

CÁTEDRAS DOCTRINARIAS



DE

PRESENTACION

DEDICAMOS ESTA PUBLICACION AL PROFESOR CHAPARRO GUERRA AMERICO A TRAVÉS DE LA ESCUELA DE POSGRADO DE LA UNJBG EN NOMBRE DE LOS DISCENTES QUE CURSAMOS LA MAESTRIA EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL, HOY REALMENTE COMPRENDIMOS QUE CONOCER DERECHO NO ES CONOCER DE LEYES COMO LO REPETIA EL DOCTOR CHAPARRO GUERRA EN SUS CATEDRAS ENFATIZANDO QUE NOS HEMOS CONVERTIDO EN MEMORISTAS, TECNISTAS, CODIGUEROS Y REPETIDORES DE LOS ARTÍCULOS, ACUERDOS PLENARIOS Y DOCTRINAS QUE NO COMPATIBILIZAN CON NUESTRA REALIDAD SOCIOJURÍDICO SIN MAYOR RAZONAMIENTO NI ANÁLISIS DE LOS MISMOS; CON NUESTRO MAYOR RESPETO Y GRAN APRECIO PARA EL DOCTOR CHAPARRO GUERRA AMÉRICO.

PRIMAVERA 2º17

SEGURIDAD JURÍDICA: UN ESTEREOTIPO
NORMATIVO O UN DINAMISMO SEVERO
OBCESIVO COMPULSIVO DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL

Esta es una de las cátedras entre la serie de las disertadas por el Profesor Doctor in the University Education by Competences Posdoctor in Cientific Knowledge Research Catholic University Chaparro Guerra Américo; dicha cátedra es de corte disruptivo, analítico, crítico, reflexivo, que rasga el velo de paradigma transversal por competencias que datan de los tiempos de las políticas pedagógicas ortodoxas universitarias de Bolonia del año 1997 y como es de estilo y costumbre en el Perú la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU) lo recoge como creación propia y lo introduce en la ley universitaria como el último grito o modelo de la educación superior por competencias; ignorancia supina; se trata de un simple proyecto denominando Tuning impuesto por la comunidad europea a través de sus organismos serviles como la ONU y la UNESCO que tiene fines de alienación e enajenación al sistema económico competitivo desregularizado; en América Latina lo conocen como el neoliberalismo económico (ortodoxo). En este estado Chaparro Guerra deja soslayado a manera de introducción a sus cátedras como se debe enseñar; como el discente debe entender la temática y como debe elaborarlo dentro de su concepción unilateral con reflexiones distintas y no de molde encapsulado, repetitivo ni memorístico;

asimismo pasa a definir su catedra recopiladas *in situ* en los claustros universitarios a nivel de posgrado en la especialidad en política criminal dogmática y enjuiciamiento penal.

Como es de estilo característico Chaparro Guerra, apertura sus cátedras académicas enfatizando críticamente una interrogante sobre ¿Qué debemos entender por **“SEGURIDAD JURIDICA”**? en su real concepción desde las bases del derecho sin etiquetamientos ni **Jigantomias** utópicas, toda vez que esta institución jurídica mal denominada por el derecho constitucional como principio y atribuyéndose que esta concepción interpretativa, desarticulada pertenece al ámbito constitucional, sin entender que el *derecho prima facie* definió y sustento esta institución jurídica y que lo conocemos como cultura jurídica penal general, además que en el desplazamiento mediocre del derecho constitucional lamentablemente no lo positivizaron y que hoy gira más periféricamente, que adentro esta figura denominada: **seguridad jurídica**, dicho concepto constituye la columna vertebral para el desarrollo de la administración de justicia, sin la cual no se puede operar por el principio de legalidad **a punta de interpretaciones y nada más que de puras interpretaciones.**

En la constitución nuclearmente debería desarrollarse bajo un entrelazamiento cuántico en la denominada “**administración de justicia**” (tráfico judicial), y sobre la base de un estado de derecho liberal (tridimensionalidad), como elementos *sine qua non* dentro del concepto valorativo de **JUSTICIA**. Asimismo empero, como podemos constatar y contrastar se administra justicia en forma unilateral con la evidente ausencia de estas dos últimas instituciones jurídicas (seguridad jurídica y estado de derecho) porque así lo exige taxativamente la amplia doctrina en sus diferentes estadios evolutivos espacio-tiempo, con el único fin para el que fue instituido “**control social**” y fundamentalmente dentro de ella la coexistencia pacífica de toda sociedad organizada y debidamente planificada en vías a la plenitud social con igualdad de condiciones en respeto al derecho convencional-constitucional y especial como máximo exponente del “**deber ser**” con un entrelazamiento cuántico con las bases filosófica-epistémica del derecho de corte eminentemente dialectico.

Empero en aplicación al **principio de la realidad** a través del efecto reflejo, nos encontramos con el despliegue y desarrollo de una administración de justicia con graves aberraciones sustanciales en el enjuiciamiento penal líquido como en su **empabelesida** operacionalidad mecánica-

tecnicista dicotómica y letanica ritualista dentro del tráfico judicial.

Sin embargo, a pesar de estas fracturas y sesgos cognitivos dentro y fuera de la administración de justicia nos encontramos con una administración de justicia de corte eminentemente artesanal (acientífica), básica-tecnicista estructurada en todos sus niveles con contenidos de corte ritualista y letánicos envolventes encapsulados y predeterminados.

Sin embargo; así se administra justicia en nuestra nación llamada Perú, en la forma más artesanal, y rudimentaria (con promociones empaquetadas a modo combo), con la gravísima ausencia colateral que a la fecha no profesamos una línea política doctrinaria de ninguna escuela penal; deficiencia nuclear que deviene desde los orígenes de la imposición del primer código penal de la Confederación Perú-Boliviana de Santa Cruz de 1837, a pesar que mucho antes, existió un proyecto del código penal del jurista cosmopolita Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada, en el año 1828 publicada en Boston-Estados Unidos de América con un contenido revolucionario del derecho que incluso Jiménez de Asúa lo reconoció como el formador del derecho penal en América Latina, justamente porque Vidaurre fue un jurista cosmopolita que recorrió España, Francia, Inglaterra,

Norteamérica, recogiendo el bagaje jurídico para la creación de un código penal para el Perú.

De estos hechos y actos en su despliegue espacio-tiempo se puede abstraer que el Perú siempre ha primado los intereses políticos y económicos personales y de terceros con intereses que hasta la fecha perduran en las altas esferas políticas del estado generando la corrupción. He aquí un claro ejemplo que los poderes del estado están más politizados por sus intereses particulares y de terceros, de corte eminentemente político-económico que por la dación de una buena reforma del derecho penal y su enjuiciamiento de corte negociador sobre la pena (premial), como pueden verse desde esos espacios-tiempos, nuestra administración de justicia como así mismo nuestros juristas y el prominente foro de letrados que rebalsan en sus distintas congregaciones no proponen ni tienen la iniciativa de encaminar nuestro derecho penal nacional bajo una determinada escuela política doctrinaria, consecuentemente se viene administrando justicia penal bajo ninguna de las escuelas penales doctrinarias encontrándonos con un derecho penal y una administración de justicia incierta, que hoy genera graves repercusiones a nivel nacional por la indebida introducción uso y abuso de políticas y doctrinas diseminadas que pertenecen a sistemas socioculturales muy distintos al nuestro

(germánicas, hispalenses y otros), de corte finalistas, funcionalistas y no funcionalistas a manera de remendar los grandes agujeros negros que se presentan en la deficiente administración de justicia de nuestro país y en otras, solo por el prurito de difundir un sistema doctrinario fragmentado plasmados en las resoluciones de la corte suprema y cortes superiores como novedad o último grito de la actualidad jurídica doctrinaria, a tal punto que lo internalizan, lo instrumentalizan y lo plasman por entero en sus resoluciones judiciales, como si fuese creación nuestra; o que nuestra administración de justicia se rigiera por escuelas doctrinarias de corte funcionalista y justamente esta se desarrolla en nuestra administración de justicia con el apoyo unánime de una gran cifra envolvente de letrados que lo repiten mecánica y letánicamente en sus seudas defensas penales sin mayor discernimiento ni análisis, otros los difunden en eventos académicos universitarios y jornadas organizadas por la corte suprema de justicia de la república, academia de la magistratura, y colegios de abogados donde se conjuga el verbo ***“yo te condecoro doctor tú me condecoras doctor y nosotros nos condecoramos doctor”***, craso error o ignorancia supina que se viene arrastrando larga y abiertamente sin ningún reparo, por el foro nacional, colegios profesionales de letrados a nivel nacional y

aquellos destacados juristas nacionales entre comillas.

Entendamos que nuestro sistema penal tiene por instruida holísticamente la figura delictiva de ***puesta en peligro***; dicho término se refiere a ***peligros*** y no así a ***riesgos*** que son propios de algunas posturas teóricas alemanas que lo sostienen dos o más maestros filósofos del derecho teórico como: Günther Jakobs o Roxin; en consecuencia no podemos afirmar que la administración de justicia alemana se despliega bajo las políticas doctrinarias de la escuela funcionalista; tal aseveración, como sostienen algunos participantes en nuestros foros, no se ajusta a la realidad; como una novedad (imputación objetiva); y, lo más grave atribuyéndoseles la autoría a Günther Jakobs y Roxin como padres y autores de la imputación objetiva, crasa ignorancia en el sentido puro del derecho de lo que podemos abstraer, la pobre formación que tiene el gran foro de letrados en el Perú y ni hablar del poder judicial y el ministerio público; en efecto como buenos hombres libres y letrados liberales dejemos debida constancia para fines de ley que el derecho es concebido en nuestro país tanto en las universidades a nivel de formación y posgrado (sabatino-dominical); solo si conoces normatividad (codiguero), existiendo una ausencia total y profunda de las bases del

derecho de lo que se puede deducir por una parte que se enseña mal el derecho, justamente por desconocimiento de las bases y su constructo paulatino, a la fecha creyendo tanto el docente como el discente que el derecho gira en base a códigos leyes y demás normas primando el memorismo codiguero mecanicista en las que se formaron promociones integras en universidades a nivel nacional, en consecuencia llamémoslo por su nombre ***maestros del engaño***. No les enseñaron a comprender, analizar, abstraer y emitir una concepción personal del tema, sin embargo, todo gira en base a repetición, carpeta y exposiciones dimanantes del rincón del vago (copia y pega), discentes repitiendo la desnutrida concepción obtusa o tubular del docente sin mayor entrelazamiento temático a la de cualquier autor predeterminado todo se circunscribe a esa tónica de desarrollo encapsulado empaquetado en bloque o en combo con ayuda de sus PowerPoints para la lectura repetitiva y letánica sin mayor aporte ni análisis crítico, y a esto la SUNEDU lo denomina en la forma más ignorante “***competencias***” en vías a la excelencia académica que lamentable seguimos con la enseñanza socrática y bajo los controles de pruebas escritas de contenido altamente memorístico, ha eso lo llamamos catedráticos competitivos retomando el segmento .

Porque cuando nos referimos al concepto riesgo(s), no contempladas en nuestra legislación penal y jurisprudencial nacional estamos violando, transgrediendo el **PRINCIPIO DE LEGALIDAD**; los términos de riesgos son propios de los seguros y reaseguros en campos y segmentos fuera de lo penal; que tiene más una connotación del derecho comercial, corporativo y previsorio, también cuando recogemos la institución del enjuiciamiento criminal-alemán sobre responsabilidad objetiva y acusación necesaria u objetiva, prohibición de regreso , los roles y otros difundidos como novedad, sin entender que estas son simples posturas que incluso no se aplican el sistema de justicia penal alemán o en toda la comunidad europea en consecuencia lo único que estamos permitiendo ante la comunidad jurídica nacional y latinoamericana es el hazme reír de tremenda patinada de los operadores de justicia de la suprema corte que lo aplican como doctrina novedosa en sus resoluciones la corte suprema de justicia de la república; novedoso para aquellos que no investigan y creen que el derecho gira en base simple y llanamente a los códigos, normas, leyes, acuerdos plenarios; ciegos del amplio bagaje doctrinal con indistintas escuelas doctrinarias y sistemas de administración de justicia que difieren grandemente una de otra por situación de

demarcación y jurisdicción, ni hablar del sistema norteamericano que difiere grandemente con el canon **ove ingles** y está con **él con la de sosia a pesar de su origen** y sola estirpe o doctrinas hispalenses que no corresponden nuestra realidad social y modus vivendi por cuanto lo mismo sucede con **xxx** cuando desarrolla la temática de **xxxx** donde las universidades le dieron cabida sin mayor reproche ni atingencia; muy parecido con lo que sucede hasta hoy con la diarreica emisión de acuerdos plenarios y plenos jurisdiccionales, que los han denominado acuerdos plenarios con carácter de doctrina y de obligatoria aplicación; he ahí su grave aberración de concepción, si son acuerdos no pueden tener el carácter de doctrina como lo señala el ordinal **xxx** de la ley orgánica del poder judicial, *contario sensu* revisemos la amplia literatura del derecho porque colisionan con su acepción, contenido y significado como también colisiona con un principio tridimensional que tiene una transversalidad convencional, fundamental y de especialidad; nos estamos refiriendo a un principio que está por encima de toda la escala piramidal kelseniana, me refiero al ***principio de legalidad*** “N” veces violada, transgredida y desconocida por los operadores de justicia a todo nivel (ignorancia, crasa y supina); así se administra justicia en el Perú esta es una realidad objetiva y objetable, con las que nos hemos

acostumbrado a convivir a manera de ficción jurídica, ha esto no se le puede llamar administración de justicia en ningún lugar del mundo, en la que también se encuentra enrolladas en la forma más envolvente el grueso gremio de letrados quienes permiten estas aberraciones, unos por desconocimiento en su formación y otros por ignorancia de las bases del derecho creyendo que conocer derecho es conocer de leyes, o que todo gira en base a códigos, normas, acuerdos plenarios, eunucos en el bagaje doctrinario del derecho penal.

Retomando la temática sobre seguridad jurídica y habiendo aclarado la otra cara oscura de esta institución jurídica, (iustitja), lo cierto es que seguridad jurídica, es la resultante de un complejo normativo que permite establecer y delimitar, de manera precisa, las atribuciones de los órganos del estado y los derechos y deberes de cada uno de los subordinados del ordenamiento jurídico penal. He ahí donde comienza el primer elemento convencional y fundamental **LA LIBERTAD**, un concepto eminentemente poroso, empero real en su existencia mas no en su funcionalidad (SIN LEX NO HAY LIBERTAD), un aforismo por demás hueco y oscuro; en conclusión, podemos afirmar, que la seguridad es la ley jurídica fundamental, la encarnación de la justicia concreta, asimismo podemos en cambio; conceptualizarla

correctamente, que justicia y seguridad son distintas acepciones de exigencia, en las bases y constructo doctrinario de las ciencias penales ambas integrantes de la idea del derecho simbólico, empero con significados y contenidos distintos que pueden llegar, en ocasiones, a oponerse mutuamente. Sea ello lo que fuere, lo cierto es que, si bien cabe concebir seguridad sin justicia, no es por el contrario posible imaginar justicia sin seguridad. Empero esta se plasma y se despliega en nuestro sistema jurídico en la forma más abierta y cotidiana con un estado de derecho incierto a vista y paciencia de los grandes magistrados de la corte suprema de justicia de la república y con el aval de los miembros a **dedum del Tribunal** Constitucional, en quienes recae toda la responsabilidad sobre la fidelidad, aplicación y cumplimiento de la ley. En consecuencia, no confundamos, ni engañemos con aparente sutileza y estilo, primero a la nación, segundo a la sociedad y llamemos las cosas por su nombre sin abstracciones o desconocimientos infundados de su real y evidente constructo doctrinario donde la seguridad jurídica **juega como elemento de sinergia en** la administración de justicia sin la cual no hay justicia, esto en su estado puro y concepción del derecho dialectico empero como podemos ver a lo largo de la historia en su espacio-tiempo, en la praxis judicial y del

derecho, exista o no el elemento seguridad se da el desarrollo de la llamada administración de justicia a ciegas y en un estado de derecho empalidecido, fragmentado, incierto y en plena decadencia.

Una administración de justicia bajo este relato real y convincente, nos da como resultado sus grandes desaciertos y sus pocos logros, efectivamente esta es su gran debilidad que nunca lo han querido reconocer y que siempre lo han ocultado por su falta de probidad, escaso profesionalismo, faltos de responsabilidad consigo mismo, con su institución laboral, y con la nación.

Entendamos señores que la seguridad jurídica significa, en efecto, la negación de la arbitrariedad, del *“hoc voló, sic jubeo, sit pro ratione voluntas”*, que es la raíz misma de la injusticia e impunidad hoy tan cuestionadísima en los países de corte hispalense y con mayor incidencia en nuestro país, al punto que la misma se ha convertido en un fenómeno endémico enquistado e institucionalizado y avalado por los más altos poderes del estado, la magistratura, y bajo el aval de la Junta Nacional de Justicia; instituciones de fachada, propulsores de la continuidad de la corrupción y la incapacidad.

En este acto; pregunta un discente.- ¿Doctor Chaparro si volvemos ahora la mirada al caduco concepto jurídico del delito, que usted lo trató

ampliamente hace más de cuatro décadas en una de sus cinco publicaciones a través del centro de investigaciones de la universidad católica, y haciendo uso de su nueva terminología jurídica aplicada a la enseñanza doctrinaria del derecho penal que rompe con la enseñanza socrática al sostener y verter, que el derecho penal moderno gira bajo un entrelazamiento cuántico?, demuéstrenos el caduco concepto jurídico del delito que usted, así lo califico, con el derecho penal moderno y su entrelazamiento cuántico.

Responde muy rápidamente el ponente: mire usted, señor discente solo aquellos que tenemos la virtud y la pasión por la investigación científica llegamos a estos espacios de entendimiento nucleares y de entrelazamiento cuántico y otros como el de inconmensurabilidad falsacionismo en campos de investigación que son producto justamente de mis estudios postdoctorales en mi alma mater la universidad católica, puntualmente a su interrogante le puedo afirmar con toda certeza que comprobaremos que el pensamiento científico se halla dividido en este punto, por ciertas oposiciones fundamentales, estas oposiciones no se deben sólo a discrepancias de orden sistemático, en lo profundo, ellas reposan sobre concepciones divergentes del mundo y de la vida sobre ideales políticos contrapuestos. No todos los que

profesamos determinada escuela de corte doctrinario, si es que lo conocen en su real dimensión y profundidad, y, de ser así, alcanzaran a percibir totalmente cuáles son sus presupuestos filosóficos, epistémicos, dialécticos, doctrinarios y políticos; qué consecuencias puede traer en su entrelazamiento cuántico fuera del campo para el que ha sido primariamente concebida, o en qué medida ella puede ser eventualmente utilizada como instrumento de opresión, porque el derecho penal, que comporta la máxima intromisión del estado en la esfera de libertad del individuo, es frecuentemente desviado de sus finalidades legítimas y puesto al servicio de los gobiernos de turno por demás corruptos, para los que constituye un arma indispensable, el tercer poder del estado (poder judicial), que en toda la historia del país siempre ha estado al servicio y servidumbre de las políticas de gobiernos corruptos como cola de furgón; he ahí el punto crítico y de quiebre que rasga el velo de la dicotómica frase gastada ***“independencia judicial”*** Soopretecto de su larga impunidad, incapacidad parasitaria y corrupción institucionalizada e inmoralidad solapada en la forma más abierta a tal punto que han perdido los valores, la ética la moral y el sentido lato de justicia; retomando el tema objeto de esta cátedra de corte analítico-crítico-doctrinario, es

no solo mostrarles sino demostrarles palmaria y esquemáticamente el significado de dichas contradicciones conceptuales sobre el caduco concepto jurídico del delito, en conectividad con las exigencias de la supuesta seguridad jurídica utópica en una sociedad de alto peligro y evidentes riesgos donde el derecho penal como pilar fundamental de la administración de justicia ha fracasado, a colapsado frente a la fenomenología pandémica de la incapacidad y la corrupción enquistada e institucionalizada desde las más altas esferas de la magistratura hasta las esferas más bajas de su constructo piramidal, de las que ya nadie se inmuta o se asombra por que se ha convertido en una costumbre cotidiana y cíclica donde reina la impavidez y la insensates la insensibilidad y ni hablar de los valores bajo las bases eminentes de la alienación enajenación y el servilismo, sin la menor murmuración o atingencia de las políticas de gobierno de turno, he ahí el claro ejemplo público de la llamada Junta Nacional de Justicia, criticable en su máxima expresión tanto en su conformación, capacidad para el cargo, altamente criticable y devaluado en su proceder, demostrando nada nuevo todo lo contrario más de los demás: retomando el segmento podemos enfatizar fuertemente que, la primera contradicción nos pone frente a frente con el problema, de si es posible llegar a un concepto continental o

universalmente válido sobre el caduco concepto jurídico del delito que dimana de inalterable de los espacios-tiempos del joven marques ítalo Cesare Beccaria bajo su obra original de los delitos y sus penas con un profundo mensaje de humanización del derecho penal, o también nos podemos referir con mayor relevancia a Gaetano Filangieri, que por sus obras rebasan a las de Beccaria, que venimos repitiéndolo letánicamente de siglo en siglo sin modificación alguna, he ahí la incapacidad de no poder darle otra denominación o por lo menos otra descripción de acuerdo a evolución cibernética que hoy venimos cursando a velocidades titánicas a través del pulso digital y los contenidos de información cuántica; creo en la plasticidad del derecho es cambiante en el espacio-tiempo, empero seguimos con los términos delito-matar-pena-que data de periodos bíblicos.

Retomando el sentido del segmento de exposición, ahora superando el relativismo propio de una concepción que podríamos llamar puramente de política criminal de la infracción delictiva para la cual es delito la acción prohibida bajo amenaza de pena por un orden jurídico positivo, que data desde la aparición primigenia del derecho GRECO-ROMANA y, como tal, cambiante o inamovible al extremo que hoy se ha mecanizado tanto que lo repiten mecánica y

memorísticamente como cliché sin entender su alto contenido ni aplicación en la praxis dentro y fuera del tráfico judicial. A esta interrogante han respondido afirmativamente dos corrientes de ideas opuestas en discrepancia, aunque ambas, sin embargo, tal vez, igualmente representativas de lo que se ha dado en llamar el pensamiento post moderno, empero hoy también ha quedado como obsoleto frente al auge de la cibernética, la Inteligencia artificial y neurociencia para distinguirlo por una parte del pensamiento escolástico medieval y por otra, de los irracionalismos contemporáneos; si no lo entendió lo invito a que previamente se introduzca en las grandes obras de los grandes maestros del derecho en sus diferentes espacios-tiempos; *contrario sensu* vamos hacer censurados por ese grueso número de personajes **gafos** y tildados, justamente por su eminente ignorancia de las bases del derecho desde su génesis hasta su constructo y de esta las escuelas modernas del derecho de la cual nuestro sistema judicial y de formación del derecho no pertenece a ninguna de ellas encontrando en esencia en la multiplicidad de sus resoluciones temas de diferentes escuelas sin entender su razón de ser es muy lamentable que estamos viviendo una ficción jurídica en la forma más descarada y abierta.

