiento a la ley penal judicial y mediante el sometimiento a las normas constitucionales del poder penal legislativo. Allí está la clave, porque el pensamiento garantista es eminentemente democrático y subsumido en el Estado social de Derecho, es decir, es un argumento jurídico constitucional, no puede ser de otra forma o modelo, sino básicamente incluyente dentro de la esfera constitucional penal.

Así se explica, que el padre del garantismo identifica, dentro de un proyecto de “derecho penal mínimo”, como términos sinónimos, “garantismo” y “derecho penal mínimo”, toda vez que designan un modelo teórico y normativo de Derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial- sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona. Por lo que, respecto al delito, menciona Ferrajoli, estos límites son *las garantías penales sustanciales*; desde el principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles, a los de su lesividad, materialidad y culpabilidad. Por lo que respecta al *proceso*, se corresponden a *las garantías procesales orgánicas*: la contrariedad, la paridad entre acusación y defensa, la estricta separación entre acusación y juez, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio del juez natural. Así pues, mientras las garantías penales se orientan a minimizar los delitos, esto es, a reducir al máximo lo que el poder legislativo puede castigar, las garantías procesales se orientan a minimizar el poder judicial, es decir, a reducir al máximo sus márgenes de arbitrio.⁶⁶

En palabras de Ferrajoli, expuestas con claridad meridiana, tres son las tesis que defiende en este contexto garantista:

- 1) Existe un nexo indisoluble entre garantías y justificación externa o política del Derecho Penal, o sea los fines que lo justifican.
- 2) Existe un nexo indisoluble entre garantías y legitimación interna de la jurisdicción.
- 3) El garantismo es la base de una Teoría crítica y de una filosofía política del Derecho penal, al unísono, idóneas ambas para constituirse como Filosofía Política y Teoría Crítica del Estado constitucional de Derecho. Estudiemos estos principios rectores del maestro italiano.

⁶⁴ Artículo en “Garantismo y Derecho Penal” p. 13

⁶⁵ Norberto Bobbio, en el prólogo del libro de Ferrajoli, “Derecho y Razón”. p. 13

⁶⁶ Luigi Ferrajoli: “Garantías y Derecho Penal” Artículo en “Garantismo y Derecho Penal” p. 4

1.- En la primera tesis, que se relaciona con el nexo entre garantías y justificación externa o política, o sea, los fines del Derecho penal, Ferrajoli, cree que precisamente por orientarse a regular y minimizar la violencia punitiva, las garantías se configuran como las fuentes de justificación del derecho penal, como alternativa a la anarquía en las reacciones ante la ofensa –desde la venganza privada hasta las reacciones informales y arbitrarias de los aparatos públicos- que se produciría en ausencia del derecho penal. Ante ello, el maestro italiano considera que la única justificación racional que puede ofrecerse del derecho penal, como alternativas a las hipótesis abolicionistas, es que permita reducir, o sea minimizar, la cantidad y calidad de la violencia en la sociedad: no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos. Según el autor analizado, las doctrinas abolicionistas tienen sin duda un mérito en este punto: el mérito, de carácter heurístico y metodológico, de revertir sobre ese artificio que el derecho penal la carga de su justificación. Para Ferrajoli, el Derecho penal se justifica si y solo si, además de prevenir los delitos –cosa que conseguirían hacer igualmente bien los sistemas policiales desregulados y los de justicia privada salvaje- , logra también minimizar la violencia de las reacciones frente a los delitos. Expresa que si y solo si, en consecuencia, logra ser instrumento de defensa y garantía de todos: de la mayoría no desviada, pero también de la minoría desviada. Si en suma, al criterio del italiano, es capaz de realizar, como *derecho penal mínimo*, un doble objetivo: no solo la prevención y la minimización de los delitos, sino también la prevención de las reacciones informales frente a los delitos y la minimización de las penas.