Conectándonos nuevamente a nuestro tema; estas dos corrientes de ideas: la llamada escuela clásica y la del positivismo, podemos afirmar con certeza que las dos escuelas anteriormente indicadas han dado origen a las escuelas causalista, finalista ya desfasadas y consecuentemente sobre este bagaje la aparición de las escuelas funcionalistas y otras sostenidas por los teóricos Claus Roxin y Günter Jakobs y sus seguidores como Navarrete Mas 4....., consecuentemente sus seguidores y repetidores dentro y fuera de la llamada administración de justicia peruana como algo novedoso sin entender que no es nada nuevo y que esta no compatibiliza con nuestra realidad jurídica penal por ser eminentemente de corte germánico, o anglo o sajón o estadounidense retomando el tema estas dos escuelas (clásica y positivista), aparecen, en efecto, ante un análisis profundo, como expresiones de aquel racionalismo mecanicista del siglo XVII, pero cuyas últimas manifestaciones se encuentran todavía hoy latentes en la mayoría de cortes de justicia a lo largo del siglo XXI-XXI donde aparece fortuitamente el alemán Alexis con una nueva teoría filosófica del derecho que el mismo lo acuña bajo la denominación del post constitucionalismo que se desvía para tratar estándares en las decisiones judiciales y vuelve con la retórica de un derecho constitucionalizado

que no ha tenido mayor aceptación en América latina concepción de algunos autores Colombia y parte de Argentina y México en alguno de sus seguidores y con mayor difusión en España e Italia a través de xxx y yyy; ahora retrocediendo a los espacios-tiempos antes indicados, podrá parecer extraña la ubicación que damos a manera de pensar de los ius positivistas, sin embargo es necesario retrotraernos al espacio-tiempo de esa entonces para tener un concepto cabal del discurso y pasar al hecho concreto, ahora si recordamos los argumentos con los cuales el maestro Enrique Ferri, demostró, con sus primeras obras, para él indiscutible determinismo, advertiremos que su actitud tiene mucho más de común con la del profesor Francesco Carrara, al proclamar su firme convicción en el libre albedrío, que con cualquiera de las formas con que el pensamiento contemporáneo enfoca el eterno problema de la libertad que hoy muchos pseudo constitucionalistas y magistrados del Tribunal Constitucional no lo definen en su real y profunda dimensión simple y llanamente por que no se conoce en profundidad, la génesis y constructo del derecho verbigracia: el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema de justicia de la república y todos aquellos pseudo constitucionalistas, no supieron definir la incapacidad moral permanente; para esto

citemos los tipos de pensamiento de los clásicos **maestres Carrara y Ferri**, que son todavía a la fecha representantes del siglo de las luces, superado toda vez que por el idealismo trascendental, tanto en la concepción ius positivista como en la llamada clásica, aparece entonces el fenómeno del delito como un ente sustentado sobre relaciones de carácter mecánico (pragmatismo).

En consecuencia para debatir académicamente sobre estos tópicos doctrinales les rogaría previamente imbuirse sobre la extensa data doctrinal de los **maestres**: Carmignani, Benigno Di Tullio, Couture, Garofalo, Francesco Carrara, Jeremías Bentham; y podamos a corto plazo entre unos tres a siete años para un debate de corte doctrinario y de una transversalidad jurídico dialéctico para lograr entender que estas bases son líquidas para el entrelazamiento cuántico entre el derecho, la doctrina y la administración de justicia, *contario sensu*; estaríamos yendo en una ignorancia crasa de la aplicación de la *lex dura lex*.

Ahora citando al **maestre Ferry** o para una comprensión más temprana del derecho penal mejor invitemos a Carrara, se opuso a las fuerzas del delito, físicas y morales, las fuerzas de igual carácter a la pena; la fórmula del ente jurídico, que debía contener en sí *“il germe di tutte le*

veritá”, no es más que la resultante de una contraposición de fuerzas mecánicas, y la pena tiene toda la invariable certeza de las leyes matemáticas que rigen aquellas fuerzas. Desde las filas adversarias, del **maestre Raffaele Garofalo**, quien creo también otro ente, **esta vez no jurídico sino natural, animado de igual virtualidad mecánica**. Es cierto que ahora las fuerzas del delito no se hallan en una relación constante de contradicción con las de la “ley del orden”, pero en cambio lo están con los igualmente imperecederos sentimientos de humanidad y justicia, la sociedad reacciona contra las fuerzas del delito, con la necesidad propia de un organismo concebido al modo mecánico de la filosofía cartesiana.

Recuérdese que para el **maestre Ferri**, quien hablaba de la gran ley de “*acción y de reacción*” que domina tanto en el mundo físico como en el mundo moral” hasta la fecha.

Desde ambos campos se postuló, la formulación de un concepto intemporal del delito, libre de relativismo, más la diferencia sustancial entre las dos posiciones se traduce en una muy distinta actitud frente a las exigencias de la paradigmática: seguridad jurídica. Por su parte **el maestre Carrara**, puso la esencia del delito en la infracción a la ley, el principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, baluarte de la seguridad,

no es sólo para el maestro Carrara, un imperativo de carácter político criminal. Ese principio es por así, óptica y ontológicamente presente en la idea misma del delito. Para el ius positivismo, por el contrario, la norma jurídica viene a resultar un cuerpo extraño en esa idea; por otra parte, ni los **maestros Garofalo ni Ferri**, mencionaron la LEY entre las notas de su concepto.

Entendamos de una vez por todas, según mi concepción que el delito es una constante intrínseca; es fenomenología en el desarrollo social, cíclico e infinito consecuentemente la alteración del orden secuencial en el que se desplaza la sociedad en un determinado espacio-tiempo (la coexistencia pacífica), he ahí la presencia del término jurídico penal DELITO que aparece normativizado en nuestro código penal en sus **(ARTI Y IV del T.P.)** Erróneamente se suele pensar que la superación del iuspositivismo en el ámbito del derecho penal ha significado el abandono de la protección de los bienes jurídicos bajo un enfoque de seguridad. Esta concepción es equivocada.

Para lograr una comprensión holística del tema que nos ocupa en esta cátedra, resulta necesario realizar un análisis crítico desde la perspectiva de la criminología. Particularmente en los países anglosajones, se observa una tendencia a no diferenciar entre las diversas formas de lo que se

denomina "conducta social anómala". Esta postura genera un estado de opinión que minimiza la distinción esencial entre la violación de la ley penal y otros comportamientos considerados socialmente perjudiciales. Si a lo anterior sumamos el surgimiento de nuevas corrientes dentro del propio derecho penal, como la "defensa social nueva" liderada por figuras renombradas como el francés Marc Ancel y el estadounidense Paul Cornil, que parten de principios similares, comprenderemos la magnitud del desafío que esta oposición conceptual que venimos abordando representa para la pervivencia de las garantías individuales más importantes. Retomando el punto anterior, es fundamental destacar la persistente oposición entre dos concepciones distintas del INJUSTO PENAL, elemento nuclear del delito, que han sido defendidas principalmente por la doctrina alemana: la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material. El concepto de una antijuridicidad material responde a los pensamientos básicos de ciertas doctrinas, como la jurisprudencia de los intereses o la teoría sociológica del derecho, por una parte, y las corrientes fundadas en la filosofía de los valores, por otra, que se opusieron a la llamada jurisprudencia conceptual, propia del ius positivismo jurídico. En el campo de las ciencias penales, el concepto de la antijuridicidad

material fue sostenido por destacados **maestres alemanes**, en gran medida, indudablemente, por la necesidad de subsanar o tapar notorias deficiencias en el sistema normativo de ese espacio-tiempo y de su administración de justicia nato. Esas deficiencias, que se manifiestan principalmente en un inadecuado e incompleto tratamiento de las causas de justificación, debemos dejar clarificado y asentado que desde un enfoque doctrinario mas que dogmático no condujeron a los más distinguidos **maestres** a sostener que una acción es verdaderamente antijurídica, no sólo por hallarse en relación de contradicción con las normas del derecho, sino por la efectiva lesividad que cause a ciertas instancias extralegales de valoración. Así, el Injusto penal consistiría esencialmente, en la lesión de intereses socialmente importantes— esto es en el carácter antisocial del acto (alteración de la coexistencia pacífica), como lo sostenía por ejemplo **mi maestro soviético en la** contradicción de ese acto con las normas de cultura aparecen **los maestros** Ernst Mayer Max, en su oposición al bien común y el profesor Sauer, en su negación de la idea del derecho, concebida a la manera de pensar del **maestro Rudolf Stammler**.

Por cierto, que estas teorías se hallaban enderezadas prácticamente a que se declararan lícitas, en consecuencia, impunes; ciertas

acciones que aparecen como intrínsecamente justas, aun cuando debido a la insuficiencia de la legislación fueran formalmente opuestas a una norma jurídica. Desgraciadamente, la concepción de una antijuridicidad material, estructurada con tan loables propósitos, al concluir que la verdadera "*ratio essendi*" también conocida como *ratio cognoscendi*; estructura finalista la cual tiene por objeto que la tipicidad, es decir la adecuación de una conducta a una descripción legal penal es indicio o antecedente primero de la antijuridicidad, por supuesto nunca una sospecha como lo determina la corte suprema en sus plenos jurisdiccionales sobre la prisión preventiva, términos eminentemente policiacos y contradictorios a la amplia doctrina penal. De otra forma, para estar en presencia de la tipicidad se requiere que la conducta, por ejemplo, el privar de la vida a otro este descrita en un figurín, tabla normativa o código

Cuando lo anterior acontezca estaremos en presencia de la tipicidad que para los seguidores de la corriente de la *ratio cognoscendi* es el antecedente indiciario de la antijuridicidad, no estriba en la contradicción de la acción con el derecho sino en su característica de ser realmente antisocial o contraria al bien común o a las normas de cultura, que personalmente lo denomina Chaparro Guerra; el inadaptado social por alteración al normal desarrollo social y

coexistencia pacífica, mal denominado derecho penal del enemigo por el maestro de Bonn, Günther Jakobs justamente, porque está ya fue definida por el derecho penal liberal y lo que sostiene Jakobs no es nada nuevo ni creación suya, que se presta a ulteriores e imprevistos desarrollos que pueden conducir en definitiva a la destrucción de la seguridad jurídica. En efecto, tal vez por una especie de necesidad dialéctica derivada de su propia esencia, tal vez por otras razones menos puras, estas doctrinas, que en un comienzo constituyen sólo un método más flexible de interpretación de la ley, pueden ser llevadas, y de hecho lo fueron, a la negación final del principio "*nullum crimen nulla poena sine lege*". Se sustituye entonces este principio por el de la analogía, y la sanción se aplica, no en virtud de la ley anterior al hecho del proceso, sino a raíz de la captación intuitiva de la antijuridicidad material de la conducta, sea que se considere a esta contraria a las supremas exigencias.

Las consecuencias nefastas de este criterio, por todos conocidas, no necesitan ser puestas aquí de manifiesto. Cabe señalar que los reparos a una concepción material de la antijuridicidad no implican afirmar que la dogmática deba esterilizarse en una mera comprobación, ciega a los valores, de la contradicción formal entre una acción humana y una norma jurídica. Como suele darse hoy con la aplicación del neo

enjuiciamiento penal modelo para Latinoamérica de corte eminentemente mecanicista basado en tecnicismos y rituales en el circo judicial, lo que expone de amplio manifiesto, Chaparro Guerra, y enfatizando que “la punibilidad de un hecho concreto no sólo depende de esa norma particular, sino también de toda otra disposición jurídica que contribuya o pueda contribuir a determinar la licitud e ilicitud de un hecho, porque un hecho es lícito cuando es conforme con el derecho como totalidad”. He ahí el entrelazamiento cuántico. La realidad jurídica es, sin duda, de esencia valorativa, pero sus valores están dados por el ordenamiento jurídico, y hemos de someternos a ellos, cualquiera sea nuestra particular opinión sobre la concordancia que pueda existir entre determinada acción y ciertos intereses o valores sociales a los que el derecho no haya dado su reconocimiento normativo.

Otra contrariedad conceptual se manifiesta en la oposición al tradicional criterio lógico, con que fue estudiada la infracción delictiva desde el siglo pasado, y al que se pretendió sustituir mediante una captación intuitiva de la esencia del delito. Ello no fue sino la reproducción, en este especial sector del pensamiento, del ataque frontal desencadenado contra el predominio de la forma lógica del pensar por todas las corrientes irracionalistas, que podrían ostentar como lema

común el de representar la rebelión de la vida contra la idea, la afirmación de que sólo es posible captar la esencia de las cosas mediante procedimientos inefables y no a través del conocimiento discursivo; en síntesis, para usar una expresión cara al existencialismo, la proclamación de que la existencia precede a la esencia. Podemos pues parificar, en el aspecto que nos interesa, la concepción analítica del delito con el predominio de una consideración lógica de las normas jurídicas, y, por el contrario, una consideración unitaria del delito con un modo irracionalista de aprehensión del derecho.

Conviene recordar que los representantes científicos del derecho penal liberal, a quienes luego se denominó clásicos, habían construido toda vez que en ese espacio-tiempo un concepto dicotómico del delito, que se manifestaba en la distinción entre el elemento material u objetivo y el elemento moral o subjetivo de la acción delictiva, que, en su conjunto, se presentaba como infracción de la ley penal. Tal fue, según pensamos siguiendo a los **maestres** Francesco Antolisei, la concepción del jurisconsulto Francesco Carrara, pese a que algunos juristas italianos han pretendido encontrar en su conocida referencia a la *"disonancia armónica"* el germen de la moderna idea de la antijuridicidad, citando así al **maestre Francesco**

Carrara, como precursor de la idea tricotómica de los elementos del delito.

Esta última idea fue sistematizada, como es sabido, por la ciencia jurídica alemana, que distinguió tres elementos esenciales en el concepto de delito: acción, antijuridicidad y culpabilidad, elementos que encontramos, con diversas variantes que en la presente cátedra doctrinaria sería imposible señalar, en el amplio espectro de definiciones dogmáticas de destacados **maestros** alemanes como Ernst von Beling, Ernst Mayer Max, Mezger, y otros para no citar, sino a los más prominentes. A tales elementos conceptuales, integrantes de la idea del delito, uniéndose explícitamente, a partir del espacio-tiempo de 1906, fecha de aparición de la obra del **maestro Beling**, “La teoría del delito”, la tipicidad, considerada en definitiva como la adecuación que debe existir entre el hecho y una bien delimitada descripción esquemática contenida en la figura legal. El concepto de delito así estructurado se ha mantenido sustancialmente hasta en las más nuevas orientaciones de la ciencia jurídico-penal, inclusive en la llamada teoría de la acción finalista, uno de cuyos sostenedores es el maestro Maurach, quien agrego un nuevo elemento: la llamada responsabilidad por el hecho, con quien Chaparro Guerra no comparte en forma personalísima por cuanto la

responsabilidad penal no es ni será un elemento de la teoría del delito, toda vez que esta es y solo es la resultante del despliegue de un enjuiciamiento penal y antesala de la imposición de una pena, términos hoy mal utilizados en las resoluciones judiciales a manera de sustitución de la culpabilidades graso error; como la introducción de términos que no lo contempla nuestra normatividad; es el caso que hoy las resoluciones judiciales se aplica la figura del **riesgos** en sustitución al **peligro** cuando por principio de legalidad estos no deben, ni pueden citarse como tal y otros recogidos e introducidos en nuestro sistema como si el modelo de administración de justicia fuese de corte germano.

La claridad y eficacia de la construcción analítica para el estudio científico del delito son innegables, puesto que permite ir examinando en ordenada sucesión cada característica del objeto como un *prius lógico* de la siguiente, aunque no implique por cierto suponer dividido en la realidad lo que sólo por razones metodológicas es estudiado separadamente. Ello no obstante, el criterio que acabamos de exponer fue combatido por una corriente de pensamiento que postula una concepción intuitiva del delito, suponiendo que quienes practican el método lógico *“disponen de los elementos pero se les escapa el vínculo espíritu”*,

como lo sostenía el **maestre Goethe**, esta concepción, que se presenta bajo diversas formas, desde las atenuadas posiciones de los **maestres Carnelutti** o de Maggiore o aún de Antolisei, hasta el exacerbado psicologismo de los autores alemanes; es particularmente adecuada a las ideas totalitarias, para las cuales el delito, como voluntad individual rebelde a la voluntad social, es un acontecimiento unitario y orgánicamente homogéneo que no se deja aprehender en partes singulares. La concepción unitaria del delito tuvo cierto eco en nuestro medio, a través de una paradoja de unión entre el irracionalismo y la teoría pura del derecho del **maestre Kelsen**; pero es justo advertir, ante todo, que muchos de quienes la sostuvieron se hallaban lejos de compartir las razones que la hicieron particularmente aceptable para ciertas ideologías políticas.

El delito, objeto estructural, no podría ser captado en su verdadera esencia como una mera suma o superposición de elementos, sino como una episteme (totalidad inescindible), que escapa al conocimiento analítico y sólo sería accesible a lo que esta teoría, sin precisarlo demasiado, llama la comprensión del objeto, que revelaría la esencia de éste. No puede haber aquí una más detallada consideración de la posición que comentamos, ni la enumeración de los motivos en cuya virtud la estimamos inadmisibles.

Pero fuera de las razones de carácter práctico que dejamos expuestas al señalar las ventajas del procedimiento lógico, razones que no deben ser menospreciadas si se tiene en cuenta el carácter eminentemente dialectico del derecho, debemos señalar que, a nuestro juicio, la base del que podríamos llamar "*estructuralismo jurídico*", su consideración inicial del derecho como conducta, mas no como comportamiento, es lo que torna a esta teoría particularmente peligrosísima para la seguridad jurídica. Entiendan de una vez por todas, señores representantes de la supuesta legalidad y operadores de "justicia", que, si el derecho es conducta, es decir, una realidad natural de génesis eminentemente subjetiva que en su aplicación se instrumentaliza de forma objetiva, su comprensión no puede limitarse a un conjunto reducido de características (contrariamente a lo que ocurre con un objeto ideal). En el proceso de conocimiento de la realidad natural siempre surge información nueva, debido a que esta realidad es cuántica: es y no es a la vez.

Pero si admitimos que lo mismo debe ocurrir con el derecho, si aceptamos que la solución de las cuestiones jurídicas no se encuentra toda vez que de alguna manera prefigurada por el conocimiento del sistema normativo, entonces las decisiones de los tribunales de justicia, las sentencias judiciales, podrían aparecer fundadas

en razones totalmente imprevistas e imprevisibles, ante los asombrados litigantes, como surgen hasta la actualidad ante los ojos absortos de un gran número de litigantes y juristas defensores del derecho penal liberal.

Hay otra contradicción irresoluble que ha colmado la historia más cercana del pensamiento jurídico penal. La concepción tradicional del delito reposa fundamentalmente en el hecho humano, en la acción humana, que aparece como objetivamente lesiva de los bienes tutelados por las normas jurídicas, comenzando con un criterio crudamente basado en la sola producción del resultado; criterio característico del derecho primitivo, según lo acepta la generalidad de la doctrina con la destacada excepción de **maestre Binding**, la idea del delito fue subjetivándose paulatinamente, por la exigencia de la culpabilidad, a través de la evolución histórica del derecho penal. Más no por ello, y pese a la merecida importancia que debe darse a la culpabilidad, perdió el concepto de delito su característica más relevante, esto es, la de consistir siempre en un hecho externo que lesiona o pone en peligro ciertos bienes (que será materia de otra extensa catedra para determinar si se lesiona el bien jurídico o se trata de la lesión del deber).

No es necesario insistir sobre el aspecto garantizador de la seguridad jurídica que reviste este criterio. La exacta descripción legal de la acción, que veremos en la cátedra posterior, se combina con la exigencia de que dicha acción debe afectar concretamente un bien jurídico, para poner un límite a las posibles arbitrariedades de los órganos de aplicación del derecho. Los ataques contra esta concepción han provenido de distintos campos, de aquella idea germánica del derecho penal, sostenida principalmente por el **maestre Binding**, que hacía radicar la esencia del delito en la violación de un deber de obediencia al Estado. Este punto de vista, después de haber cedido ante la teoría de la lesión de bienes, reapareció, como veremos, animado de un sentido sustancialmente diverso, con la nueva concepción autoritaria del estado. Otro ataque contra la concepción objetiva del delito provino del positivismo, para cuyos partidarios, el hecho tiene solamente un mero valor sintomático, que permitirá atrapar lo que es realmente la esencia del delito: ***la peligrosidad criminal del delincuente***, descubierta a través de una indagación fundada en las ciencias de la ingeniería genética y la criminología clínica aplicada. A través de un nuevo biomarcador sobre el comportamiento antisocial persistente a través de escáneres cerebrales **(CCA)**, que es motivo de otra catedra,

empero con un enfoque criminológico-clínico de punta que en un espacio-tiempo, no muy lejano las ciencias criminológicas desplazara definitivamente al derecho penal acientífico puramente normativo y consecuentemente a la parasitaria administración de justicia tan cuestionada a nivel mundial por sus comprobadas redes de competitividad y faltos de valores en las que se encuentran también imbuidas un gran sector de letrados incompetentes por evidente actuación mecánico-tecnicista en contubernio con determinados jueces que empañan la imagen institucional del poder judicial de la que nuestra sociedad se encuentra hastiada frente a sus sórdidas actuaciones funcionales.

Retomando el discurso; esta doctrina habría sin duda de llevar a la desaparición de la idea objetiva del delito. Apenas pretexto para una investigación profunda del carácter antisocial del individuo, la acción podría ser sustituida, como puro elemento sintomático que es, por cualquier otro dato que revelara la peligrosidad del autor. En efecto, la idea de que la acción antijurídica establece por sí sola la peligrosidad —que fue idea central del **maestre Ferri**— y que no fueron aceptadas en ese espacio-tiempo, por Grispigni y Florian, en cuyo concepto, más adecuado a la verdadera esencia del positivismo, la ciencia-**EPISTEMICA** deberá averiguar, en cada caso, si el

individuo es o no peligroso. Así, no diremos que se prescinde totalmente de la acción delictiva, pero sí que se toma a ésta, como a cualquier otra de las que haya podido realizar el sujeto, sólo como uno entre tantos medios de llegar al diagnóstico de la personalidad peligrosa. No hace falta destacar que, si se sustituye el acto por la peligrosidad, como fundamento de la imputación, el principio de reserva "*nullum crimen nulla poena sine lege*", no obedece toda vez que, a una exigencia ontológica, sino que, por el contrario, aparece como totalmente desvinculado del sistema. En efecto, la peligrosidad no puede ser tipificada en la ley, así lo sostiene Chaparro Guerra con una nueva visión del derecho penal y un enfoque más realista y comprobado.

Así lo demuestra el fracaso del intento de encerrar en una única biotipología de delinquentes la multiforme variedad de la psiquis humana como lo afirmaba el criminólogo australiano Exner, "de las tentativas verificadas hasta ahora para llegar a una clasificación satisfactoria o a una tipología del delincuente debe sacarse, en todo caso, la enseñanza de que no hay ninguna clasificación única y absolutamente cierta, sino más bien muchos esquemas de clasificación completamente distinta". A la subjetivación propiciada por el positivismo, cabe agregar que la propugnaron,

en un espacio-tiempo particularmente sombrío de la historia del pensamiento europeo, los sostenedores del llamado derecho penal de autor consiste en que a uno se le responsabilice de pertenecer a un grupo, como es el caso de los hombres, del que deriva un tratamiento penal diferente y una condena diferente, tal como hace la ley de género, presentado como reacción contra el derecho penal liberal, ese derecho llamado burocrático de corte “burgués”, al cual se reprochó desde ambos extremismos, como lo sintetizó el **maestre Radbruch**, separar la consideración de la acción delictiva de la del hombre que la realiza, de la misma manera que en la regulación de las relaciones económicas privadas, ese mismo derecho “burgués”, separaría, a juicio de aquéllos, la “mercancía trabajo” de su propietario, **desindividualizado** y negado en su condición humana. recordemos entre ellos a los alemanes Georg Dahm y Friedrich Schaffstein, sustituyen el concepto objetivo de la infracción por otro exasperadamente subjetivo, proclamando que la esencia del delito estaba constituida por la voluntad rebelde del delincuente. El delito no está pues en el hecho del hombre, sino en un momento anterior: el momento en el cual la voluntad se rebela o “desfallece, como lo sostenía el filósofo alemán Christian Wolff, que

rebatió la imputación objetiva de Günther Jakobs, de corte funcionalista.

De ahí que no sólo la tentativa, sino también los actos preparatorios —¿y por qué no la mera intención? — deban ser reprimidos con igual severidad que el delito consumado. El mismo sentido tiene, en este intento de *“personalización”* del delito, como lo denominaba el *maestre italiano Enrico Ferri*, la creación de los llamados *“tipos de autor”* con el propósito de reemplazar las tradicionales figuras delictivas. El manifiesto peligro de arbitrariedad que trae esta concepción es mayor si se tiene en cuenta que, no hay uno sólo de estos tipos de autores que pueda ser científicamente caracterizado. ¿Cómo se llegará pues a establecer que una persona encuadra dentro de determinado tipo de autor? Pasó el momento histórico que impuso estas teorías, volvieron a su antigua circunspección científica viejos profesores que las aceptaron, tal vez en la medida exacta determinada por el instinto de conservación. Ahora, después de la terrible lección pasada, el mantenimiento de un concepto objetivo de delito aparece más que nunca necesario para la seguridad jurídica, supuesto de esa libertad que, según parece demostrarlo la historia, nunca debe considerarse definitivamente conquistada el por el principio transversal heurístico.

No me es fácil apreciar en qué medida puede considerarse alcanzado el objeto que perseguía esta exposición. Quedan seguramente muchos cabos sueltos, algunas cuestiones fundamentales han sido meramente indicadas, y, tal vez, muchas afirmaciones aparecen presentadas de modo demasiado general o absoluto, debido a la necesaria brevedad de una cátedra de esta naturaleza. Pero si, por lo menos, hemos conseguido señalar, como merecedoras de una mayor profundización, ciertas conexiones que no suelen advertirse claramente o a las cuales no se da la debida importancia, habremos obtenido la finalidad principal de esta breve cátedra doctrinaria, pero de trascendente importancia y de obligatorio conocimiento para aquellos que están dedicados a la defensa y particularmente a los defensores de la legalidad y operadores de justicia, como exigencia: *sine qua non*.

Con toda razón, Chaparro Guerra, al cierre de su cátedras enfatiza que *contrario sensu*: se estaría administrando justicia en la forma más artesanal y temeraria, haciéndonos recordar la aplicación por la aplicación de la ley (*lex dura lex*) en el sistema inquisitivo y de corte eminentemente codiguero donde se tenía la equivocada concepción de que el conocimiento de las leyes abarcaba el universo del derecho primando el obtuso criterio unilateral de los operadores de justicia bajo el termino bastante trillado que se

administra justicia *“ajustada a ley”* y que frente a la disconformidad de las partes sostenían abiertamente que les asistía el derecho de poder recurrir a las instancias superiores frente a las resoluciones aberrantes carentes de un contenido doctrinal, plagados de letanías y relatos incoherentes con redundancias de la norma penal y citas innecesarias de autores desconociéndose en profundidad todo este sistema doctrinal ampliamente expuesto por Chaparro Guerra, con un alto contenido de dominio y manejo de citas de **maestres** y la posición doctrinaria de cada uno de ellos conforme los introduce gradualmente en el desarrollo de las cátedras haciéndolas más interesantes, donde el maestrante asimila la cátedra como si hubiese asistido a un interviú con todos los **maestres** que cita, como si estuviese dialogando con los mismos; lo que hace del expositor, el dominio del tema con un manejo discrecional, competitivo, fuera de serie que rompe las tradicionales cátedras magistrales como asimismo las actuales cátedras a punta de cañón que sin las cuales se quedan sin bagaje expositiva.

La presente catedra doctrinaria es de relevante importancia en el tópico de las ciencias penales; en vista que Chaparro Guerra, inicia su catedra sobre seguridad jurídica; empero a la interrogante de un discente sobre el caduco

concepto del delito y su nueva terminología aplicada a la catedra sobre entrelazamiento cuántico, en verdad Chaparro Guerra se despabilo más allá de lo querido y aclarando rápidamente la temática y se introduce muy sutilmente a analizar los estadios de la evolución del delito a través del espacio-tiempo, hasta la actualidad considerando desde el *causalismo positivista*, para adentrarse al finalismo y pasar al funcionalismo, con un dominio amplio de las escuelas penales, agrupando ordenadamente las categorías y conceptos sobre los que se basa la imputación y la culpabilidad; conceptualizaciones que lo refrenda con teorías y posiciones de diversos maestros que coinciden en afirmar que el delito, representa una parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en sentido dogmático, descomponiendo el concepto de delito en un sistema de categorías jurídicas, en requisitos o elementos que facilitan así la aplicación del castigo estatal o ley penal exegética.

Retomando el tema de exposición; Chaparro Guerra, señala que enfoca su catedra doctrinaria en lo sostenido por el **maestre Claus Roxin**, sobre las categorías tradicionales del delito reestructuradas conforme a las directrices de la política criminal y los enunciados del **maestre de Bonn Günther Jakobs**, en su teoría sobre el funcionalismo sistémico, toda vez que no he

concluido a la interrogante del señor discente y comienza enfatizando como es de estilo, que los **maestres citados** retractan la concepción tradicional del delito y diseñan su sistema apoyándose en las ideas del **maestre germano** Niklas Luhmann y destaca enfáticamente y con voz alturada el estudio sistémico que hace el **maestre argentino** Raúl Zaffaroni, quien obtuvo el premio Estocolmo en criminología (2009), afirmando que el citado autor no reconoce ninguna validez científica a ninguna teoría positiva de la pena, y refiriéndose **al maestre** Luigi Ferrajoli, sobre su teoría: el garantismo; sostiene que es una doctrina filosófico-política de justificación del derecho penal y una teoría jurídico-normativa de las garantías penales y procesales. Este análisis de definiciones del delito de los **maestres** citados y otros, muestran la enorme variedad de sentidos en que se puede entender el delito; fundamentos esenciales de la presente catedra doctrinaria; en este punto Chaparro Guerra; efectúa un quiebre para referirse a otros maestros del derecho penal señalando ahora a **otro maestre hispano** Santiago Mir Puig, quien abiertamente sostenía que "si algo justifica la actividad de la ciencia del derecho penal, es su destino a la práctica", toda vez 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 del espacio-tiempo, se ha hecho uso de diversas reglas o criterios para atribuir responsabilidad penal, para decidir quién es responsable, a quién se le aplicará una pena; cuándo puede ésta se impone en sus mínimos legales, es decir, atenuarse. Hoy día, llamamos teoría 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 se conoce como teoría del delito es relativamente moderna: surge a finales del siglo. XIX, cuando los maestros del derecho penal se ven en la necesidad de explicar de forma sistemática y ordenada el contenido de la parte general del código penal. En Alemania 1871, Franz Ritter von Liszt (1851-1919), Ernst Ludwig von Beling (1866-1932), y, los estadios de la evolución del delito que surgió hace más de un siglo, y estos son:, El *causalismo positivista*; 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 Franz Ritter von Liszt, (1851-1919), 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, Gustav Radbruch, (1878-1949), y Edmund Mezger (1883-1962) por ejemplo, se da el redescubrimiento de la acción humana que se encuentra gobernada por la idea de finalidad buscada por el agente, idea que sirve para replantear el orden de las categorías del delito, y dotándolas de nuevo contenido; así, el *finalismo* de Hans Welzel, que data de 1904-1977, y Reinhart Maurach desde los años 70 del pasado siglo, hasta la fecha, 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 como lo sostiene **el maestro** de Günter Jakobs; o bien, son los principios y categorías de la política criminal –principio de legalidad, prevención– los que han de dar contenido a cada una de las categorías del delito como lo sostiene el **maestro Roxin**.

Entendamos así, 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 **maestre Kant**, sostenía que un sistema es la unidad de los diversos conocimientos bajo una idea; un todo del conocimiento ordenado según principios. En esta orientación en consecuencia debemos considerar que el *sistema científico-jurídico* es una ordenación lógica de los conocimientos particulares alcanzados en la ciencia del derecho, donde el contenido de los principios determina la relación sistemática; 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 y la coexistencia pacífica.

Por estas consideraciones, la teoría del delito reúne todo un sistema; como lo afirma el **maestre español** Mir Puig, quien sostiene que los elementos que, en base al derecho positivo, pueden considerarse comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos. Por su parte Chaparro Guerra afirma que 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 enfatizando que la teoría del delito constituye un intento de

ofrecer un sistema de esas características concordando con lo sostenido por el **maestre Mir Puig**.

Sosteniendo 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 del delito; considerando 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 alegar 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, no nos extraña 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 controvertido estudio de la teoría general del delito.

Ahora si nos referimos al **maestre español** Muñoz Conde, sostiene que la teoría del delito estudia las características comunes que debe

tener cualquier conducta (acción u omisión), entiéndase que hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos penales unos de otros; cada uno de estos hechos presenta particularidades diferentes y tiene conminadas; en principio, penas de distinta gravedad. Sin embargo, tienen características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general de delito. Recordemos que el **maestre hispano Muñoz Conde**, sostiene categóricamente que “la verificación de estas características comunes corresponde a la teoría 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, es materia de la parte especial”, ahora si comparamos con lo sostenido por el **maestre Claus Roxin**, quien considera que la dogmática de la teoría del delito es desde siempre la parte nuclear de todas las exposiciones de la parte general; toda vez que uno de sus cometidos más difíciles que encuentra es la formación y evolución cada vez más sofisticada de un sistema de derecho penal.

En conclusión, podemos afirmar con toda certeza que la teoría del delito no es otra cosa que la, ***representación de 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; *per se*, la doctrina ha separado sus elementos, y categorías en: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Lo que pasa es que indudablemente el sistema actual de la teoría del delito está integrado por las mismas categorías que se dio en su origen; toda vez que, la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son desde hace un siglo las categorías básicas del sistema. Por lo que no tendría razón de ser entrar a debate, pues éste procede del fundamento lógico-normativo de los problemas generados por la aplicación de la ley penal. Lo que se discute se refiere precisamente a la cuestión de la simetría o asimetría entre la ley y los hechos que son objeto del enjuiciamiento penal.

En consecuencia, debe establecerse el material de hecho que es preciso considerar en la comprobación de cada categoría y cómo se lo debe configurar para verificar si el hecho constituye el supuesto prohibido por la norma, ahora desde una óptica tecnicista: la tipicidad: se debe tomar en cuenta sólo el aspecto formal exterior de su comportamiento; es decir, su vinculación causal con un determinado suceso, *contrario sensu*, es preciso considerar el conocimiento del autor y la dirección de su

voluntad. Estas cuestiones que les planteo en la presente cátedra doctrinal, toda vez que en los espacios-tiempo de los años 45 al 50 se debatían polémicamente entre finalistas y casualistas que ocuparon el centro de atención científica entre los años de 1950 al 60, sin embargo, el problema radicaba en la interrogante: ¿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?; es así que aparece en el escenario mundial el maestro germano Armin Kaufmann, quien sostenía sobre “dogmática penal entre el ser y el valor”; dando lugar actualmente a la polémica entre una dogmática antologista y otra normativista del derecho penal.

En consecuencia, entendamos que, el sistema de la teoría del delito es un instrumento conceptual, simbólico, ritual, que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley a un determinado caso. En este sentido, Chaparro Guerra, sostiene categóricamente, 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 categorías; por otra parte, la teoría del delito es, en primer lugar, el medio doctrinario-jurídico para establecer a quién se deben imputar ciertos hechos y quién debe responder por ellos personalmente.

Ahora desde una óptica objetiva-doctrinal, 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, la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad) 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; por tanto hay que saber distinguir los conceptos de acción propuestos por el causalismo, finalismo y funcionalismo; a pesar que se encuentra limitada con el derecho positivo, surgiendo una gran interrogante sobre el concepto del delito; que tiene distintos sentidos desde un enfoque dogmático jurídico-penal, obtendremos respuestas indistintas; ahora desde el punto de vista dogmático-ontológico, el *ser* peculiar de la

conducta; como el aspecto funcional que *razón* tendría o desde la óptica teleológico qué *fin* tiene; en base a ello, cada doctrina resolverá con criterios distintos.

Entendemos que la moderna teoría del delito, es el resultado de un complejo proceso de desarrollo dogmático-penal. Las sucesivas formas de entender el carácter y contenido de los elementos del delito han dado lugar a variados planteamientos, enfrentados entre el causalismo y el finalismo; toda vez que superados hoy, empero surge, la controversia entre el finalismo y el pensamiento jurídico-penal, estructural-funcionalista que ingresa en forma violenta en la ciencia jurídico-penal alemana, pretendiendo expandirse en Europa y parte de Latinoamérica como una novedad sostenida por el **maestre de Bonn Günther Jakobs** sin entender que el **maestre Hans Welzel**, en los años 1930, ya sostenía la tesis finalista y que los planteamientos supuestamente de corte funcionalista de Jakobs, constituyen una antítesis de aquel. En síntesis, no es nada nuevo por cuanto esta se introduce y se difunde en Latinoamérica desde los espacios-tiempo de 1975. En las cátedras de derecho penal en la universidad católica Santa María y San Marcos de Lima bajo la dirección de los señores **magistrado Alfredo Cornejo Chávez**, **José Aranibar Muñoz Najara**, **paliza del Carpio**,

Rodriguez Escovedo Días Valdivi factor lineares, valenzuela y el prof investigador.- San Marcos Carlos Enrique Melgar, velaunde magistrado, milvela de los santos,olivera díz libro penal de 2 autores iqueño y papa e hijo.

Por otro parte, desde una óptica doctrinaria la teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, pues son enunciados que pueden probarse, atestiguar o confirmarse sólo indirectamente, a través de sus consecuencias. En cambio, en la *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.

Conviene señalar, que el desarrollo de la teoría del delito, en el espacio-tiempo 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 espacios-tiempos: **positivismo** fines del siglo XIX e inicios del XX, **el neokantismo** entre el siglo XIX y el XX, **el ontologismo fenomenológico** desde los años 30 hasta los 60 y **el funcionalismo** desde los años 70 hasta la actualidad.

Hoy el derecho penal siguiendo al **maestre Mir Puig**, y la doctrina alemana-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 el **maestre Raúl Zaffaroni**; sin embargo, es importante comprender que la política criminal varía según el modelo de cada país y el tipo de estado que este posea, en particular, un estado social, democrático y de derecho. En este sentido, el Perú se encuentra aún lejos de alcanzar este ideal, lo que se refleja en la estrecha relación de dependencia entre el derecho penal, la pena y el delito. En conclusión, la teoría del delito estudia los principios y elementos que son comunes a todo delito 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 en cambio la doctrina partiendo del derecho positivo, como lo sostiene el **maestre Gimbernat**, quien ha ordenado y sistematizado bajo las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, reglas jurídicas que condicionan la posible responsabilidad penal de una persona, en este punto Chaparro Guerra, deja expresamente asentado que no confundamos culpabilidad con responsabilidad penal que son dos categorías distintas que se vienen confundiendo en la forma más abierta y equivocada por los

operadores de justicia y consecuentemente por un grueso número de maestros del derecho, tema que será en lo sucesivo debatido en las próximas cátedras doctrinales, con el fin de no pecar en amplitud y entreverar los segmentos del discurso doctrinal, retomando el tema Chaparro Guerra, sostiene que la sistematización de estas reglas facilita su interpretación en la praxis y análisis de los casos concretos. En cambio, las normas están integradas dentro de un sistema, que 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 concreto.

Ahora si nos referimos al hispalense Muñoz Conde, de una **concepción praxatista** radical para quien la teoría del delito, le asigna una validez general para las distintas y numerosas figuras delictivas señala que existentes en la parte especial y que 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 delito como responsable del mismo; con el

objeto de poder imponerle una pena o medida de seguridad y restablecer así la vigencia del ordenamiento jurídico conculcado por el delito, posteriormente Muñoz Conde sutilmente le da un giro de 360 en el marco de un sistema democrático de derecho de respeto a los derechos humanos, y que “el problema actual de la teoría del delito, no es la justificación de la imputación en sí misma, sino el desarrollo las condiciones, requisitos y formas que hacen posible la imputación y, en consecuencia, la imposición de una sanción estatal 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”, o en su defecto tecnicista o mecánico, como viene sucediendo con las etapas del neo enjuiciamiento penal, dentro del tráfico de la llamada administración de justicia por cuanto hoy con el nuevo código procesal penal se han mecanizado tanto los operadores de justicia como los fiscales y defensa técnica convirtiéndola en ritos sin sentido, ni sentir del valor de justicia que está por encima de la norma exegética, retomando el tema después de esta crítica constructiva efectuaremos un enfoque de corte dogmático sobre: “la teoría del delito que no es otra cosa que 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 como delito” que se viene repitiendo letánicamente desde su concepción por el **maestre Carrara** sin modificación alguna.

En conclusión, la finalidad de la sistemática la teoría del delito, como lo sostiene el **maestre** hispano 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 abogados, tribunales y fiscales se sirvan de este sistema, en ocasiones de forma muy limitada. Ahora si nos remitimos al **maestre** nacional, Peña Cabrera Bramont Arias y Olivera Díaz el iqueño; quien sostenía 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 lo sostenía el **maestre Peña Cabrera**—debe estar sujeta a determinados límites que compaginan coherentemente en las líneas programáticas de la teoría del delito que la determina 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, cuáles son las características que debe contener una conducta para que pueda ser alcanzado con una pena”; 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 con la que comparto ampliamente no solo por el hecho de ser un colega dedicado a las defensas penales o de ser un coterráneo nacional sino, que nos da a entender en la forma más sucinta todo un contenido dogmático doctrinario sobre la materia de disertación.

No obstante; a esta posición cabe recalcar que 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.

Es una teoría que obliga a una abstracción – 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 presupuestas 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.

Ha Evolucionado de la Teoría del Delito en el espacio-tiempo o seguimos con la repetición letánica.

Las categorías básicas o elementos, o “peldaños” de la estructura del delito” como los denomina el **maestre Roxin**, 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.

En el espacio-tiempo el delito no era concebido como lo es en la actualidad, en 1822; época de la tercera edición de los “Elementos de Derecho Criminal” el **maestre italiano** Giovanni Carmignani, 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, toda vez que promulgada”. El primer elemento del delito emana de la *intención del agente*; y justamente

Carmignani cuando sostiene sobre intención o prima facie del delito se refiere al animus como elemento de la acción; empero esta como un segundo momento transformado en materialización objetiva que va acompañado de otro elemento, intrínsecamente de un alto grado de libertad 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. Al respecto que nos puede decir el **maestre Carmignani**, en forma precisa, consideraba el delito como acción moral o como acción política.

El precedente más remoto de la actual construcción de la teoría del delito data de los siglos XVI y XVII; concepción del derecho natural estructura bipartita que distinguía entre *imputatio facti* (imputación objetiva) e *imputatio iuris* (imputación subjetiva), entre una parte externa e interna del delito y que dicha sistemática, fue posteriormente retomada por el derecho alemán de ese espacio-tiempo 1590, 1618, 1660, 1738 y a inicios del siglo XIX, se gesta en Alemania la teoría cuatripartita hoy imperante. En efecto, el **maestre** alemán Christoph Karl Stübel, toda vez que en los años 1805 distinguió entre *injusto* e *imputación del*

hecho; en consecuencia, el termino jurídico injusto o también llamado injusto típico es de larga data; es muy distinto que en América recientemente hace unos treinta años atrás se introduce a través de la literatura jurídica española y muy poco usada a la fecha en el lenguaje jurídico salvo los los estudiosos del tema materia de disertación. No pudiendo dejar de lado en nombrar a los **maestres Luden,y Berner** quienes crearon la teoría tripartita del delito en los años de 1840 integrando por primera vez el termino *acción, acompañada de la antijuridicidad y culpabilidad*.

En este acto, Chaparro Guerra argumenta que el profesor Roxin comete un error en su obra al afirmar que el concepto de "acción" se introdujo por primera vez en el Manual de Albert Friedrich Berner en 1857. Chaparro Guerra sostiene que este concepto ya existía diecisiete años antes, siendo una piedra angular del sistema del delito, según lo propusieron los profesores Luden y Berner. Para ello se debe tener en consideración la siguiente cronología corregida de los hitos mencionados:

1837: Luden y Berner sientan las bases del concepto de "acción" como piedra angular del sistema del delito.