2.- En cuanto al nexo entre garantías y legitimación, tanto interna o jurídica cuanto externa y política, del poder judicial, en criterio del pensamiento jurídico-penal de Ferrajoli, la pregunta que se debe responder es ésta: ¿cuál es el fundamento democrático de la legitimación del poder punitivo, o sea de la jurisdicción penal? Para ello, el autor cree que si el significado de “democracia” equivale a “voluntad de la mayoría”, quedaría ciertamente excluida toda posibilidad de fundar una axiología democrática y garantista del Derecho penal. Un derecho penal así se orientaría hacia formas de derecho penal máximo, o sea máximamente represivo, carente de límites y garantías, toda vez que la mayoría tiende a concebir a un derecho penal como instrumento de defensa social, por tanto de defensa de la mayoría no desviada, en contra de la minoría desviada a la que descarga todo su poder represivo, toda vez que los ve como “diferentes” y fuente oscuros peligros. Por ello, Ferrajoli dice fundamentalmente que “todo esto significa que entre garantismo penal y democracia política, entre seguridad y libertad, entre defensa social y derechos del imputado, del reo y del detenido, existe de facto una antinomia; que la legitimación del poder judicial, en otras palabras, no es “democrática”, si por “democracia” se entiende únicamente voluntad del pueblo, y por tanto de la mayoría; la batalla por el garantismo penal, ha escrito Norberto Bobbio, siempre ha sido una batalla de la minoría”⁶⁷

En cambio, para Ferrajoli, si entendemos la democracia como democracia constitucional o de Derecho, que permite entender los fundamentos axiológicos y al mismo tiempo los límites del derecho penal y de la pena, y que hace referencia no a quien puede decidir (la mayoría en este caso), **sino a qué es lo que no puede decidir ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad.** Así entendida, el autor asegura, las garantías de los derechos de todos son los derechos fundamentales que señala la constitución en un Estado de Derecho. Por eso, Ferrajoli, enseña que las garantías,

⁶⁷ Ídem p. 8

incorporadas en las constituciones, se configuran no solo como fuentes e justificación externa o política de la existencia del derecho penal, sino también como fuentes de legitimación jurídica y política de las concretas decisiones penales. Manifiesta que “El fundamento de la legitimidad sustancial de la jurisdicción no es, en efecto, el consenso de la mayoría, sino la verdad de sus decisiones, que viene asegurada, de un lado, por las garantías penales, especialmente por la estricta legalidad, o sea la taxatividad y materialidad y, por tanto, la verificabilidad y refutabilidad de los supuestos de hechos legales, y de otro, por las garantías procesales de la carga de la prueba para la acusación y del contradictorio, o sea del derecho a la refutación conferido a la defensa. **No se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable.**”⁶⁸. En ese sentido el tratadista italiano considera el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los órganos encargados de la jurisdicción penal y su independencia frente a cualquier poder representativo de la mayoría, precisamente porque la legitimación del juicio penal reside en las garantías de la imparcial comprobación de la verdad; precisamente porque los derechos fundamentales y sus garantías son, según la feliz expresión de Ronald Dworkin, derechos y garantías “frente a la mayoría”, también el poder judicial a quien se encomienda su tutela debe ser un poder virtualmente “frente a la mayoría”, como lo sostiene en el trabajo de su autoría que comentamos. (las negrillas son mías).

3.- En el aspecto que el garantismo es una teoría crítica del Estado constitucional de Derecho, Ferrajoli hace hincapié que el garantismo es una doctrina filosófico-política de justificación del Derecho Penal y a la vez una teoría jurídico-normativa de las garantías penales y procesales. Dice que es una filosofía utilitarista sobre los fines y los fundamentos del Derecho penal, y, al mismo tiempo, una teoría del Derecho penal mínimo –una y otra sobre el deber ser del Derecho penal- que en gran parte reproduce los principios de justicia y garantía incorporados en los ordenamientos evolucionados.