1866: von Ihering sostiene la antijuridicidad objetiva e independientemente del término "culpabilidad".

1866: Ernst Beling crea el concepto de "tipo" o "tipo penal".

1860: Reinhard Frank desarrolla el concepto de "culpabilidad".

1904: Hans Welzel formula la teoría finalista de la acción.

Chaparro Guerra resalta que, si bien Berner retomó el concepto de "acción" en 1857, no fue el creador original del mismo; prosiguiendo el discurso de su catedra resalta señalando que, en la moderna dogmática penal, toda conducta punible supone necesariamente una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos como la de punibilidad mas no la responsabilidad penal que deviene como resultado *in fine* del enjuiciamiento penal. Cabe señalar, según la doctrina dominante “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”. Para una mejor asimilación y aprensión, que se entiende por **acción** en principio es una conducta dominable por sus dos elementos medulares la voluntad-animus y la libertad como elementos dimanantes uno de otro. Por otra parte, entiéndase que no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o inanimadas,

tampoco son acciones, los actos de una persona jurídica; sin embargo, esta no debe ser confundida con lo que establece el neo enjuiciamiento penal en sus numerales 90, 104 y 105. No son acciones los movimientos reflejos o ataques convulsivos; por cuanto son indominales por la ausencia de la voluntad y la libertad. Esta acción tiene que ser necesariamente **típica**, o sea, ha de coincidir con una de las descripciones contenidas en la parte especial del catálogo de figuras delictivas.

La acción típica ha de ser por regla **antijurídica, (prohibida)**, puesto que el representante de la legalidad sólo incorporará una acción a un tipo penal cuando está expresamente prohibida, indicio que puede ser contradicho, toda vez que una conducta típica no es antijurídica si en el caso concreto concurre algún elemento negativo del delito como lo explica ampliamente el profesor en derecho penal **Julio Armaza Galdos en su obra magistral “elementos negativos del delito-2002”**. Estas causas de justificación proceden en todo el ordenamiento jurídico penal proporcionando una causa de justificación. Ante una acción típica y antijurídica se habla de “**injusto**” penal.

Finalmente, Chaparro Guerra, cierra la presente catedra doctrinal con la definición del reproche, señalando que la acción típica y antijurídica ha de ser **culpable**, es decir ha de poderse hacer

responsable, no obstante, en un segundo espacio-tiempo diferente al primero como autor. Para ello es elemento *sine qua nom* la imputabilidad o capacidad de culpabilidad; algunos preceptos penales han añadido otros presupuestos de punibilidad como las llamadas condiciones objetivas de punibilidad y la ausencia de causas de exclusión de punibilidad. Pasando a otro segmento para tratar sobre la imputación personal (culpabilidad), se orienta, desde la óptica del estado, con fines preventivos de la pena; no en un sentido abstracto, sino en una especial; la 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 como la: inimputabilidad penal (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, y otras figuras **delict**, que innecesariamente y sin justificación doctrinaria han sido añadidas al numeral 21 del código penal vigente; perdiendo esta su esencia por las que se le denomino primigeniamente bajo la denominación de

inimputabilidad de pena, que estaba exclusivamente para los casos de síndromes mentales, sin embargo, en el transcurso del espacio-tiempo esta fue perdiendo su carácter debido a una evidente devaluación del conocimiento jurídico por parte del legislador acuñándose una serie de figuras que no caben en el presente numeral.

También es de suma interés disertar en la presente catedra, enfatiza Chaparro Guerra, indicando que no es de preocupación sustancial las posiciones de los **maestres Jakobs**, Bacigalupo, y otros que consideran como primer elemento de la teoría del delito a la **tipicidad** y no así a la **acción** como el primer elemento del delito.

El maestro Bustos considera que “dentro del tipo penal”, la acción es un elemento sin duda importante, pero un elemento más; con el cual Chaparro Guerra difiere; por cuanto la acción tiene dos grandes elementos el animus o voluntad y, por parte la libertad de consumarlo o no, o entrar en la vía estandarizada del iter criminis. Entendamos desde un enfoque doctrinario que el tipo penal constituye una selección valorativa abstracta definida por el legislador”. Por otra parte, refiriéndonos al **distinguido maestro** Santiago Mir Puig, considera el delito como un hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable; esta va a tener dos

partes: la primera; antijuridicidad penal, exige la tipicidad penal y la ausencia de causas de justificación, la segunda; imputación personal, requiere que el hecho penalmente antijurídico sea imputable a una transgresión personal de la norma primaria por parte de un sujeto penalmente responsable.

Creemos que no es momento oportuno, para aclarar aspectos doctrinales de determinados **maestres** respecto a los elementos del delito, que en su oportunidad los debatiremos con sustento doctrinal, en consecuencia ahora, nos abocaremos al análisis y evolución doctrinal del delito: desde un enfoque causalista, finalista, funcionalista, garantista y estratificado como últimas posiciones doctrinarias, resaltando que “la teoría del delito constituye medularmente un ordenador de los criterios que se utilizan en la decisión y solución de los casos jurídicos-penales, como *conditio sine qua nom*”; para el experto en defensas penales; un GPS indispensable para el análisis, interpretación del derecho penal de las que adolece el Ministerio Público por sus evidentes actuaciones mecánicas y tecnicistas carentes de un contenido doctrinario. Resultando de esto no haber cumplido con el devaluado termino denominado “seguridad y prevención del delito”, a pesar de sus reformas y contra reformas.

Ahora, en este contexto, es menester **obligatorio** referirnos al **maestre argentino** Raúl Zaffaroni, quien sostiene la estratificación de la teoría del delito, que parte de la conducta, acción; acto a los caracteres específicos tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad con una prelación lógica, práctica, esquemática y doctrinal. Por otra parte, también sostiene que la dogmática jurídico-penal y, en particular, la teoría del delito, no ha cumplido su cometido de proveer seguridad y previsibilidad, opiniones con las que concuerdo en su más amplio contexto jurídico penal. Por otra parte, el distinguido **maestre** Zaffaroni afirmar que la dogmática facilitó la racionalización del poder punitivo y no cuestionó su función; como también que la pluralidad de teorías que admite en su seno permite sostener soluciones y resoluciones dispares y, por ende, proceder en forma arbitraria en la administración de justicia, cometiéndose graves aberraciones a nombre de la nación.

En este estado Chaparro Guerra, se pregunta sorprendiéndose de sobremanera, si la racionalización del poder punitivo puede ser útil para su contención a la hora de replantear el derecho penal liberal; repreguntando estas tienen conocimiento lato o rasgos de lo que significa el derecho penal liberal, para aquellos que se les ha encomendado la delicada función de administrar justicia a nombre de la nación;

levantándose de hombros y con una leve señal gesticular de inconformidad concluye este segmento doctrinal Chaparro Guerra.

Esta es otra de las cátedras doctrinales de Chaparro Guerra recogidas in situ y comienza su discurso doctrinal característico nombrando al profesor Bustos Ramírez, indicando que este **maestre de** nacionalidad chilena sostenía en el campo de la política-criminal desde un enfoque eminentemente dogmático, tres teorías: la del delito, la del sujeto responsable y la de la determinación de la pena. El catedrático inicia desarrollando estas teorías enfocándolas estrictamente desde una óptica doctrinal jurídico penal.

El maestro Bustos Ramírez sostenía en sus cátedras magistrales en la Universidad de Chile, así como en su serie de obras publicadas específicamente sobre la teoría del delito, que el bien jurídico es la base de la teoría del delito, no la acción. La acción es solo un elemento objetivo, importante, pero solo uno más del tipo, a través del cual se singulariza una vinculación entre los sujetos. Sostenía que lo importante son los procesos valorativos fundamentados en el bien jurídico.

El tipo legal contiene la descripción de un ámbito situacional de comunicación social, es decir, ya sean de acción u omisión, dolosos o culposos,

que tienen la capacidad de entrar en conflicto con el bien jurídico protegido por la norma.

Respecto a la tipicidad, enfatizaba que 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.

Sin embargo, para el profesor Bustos, la antijuridicidad se componía de dos procesos: en primer lugar, un proceso valorativo en el que se debía determinar si era posible imputar objetivamente la afectación al ámbito situacional de comunicación social que configura la tipicidad; en segundo lugar, un aspecto negativo, es decir, la ausencia de causas de justificación; esto significa que en el propio ordenamiento jurídico no debían existir normas permisivas relacionadas con esa afectación del bien jurídico. En consecuencia, me pregunto: ¿dónde ubicaríamos las normas permisivas y conexas?

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

Respecto a **la teoría del sujeto responsable**, el profesor Bustos, sostenía que esta teoría tiene un sesgo político-jurídico y que se trataba del reconocimiento de la autonomía ética de la persona; es decir, 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. En consecuencia, para el **maestre Bustos** la responsabilidad es igual a exigibilidad; el estado tiene capacidad para exigir una respuesta determinada a una persona, por lo que, la responsabilidad en cuanto a la exigibilidad, implica exigibilidad sistémica o exigibilidad desde el sistema, es decir, está en condiciones de exigir una respuesta a un determinado sujeto, pero ésta no puede vulnerar el principio de igualdad en ninguno de sus ámbitos.

Ahora, la exigibilidad sistémica para **el maestre Bustos** 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 y subraya y resalta que los conceptos de imputabilidad e inimputabilidad son inapropiados dentro de la culpabilidad, en tanto se fundamenten en una característica del ser **y no así del sistema que exige determinada respuestas.** En cuanto a términos y acepciones con Bustos Ramírez, el catedrático Chaparro Guerra no concuerda cuando se sostiene sobre la exigibilidad de la conciencia del injusto, ojo no confundamos con la exigibilidad sistemática

como estado; ahora definiendo la exigencia de grado, conciencia del injusto penal; se sostiene que no es otra cosa que se hayan dado las condiciones para algunos procesos efectivos 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 actúe con ciertas características inapropiadas pues ellas en modo alguno están dadas y entregadas por el sistema.

Tengamos muy presente que estas son opiniones del profesor Bustos, con el que no necesariamente podemos compartir, lo citamos por un cumplimiento académico en consecuencia cuando se refiere a 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 esta 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.

Ahora respecto a la tercera teoría **de la determinación de la Pena**, según el profesor Bustos Ramírez, señalaba que 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. Asimismo, 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, toda vez que sea porque va a afectar a la indemnidad de la persona, o bien porque no resulta necesaria.

Como podemos ver, esta tesis particularmente para el catedrático es utópica, toda vez que ningún país la ha considerado seriamente, tal vez sirva como referencia para humanizar más el derecho penal moderno minimalista; garantista y constitucionalista, que hoy se difunde con la imposición del neo enjuiciamiento penal a nivel latino americano la que no viene respondiendo en su real dimensión político-criminal frente a la creciente espiral del crimen organizado esto a mi

criterio personal., con sujeción a las estadísticas difundidas recientemente. En consecuencia, son datos verificables y no se trata de posiciones o criterios o subjetividades por cuanto la información académica tiene que tener un contenido epistémico más que informativo y ha esto lo denominamos gestión del conocimiento jurídico penal de punta.

Pasando a otro segmento doctrinario, es de capital importancia que analicemos el constructo del delito para tener una concepción cabal de toda su estructura y para tal efecto comenzaremos nombrando a profesores de la universidad Politécnica de Breslavia de una connotada trayectoria que datan de los espacios-tiempo de 1929 espero que en el amplio bagaje doctrinario de los fiscales y operadores de justicia en sus diferentes niveles tengan por lo menos una idea de quien es y que sostienen estos doctrinarios del derecho penal contrario sensu estamos en nada flotando en el libo de la normatividad exegética aplicando por aplicar la ley sin sentido y sin sentir en la forma mecanicista en la que siempre se han caracterizado promociones integras de magistrados fiscales y por qué no también de letrados; me refiero a los maestros doctrinarios Karl-Zipf Heinz y Maurach Reinhart, quienes debaten sobre si el **hecho** o el *autor*, base del sistema; sus elementos materiales del *ilícito* y la

culpabilidad. Dejando establecido que anteriormente se teorizaba principalmente entre el *sujeto* y el *objeto* del delito; el sujeto es el autor; el objeto es la acción 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.

Si los inimputables quedan fuera del alcance del derecho penal, es posible equiparar la capacidad de acción y la imputabilidad. Sin embargo, en opinión de estos **maestres**, 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. A diferencia de ellos, los sistemas teóricos contemporáneos, siguen el camino contrario sobre la base de la estructura del delito sostenida por **el maestro Ernst** von 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 disvalor. Sólo en este caso cabe estimar que la acción ha sido cometida *culpablemente*, dando lugar en efecto la pena. Por el contrario, acciones cometidas con ausencia de la culpa por un autor peligroso es inimputable que dan lugar a medidas de seguridad.

Pasando a otro tema es necesario revisar el sistema causalista que supuestamente para ciertos incautos fue desplazada por el sistema finalista y para tal efecto comencemos a desarrollar una semblanza de estos conceptos. **Entendamos** el concepto causal naturalista como una concepción clásica del delito que se *desarrolló* en su determinado espacio-tiempo *refiriéndonos* al **maestre Hans**-Heinrich Jescheck de la universidad Max Planck sostiene en sus cátedras que 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 formalista de las características del comportamiento humano que debían contemplarse en la estructura del concepto del 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 **maestre von Liszt** junto a la dogmática clásica. Así el sistema jurídico penal clásico presentaba una característica de 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.

En este sistema se comenzó a utilizar el método analítico del positivismo científico, donde se distinguió y se identificó 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.

El sistema clásico que data 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 situarse en el espacio-tiempo de 1881 impulsado por el maestro 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.

Por otra parte, tengamos muy presente que el método empleado por el **maestre von** Liszt, como manifestación del positivismo jurídico, se caracterizó por su contundente rechazo a la filosofía en el estudio “científico” del delito, excluyendo cualquier juicio de valor en el estudio del tipo penal; adoptando la observación externa formal de los objetos de conocimiento del delito; estableciendo la visión analítica del delito, separando sus elementos y características endógenas propias de la culpabilidad y exógenas de la antijuridicidad, sin entender **von Liszt** que al realizar esta taxonomía ya estaba aplicando filosofía para una mejor didáctica y comprensión; hechos y actos que aclaramos en la presente cátedra por cuanto es función y grandeza de la filosofía con sus máximos y mínimos explicar didácticamente lo que realizó von Liszt. Lo que pasa es que Liszt estuvo encapsulado en la idea del estudio dogmático de la ley penal y que en su despegue y taxonomía sin entender hizo uso de la filosofía. Esta aclaración para que lo puedan entender la función que tiene la filosofía en todos los campos de la ciencia, no es una ciencia

la filosofía lo sabemos, pero sus componente tienen carácter epistémico científico.

Asimismo, sostuvo a ley de la causalidad como parte del delito descartando el libre albedrío, por otra parte, también sostenía categóricamente que la acción naturalística no abarca a la omisión, cuya esencia no es negativo-naturalística, sino negativo-normativa y finalmente respecto a la antijuridicidad sostenía en sus cátedras respecto a la antijuridicidad que esta no constituía un juicio valorativo, sino una expresión lógica de la contrariedad del hecho con el ordenamiento.

Como podemos ver el **maestre von** 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 este punto Chaparro Guerra, subraya que esta teoría hoy toda vez que ha sido superada con componentes y elementos toda vez que expuestos en la catedra anterior sugiriéndoles se remitan a la misma para su correspondiente contraste y verificación

debiendo tener muy en cuenta que el **maestre Franz von**, no concebía que el delito era 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.

Ahora si nos referimos al **maestre Ernest Beling**, quien elabora su construcción dogmática del delito al amparo del concepto causal-mecánico de la acción. Esta construcción conocida en el contexto doctrinario como el “*tatbestand*”, *que no es otra cosa que el tipo penal*, esta ingresa al ámbito del derecho penal gracias al **maestre 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.

Como podemos ver esta teoría del delito desarrollada por el viejo **maestre Beling** alcanza el punto culminante al descubrir la tipicidad que no es otra cosa que la adecuación de la conducta concreta con la descripción legal y que existe total independencia entre los elementos del delito; sosteniendo de que todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad, siendo los restantes elementos de índole objetiva. Por lo que concibe la acción como una conducta humana voluntaria,

pero el contenido de la voluntad subraya indicando que no pertenece a ella, sino a la culpabilidad, lo que dio origen posteriormente un nuevo sistema denominado en ese entonces como el “sistema Liszt-Beling” en el que se distinguen los cuatro elementos del delito: la *acción* en el sistema clásico, es concebida como un proceso de relación causal, como lo hemos descrito ampliamente en las cátedras anteriores. Ahora, refiriéndonos a 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. 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. En cuanto a la culpabilidad, esta aportaba el contenido subjetivo en la teoría del delito. Se hablaba de un nexo causal material entre el movimiento y el resultado, la culpabilidad es 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, toda vez que el sujeto conoce y quiere realizar el hecho; mientras que en el caso de la culpa resultaba más complicado ese nexo psíquico, toda vez que el sujeto no quiso realizar el resultado.

Esta sistemática clásica del delito pretendió excluir todo tipo de valoración del campo jurídico, al reducir el delito a un agregado de dos nexos: una causal que no es otra cosa que el injusto, lo objetivo y otra psicológica, la culpabilidad, lo subjetivo; cómo podemos percibir esta es una concepción que reconocía todos los elementos del delito en forma ordenada y coherente, con la concepción naturalista de ese espacio-tiempo, Chaparro Guerra, en este punto efectúa un quiebre dando un salto cuantitativo en el espacio-tiempo, con la finalidad de efectuar un contraste analítico al respecto citando al profesor de la universidad de Múnich, Claus Roxin de los años 60 del siglo XX, autor de obras de renombre como el derecho penal general, teoría de la imputación objetiva; evolución de la política-criminal; autoría y dominio del hecho; problemas básicos del derecho penal y otros por citar.

Al respecto se sostiene, materia de la presente catedra; que el sistema “clásico”, de Liszt y

Beling, se convirtió en dominante *ab initio* del siglo XX, se basaba en la hipótesis del injusto y la culpabilidad ; estas 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 dicha teoría como forma de la culpabilidad; estas son aclaraciones de capital importancia que el profesor Roxin nos señala para comprender en su real dimensión.

El constructor de la teoría del delito; es una piedra angular para tener un concepto formado del delito y recién sobre esta base poder obtener conocimientos dogmáticos de las ciencias penales, es un requisito *sine qua nom* para la llamada administración de justicia; retomando la cátedra bajo los conceptos del profesor Roxin; el sistema clásico del delito, fue sometido a una profunda revisión, la cual dio un nuevo contenido al esquema gracias a la crítica adelantada contra el positivismo, que había pretendido erradicar el pensar filosófico; ello fue posible, gracias al neokantismo, de los años 20 (1890-1920) de una orientación metodológica subjetivista para la que *el conocimiento* estaba determinado por las categorías “*a priori*” de la

mente del sujeto, apareciendo en el escenario Kantiano de ese espacio-tiempo.

Fischer y Hegler, que descubrieron los elementos subjetivos del injusto; reconocieron que este elemento no es explicable en todos los casos solo por elementos puramente objetivos y que, a la inversa, la culpabilidad tampoco se basa exclusivamente en elementos subjetivos. Verbigracia: El profesor Roxin, define la figura delictiva del tipo del hurto señalando que 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 del derecho penal irrelevante; sin el elemento anímico-interno del querer apropiarse no se puede abarcar adecuadamente el modelo del hecho del hurto y el injusto del mismo. Para una mejor comprensión efectuemos un disloque para referirnos al **maestre Mezger**, quien concibe 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, retomando la cátedra bajo el concepto del profesor Roxin, “tuvo que reconocer ciertas excepciones y buscar por ello otra explicación distinta para diferenciar injusto y culpabilidad”. 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 del daño

causado, 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”

En todo este desarrollo dogmático jugaron un papel fundamental, Mezger, Mayer, Hegler, Saucer, Kart, Binding, Reinhart, Frank, Goldschmidt, Freudenthal, 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 propio 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.

No podemos dejar de lado en este punto el nombrar al maestro Max Ernst Mayer, quien 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, el **maestre, 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 esta, toda vez que los elementos comunes a todo delito son los tres mencionados. Posteriormente, entre los años 1943, aparece, **Reinhard Frank**, quien demuestra la insuficiencia del concepto de culpabilidad como el simple nexo 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 elementos de imputabilidad, dolo y culpa, sosteniendo finalmente Frank en su obra **estructura de la culpabilidad** que: “un comportamiento puede imputarse como culpable cuando puede reprochársele al haberlo cometido”. Como podemos ver en la concepción neoclásica, el dolo y la culpa siguen ubicados en la culpabilidad como dos formas que esta puede tener.

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. Todo ello porque el sistema neoclásico, según el profesor Roxin, estaba basado predominantemente en la filosofía de los valores Neokantianos, muy influyente en los inicios del siglo XX, 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, como lo sostiene abiertamente el profesor Roxin, desde los criterios valorativos del daño causado o nocividad social y de la reprochabilidad, como ocurre hasta hoy en día. Finalmente, 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 habían sido tomados en cuenta en el sistema anterior. El sistema anterior presentaba a los elementos naturales del delito solo como exigencias sistemáticas. Este sistema es un enfoque normativo-valorativo, donde toda vez que 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.

Pasando al sistema finalista; es de importancia capital referirnos al profesor de la universidad de Friburgo Hans-Heinrich Jescheck; quien sostiene 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”. Ahora,

refiriéndonos al profesor Hans Welzel; sostiene que 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 las órdenes ético-sociales”; 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.

Retomando al profesor Claus Roxin, sostiene respecto a 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 cimentar a partir de la constitución ontológica de la acción un sistema, que le conviene previamente dado al legislador, de estructuras denominadas por Hans 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 inmovibles.

Hans-Heinrich Jescheck, reconocido penalista alemán, criticó el enfoque logicista y abstracto que dominaba la teoría del delito en la época precedente. Consideraba que este enfoque, basado en la subsunción de la conducta bajo la ley, no capturaba la complejidad de la acción humana y su relación con el delito. Jescheck propuso un enfoque teleológico, en el que la finalidad de la acción juega un papel central. Para él, el delito no se configura únicamente por la coincidencia de la conducta con la descripción legal, sino que requiere también la presencia de una finalidad que la haga antijurídica. Hans Welzel, otro destacado jurista alemán, desarrolló una teoría del delito aún más elaborada y profunda que la de Jescheck. Welzel también criticó el logicismo y propuso un enfoque teleológico, pero con un énfasis aún mayor en la acción humana.

Para Welzel, el delito es una acción final que lesiona un bien jurídico. La acción final se caracteriza por estar dirigida hacia un determinado fin, y es este fin el que determina su carácter antijurídico. La ley penal, según Welzel, debe proteger los bienes jurídicos mediante la tipificación de acciones finales que los lesionen. El profesor español **Santiago Mir Puig**, en su obra "Derecho Penal Parte General", resume las ideas de Jescheck y Welzel sobre el finalismo. Mir Puig señala que el finalismo parte de la existencia de ciertas "estructuras lógico-objetivas" que pertenecen a la "naturaleza de las cosas". La acción humana guiada por una finalidad, para Welzel, es una de esas estructuras ontológicas.

Mir Puig sostiene que, de acuerdo al finalismo, la ley y la construcción dogmática del delito deben partir del concepto de acción final. La antijuridicidad, como juicio sobre el hecho, dependerá no solo 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 "disvalor del resultado" (la objetiva causación de una lesión) solo importa en cuanto obra de una conducta final; es decir, dentro del "disvalor de la acción" concebida

finalmente, siendo ésta, a criterio de Mir Puig la consecuencia más importante del concepto final de acción, que es la esencia del sistema finalista creado por el **maestre Hans** Welzel.

El corazón del nuevo sistema finalista propuesto por el maestro Hans Welzel reside en la defensa del concepto de acción final. Para Welzel, la acción humana no es un mero movimiento físico, sino un ejercicio de actividad final. En otras palabras, la acción humana se caracteriza por estar dirigida hacia un objetivo o fin determinado.

Esta finalidad o carácter final de la acción se fundamenta en la capacidad del ser humano, gracias a su conocimiento causal, de prever las consecuencias posibles de su actuar. Esta capacidad le permite establecer diversos fines y encaminar su actividad, de acuerdo a un plan, hacia la consecución de dichos fines.

Mediante su previo saber causal, el individuo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal manera que oriente el desarrollo causal externo hacia un fin específico. La actividad final se caracteriza por ser un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no posee tal dirección, sino que es la resultante fortuita de los componentes causales presentes en cada caso.

Welzel establece una clara distinción entre finalidad y causalidad: la finalidad es "vidente", es decir, posee la capacidad de prever y dirigir, mientras que la causalidad es "ciega", actuando de manera involuntaria e impredecible. Un ejemplo claro de esto lo encontramos en el caso de quien desea asesinar a otro: este individuo elige conscientemente los factores causales que utilizará para lograr su objetivo y los dispone de tal modo que alcancen el fin previamente determinado.

En definitiva, el sistema finalista de Welzel sitúa a la acción final como eje central del delito. La finalidad de la acción, entendida como la dirección consciente hacia un objetivo, es un elemento esencial para comprender la naturaleza del delito y la responsabilidad penal del individuo.

En el ámbito del derecho penal, la constelación causal hace referencia a la secuencia de actos que, encadenados causalmente, conducen a la producción de un resultado. En el caso que nos ocupa, esta constelación se encuentra ordenada con un claro propósito: la consecución de un fin. Cada uno de los actos que componen la constelación, desde la compra del arma hasta el disparo al objetivo, pasando por la averiguación de la oportunidad y el hecho de ponerse al acecho, se convierte en pieza fundamental del plan del autor. Todos ellos se encuentran

subordinados a un fin superior, que dirige y da sentido a la acción en su conjunto.

Como bien señala el maestro Hans Welzel, el legislador no puede limitarse a prohibir la **causación** de resultados. Su función reside en tipificar acciones finales, es decir, conductas que, motivadas por la voluntad del autor, se dirigen hacia un objetivo específico.

En esta misma línea, el maestro Juan Bustos Ramírez aporta una valiosa contribución al debate. Para Bustos Ramírez, el sistema finalista se sustenta en dos principios fundamentales:

El delito es acción: No se trata de una mera casualidad, sino de una acción dolosa que encuentra su motivación en el fin perseguido por el autor.

El actuar humano se determina desde el fin: La experiencia causal del individuo juega un papel crucial en la elección del medio para alcanzar el objetivo deseado.

De acuerdo a este planteamiento, la categoría de la causalidad no se suma a la tipicidad, como ocurre en el causalismo valorativo, sino que se integra dentro de ella. La causalidad se convierte en un elemento inseparable de la acción final, ya que permite al autor prever las consecuencias de sus actos y dirigirlos hacia el logro de su propósito.

En resumen, 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. La antijuridicidad es objetiva y valorativa, pero todas las causas de justificación contienen elementos subjetivos como el 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.

La culpabilidad es reprochabilidad, proceso valorativo de la capacidad de motivación, esto es, la capacidad de actuar de otra manera, conforme a la norma y a pesar de ello actuar en contra de ella, aspecto subjetivo. Por otra parte, los elementos de culpabilidad son sólo dos la imputabilidad y la conciencia del injusto. Para los finalistas la exigibilidad de la conducta por principio no puede ser elemento de la culpabilidad, pues el sujeto podía actuar de otra manera. En definitiva, para los finalistas, dentro de sus procesos de integración prima siempre lo subjetivo valorado éticamente. Por eso, para ellos es punible la **tentativa en el delito imposible**, pues toda vez que en ello hay una subjetividad desvalorada éticamente que se ha objetivado. El derecho se edifica sobre la base de la naturaleza real de las cosas.

Hans 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”.

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 del orden jurídico.

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 afines.

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, temeridad, reincidencia o habitualidad, como resabios de un positivismo que se encuentra en contradicción con los principios del Derecho natural.

Pero vale recordar, que posteriormente, dadas las críticas recibidas en el sentido de que en la omisión no hay finalidad – por tanto, tampoco causalidad- y; que en el delito culposo no hay un proceso valorado desde el fin, por lo que la culpabilidad en todo caso guarda relación directa con el sujeto y no con la acción. Refiriéndome al **maestre Bustos Ramírez**, desde una óptica doctrinaria sostiene que se produce un cambio total en la teoría del delito, señalando que el delito es **ahora injusto y culpabilidad**, sosteniendo por otra parte que el finalismo habría de reconocer estructuras diferentes para la acción y la omisión, a su vez los injustos de acción y omisión pueden ser dolosos o culposos. Con ello vendría a proponer cuatro propuestas metodológicas diferentes: para los delitos de acción dolosos, para los delitos de acción culposos, para los delitos de omisión dolosos y para los delitos de omisión culposos. Como precisa Bustos, que el finalismo pudo superar las críticas que se les 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 subjetivación del delito al prescindir del resultado, esto es, de la afectación al bien jurídico. Hasta aquí Chaparro Guerra juega indistintamente con los autores nombrándolos y sosteniendo lo opinado por

cada uno de ellos respecto al discurso materia de la cátedra, y como es de su estilo efectúa un quiebre temático para referirse ahora al maestro Roxin. Comienza indicando, el concepto final de acción, donde manifiesta que Roxin sostiene categóricamente que en la actualidad el concepto final de acción ha perdido ampliamente la gran importancia que antes tuvo. Cree que, toda vez que no se discute hoy que tal concepto no es adecuado como elemento base del sistema jurídico-penal, toda vez 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 que 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”.

Sin embargo, recordemos que el **maestre Hans Welzel**, a un principio contemplo 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 conclusión, la teoría final de la acción del **maestre Hans Welzel**, era inadecuada y por ende no resolvía los problemas derivados,

especialmente en los delitos culposos o imprudentes. Es así que el maestro Claus Roxin, 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 disvalor de acción de la conducta del autor. “Y ello vale, 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, admitiendo que la teoría finalista significó un progreso esencial y significativo respecto del sistema clásico del delito, pues eliminó estos problemas. El finalismo dio a conocer que lo injusto del hecho no depende solamente de elementos objetivos, sino también de la predisposición de un fin, refiriéndose al dolo del autor. También determino un límite a la expansión del injusto que hasta ese espacio-tiempo se reducía a la causalidad.

Reconociendo que la culpabilidad no se puede fundamentar en la relación psicológica entre el hecho y su autor, bien esto es lo que sostiene el **maestre Claus Roxin**. Ahora demos un gran salto trasladándonos de Europa a Latino América y en especial a Argentina y Colombia para referirnos a los **maestres** más destacados, me refiero al profesor, Raul Zaffaroni, analista y crítico por autonomasia, al abogado defensor y profesor de la universidad de **Buenos Aires, Esteban Righi** y al **maestre Juan** Fernández Carrasquilla, el primero de ellos sostiene que la sistemática finalista culminaba y perfeccionaba la sistemática valorativa que había iniciado el neokantismo, toda vez que cumplía mucho mejor con la funcionalidad decisoria y facilitaba la selección valorativa. El sistema de Hans Welzel, según el profesor Zaffaroni, “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 de 1960, comenzó a perfilarse un abandono general del concepto finalista de la acción y más aún de la teoría de las estructuras *lógico-reales*, que si se hubieran llegado hasta el plano de las penas y del poder punitivo el funcionalismo ético de la teoría de Hans Welzel hubiese entrado en gravísima contradicción. Ahora refiriéndonos **al maestre colombiano** Fernández Carrasquilla, quien sostiene 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 es de capacidad psíquica para la valoración de la propia conducta resulta insoslayable, y, del otro, el “potencial conocimiento del injusto” cual sea su presentación, no puede consistir en algo distinto a la captación mental o psíquica del disvalor socio-jurídico de la acción punible, tanto si esa captación o comprensión se exige que sea actual. El concepto de culpabilidad finalista se mantiene con un carácter mixto, tanto psicológico como valorativo, al igual que en los neoclásicos, sin embargo, estos últimos fueron desplazados hacia el tipo de injusto por exigencias 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 responde en el finalismo, sobre todo al fervoroso y empeinado sostenimiento de la “teoría estricta de la culpabilidad”, sin la cual el sentido social de la acción tendría que situarse en el tipo penal que entonces no podría aparecer limitado por las estructuras del ser.

EL SISTEMA FUNCIONALISTA DEL DELITO.

Sostiene Chaparro Guerra, que el abandono de la defensa de las estructuras lógico-objetivas afectó la coherencia del modelo de Hans Welzel, toda vez que es un modelo de teoría del delito orientado por consideraciones de política criminal que estableció una nueva tensión entre la armonía del sistema y la consideración del problema que el jurista enfrenta en sus defensas penales.

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* no podía adjudicar consecuencias iguales a situaciones diversas, por lo que siendo evidente que en un error de tipo, el autor no sabe que mata, por lo que es más intenso que un error de prohibición, donde 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 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 cuando nos referimos al **maestre Claus** Roxin; máximo exponente 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 “disvalor de la acción” y en su caso del resultado, y en cambio la culpabilidad el “disvalor de la actitud interna” o el “poder evitar” y consiguiente la responsabilidad del autor respecto de la realización antijurídica del tipo. El eminente jurista teutón 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, que 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 disvalor sobre el hecho, y en cambio la culpabilidad, un juicio de disvalor sobre el autor. Esta concepción no ha cambiado en los nuevos paradigmas de la dogmática moderna; en consecuencia, entendamos que el funcionalismo que data del

espacio-tiempo de los años de 1970 impartido por el **maestre Claus** Roxin, persiste en desarrollar un sistema “racional-final o teleológico” o “funcional”, del derecho penal.

Se rechaza el punto de partida del finalismo y parte de la hipótesis de que la formación del sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas refiriéndose a la acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc., sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del derecho penal. Todo ello, en base a la filosofía jurídica neokantiana y neohegeliana, que había sufrido un estancamiento en la época del sistema neoclásico, con un contenido y desarrollo insuficiente, como lo sostiene el **maestre Claus** Roxin.

Por otra parte, establece que el avance progresivo, consiste sobre todo en que se sustituya la vaga orientación neokantiana de los valores culturales por un criterio de sistematización específica jurídico-penal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Se piensa que hay dos aspectos importantes que dilucidar, las cuales son justamente piezas centrales de esta nueva concepción.

La primera es *la teoría de la imputación al tipo objetivo* 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 que el finalismo le añadió el dolo; para las tres concepciones sistemáticas en los delitos de resultado quedaba reducido en lo esencial a la mera casualidad, en cambio, el punto de 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 analizaremos y debatiremos posteriormente.

La segunda innovación central del sistema racional-final o teleológico, lo constituye, 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 toda vez que sea 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.

Es decir, que el movimiento de reforma que se produjo en la ciencia penal alemana, por los años de 1960, fue inspirada en un ideal resocializador que provocó prácticamente el retorno a los postulados del **maestre Frank** von Liszt. Toda vez que “el método jurídico tiene que partir de las concretas categorías del delito–tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- que deben sistematizarse; desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político criminal”. De esta manera, la función político criminal del tipo consiste en la realización del principio “*nullum crimen sine lege*”, de él debe derivarse la estructuración dogmática.

Frente a las corrientes funcionalistas, el derecho penal es la forma en que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica, de este modo, 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.

Por otro lado, para el **maestre 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, es decir, a garantizar la constitución de la sociedad.

Como lo señala el **maestre Claus** Roxin, la variante funcionalista de Jakobs, sostiene la otra cara de la concepción de su maestro Hans Welzel, partiendo de la base, de que conceptos como causalidad, poder, acción, etc., faltos de un contenido prejurídico para el derecho penal, sólo se pueden determinar según las necesidades de la regulación jurídica.

En ese sentido, el **maestre Claus** Roxin manifiesta que metodológicamente, la especial originalidad de la concepción sistémica de Günther Jakobs, estriba en el hecho de que formula la dogmática jurídico-penal en los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales sobre todo del **maestre Luhmann**. Por eso cree este **maestre** 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” conforme al criterio de lo que es necesario para el “ejercitamiento en la fidelidad al derecho”, sin tomar en consideración las capacidades del autor.

En este contexto, el esquema funcionalista sustituye al criterio filosófico de orden ontológico propio del finalismo, por una teoría de la sociedad que no es otra cosa que 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, 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

analizaremos a continuación, sin embargo, es necesario mencionar desde ahora que ninguna tiene una opinión dominante dentro de la dogmática jurídico penal, toda vez que, según el **maestre Claus** Roxin, 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. Solo cabe señalar; que en el pensamiento estructural-funcionalista podemos distinguir un funcionalismo moderado o racional, que en su elaboración atiende a criterios de política criminal de Roxin, y de un funcionalismo radical que, en su elaboración y desarrollo, como analizaremos luego, atiende a fines de prevención general positiva sostenida por **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.

Para el **maestre Claus Roxin**, el causalismo y el finalismo coinciden, a pesar de todas sus diferencias, en construir el sistema penal con base en datos derivados del “*ser*”, lo que se refiere a la causalidad o la conducción de la acción. El sistema de la teoría del delito desarrollado transita por una vía muy diferente: se fundamenta en la función social, en el fin, la misión del derecho penal y de la pena; 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 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.

El **maestre Claus** Roxin analiza su teoría funcionalista, advirtiéndole 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 el **maestre Roxin** en creer firmemente que

las finalidades rectoras que constituyen el sistema del derecho penal sólo pueden ser de tipo político-criminal, toda vez que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del derecho penal, posición con la que estoy de pleno acuerdo.

En este rubro, analizaremos la tesis de del profesor Claus Roxin, quien, enseña con evidente firmeza que las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como instrumentos de valoración político-criminal, siendo por tanto irrenunciables en su sistema teleológico.

Veamos cada categoría del delito, según la posición teleológica:

Refiriéndonos a la acción. - Parte el **maestre Claus** Roxin, 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 toda vez que 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 sujeto habrá actuado si determinado efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, o sea como centro cognitivo 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”

Refiriéndonos al tipo Penal. - Según el profesor **Roxin**, 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 Roxin asegura que el fin político-criminal de dicha conminación penal abstracta es preventiva general; al acoger una determinada conducta a un tipo penal 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. El **maestre Roxin** sostiene que todo tipo ha de ser interpretado según el fin de la ley que no es otra cosa que el enfoque teleológico, es decir, de tal manera que se abarquen completamente las conductas desaprobadas legalmente y por tanto carezcan de lagunas el efecto motivador preventivo general. **Por ello, sostiene también, que el principio de culpabilidad imprime toda vez que carácter al tipo penal.** 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* que no es otra cosa que la consecuencia de una conducta antijurídica cualquiera por infringir el principio de culpabilidad, no referida al tipo concreto, o el ocuparse de casos ilícitos o fortuitos como causal de inculpa, y dicho de una manera diferente o precisa, las causales de justificación, que es materia de otra exposición lata. Por lo que “la necesidad abstracta de pena bajo el aspecto de la prevención general y el principio de culpabilidad son los criterios político criminales rectores del tipo”; y únicamente la prevención general es ajena a la interpretación del tipo, toda vez que la misma presupone un transgresor concreto.

Refiriéndonos al injusto. - Siempre bajo la posición del profesor Claus Roxin y desde un enfoque teleológico funcional-racional, respecto al injusto se enjuicia la acción típica concreta, todos los elementos reales de la respectiva situación, conforme a los criterios de la permisón o prohibición. Que en este tercer “escalón del delito” debería hablarse de “injusto” y no de mera “antijuridicidad”; ***“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". Finalmente en este rubro, sostiene Chaparro Guerra, que afirmaremos con certeza que para el maestro Claus Roxin, en el aspecto político-criminal 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.

Respecto a la responsabilidad. - Destaca Roxin, 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 la culpabilidad del sujeto. Sin embargo, para el teutón Roxin, éste no es el único presupuesto, sino que debe añadirse además una necesidad preventiva de punición. Como se da en la figura de estado de necesidad exculpante, donde el autor no sólo actúa antijurídicamente, sino que también puede

actuar de otro modo y se comporta por ello culpablemente, como se desprende 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 queda excluida la responsabilidad penal. Lo mismo sucede en exceso, en la legítima defensa, haciendo un paréntesis al respecto del discurso les sugiero consultar la obra del profesor nacional Julio Armaza Galdos sobre los elementos negativos del delito en la que realiza un análisis bastante comprensible sobre las eximencias; retomando el tema y a la vez concluyendo con el **maestre Claus** Roxin, en cuanto a la legítima defensa, en la que de ese modo la responsabilidad se presenta en el campo de las determinaciones de la punibilidad como la realización dogmática de la teoría político-criminal de los fines de la pena y por regla general como una prescripción dirigida al operador de justicia para que imponga una sanción. Por ello, Roxin, sostiene que dentro de esta categoría la concepción básica político criminal no se aplica al **hecho** en el sentido de su necesidad abstracta de pena o de su prohibición

concreta, sino al **transgresor**. En cuanto a su necesidad individual de pena.

Para defender su posición doctrinal, ha tenido que sistematizar la teoría del delito, por supuesto que esto no significa una renuncia a las categorías delictivas tradicionales, sino solo una estructuración distinta de las mismas, aunque al entendimiento de Roxin; conceptualiza que la categoría de la culpabilidad debería cambiarse por una teoría de la “responsabilidad”. En este punto crítico y de amplio debate, personalmente no comparto con la teoría sostenida por el **maestre Claus Roxin**, todo esto dentro de los parámetros del debido respeto que le tengo a tan distinguido profesor doctrinario, por los siguientes fundamentos medulares: en principio tenemos que diferenciar que la categoría de culpabilidad, dimana del constructo de una teoría del delito ampliamente debatida en los escenarios de la palestra internacional que data de espacios-tiempos del *ab initio* del siglo XIX, con una larga data de distinguidos autores de renombre mundial, que dieron origen a la llamada teoría del delito, no cabiendo remplazar la culpabilidad por una teoría de la responsabilidad que son dos temas totalmente diferentes, toda vez que la responsabilidad penal dimana si solo sí; de todo un complejo proceso de enjuiciamiento penal y que esta no se encuentra supeditada o basada en ninguna de

sus ámbitos dogmáticos o doctrinales a la función de la pena, como lo sostiene el maestro Claus Roxin, todo lo contrario, arribada a una responsabilidad penal, en base a la cual dimana la imposición de una pena sujeta a los principios de dosimetría y proporcionalidad (contraste con el hecho delictivo y su nocividad social), que solo puede ser impuesta por intereses públicos predominantes y que dichas conductas típicas revistan suma gravedad, muy aparte de las funciones preventivas protectoras, resocializadoras e integradoras, lo que en el campo doctrinario lo conocemos como los límites de las medidas de seguridad, y como contrapartida del principio retributivo, que no es otra cosa que el sentido y fin de la pena sin tocar los principios de la mínima intervención o *ultima ratio* de carácter fragmentario.

Por otra parte, el profesor Roxin sigue sosteniendo que 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 el maestro Hans 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 tres generaciones, y por ello, piensa que un sistema teleológico-político-criminal, no obstante, tampoco es más que un ulterior desarrollo de la síntesis

neoclásico-finalista y no se desvincula del contexto de la tradición dogmática.

Aclara Roxin, 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 “constructo del delito” a partir de sus componentes parciales, toda vez 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 para el ámbito jurídico penal.

Pero como veremos más adelante el aporte significativo de Roxin, es el desarrollo a la teoría de la imputación objetiva. Respecto a 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 **(de Günter Jakobs)**, un resultado típico debe imputarse al autor si se verifica que con su acción se elevó al nivel del riesgo permitido, siendo concretizado dicho riesgo en un resultado, que a su vez pertenece al ámbito protector de la norma penal.

Lo importante de la tesis fundamental de Roxin, es que su dogmática vincula al derecho penal con

la política criminal, lo que el **maestre español** Muñoz Conde, lo define como la reestructuración de las distintas categorías del delito en función de los principios político-criminales que dimanen de las constituciones políticas.

El maestre Roxin, sigue sosteniendo hasta la actualidad las categorías tradicionales del delito; acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad empero reestructuradas conforme a las directrices de la Política Criminal establecidas por el profesor Jakobs, por el contrario, se retracta de la concepción tradicional del delito y diseña su sistema apoyado en las ideas de **Niklas Luhmann**, quien desde su ensayo *“Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica”*, que data del espacio-tiempo de los años 74, introdujo al derecho penal la sociología, consiguiendo –según sus opositores– que la dogmática pierda su autonomía y se *“convierta en apéndice de las elaboraciones sociológicas”*, acusaciones que se le formularon también al **maestre de piza Enrico Ferri**.

No olvidemos que, para Roxin, 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. En este punto

neurálgico es menester dejar asentado que una reacción punitiva que no se sustenta en las necesidades de la sociedad carece de legitimación, esto como crítica constructiva respecto al tema. 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 la sociedad en su conjunto y que éstos tengan presentes las amenazas del *ius puniendi*.