En Ferrajoli, como Filosofía Política, el garantismo es una doctrina normativa sobre el deber ser del Derecho penal desde un punto de vista axiológico externo. Como teoría jurídica, es una teoría empírica y al mismo tiempo normativa sobre el deber ser del Derecho penal desde el punto de vista jurídico interno de los principios de justicia incorporados en nuestros ordenamientos, y en particular en las Constituciones. En este sentido, para el maestro italiano, el garantismo es sinónimo de “Estado constitucional de Derecho”, es decir, en palabras suyas, de un sistema que recoge el paradigma clásico de Estado liberal, extendiéndolo en dos direcciones: de un lado, a todos los poderes, no sólo al judicial sino también al legislativo y al ejecutivo, y no solo a los poderes públicos sino también a los privados; de otro lado, a todos los derechos, no solo a los de libertad sino también a los sociales, con el consiguiente surgimiento de obligaciones, además de prohibiciones, para la esfera pública. Es que para Ferrajoli la idea de la democracia constitucional expresada por el paradigma garantista es opuesta a la imagen de la democracia mayoritaria o plebiscitaria. (Ferrajoli, “Garantías y Derecho Penal” op. cit. p. 10 y 11)

Los diez axiomas del garantismo penal que Ferrajoli señala en “Derecho y Razón” y que fueron elaborados por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, son concebidos como principios naturales de limitación del poder penal “absoluto” son:

⁶⁸ Idem p. 9

- 1.-Nulla poena sine crimine (principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito)
- 2.-Nullum crimen sine lege (principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto)
- 3-Nulla lex (poenalis) sine necessitate (principio de necesidad o de economía del derecho penal)
- 4.-nulla necessitas sine iniuria (principio de lesividad o de la ofensividad del acto)
- 5.-Nulla iniuria sine actione (principio de materialidad o de la exterioridad de la acción).
- 6.-Nulla actio sine culpa (principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal).
- 7.-Nulla culpa sine indicio (principio de jurisdiccionalidad, en sentido lato o estricto).
- 8.-Nulum iudicium sine accusatione (principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación).
- 9.-Nulla accusatio sine probatione (principio de la carga de la prueba o de verificación).
- 10.-Nulla probatio sine defensione (principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación).

Ahora bien, Zaffaroni, expresa que Ferrajoli no distingue entre poder punitivo y derecho penal, ya que para éste el poder punitivo estaría del lado del más débil: de la víctima frente al delincuente y del delincuente ante la venganza y ante ello, su derecho penal mínimo sería un programa de ley del más débil, y sostiene, por tanto, Zaffaroni que no hay razones históricas que permitan sostener que el poder punitivo alguna vez vaya a estar del lado del más débil – sino todo lo contrario-, por lo que la discusión con el abolicionismo se convierte en una disputa sobre un modelo acabado de completa transformación social, pero a criterio de Zaffaroni, poco dice Ferrajoli sobre la clave teórica con la que se debe elaborar el derecho penal vigente.⁶⁹

Zaffaroni nos ilustra que el derecho penal de garantías es *inherente al estado de derecho* porque las garantías procesales penales y penales no son más que el resultado de la experiencia de contención acumulada secularmente y que hacen a la esencia de la cápsula que encierra al estado de policía, o sea, que *son el estado de derecho mismo*. El derecho penal de un estado de derecho –dice este autor-, por ende, no puede dejar de esforzarse por mantener y perfeccionar las garantías de los ciudadanos como límites reductores de las pulsiones del estado de policía, so pena de perder su esencia y contenido, “pues de otro modo pasaría a liberar poder punitivo irresponsablemente y contribuiría a aniquilar al estado de derecho, o sea que se erigiría en *rama cancerosa del derecho del estado de derecho*”⁷⁰

También Polaino Navarrete considera que la corriente del Derecho penal mínimo tiene el acierto de proponer una intervención limitada y racional del sistema punitivo (en consonancia con el carácter fragmentario, subsidiario y de *ultima ratio* del Derecho Penal y con el principio de intervención penal mínima y necesaria) y de fomentar un

⁶⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni y otros. “Derecho Penal. Parte General” p. 346. No olvidemos que Zaffaroni reconoce paladinamente que referirse a un *derecho penal garantista* en un Estado de Derecho es una *grosera redundancia*, porque en él no puede haber otro derecho penal que el de *garantías*, de modo que todo penalista, en ese marco, se supone que es *partidario de las garantías*, esto es, *garantista*. Cfr. Obra del autor, “El enemigo en el Derecho penal” p. 228.