Ahora pasando a otro rubro nos referiremos a Günter Jakobs, discípulo del **maestre Hans Welzel**; quien sostiene abiertamente la teoría del sistema funcionalista, que 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 sosteniendo que, el derecho penal garantiza la expectativa de que el sujeto es fiel al derecho, *contrario sensu*, se comporta de manera culpable, con total independencia de su estado. El grado de fidelidad al derecho se establece como un

conjunto objetivo. Quien es culpable entonces tiene un déficit de fidelidad al derecho. “De manera psicologizante –sosteniendo– que se actúa con dolo “quien conoce el riesgo creado por el mismo”. En este sentido, para el Jakobs, la culpabilidad material es la falta de fidelidad frente a normas legítimas. Por eso, el sujeto agresor es infiel a la norma penal, de tal manera que con su actitud hostil “resquebraja la confianza en la norma” cumpliendo en este estado la pena una función que restituye la confianza en la norma. Por ende, el derecho penal de culpabilidad siempre estuvo fundamentado por sus fines sociales. Pasando a la opinión de otro maestro citamos al jurista argentino Carlos Parma, quien ha escrito un importante estudio del pensamiento de Günther Jakobs y en él expresa que desde la década del 90 ilumina el 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”*.

Por otra parte, Günther Jakobs, nos da la clave de su sistema, en el prólogo de la primera edición de su tratado derecho penal. Si se parte de la misión del derecho penal y no de la esencia o de las estructuras objeto 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. Igualmente, los conceptos de causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc., pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que designan grados de responsabilidad. 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 ejecutar sistemas normativos al margen del contexto social, sino que los esfuerzos se orientan a un derecho penal en el seno de una sociedad estructurada, sin necesidad de renunciar a formular aspiraciones frente a la realidad. El objetivo es la sistematización óptima del derecho penal vigente. Para Jakobs, el nuevo sistema parte de conceptos nuevos y terminantes: es la norma re-normativizada, 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. Esta es la nueva modalidad de la teoría de la imputación objetiva, que analizaremos posteriormente, en la que Jakobs arma todo un sistema diferente a la teoría del riesgo sostenida por Roxin, siguiendo la temática Jakobs, 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. Plus su doctrina, que no ha sido dominante en Alemania y 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; Jakobs considera en sí, 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 él, 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.

En este estado Chaparro Guerra, después de haber desarrollado ampliamente la presente temática entra al análisis crítico que efectúa el profesor argentino, Raúl Zaffaroni, respecto a la doctrina del maestro Günter Jakobs, señalando que procede a una radicalización mucho más profunda que el de Roxin, en cuanto a la tendencia constructiva funcional sistémica. Invirtiendo exactamente la premisa del maestro Hans Welzel, al afirmar que 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 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. Del mismo modo, los conceptos de causalidad, poder, capacidad, culpabilidad y otros, pierden su contenido prejurídico por lo que devienen en 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 *culpa-culpabilidad* en su doble representación, 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 Roxin, 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 neokantianos, tan vehementemente combatida y con éxito por el maestro Hans 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 del *maestro italiano Francesco Carmignani*.

La doctrina de Jakobs enlaza al hombre en su contexto social y 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*. El *maestro Jakobs*, sostiene que con el derecho se resuelve siempre un problema del sistema social. 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 lo sostiene 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, lo que en la práctica jurídico-penal es un ejercicio de autopreservación de la 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.”

Tengamos muy en cuenta la tesis de Jakobs, que encuentra su génesis en la filosofía de **Emile**

Durkheim, precursor del funcionalismo, Robert King Merton y Talcott Parsons. Posteriormente recibe la influencia de Niklas Luhmann a través de su "Teoría de los Sistemas sociales", 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 cambio, Jakobs, en el espacio-tiempo de 1995, desmiente que su sistema penal sea la acogida en del derecho penal del funcionalismo de Luhmann; puso de manifiesto su diferencia con la teoría de Luhmann, sosteniendo abiertamente que "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 ni 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 prejuiciarnos. Pero es indiscutible que el modelo funcionalista de Günter Jakobs, aparece como una alternativa al modelo de la unidad sistemática de derecho penal y política-criminal de Claus Roxin. 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. 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, y que el derecho penal protege la validez de las normas y esta validez es el bien jurídico del derecho penal; Chaparro Guerra, cierra el presente tema crítico y debate, pasando a otro tema doctrinario citando en esta cátedra doctrinaria al autor español Bacigalupo, **comienza su cátedra como es de estilo citando.**

Ahora analicemos que sostiene la concepción del profesor Español Enrique Bacigalupo, esta

concepción se opone totalmente al "ontologismo", 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, 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, puede causar o impedir un suceso, es 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 toda vez que 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 si en la sociedad existe una alternativa para la elaboración del conflicto diferente de la imputación del delito al autor.

Recordemos las cátedras anteriores donde citamos la postura de diferentes **maestros**, en consecuencia analicemos hoy al profesor Claus Roxin, a criterio de un nuevo **maestre** Edmundo Boderó Calí, autor de la obra *el post finalismo, sublimación de la política-criminal y el control social*, sostiene que Jakobs se engarza con la política-criminal, sociológica; en su obra *“La evolución de la Política Criminal”*, ahora respecto al derecho penal y el proceso penal, Roxin, establece las similitudes y diferencias entre su dogmática y la de Jakobs.

Jakobs comparte con Bacigalupo; el rechazo del punto de partida ontológico del finalismo y sostiene una elaboración normativa de las categorías dogmáticas como *“tarea del derecho penal”*, no obstante, 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.

En otra postura según la opinión del mexicano Sergio Medina Peñaloza, sostiene que existe una reacción frente a una perturbación social que no puede resolverse bajo los conceptos de un sujeto aislado y de sus facultades, toda vez 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*, 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 y es en este esquema que funciona Jakobs. Aquí efectuaremos un quiebre de cita de autores refiriéndonos al profesor mexicano Miguel Aguilar López, quien sostiene que 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 Jakobs, se debe en gran parte a las aportaciones del maestro Luhmann en el ámbito de la Sociología. Por eso el maestro español Polaino Navarrete, en su obra “Fundamentos Dogmáticos del Moderno derecho penal”; sostiene que “sólo es cierto 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, retomando nuevamente al maestro Bacigalupo Zapater, quien 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. 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 como un conjunto de intervenciones causales de los sujetos 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.

En conclusión, diremos que la originalidad de la metodología del **maestre Gunter** Jakobs, al formular su propuesta dogmático-jurídico-penal, se basa en los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales del **maestre 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, la 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 de 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 auto estabilizarse, 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, por buenas razones”, como lo sostiene el profesor nacional Felipe Villavicencio Terreros. Para el profesor nacional Peña Cabrera Freyre, refiriéndose al **maestre Günter Jakobs**, sobre su concepción del mismo sostiene que 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 que se focaliza a partir de su propia dinámica, la cual 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 **contra fáctica** de la norma, esto es, la defraudación de expectativas del colectivo que 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; finalmente Peña Cabrera agrega, que nos

adherimos,” a esta teoría que 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 individualista del delito, de su ontologismo y de los valores fundamentales del ser humano.

Retomando las opiniones del profesor argentino Raúl Zaffaroni, sobre las sistemáticas funcional-sistémicas de Roxin y de Jakobs, sostiene que estas 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 Profesor Zaffaroni no reconoce ninguna validez científica a ninguna teoría positiva de la pena. Por eso Raúl 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.

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, el profesor Zaffaroni, sostiene que al asignarle al derecho penal la función política de sostén colocado por el estado de derecho para contener la presión del estado, 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 el profesor 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 a un 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.

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

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 no renunciando a la estructura estratificada del concepto de delito.

Por ello, se impone que la construcción de la teoría del delito que propone, responda a una

teleología 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 el profesor Raúl 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.

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 contenedor 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 parece suceder en algunas construcciones funcionalistas.

Para el **maestre italiano** Luigi Ferrajoli, sostenedor del sistema garantista, menciona que: “garantizar significa afianzar, asegurar, proteger, defender, tutelar algo; y, cuando en la cultura jurídica se 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”.

Como tal, el garantismo 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, sin embargo, 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.

Para el **maestre 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” 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 Luigi 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.

El **maestre Ferrajoli**, defiende tres tesis en este contexto garantista:

Que existe un nexo indisoluble entre garantías y justificación externa o política del derecho penal, o sea los fines que lo justifican.

Que existe un nexo indisoluble entre garantías y legitimación interna de la jurisdicción.

Que el garantismo es la base de una teoría crítica y de una filosofía política del derecho penal, idóneas para constituirse como filosofía política y teoría crítica del estado constitucional de derecho

Analizaremos y debatiremos estos principios rectores: 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, 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 **es la carga de su justificación**. Para el **maestre 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 sí 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.

Por otra parte, en cuanto al nexo entre garantías y legitimación, tanto interna o jurídica como externa y política, del poder judicial, en criterio del pensamiento jurídico-penal del **maestre Ferrajoli**, la pregunta que se debe responder es: ¿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 oscuros peligrosos. Por ello, Ferrajoli, sostiene 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.

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, las garantías, incorporadas en las constituciones, se configuran no solo como fuentes de 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.** 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.

En el aspecto que el garantismo es una teoría crítica del estado constitucional de derecho, Ferrajoli hace hincapié en 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.

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.

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:

- ***Nulla poena sine crimine*** (principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito)
- ***Nullum crimen sine lege*** (principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto)
- ***Nulla lex (poenalis) sine necessitate*** (principio de necesidad o de economía del derecho penal)
- ***Nulla necessitas sine iniuria*** (principio de lesividad o de la ofensividad del acto)
- ***Nulla iniuria sine actione*** (principio de materialidad o de la exterioridad de la acción).
- ***Nulla actio sine culpa*** (principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal).

- ***Nulla culpa sine indicio*** (principio de jurisdiccionalidad, en sentido lato o estricto).
- ***Nullum iudicium sine accusatione*** (principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación).
- ***Nulla accusatio sine probatione*** (principio de la carga de la prueba o de verificación).
- ***Nulla probatio sine defensione*** (principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación).

Ahora bien, retomando nuevamente al profesor Raúl Zaffaroni, desde una óptica crítica constructiva expresa que el **maestre Ferrajoli**, no distingue entre poder punitivo y derecho penal, toda vez 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 sostiene Ferrajoli sobre la clave teórica con la que se debe elaborar el derecho penal vigente.

Tenga muy presente que el profesor argentino Raúl 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*”.

Por otra parte refiriéndonos al **maestre español** 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 junto con el principio de intervención penal mínima y necesaria, se ha de fomentar un 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 refiriéndose a Ferrajoli, pierde absolutamente la fe en este sistema, toda vez que, considera que el español Jesús María Silva Sánchez, es de la misma opinión manifestando 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 post industriales, cabe afirmar que los actuales desarrollos del sistema punitivo conducen, paradójicamente, a posturas *neocriminalizadoras*, y –por ende– a la *expansión del derecho penal*, y no a su deseada reducción.”

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, incluso en las imposiciones del nuevo Código Procesal penal a **nivel Latinoamericano**, 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.

Denotamos que se 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 y latinoamericano, cabe señalar que el garantismo penal se basa en algunos postulados: el derecho penal debe respetar los derechos de las personas de forma cuidadosa y seria; 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; las autoridades judiciales y no judiciales policía, fiscalía, 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; todo acto que restrinja derechos es controlable judicialmente; y, el derecho penal es el mínimo necesario para garantizar la eficiencia, evitar la impunidad y proteger a la persona inocente, con lo mencionado, finaliza su cátedra chaparro guerra, después de una larga exposición en la que juega con una serie de autores nombrándolos y sosteniendo la posición de cada uno de ellos lo que hace de sus cátedras una exposición competitiva y de calidad académica fuera de serie en el sentido lato de la palabra.

CÁTEDRAS DOCTRINARIAS

CHAPARRO GUERRA

LA CONTÍNUA
CONTROVERSIA

DEL CONCEPTO
DOGMÁTICO

DE LA ACCIÓN
TÍPICA



**LA CONTINÚA CONTROVERSIA DEL CONCEPTO
DOGMÁTICO DE LA ACCIÓN TÍPICA**

Cuando nos referimos en una cátedra anterior a la tradicional concepción del caduco concepto jurídico del delito, recordamos su esencia multifacética, refiriéndonos al jurista alemán Karl Engisch, su peculiar estructura, constituida por una serie escalonada de valoraciones, cada una de las cuales presupone una valoración anterior. Objeto de esa serie de valoraciones sucesivas es generalmente considerada la acción humana, a la cual se atribuyen las características de ser típicamente antijurídica y culpable, que hemos denominado “continúa controversia del concepto dogmático de la acción típica”, al respecto que nos dice el **maestre Edmund Mezger**; quien sostiene que este conjunto de problemas que suscita la pretensión de establecer la verdadera naturaleza de ese objeto de las valoraciones de antijuridicidad y culpabilidad, de ese sustantivo al cual se refieren las adjetivaciones que, al separarlo de otros de su mismo género, constituyen la especie denominada delito.

En realidad, esta problemática, que sólo podrá ser señalada aquí muy someramente, comienza toda vez que, desde antes del concepto de acción, pues se pregunta si efectivamente la

realidad básica sobre la cual debe estructurarse la noción de delito ha de ser la acción humana, o si, en cambio, la piedra angular sobre la cual debe edificarse ese concepto no será otra realidad, más apta que la acción para señalar lo que es verdaderamente primario en el delito. Esta es pues la primera interrogante que debemos examinar. La segunda consiste en decidir si el concepto de acción es un concepto prejurídico, esto es natural, o, en cambio, un concepto normativo siempre que implique, por tanto, una valoración de primer grado, anterior a las de antijuridicidad y culpabilidad. La tercera interrogante está concretamente ligada con la más nueva teoría del delito, la teoría de la acción finalista, y se pregunta, en definitiva, si el concepto ontológico de la acción debe ser acogido con todos sus atributos por la dogmática, o si, contrariamente, la teoría del delito puede, como lo ha venido haciendo, en forma tradicional, separar el elemento esencial de la acción: la finalidad, para considerarlo tan sólo en el último momento del análisis, al apreciar la culpabilidad del autor.

Examinando, pues, estos problemas en el orden señalado, nos encontramos en primer término con ciertas teorías que no parten de la acción para constituirla en el eje de la concepción del delito. Sería tal vez posible dividir dichas teorías en dos grupos, según coloquen como centro del

sistema a una realidad anterior o posterior a la acción. En el primer grupo podríamos colocar a todos aquellos autores que comienzan por la consideración de algo que sin duda antecede a la acción misma, o sea, precisamente, el hombre que la realiza, no obstante, aún en este grupo cabe distinguir dos puntos de vista netamente diferentes, mejor dicho, opuestos. El primero de estos puntos de vista era común en la antigua doctrina penal, que colocaba en lugar preeminente no al hecho delictivo, sino al agente o sujeto activo del delito. Es característica en este sentido la construcción de Enrique Ortolan Berenguer, célebre penalista francés, autor de la obra los “elementos de derecho penal”, de las que he sustraído en forma lacónica lo siguiente: “el orden lógico en el estudio de los elementos diversos del delito es pues aquél en el cual se suceden los acontecimientos: 1ro-el agente o sujeto activo del delito; 2do-el paciente o sujeto pasivo del delito; 3ro-el delito, producto de estos dos factores; 4to-las reparaciones y las penas, consecuencias jurídicas del delito”. En el estudio del primer elemento: el agente o sujeto activo, considera en primer lugar la imputabilidad, concebida como una verdadera capacidad de acción desde el punto de vista jurídico. La imputabilidad del agente es también considerada como la base del delito por los criminólogos alemanes llamados Hegelianos del siglo pasado,

discípulos de Hegel —entre ellos Berner— y, en tiempos muchos más modernos, por el **maestre Carlos Binding**, quien definió también a la imputabilidad como capacidad de acción, colocando por tanto la consideración del autor como previa a la del hecho por él cometido.

Ahora refiriéndonos a los **maestres Edmund Mezger**, quien atribuye a **Von Hippel** la misma idea, pero la verdad es que en la traducción italiana del manual del derecho penal de von Hippel, única obra de este autor que se ha podido consultar, aparece la imputabilidad como fundamento no de la acción sino de la culpabilidad, tal como lo hace la teoría generalmente aceptada en la actualidad. Desde un segundo punto de vista, como antes indique, totalmente opuesto, toda vez que niega la existencia misma de la imputabilidad moral, reemplazándola por la de responsabilidad social o imputabilidad legal, que prácticamente abarca a todas las personas y por lo tanto niega la diferencia entre imputables e inimputables. La escuela positiva de derecho penal puso al delincuente como base y punto de partida de su teoría, y, más precisamente, la peligrosidad de ese delincuente y no la acción realizada, como motivo y fundamento de la aplicación de sanciones criminales. Si nos remontamos al espacio-tiempo de 1921, nos encontramos con el **maestre italiano Enrico Ferri** y su proyecto que

procuró, que también lo señala el maestro español Luís Jiménez de Asúa, que “el centro de las leyes penales pasara del delito al delincuente”.

La acción realizada es mero síntoma de la peligrosidad, y el agente es punible, no por la comisión de aquella acción, sino por la peligrosidad que ella revela. Ahora, si nos referimos por ejemplo a los maestros italianos Alessandro Grisigni o Eugenio Florian, señalan claramente: “el que infringe una norma penal es punible a causa y según la cuantía de anormalidad físico-patológica peligrosa que ha demostrado en el acto delictivo”. Según “La moderna ciencia criminal en Italia” de ese espacio-tiempo, más conocida como la escuela positiva, que data de 1909, 130 años de su existencia y no comprensión ni asimilación por parte de muchos defensores de la legalidad y de aquellos en los que recae la delicada función de la llamada “administración de justicia”. Por otra parte, los alemanes, han sostenido una teoría fundamentalmente similar a la del positivismo italiano de los maestros Mezger y de Asúa, que la denominan, “la concepción sintomática del derecho penal”. “La acción no debe formar la base propia de la pena, sino que ha de ser más bien un indicio, una señal, un síntoma de una situación determinada, y, desde el punto de vista jurídico-penal, significativa respecto del autor.

No se castiga a uno porque haya cometido un hecho punible, sino porque es una persona socialmente peligrosa, como se desprende del propio hecho que ha cometido. Por tanto, el fundamento verdadero de la pena está situado en la peligrosidad personal del autor”. Esto, parafraseando textualmente las palabras del **maestre Edmund Mezger**, porque son ilustrativas del olímpico desprecio con que tratan la mayor parte de los autores arios a las teorías ajenas a su país que no es otra cosa que los rezagos del REICH, porque bien claro se ve a través de esta reseña, que los alemanes no han inventado absolutamente nada, toda vez que esos conceptos toda vez que habían nacido a fines del siglo pasado por obra y gracia de la escuela positivista italiana a la que nos remitimos como prueba fidedigna en caso de existir controversia. Recordemos ahora que también hemos hecho referencia a otro grupo de autores que a la inversa de estos que acabamos de aludir, colocan como centro del sistema algo que es posterior a la acción misma, porque toda vez que implica una tipificación o valoración de ésta por el orden jurídico. Entre estos autores citaremos en primer término al filósofo ario Gustavo Radbruch, quien ha sostenido que la conformidad al tipo legal debe ser el punto de partida de la teoría del delito puesto que, en definitiva, el concepto de acción que utiliza el derecho penal no es ni

puede ser otro que el que resulta de los diversos tipos legales, es decir, de la descripción que hace la ley de ciertos acontecimientos en los que interviene el hombre, y a los cuales liga la aplicación de una pena.

Según Gustavo Radbruch, el concepto pasivamente naturalista, y por lo tanto prejurídico de acción no es apropiado para desempeñar la misión que le asigna la dogmática penal. Cualquier especie penal que se elija, afirma, como por ejemplo, el maltrato, la difamación, etc., no puede concebirse como una acción pensada extrajurídicamente sino como “un acontecimiento de la vida social adecuado a un tipo legal”. En el mismo sentido, niega Radbruch que exista un género de acción que abarque tanto la comisión como la omisión, y por ello arriba a la conclusión de que la única característica común a ambas es la de ser acontecimientos previstos en los tipos legales como presupuesto de la sanción punitiva. La posición de Radbruch es compartida en lo esencial por su compatriota ario Alexander Graf Zu Dohna, distinguido jurista y discípulo del filósofo del derecho Rodolfo Stammler, dos de cuyas obras más importantes están traducidas al castellano: “la ilicitud” y “la estructura de la teoría del delito” que recomiendo a los maestrantes e investigadores revisar como bono a su amplio bagaje doctrinal.

Refiriéndonos al alemán Zu Dohna, este también piensa que corresponde comenzar con la teoría del tipo penal, y así efectivamente da principio a la obra que he citado en último término. Afirma que, sin duda, primordialmente todo delito es acción, pero añade: “Hasta qué punto esa afirmación debe ser rectificada resultará de posteriores consideraciones”. Esas posteriores consideraciones se refieren, por ejemplo, a que no es esencial al delito un aspecto exterior perceptible por los sentidos, pues ello falta en los delitos de omisión propios, y, por otra parte, a que existen delitos en los cuales nos encontramos con un resultado, es decir, con una modificación del mundo exterior, sin que el autor haya realizado ningún movimiento corporal, como ocurre con los delitos de comisión por omisión. Por otra parte, si quisiéramos demostrar que lo que es característico de la acción delictiva es la voluntad, nos encontraríamos con que hay casos en los cuales la pena se vincula a una actividad sin voluntad o también a una omisión involuntaria (madre que por dormir imprudentemente dando de lactar a su hijo, lo asfixia con su seno).

En este caso, afirma Zu Dohna, que tenemos ciertamente el delito, pero no la acción. Estas consideraciones explican pues por qué debe partirse de la teoría del tipo legal, que es el que confiere significado jurídico a estos

acontecimientos que, pensados desde un punto de vista estrictamente natural, no podrían ser calificados como acción. En una corriente de pensamiento similar, cabe mencionar al filósofo alemán, Guillermo Sauer, cuyo tratado de derecho penal como culpabilidad; considera al delito como “la puesta en peligro ético-socialmente reprochable de valores protegidos por el derecho”.

Inicia el tema del delito como injusto material en cuanto se opone a la justicia, a la seguridad y al bien común, injusto formal en cuanto constituye el tipo legal al cual va ajena la pena. Señala con agudeza que, si bien procesal y lógicamente la acción es anterior, en cambio, desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, la gradación inversa es la verdadera: antes, en primer lugar, debe establecerse la pauta de valoración y se ha de determinar y conocer en qué consiste la suprema adecuación al derecho. Recién entonces podrá tomarse de la vida social un objeto: la acción, para valorarlo de acuerdo con aquellas pautas. Solamente así, afirma, se puede tratar jurídico-penalmente la omisión, que para la consideración natural es una nada, y para la ciencia del derecho un objeto positivo. También coincide con el profesor alemán Guillermo Gallas, de la Universidad de Heidelberg, quien afirma que sólo puede servir de elemento primario en la construcción del delito, no la

acción en general, sino la acción típica, por la conducta concreta descrita en el tipo delictivo.

El concepto general de acción tiene una función meramente negativa, pues sólo sirve para poner de manifiesto que no es acción el hecho determinado por fuerza física irresistible, actos reflejos, estado de inconsciencia, etc. Para resumir nuestras conclusiones acerca de estas teorías en la presente cátedra doctrinaria, que colocan antes o después de la acción el elemento primario del delito, podemos afirmar que los autores que pretenden anteponer la consideración del agente a la de la acción no han conseguido modificar las bases tradicionales de la dogmática. Téngase muy presente que en una cátedra anterior toda vez que nos referimos a los peligros que entraña una concepción del derecho penal basada no sobre el hecho sino sobre el autor. En cambio, las razones de los que pretenden partir del tipo legal o de la antijuridicidad como conceptos centrales de la teoría del delito han conducido, no a cambiar totalmente la sistemática actual, pero sí a que se advierta mejor el peculiar sentido y significado que el concepto de acción tiene en el derecho penal. A ello precisamente se refiere la segunda interrogante que nos habíamos propuesto como objeto, la de resolver si el hecho humano o acción que constituye la base del delito puede ser definido naturalmente, es decir si es una

realidad perteneciente al mundo del ser, o si por el contrario su esencia es normativa, ello es perteneciente al mundo del deber ser, e implica por lo tanto toda vez que un proceso de valoración previo a los necesarios para la calificación de antijuridicidad y culpabilidad.

La concepción naturalista de la acción podría ser vinculada con la teoría del **maestre austriaco Franz Von Listz**, el máximo representante de la escuela de la Política Criminal, que tanta influencia tuvo en el derecho penal en el espacio-tiempo de 1821, a quien seguimos nombrándolo en las cátedras doctrinales y académicas desde hace 191 años, para Von Listz, la acción es esencialmente la modificación del mundo externo como efecto de una voluntad humana. Esta modificación del mundo externo es una modificación de carácter físico: no sólo es la muerte de la víctima en la figura delictiva de homicidio, también la vibración de los procesos fisiológicos del ofendido en los delitos de injuria verbal. El contenido de la voluntad, lo que en concreto el autor quería realizar, no pertenece al concepto de acción sino al de culpabilidad. Aparece pues la acción predominantemente como una realidad causal-mecánica, originada, es cierto, por un acto de voluntad, pero cuya esencia se manifiesta en el efecto que ella produce. Ese efecto, en el ámbito de la antijuridicidad, se manifiesta en la lesión o

puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido. La noción natural de la acción, libre de valoraciones, parecía especialmente apta para insertar luego en ella las características valorativas de la antijuridicidad y la culpabilidad.

Como quiera que la antijuridicidad se consideraba, materialmente, como una mera causación de un resultado dañoso, este concepto de acción podía servir tanto para los delitos dolosos como para los delitos culposos. En tal sentido, al llegar a la culpabilidad se resolvía si el autor había querido o había previsto ese efecto, denominado dolo; si, en cambio no lo había previsto, siendo previsible simplemente se circunscribe al ámbito de la culpa o, por último, si el autor era inculpable por la presencia de error o coacción. La evolución del pensamiento dogmático llevó, sin embargo, sobre todo debido a la influencia de la filosofía de los valores, a la inevitable conclusión de que un concepto natural de acción, libre de valoraciones no era más que una ilusión, una de las tantas ilusiones que produjo la tendencia de la filosofía positivista, a fines del siglo pasado y trajo fuertes repercusiones al presente, al pretender aplicar a la realidad que contemplan las ciencias sociales.

El tiempo no nos permite explayarnos, por cuanto las cátedras académicas tienen un reducido espacio-tiempo, para abordar el tema

acerca de todas las razones que destruyeron aquella ilusión. Trataremos de esbozar sólo las que nos parecen más importantes para mostrar que el concepto de “acción”, “hecho” o “acto”, que las leyes penales vinculan a la amenaza de la sanción, importa una valoración, y pertenece al dominio del derecho penal, en particular veamos algunas de estas razones: en el transcurrir del acontecer vital, la selección de ciertos aspectos de la conducta humana, constituidos por actos diversos, a fin de encuadrarlos en una unidad dotada de sentido, llamada acción, implica toda vez que una toma de posición exclusivamente jurídica. La acción castigada por el artículo 290 del Código Penal: ejercicio ilegal de la medicina, se realiza sólo si existe repetición de ciertos actos (el que emite diagnósticos, dictámenes, informes, etc.).

La acción de robar está constituida por diversos actos totalmente dispares: apoderamiento de una cosa mueble total o parcialmente ajena, violencia en las personas, fuerza en las cosas. Hasta en la acción de matar, término bíblico que no ha sido superado hasta la fecha, está normativamente incluida la posibilidad de ciertos actos previos constitutivos de lesiones, según lo enseña la teoría del concurso de leyes al tratar la relación de extenuación. La omisión, que se considera una de las categorías de la acción, no es una realidad natural ni implica modificación

alguna del mundo externo. Es solamente un juicio valorativo en cuya virtud afirmamos que alguien ha faltado a su deber de hacer algo, impuesto por el Derecho. La observación, frecuentemente repetida por los autores, de que la omisión es un concepto natural porque también es una conducta humana, o sea, algo positivo, falla desde su base y es una mera petición de principio, ya que precisamente la llamamos conducta porque previamente la hemos calificado de omisión. Ni siquiera la relación causal, o sea, la conexión que debe existir entre una conducta humana y un hecho para que pueda afirmarse que este es resultado de aquella, por ejemplo, para que pueda decirse que "X" ha matado a un hombre o que "Y" ha causado un incendio, esa relación causal no es la relación causal de la ciencia física. Superada la teoría de la equivalencia de condiciones, todas las teorías de la causalidad se basan en puntos de vista estrictamente jurídicos.

Tanto la teoría de la "causalidad adecuada", como la de la llamada "relevancia jurídica", aceptada por el maestro Mezger, o la llamada "causalidad típica", sostenida por el maestro Beling, e inclusive la teoría de "la acción humana", propugnada por el distinguido maestro argentino Sebastián Soler, destacan la peculiaridad del proceso en cuya virtud el Derecho realiza la llamada "imputatio facti", que

no es otra cosa que la imputación objetiva, en el que debe primar sobre todo la comprensión del sentido y significado de los tipos legales. El criterio de causalidad con el que se desarrolla el derecho penal es, pues, netamente jurídico y ajeno a la concepción puramente natural del nexo causal. Todavía guarda menos relación con un pretendido concepto natural de la acción la llamada relación causal en los delitos de comisión por omisión, o sea, en aquellos en los cuales se imputa determinado hecho dañoso a la persona que tiene el deber jurídico de evitarlo. Si nos remitimos a la fórmula del Código Penal Italiano a manera de derecho comparado, señala: "No impedir un hecho que se tiene la obligación jurídica de impedir equivale a causarlo". Esto demuestra claramente cómo el derecho crea un concepto propio de causalidad: "equivale a causarlo", que, en realidad, no es más que una forma de antijuridicidad. La muerte del niño falto de cuidado no es causada, en sentido natural, por el padre negligente, sino por la enfermedad; esta muerte es imputada al padre porque este se haya colocado, por el orden jurídico, en calidad de garante, que en verdad no es otra cosa que el deber de cuidado, de prestar los cuidados necesarios al niño. El incumplimiento de la obligación que impone al padre esa condición de garante, o sea, la antijuridicidad de su conducta, resulta ser, así, el

fundamento de la afirmación de un nexo causal, y no el nexo causal el fundamento de la imputación delictiva. Entiéndase que la acción de matar sólo existe aquí en virtud del derecho penal.

Es común incluir en el concepto de acción, además del querer y de la actuación voluntaria, el resultado comprendido como la modificación del mundo producida por la voluntad fuera de la actuación voluntaria misma, como lo afirman los maestros Mezger, De Asúa, y Soler. Ahora bien, indudablemente, un concepto natural de la acción no puede incluir el resultado, porque éste es delimitado objetivamente y a veces artificialmente por el legislador. Desde un punto de vista estrictamente natural, la acción, tal como lo señala el maestro De Piza Giuseppe Maggiore, tiene efectos infinitos. Semejante a los innumerables círculos concéntricos que se forman al arrojar una piedra al agua, más amplios e indefinidos, hasta que se extingue su huella en el espejo del líquido elemento. La acción delictuosa no permanece encerrada en sí misma; realiza usurpaciones y conquistas, recae sobre el alma y sobre el patrimonio, no sólo de la persona inmediatamente agraviada sino de sus parientes.

Pues bien, de todos esos infinitos efectos de la acción, el legislador aísla uno o dos y construye

con ellos una figura legal de acción. Todo lo que pasa después de la muerte en el homicidio: el dolor de los deudos, el desamparo, la miseria, y los efectos que estos a su vez producen, no pertenecen al concepto de acción para el derecho penal. En la provocación de un incendio es, en cambio, recogido jurídicamente el resultado ulterior de peligro o muerte de una persona. El legislador elige soberanamente cuál es para el derecho el resultado de la acción, es decir, construye el concepto mismo de esta. No solo el concepto de acción es de naturaleza valorativa, sino que el mismo puede ser distinto para las diversas ramas del derecho. Basta señalar, sin otro propósito que el meramente ilustrativo, que mientras en derecho privado se reconoce ampliamente la capacidad de acción de las personas jurídicas, es materia de la más ardua discrepancia el reconocimiento en derecho penal de que una persona jurídica pueda ser autora de una acción delictiva. Debe considerarse, pues, definitivamente superada la posición que pretendía reconocer en la acción, base del delito, una realidad natural. Ahora, refiriéndonos al maestro Sebastián Soler, *ab initio* definía la acción como un "comportamiento humano voluntario", la define ahora como "el despliegue del poder específicamente humano de proyectar sobre el mundo las propias decisiones, transformando así la realidad" y agrega "que

debiera decirse que una acción es acción en general solamente cuando es una acción específica", esto es, típica.

Ahora, si nos referimos a Jiménez de Asúa, o mejor, a Mezger, que en su tratado proclamaba: "El concepto de acción que he colocado a la cabeza del sistema es un concepto descriptivo, libre de valoración. Téngase presente que el concepto de acción en un sistema del derecho penal. Por otra parte, la acción finalista, en parte se refiere efectivamente a la acción, pero sus consecuencias más importantes tienen lugar, más que en el ámbito conceptual de aquella, en el de los restantes elementos de la teoría del delito: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad". El representante más destacado de esta teoría es el maestro alemán Hans Welzel, quien, basándose primordialmente en las teorías filosóficas de Max Scheler y Nicolai Hartmann, parte de la consideración primordial de que, así como la categoría fundamental de la naturaleza es la causalidad, también la categoría propia de la acción humana es la finalidad.

El hombre, al ser dotado de razón, se propone fines, y mediante su voluntad y el conocimiento de las leyes naturales sobre determina el acontecer causal y emplea en su beneficio las fuerzas de la naturaleza.

“Ontológicamente, la acción es pues finalidad, no mera causación de las modificaciones del mundo exterior”. “la finalidad es vidente, la causalidad es ciega”.

Estas características de la acción humana no han sido, por cierto, descubiertas por Welzel, como equivocadamente se nos pretendió introducir en las obras de corte germánico, ya que si nos remontamos al espacio-tiempo de Aristóteles, en la Ética a Nicómaco, este ya afirmaba que todo ser inteligente obra de acuerdo a fines. Ninguna de las teorías de derecho penal ha desconocido que la acción es un comportamiento humano voluntario, y la voluntad es siempre apetencia de algo que el hombre coloca como fin de su actividad. Entiéndase que voluntad es finalidad... La originalidad de la teoría de Welzel, que es seguida con ciertas variantes por destacados autores alemanes, entre ellos Maurach, catedrático de la Universidad de Múnich, quien afirma que, aceptada por el derecho la base fundamental de la acción humana como presupuesto del delito, el legislador, y la dogmática, sobre todo, no son libres de alterar la esencia ontológica de la acción, despojándola de esa categoría de finalidad que es precisamente lo que la hace ser tal acción. Esto es, sin embargo, según la escuela finalista, lo que ha hecho la dogmática tradicional, ya que solo considera en el ámbito de la acción, y aún en el ámbito de la

acción típicamente antijurídica, solo los efectos de la voluntad, es decir, solo la eficacia meramente causal de esta.

La finalidad, es decir la esencia misma de la acción, no es colocada dentro de esta esfera, sino ubicada en la culpabilidad, bajo el nombre de dolo. De esta violación de la estructura finalista de la acción no resultan sólo incongruencias de carácter meramente teórico, sino una irrazonable construcción de todo el sistema, que se traduce a su vez en consecuencias prácticas de gran importancia, según sostienen los finalistas. Sólo podemos aquí señalar algunas de las pretendidas inconsecuencias que el maestro Welzel y sus seguidores señalan en la sistemática vigente. En primer lugar. - en lo que atañe a la antijuridicidad, puesto que la esencia de la acción reside en la finalidad, y ésta a su vez es elemento de la conducta y no del resultado, la antijuridicidad no debe ser sólo disvalor del resultado, como lesión del bien jurídicamente protegido, sino también, y muy principalmente, disvalor de la acción misma, fundado en la mala finalidad. En segundo lugar. - la teoría finalista señala la defectuosa construcción del concepto de culpabilidad, integrado actualmente por dos elementos de naturaleza absolutamente distinta.

El dolo es, en efecto, voluntad del resultado, de carácter estrictamente psicológico y perteneciente al campo subjetivo; la culpa, en cambio, como omisión de la diligencia exigible, es de carácter exclusivamente normativo. En efecto, el negligente puede ser totalmente inconsciente de su negligencia: es el operador de justicia quien afirma la existencia de ésta como falta del cuidado debido. Esta incongruencia de reunir bajo una misma categoría dos entidades de naturaleza tan dispares debe ser remediada, según los finalistas, devolviendo la voluntad del resultado, es decir la finalidad, al lugar que naturalmente le corresponde. En consecuencia, es momento de dejar expresamente asentado en la presente catedra doctrinal que el dolo debe integrar el concepto de acción, mas no el de culpabilidad, tema que en una posterior cátedra la trataremos con mayor profundidad, análisis y critica. En ésta en conclusión sólo debe quedar el juicio de reproche, que no es otra cosa que la, vinculación del hecho injusto con el autor, que, debido al conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, conocimiento real o posible, merezca quien obró finalísticamente. Otra de las incongruencias que señala la teoría que estudiamos se refiere al concepto de tentativa. Indudablemente, la tentativa está constituida como acción relevante para el Derecho por la voluntad del resultado.

Nuestro Código Penal vigente, en el artículo 16, describe a quien "con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución". Si no hay voluntad del resultado, la tentativa no existe. No ocurre lo mismo, por ejemplo, con el homicidio consumado, el cual, aunque sea cometido por error, es igualmente antijurídico, si bien no culpable. En la tentativa, la finalidad es constitutiva de la antijuridicidad. Quien, con el propósito de tirar al blanco, dispara desacertadamente el arma de modo que la bala pasa cerca de una persona, poniéndola en peligro, no realiza un acto antijurídico para el derecho penal. Ahora bien, se preguntan los finalistas: ¿por qué razón la finalidad, necesaria, según hemos visto, para integrar la acción en la tentativa, si llega a consumarse el delito, desaparece como tal elemento de la acción y va a aparecer, como dolo, en la culpabilidad? La objeción, como puede advertirse, es de gran peso y, en verdad, ha resultado difícil de contestar por los adversarios de esta teoría. No podemos extendernos más sobre las características de la "acción finalista", que es el centro actual de todas las polémicas del derecho penal que se vienen arrastrando desde los inicios del constructo de la teoría del delito. Pero, como antes expusimos, sus consecuencias se manifiestan en las restantes características del delito, de manera que, a medida que vayamos

ocupándonos de ellas en las sucesivas cátedras, iremos señalando su relevancia.

Cada vez parece más difícil encerrar en los pocos minutos de la cátedra temas de tanta complejidad doctrinaria como los que componen nuestro interés. Por ello se les recomienda que no crean encontrar en las presentes cátedras académicas la pretensión de mostrar todos los enfoques posibles de la controversia del concepto dogmático de la acción típica, puesto que simplemente, estas cátedras deben servir como motivaciones para profundizar en el examen de ciertos aspectos de la teoría penal que, en el estudio de postgrado en ciencias penales, aparecen por lo general despojados de toda dificultad.

Esta es, pues, otra de las cátedras doctrinarias de Chaparro Guerra, recogidas in situ al tratar un tema tan importante que lo ha denominado: "la continua controversia del concepto dogmático de la acción típica". La misma que hasta la fecha no tiene un acuerdo pleno respecto a la acción típica por su diversidad de enfoques desde el punto de vista objetivo, subjetivo, doctrinario, dogmático, teleológico y desde la óptica de las diferentes escuelas y otras de corte filosófico.

Finaliza su cátedra, Chaparro Guerra, enfatizando que el constructo de la teoría del delito no puede ni tiene las bases sustentatorias para atribuirse el

concepto de la acción como elemento ab initio de la teoría del delito, ya que esta no pertenece a la ideación simbólica de la teoría del delito aplicada al derecho penal. La acción es de corte eminentemente subjetivo, desencadenada a través de los impulsos en la acción o hecho delictivo. Sin embargo, esta tiene connotaciones profundas en su nano construcción cuántica, compuestas por la libertad, los impulsos y la conducta, que no están en el campo simbólico de la teoría del delito, sino en el campo subjetivo real del ser. Existe una marcada línea de límite entre lo subjetivo y lo objetivo como enfoques académicos, pero en la praxis real, lo subjetivo y lo objetivo van inextricablemente unidos. Fragmentarlas, como lo sustenta la teoría del delito, constituye una gran aberración. Constituye un requisito sine qua non que, antes de describir la acción, debemos conocer en profundidad qué es el comportamiento o la conducta, la reacción, los estímulos, los impulsos, los reflejos y la libertad para optar entre lo bueno y lo malo, el criterio, la razón o racionalidad y la capacidad de pensar, para poder definir en su real dimensión científica la acción y desentrañar toda esta mezcla de posiciones y criterios respecto a la controvertida teoría del delito. No podemos conceptualizarla desde un enfoque puramente objetivo y tecnista, ya que corresponde a temáticas

científicas de la neurociencia más profundas, de la psique humana. Recomendando revisar mi obra titulada "Síndromes Mentales", publicada por el Centro de Investigaciones de la Universidad Católica en 1982, de la que se puede sustraer de forma lacónica que toda acción típica no siempre es punible por su carácter heteroclítico, heterológico y de estímulos peristáticos.

CÁTEDRAS DOCTRINARIAS



**CONSTRUCTO Y SIGNIFICADO
DOGMATICO – DOCTRINARIO
DEL TIPO LEGAL**

Chaparro Guerra inicia, en esta oportunidad, otra de sus cátedras doctrinarias, que ha denominado "constructo y significado dogmático-doctrinario del tipo legal". Resalta que le provoca una cuestión difícil desde el punto de vista metodológico decidir si a la teoría del delito debe dársele prioridad frente al análisis de la antijuridicidad o al de la tipicidad. Ontológica y lógicamente, pareciera que la antijuridicidad debe preceder a la tipicidad, puesto que sólo algunas de las acciones antijurídicas son también típicas, es decir, se hallan descritas en la ley penal como presupuesto de la aplicación de una pena. Sin embargo, también ocurre que, desde otro enfoque, el concepto de acción típica resulta más amplio que el de acción antijurídica, puesto que hay muchos casos en los cuales una conducta típica no resulta antijurídica. Así, hay acciones típicas, como la privación de la libertad, que son realizadas en muchas más ocasiones legítimamente que ilegítimamente. Ante este problema, nos hemos decidido por comenzar con el estudio analítico del tipo legal, en parte por razones académicas, y sobre todo por el orden con que se presentan procesalmente. En efecto,

inicialmente con lo que tropieza el operador de justicia es con la acción típica, y sólo después de establecida su existencia corresponde comprobar si esa acción se encuentra o no permitida por algún precepto del derecho.

Casi la totalidad de la doctrina, inspirada sobre todo en la dogmática, incluye en las características del concepto del delito la nota de la tipicidad. Así, la infracción delictiva es definida como “acción típicamente antijurídica y culpable”, “acción típica, antijurídica y culpable”, o “acontecimiento típico, antijurídico e imputable”. La nota de la tipicidad se halla siempre presente en estas definiciones, pero, por extraño que parezca, el concepto de lo que es TIPO y lo que es TIPICIDAD dista mucho de tener un significado unívoco en la doctrina. Muchas de las discusiones acerca de la naturaleza y alcance de estos conceptos se originan en razones de carácter semántico, pues, como digo, con esas mismas palabras se han designado objetos diversos. Por lo pronto, la expresión tipicidad se acostumbra emplear para caracterizar la exigencia, propia del derecho penal moderno, de que nadie debe ser penado, no sólo sin ley anterior al hecho del proceso (“Nullum crimen, nulla poena sine lege”), sino también sin que esa ley haya determinado concretamente los elementos objetivos y subjetivos que constituyen la infracción.

En este sentido, la referencia a los tipos de acción que deben hallarse descritos en forma precisa por la ley no sólo tiene en cuenta la materialidad de la conducta, sino también la culpabilidad y la antijuridicidad de la misma. Sería tan contrario a la cláusula garantizadora contenida en la Constitución Política del Estado condenar a quien no haya realizado alguna acción prevista en la ley penal, como a quien haya llevado a cabo el hecho sin el tipo de culpabilidad que la ley requiere, por ejemplo, quien se haya apoderado culposamente de una cosa ajena. También sería injusto condenar a quien no haya obrado antijurídicamente, por contar con una causa de justificación, como la legítima defensa o el estado de necesidad, tema ampliamente expuesto por el profesor Julio Armaza Galdos en su obra "Elementos Negativos del Delito". Por eso, cuando se afirma que la tipicidad es una exigencia constitucional, en realidad tal afirmación se refiere a la necesidad de que la acción se adecue a una figura delictiva determinada. Denominamos figuras delictivas a los distintos delitos, tal como se hallan concretados en los artículos de la parte especial del Código Penal. Son cuadros normativos que representan ciertas formas de conducta antijurídica y culpable, y, por lo tanto, merecedora de una pena.