⁷⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni. “El Enemigo en el Derecho penal”. p. 228 y sgte.

análisis crítico de toda concentración de poder punitivo en manos del Estado; aunque también, el indicado autor cree que no todos los planteamientos del movimiento del Derecho penal mínimo en absoluto son plenamente plausibles, pues existen contradicciones, por lo que este autor pierde absolutamente la fe en este sistema, ya que, considera al igual que el español Jesús María Silva Sánchez, que actualmente impera una expansión del Derecho penal.

Dice el autor español en este orden lo siguiente: “ el pretendido y deseado Derecho Penal mínimo y garantista es, a día de hoy –y no obstante la progresiva democratización y racionalización de la mayoría de los ordenamientos-, una aspiración idealista, una utopía más que una realidad. Tal aspiración de un más racional y armónico Sistema penal se ve paradójicamente contradicha por varios movimientos recientes, que caracterizan la actual Política Criminal. Se trata de movimientos fluctuantes, funcionales, variables, de muy diverso cariz y hasta contradictorios planteamientos. Aunque no entremos aquí en el análisis detenido de los rasgos que caracterizan al Derecho Penal de las modernas sociedades posindustriales, cabe afirmar que los actuales desarrollo del sistema punitivo conducen, paradójicamente, a posturas *neocriminalizadoras*, y –por ende- a la *expansión del Derecho Penal*, y no a su deseada reducción.”⁷¹

En cambio, nosotros creemos que el pensamiento de Ferrajoli, es práctico, reconoce la utopía del abolicionismo y proclama la necesidad del garantismo constitucional, como derecho penal mínimo, en el marco del Estado democrático de Derecho. Es lo que mejor debemos esperar del derecho positivo constitucional, tesis que se impone en el mundo occidental, en contraposición con el derecho penal máximo, exageradamente punitivo y desprovisto de defensa de los derechos humanos fundamentales, y en contraposición a la pretendida expansión del Derecho penal.⁷² Incluso en la reforma al Código de Procedimiento penal ecuatoriano de marzo del 2009 se establece que en la investigación penal, el Estado se sujetará al principio de mínima intervención, toda vez que en el ejercicio de la acción penal se prestará especial atención a los derechos de los procesados y ofendidos.

Anotamos que la exposición de motivos del Anteproyecto de Código de garantías penales establece que el garantismo penal o derecho penal mínimo es la más adecuada al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho constitucional fuertemente materializado, como es el caso de nuestro sistema jurídico. Señala que el garantismo penal se basa en algunos postulados: 1.- El derecho penal debe respetar los derechos de las personas de forma cuidadosa y seria; 2.- las limitaciones a los derechos deben ser discutidas en juicio y en procedimientos contradictorios, en los que se garantice el derecho a la defensa técnica; 3.- las autoridades judiciales y no judiciales (policía, fiscalía, administración penitenciaria) que intervienen en las distintas instancias penales, deben tener la mínima posibilidad de discrecionalidad, tienen que justificar sus acciones y ser responsables de las mismas; 4.- todo acto que restrinja derechos es controlable judicialmente; y, 5.- el derecho penal es el mínimo necesario

⁷¹ Miguel Polaino Navarrete. “Instituciones de Derecho Penal. Parte General”. p.39

⁷² “El derecho penal mínimo tiene varios sustentos filosóficos, históricos y empíricos. Filosóficamente, si se considera que el Estado está al servicio de las personas, promueve y protege los derechos, no puede jamás convertirse en un aparato represor, que aniquila, anula o desconoce los derechos de las personas; su intervención es excepcional y cuando no existen soluciones más adecuadas o proporcionales para resolver un conflicto”. En “exposición de motivos” del “Anteproyecto de Código de Garantías penales, la constitucionalización del derecho penal” p.47

para garantizar la eficiencia, evitar la impunidad y proteger a la persona inocente. (p, 47).

BIBLIOGRAFIA

1. Aguilar López Miguel Ángel. El Delito y la Responsabilidad Penal, Teoría, jurisprudencia y práctica. Editorial Porrúa .México. 2005.
2. Bacigalupo Enrique. “Derecho Penal .Parte General”. Ara Editores. 1era Edición. Lima Perú.2004
3. Bodero Edmundo René. Artículo en Internet “EL Post-finalismo, sublimación de la Política Criminal y el control social”.
4. Borja Jiménez Emiliano, Profesor de la Universidad de Valencia, en su artículo de Internet: “Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España”.
5. Bustos Ramírez Juan. “Obras Completas. Tomo I Derecho Penal. Parte General “Ara Editores. Colección Iustita. Lima. Perú. 2005
6. Fernández Carrasquilla Juan. “Derecho penal fundamental”. Tercera edición Grupo editorial Ibañez. Bogotá-Colombia. Reimpresión 2007.
7. Ferrajoli Luigi. “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Cuarta edición. Valladolid-España. 2000.
8. Jakobs Gunther “Sociedad, norma y persona: Una Teoría de un Derecho Penal funcional”
9. Jakobs Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación . Marcial Pons, 1997
10. Jiménez Martínez Javier. “Introducción a la Teoría del delito” 2da edición. Angel editor. México 2005.
11. Maurach. Heinz - Reinhart Zipf “Derecho Penal Parte General”. Editorial Astrea, 1994 tomo 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible”.
12. Medina Peñalosa Sergio J.. “Teoría del Delito” Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva. 2da edición. Ae Angel editor. México. 2003
13. Mir Puig Santiago. “Derecho Penal. Parte General”. 7ma Edición. B de F, Impreso en Argentina. 2005
14. Muñoz Conde Francisco y García Arán Mercedes. “Derecho Penal. Parte General” Tirant Lo Blanch. Valencia España. 6ta Edición. 2004.
15. Peña Cabrera Freyre Alonso Raúl. “Derecho Penal, Parte General, Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas.” Editorial Rodhas. 2da edición. Lima-Perú. 2007
16. Polaino Navarrete Miguel “Instituciones de Derecho Penal. Parte General”. Editorial Jurídica Grijley. Lima-Perú. 2005
17. Righi Esteban. “Derecho Penal, parte general”. Lexis Nexis. 1era edición. Buenos Aires- Argentina. 2007
18. Roxín Claus. “Política Criminal y Sistema de Derecho penal”. Barcelona. 1972.

19. Roxín Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Thompson Civitas. 2003.
20. Roxin Claus. “Evolución y modernas tendencias de la Teoría del delito en Alemania”. Colección Vanguardia en Ciencias penales. Editorial Ubijus, 1era reimpresión de la 1ea edición. México.D.F. 2009.
21. Schunemann Bernd “El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales”. Madrid. 1991.
22. Silva Sánchez Jesús María, “La Sistemática alemana de la Teoría del delito:¿Es o no adecuada a estos tiempos?, en “Estudios de Derecho penal”. Ara editores 2005
23. Velásquez V. Fernando. “Manual de Derecho penal. Parte general”. 2da edición. Editorial Temis. Bogotá- Colombia. 2004. Hay 4ta edición, Librería jurídica comlibros. Medellín-Bogotá-Colombia 2009.
24. Villavicencio Terreros Felipe A. “Derecho Penal Parte General”. Editorial jurídica Grijley. Lima-Peru. 2007.
25. Zaffaroni. Eugenio Raúl “Derecho Penal. Parte General”. Ediar. Buenos Aires. Argentina. 2000
26. Zaffaroni Eugenio Raúl, Plagia Alejandro y Slokar Alejandro:”Manual de Derecho Penal. Parte General”. Ediar. 2da reimpresión. Buenos Aires-Argentina. 2005
27. Zaffaroni Eugenio Raúl. “El Enemigo en el Derecho penal”. Grupo editorial Ibáñez. Bogotá-Colombia. 2006
28. http://es.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%ADA_del_delito
29. http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=133