Así, la figura delictiva del artículo 106 del Código Penal (figurín - tabla de valores), si bien aparece concebida solamente con la expresión: “el que matare a otro”, contiene, además, implícitamente, como presupuesto de la aplicación de la pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 20 años. Los autores nacionales no han establecido diferencia entre los conceptos de: “figura delictiva” y de “tipo legal”. Y si nos remitimos al derecho comparado el maestro Sebastián Soler, sostiene que “no reviste gran importancia el distinguir entre tipo y figura delictiva”, retomando el tema, “las figuras delictivas dan descriptivamente la noción de los hechos punibles, señalando sus elementos propios, y tienen la función de tipos, modelos para establecer si desde el punto de vista descriptivo una conducta cuadra o no en alguno de los círculos cerrados de lo punible”.

Respecto a este punto, nos atreveríamos a afirmar, aún en contra de tan autorizados maestros, que es necesario, desde el punto de vista dogmático-doctrinario, llevar a cabo una cuidadosa distinción entre lo que es el tipo legal y lo que es la figura delictiva. Con mayor razón, el concepto de figura delictiva, como conjunto de todos los presupuestos para la aplicación de una pena determinada, el que no reviste mayor interés desde ese punto de vista. Si, efectivamente, los conceptos de tipo y figura

legal fueran equivalentes, habría tenido razón el maestro alemán Von Hippel, al sostener, que el maestro Beling, agregaba a menudo a las notas conceptuales del delito, la llamada conformidad al tipo; esto no es mentira, empero es inútil. En realidad, que el hecho debe encuadrarse en un supuesto delictivo previsto en la ley resulta toda vez que desde el principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”.

Además, la tipicidad es equívoca. Puede referirse a todos los elementos de un delito en particular, y en tal sentido, recomendamos a ese grueso sector de operadores de justicia asimilar estas divergencias. Lo que no advierte el maestro Von Hippel es que el tipo legal, en sentido técnico-jurídico, es y debe ser diferente de la figura delictiva, y que es solo esta última la que se halla vinculada, como acabamos de recordar, con la garantía de la ley previa. Ahora, si nos remitimos a la doctrina alemana, esta reconoce generalmente la diferencia entre tipo y figura delictiva, pero no obstante ello, el concepto mismo de tipo da lugar a concepciones diversas. Veamos: para algunos, el tipo legal es un esquema, una imagen conceptual abstraída de las figuras delictivas, esquema al cual debe corresponder la parte objetiva de la infracción y al que debe también dirigirse la culpabilidad. Para otros maestros, en cambio, el tipo legal es una parte de la figura delictiva que describe

propiamente la acción antijurídica, con prescindencia de lo referente a la culpabilidad.

El primero de los criterios que se acaba de hacer mención es el concepto del tipo legal, creado por el maestro alemán Ernesto Von Beling, del espacio-tiempo de 1906, y La teoría del delito-tipo, del espacio-tiempo de 1930, que sostiene gran parte de la doctrina alemana, con el maestro Edmund Mezger, por lo que se tratara de explicar el alcance de ambos criterios.

Previamente, es necesario señalar a manera de bagaje doctrinario que la Tipicidad, fue introducida ab initio como un neologismo, lo que para el maestro Ernest Beling, no es una conformidad con el tipo, sino con la figura delictiva, que lo denomina delikt-typus. En cambio, la adecuación al tipo es calificada por Beling con el Tatbestand mássigkeit, esto no es otra cosa que la figura delictiva o tipo delictivo. Es pertinente aclarar que lo que comúnmente llamamos "tipo legal" es conocido en alemán como "Tatbestand". Esta expresión era utilizada antiguamente en Alemania como equivalente a "corpus delicti", es decir, lo que nuestros antiguos tratadistas denominaban materialidad o elemento material del delito, términos hoy en día obsoletos en el derecho penal.

El "Tatbestand" fue introducido en el Código Penal alemán para describir que si alguien, al

cometer una acción punible, no conoce la existencia de circunstancias de hecho que pertenecen al "Tatbestand", dichas circunstancias no le serán imputadas. En el caso de castigo de acciones cometidas culposamente, esta disposición rige sólo en tanto que la ignorancia misma no sea debida a culpa. Sobre la base de esta disposición legal el error, fue conceptualizada como excluyente de la responsabilidad, la dogmática alemana ha construido gran parte de la teoría del delito, y de allí se ha extraído la noción del dolo, que no se encuentra definido en el código penal alemán. Puesto que el error es, según el párrafo indicado, ignorancia de las circunstancias de hecho que pertenecen al Tatbestand, y, eventualmente de las circunstancias que elevan la penalidad. El dolo es definido, en general, como voluntad de concreción del Tatbestand, y la culpa, como la falta del cuidado exigido por la previsibilidad del Tatbestand.

De aquí se desprende que la culpabilidad, tiene dos elementos, esto desde un enfoque doctrinario clásico, que son, el dolo y la culpa, que se halla necesariamente fuera del tipo, del Tatbestand, Para el maestro Beling, como hemos adelantado, el Tatbestand, el tipo legal, es un esquema, una imagen, un cuadro constructivo, abstraído de la faz objetiva de las figuras delictivas, y conformando con las notas

esenciales de esa faz objetiva; porque es suficiente que el dolo se dirija a lo esencial, como el error sobre lo esencial excusa. Para el maestro Beling, el tipo no es una realidad normativa, como lo es la figura legal, sino una realidad conceptual, un objeto ideal, creado por la dogmática jurídico-penal. Los Tatbestand son verdaderas estilizaciones de los elementos constitutivos de las figuras delictivas. El Código Penal es como un catálogo-figurin. Los Tatbestand representarían en cambio una guía o índice del catálogo, en la que figurarían esquemáticamente las características más importantes de aquéllos artículos. Por lo tanto, mientras es imposible encontrar dos figuras delictivas iguales en un mismo Código, es por el contrario perfectamente posible hallar tipos comunes para varias figuras delictivas, si éstas coinciden en sus elementos objetivos y difieren sólo en los subjetivos o en las condiciones de punibilidad. En nuestro Código Penal, los artículos 108 (homicidio doloso), art. 109 (homicidio en estado de emoción violenta) y 111 (homicidio culposo), pese a ser figuras delictivas diferentes, tienen un tipo legal único: matar a una persona. A primera vista, podría parecer que este concepto de tipo legal sostenido por el maestro Beling es una de aquéllas astrusserie tedesche, de las que se refería con desprecio el maestro Enrico Ferri.

Por el contrario, el valor funcional del tipo, como hemos expuesto, no puede ser subestimado. Por lo tanto, consideramos que el maestro Soler comete un error al sugerir que la distinción entre tipo y figura legal carece de importancia. Un ejemplo ilustrará la indispensable distinción en la teoría del delito. Supongamos que un sujeto tiene acceso carnal con una menor de once años de edad, creyendo erróneamente que la menor tiene trece años y es honesta. Objetivamente, el acto constituye violación; subjetivamente, el dolo del autor corresponde al dolo de estupro. Es un principio tanto en nuestro derecho penal nacional como en el derecho penal alemán que no existe un dolo genérico, sino que la voluntad debe estar dirigida hacia la realización del hecho específico cometido. En el ejemplo parecería que hay incongruencia entre el dolo y el hecho; tanto, que al ser llevado el caso al tráfico judicial, alguien llegó a la conclusión, evidentemente inadmisibles, que era necesario absolver por falta de correspondencia entre la faz interna del delito, como dolo de estupro y la faz externa, como violación, motivos por los que incido que en la delicada administración de justicia, se debe contar con hombres sumamente preparados con un amplio dominio de la doctrina, en vista de que el derecho no gira en base a tecnicismos o la aplicación por la aplicación de articulados. La

teoría del maestro Beling ofrece herramientas para abordar estos problemas.

Entiendo, aquí está la versión corregida y revisada del texto:

Ahora bien, el tipo básico que es común a ambas figuras legales consiste en tener acceso carnal con una persona que, debido a su edad (menos de 18 años), no puede dar un consentimiento válido (capacidad relativa). El dolo del autor no necesita referirse más que a este tipo básico, por lo tanto, su conducta es punible. Sin embargo, la pena sería solo la correspondiente al estupro, ya que según el derecho penal comparado alemán, la ignorancia de las circunstancias que aumentan la penalidad hace que estas no se tomen en cuenta. Por ejemplo, el hecho de que la víctima tenga menos de doce años concretaría la figura en violación, una circunstancia que aumenta la penalidad respecto al tipo o Tatbestand básico común y que el autor, al ignorar, no se le imputa.

El maestro Edmundo Mezger criticó sin razón el concepto de tipo sostenido por Beling, cuya utilidad acabamos de poner de manifiesto. Mezger sostenía que lo que Beling llama figura delictiva corresponde esencialmente, aunque no en todos los puntos, a lo que nosotros denominamos tipo, según el párrafo pertinente

del Código. Sin embargo, nuestra exposición retoma el pensamiento típico y se enfrenta con la realidad del derecho punitivo. Mezger argumenta que el Tatbestand al que se refiere el Código Penal alemán no es una abstracción de la faz objetiva de la figura delictiva, sino específicamente una parte de esta última, que describe la acción antijurídica, incluyendo el resultado. Este concepto de tipo es, como se ve, muy distinto al planteado por Beling y, aunque podría ser aceptable, sería tal vez menos adecuado para resolver cuestiones como las planteadas en nuestro ejemplo anterior. De hecho, si el Tatbestand es realmente una parte de la figura delictiva, nos enfrentaríamos nuevamente a la incongruencia entre el tipo efectivamente realizado (parte de la figura del estupro) y un dolo dirigido a otro tipo (perteneciente a la figura de la violación). Los partidarios de la teoría de la acción finalista también tienen un concepto de tipo legal en el cual fundamentan los principios de su teoría. Recordemos que esta teoría se basa en una concepción ontológica de la acción, según la cual la finalidad es un elemento esencial de la misma. Esta finalidad no puede ser separada del ámbito de la acción y trasladada a la culpabilidad sin afectar su esencia ontológica.

Por ello, los maestros Welzel y Maurach dividieron el tipo en tipo objetivo y tipo

subjetivo. El primero cumple el papel del Tatbestand en el Código Penal Alemán. El tipo subjetivo está constituido en primer lugar por el dolo, es decir, por la voluntad de realizar el tipo objetivo, que se traslada desde la culpabilidad hacia la acción antijurídica. Además, el tipo subjetivo comprende los elementos subjetivos del injusto, como el ánimo de apoderarse de la cosa en el hurto, la tendencia lasciva en los delitos contra la honestidad, y la conciencia de la falsedad en el falso testimonio. En la concepción finalista, el tipo subjetivo se refiere y se dirige hacia el tipo objetivo. Cuando ambos coinciden, el delito se perfecciona. Sin embargo, cuando el tipo subjetivo va más allá del tipo objetivo, nos encontramos en el error. Hay ciertos delitos que son estructuralmente incongruentes: por un lado, los delitos preterintencionales (donde la acción va más allá de la intención), y por otro lado, los delitos de consumación anticipada (donde la intención configura el delito aunque no se logre el resultado buscado).

Ahora, tal vez sea más fácil comprender un aspecto del tema que ha dado lugar a grandes dificultades: ¿cuáles son las relaciones que existen entre adecuación al tipo y antijuridicidad? o, dicho de otra manera: afirmar que alguien ha ejecutado una acción típica, ¿implica toda vez que esa acción es también antijurídica? Si hemos comprendido bien la

posición del maestro Beling, tendremos que llegar a la conclusión de que, dentro de su concepto de tipo como esquema rector de la figura delictiva, carece de sentido la afirmación de que el tipo pueda ser antijuridicidad tipificada. En efecto, si el Tatbestand es una pura, creación conceptual, parece indudable que tanto puede corresponder a una acción ilícita como a una acción lícita. Es cierto que el legislador penal recorta las figuras delictivas del vasto campo de la ilicitud culpable, pero la pura forma de conducta abstraída de esas figuras puede caer, según las circunstancias, dentro de lo lícito o dentro de lo ilícito. La figura del artículo 108 del Código Penal es un supuesto normativo de conducta ilícita y culpable; en cambio, el tipo legal “matar a una persona”, puede representar una acción conforme a derecho o antijurídica. Desde el punto de vista del maestro Mezger y otros, para los cuales, según hemos visto, el tipo es aquella parte de la figura delictiva justamente referida a la antijuridicidad, no puede ser extraño que el tipo aparezca como la concreción de una conducta antijurídica.

Para Mezger, el tipo es la “ratio essendi” de la antijuridicidad, su verdadera razón de ser, porque el legislador, precisamente al crear las figuras delictivas, declara al mismo tiempo antijurídica la acción por ellas mentada. Las

causas de justificación no son más que condiciones negativas del tipo. Donde no hay antijuridicidad no hay tampoco, como es lógico, figura delictiva ni tipo, si éste se considera como formando parte de aquélla. Por otra parte, para Welzel y Maurach, la tipicidad es en cambio sólo un síntoma, una presunción de antijuridicidad. No es “ratio essendi”, sino “ratio cognoscendi”. Coinciden en esto con la posición sostenida, a partir de Max Ernest Mayer, por la mayor parte de la doctrina alemana. Sin embargo, esto parece en cierto modo contradictorio con la idea, sostenida por los finalistas, de que el tipo es un tipo de acción contraria a la norma. Para poder sostener ambos criterios, Welzel aduce que, si bien la conducta típica es contraria a la norma, su realización puede ser o no antijurídica, porque el derecho está formado no sólo por normas prohibitivas, sino por preceptos permisivos. Es, sin duda, paradójal la afirmación de que algo puede ser contrario a la norma y al mismo tiempo no ser antijurídico, pero esa conclusión es, en cierto modo, necesaria para sostener uno de los principios fundamentales del finalismo: el de que el dolo no implica el conocimiento de la antijuridicidad, porque de lo contrario no podría hallarse fuera de la culpabilidad.

Con este tema controvertido, Chaparro Guerra cierra una de sus cátedras doctrinarias disertando sobre el constructo y significado

dogmático-doctrinario del tipo legal. Con su característico estilo, juega con los grandes maestros del derecho penal, mostrando su sentir y adoptando diferentes posiciones respecto a cada uno de ellos, con variaciones en tono de voz y quiebres que lo hacen singular y competente en el dominio de la escena, oralización y argumentación del tema tratado. De manera espontánea, cita a estos maestros del derecho, transformándose como un mediador que los representa en la escena de su cátedra doctrinal.

NEO CONCEPTO DEL DELITO

Chaparro Guerra nuclea los conceptos ya disertados, dándoles un contenido analítico-crítico preciso a las concepciones dogmáticas en las que se fundamenta el sistema tradicional del derecho penal. Se enfoca especialmente en señalar que en las últimas tres décadas se han experimentado correcciones significativas en cuestiones importantes, las cuales han sido observadas con poca atención, principalmente debido a la continua controversia entre las diversas escuelas penales que afecta al Perú y, por extensión, al continente latinoamericano. Destaca la ausencia de una escuela penal nacional auténtica y señala que las labores de

reforma del derecho penal y de enjuiciamiento no han tenido repercusión en este sistema hasta la fecha. En la controversia científica de los últimos quince años, comienza a perfilarse de manera cada vez más clara un nuevo concepto del delito, frente al concepto jurídico caduco que data de tiempos antiguos. Esto nos lleva a entender que el concepto de delito es una entidad simbólica puramente jurídica, derivada de una categoría procesal llamada responsabilidad, la cual está fundamentalmente relacionada con el libre albedrío moral. Este nuevo concepto presenta afinidades con las ideas constructivas de una neodoctrina del tipo, la cual, en un período más o menos simultáneo pero independientemente de la controversia mencionada, ha desarrollado un nuevo sistema de derecho penal basado en un concepto finalista de la acción. Este proceso de transformación y las cuestiones que abarca constituyen el tema de esta cátedra, la cual está dirigida exclusivamente a una élite de analistas, críticos e investigadores en el campo de la política criminal. No es apta para la formación ni especialización en ciencias penales sin una base sólida, debido a su alto contenido dogmático-doctrinario que requiere

comprensión profunda en su magnitud y
espectro adecuados.

**QUE DEBEMOS ENTERDER POR LA
DOGMÁTICA CLÁSICA (TEMA BASE),
PARA COMPRENDER EL COMPLEJO
CONSTRUCTO DE LA TEORIA DEL
DELITO**

Chaparro Guerra, inicia disertando su cátedra, mencionando que la dogmática clásica jurídico-penal ha puesto como fundamento de su sistema la distinción entre el aspecto externo (objetivo) y el aspecto interno (subjetivo) del delito. El aspecto externo abarca la acción, entendida en sentido naturalista como la acusación de un cambio en el mundo exterior por una conducta corporal querida, esto es, tanto esa misma conducta como el resultado exógeno causado por ella, y, además, también eventuales modalidades de la acción. Este aspecto endógeno representa el tipo y constituye, en la medida en que otros preceptos jurídicos no se opongan, la antijuridicidad. El aspecto endógeno del delito se refiere por completo a la culpabilidad. La culpabilidad es la relación síquica del autor con el aspecto exógeno del hecho. Esa relación psíquica toma las formas de dolo o de culpa. Es importante entender que el dolo o la culpa son las formas o clases de culpabilidad, y que la imputabilidad es su

conditio previa. La contraposición objetivo-subjetiva es idéntica a la contraposición antijuridicidad-culpabilidad. La tentativa y la consumación, la autoría y la participación se presentan como formas en que se manifiesta el delito, como manifestaciones de la forma fundamental caracterizada por la acción ejecutiva y el resultado.

REDEFINIENDO LAS CONCEPCIONES PSICOLÓGICO-NORMATIVISTAS DE LA LLAMADA CULPABILIDAD

Nuevos conocimientos condujeron en época posterior a poner en tela de juicio los fundamentos de este sistema, tan aconsejable por la sencillez de su constructo. En primer lugar, la concepción Psicológica de la culpabilidad no pudo sostenerse ante el examen de la crítica. Todos los esfuerzos por comprobar también en la culpa una relación psíquica del autor con el resultado, fueron inútiles. Por este motivo se buscó otra característica genérica común dentro de la cual se pudieran abarcar, en la culpabilidad, el dolo y la culpa, como atributos alternativos del delito, y esa característica se encontró en la irreprochabilidad, concepto normativo de

referencia elaborado especialmente por el maestre Reinhard Frank.

En efecto, Frank, hizo depender el reproche de culpabilidad no únicamente del conocimiento o del tener que conocer el alcance de la acción, sino también de las circunstancias concomitantes, ya que estas en forma de presión externa o de defectos internos, a los cuales pertenece también la imputabilidad le quitan al autor la libertad de elección y en esta forma pueden privarlo del dominio del hecho. A esa libertad le asignó la categoría de elemento constante de la culpabilidad, junto al dolo y a la culpa, que figuran simplemente como elementos sustitutivos de la culpabilidad, y no como formas de ella, esta distinción es de carácter obligatorio y medular para no entrar en confusiones dogmáticas o en el laberinto doctrinal, donde hoy se sostienen teorías que no justifican su posición o en su defecto son de corte jusfilosófico .

A decir verdad, en este último punto la teoría dominante no lo ha seguido, la esencia de la culpabilidad en la irreprochabilidad de la formación de la voluntad, en la deficiencia del proceso de motivación.

En su teoría de las normas de deber, Goldschmidt les da a esas ideas la siguiente versión exagerada: al lado de cada norma jurídica que exija una conducta exterior, se debe suponer la existencia tácita de una norma de deber, con arreglo a la cual el autor debe dirigir su conducta interna. La culpabilidad consiste en la violación de esa norma.

En su desarrollo ulterior, esta teoría se liga con una constante que no es otra cosa que el elemento de la culpabilidad sostenida por Frank, al encontrar la característica contenida en todas las acciones culpables en la exigibilidad que resulta de las circunstancias concomitantes. Si dichas circunstancias le quitan al autor la posibilidad de dirigir su conducta interna de conformidad con la norma, desaparece entonces el deber, y así la conducta jurídica no le es exigible. La inexigibilidad se presenta como el concepto fundamental de la exclusión de la culpabilidad, esta es la forma más correcta de conceptualizar la teoría del delito desde un enfoque analítico, crítico y doctrinario las demás argumentaciones quedan en status quo por su misma denominación de constituir simples argumentaciones y nada más que argumentaciones enfatiza acaloradamente

Chaparro Guerra, a manera de cierre de este segmento para pasar al concepto psicológico de la culpabilidad, propio de la dogmática jurídico-penal clásica, que abdicó en favor del concepto normativo de la culpabilidad. Pero de allí no se sacó la consecuencia necesaria de eliminar los elementos psicológicos del concepto de culpabilidad. Así, los resultados de la teoría normativa de la culpabilidad, aun cuando hoy tenga ella el predominio, por otra parte la teoría finalista de la acción ofrece el único fundamento para aquella concepción del injusto que incide en las raíces del derecho penal, como se ha advertido ampliamente en la discusión científica de hace diez años, bajo las dos contraposiciones: derecho penal del resultado o derecho penal de la voluntad, lesión de un bien jurídico o trasgresión de un deber, esto es válido porque tiene base científica.

El delito es en verdad violación o exposición a peligro de bienes jurídicos, pero ante todo es la ejecución de una voluntad hostil a la sociedad; y el fundamento de la punibilidad reside, no en aquella violación o exposición a peligro, sino en esta voluntad así formada. La voluntad delictiva califica el injusto punible.

El delito se manifiesta como una acción intolerable desde el punto de vista ético-social. Este viraje de 180 grados del pensamiento jurídico penal implica a un mismo tiempo un perfeccionamiento del principio de la culpabilidad. Significa un paso más hacia el juicio justo del hecho y del autor. Llegar lo más cerca posible a la realización de este ideal es el sentido tanto de la práctica jurídico-penal como de todo trabajo científico en el campo del derecho penal.

En la ciencia del derecho penal, son pocos, tanto desde el punto de vista sistemático-dogmático como del jurídico-práctico. Esto no ha afectado el principio básico de "tipo objetivo y antijuridicidad, por una parte, y de tipo subjetivo y culpabilidad, por la otra"; antes por el contrario lo ha confirmado, partiendo de la idea de que en el juicio de antijuridicidad se somete a evaluación el aspecto externo del hecho y en el de culpabilidad el aspecto interno, en este estado Chaparro Guerra, cierra el tema señalando que esta evaluación debe amalgamar lo subjetivo y lo objetivo y desde esta óptica, la TD, tiene que ser conceptualizada, asimilada, encuadrada y aplicada al derecho penal

exegetico. Contario sensu: se estaría administrando justicia en forma codiguera, tecnicista o mecánica con resoluciones aberrantes.

LA IMPORTANCIA CAPITAL DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO PARA LA VALORACIÓN DE CONDUCTA-COMPORTAMIENTO HUMANO.

Para definir los elementos subjetivos del injusto, es de capital importancia la referencia al autor, Hegler o mejor refirámonos a los maestros Ernst Mayer, y Edmund Mezger, más conocidos en la palestra jurídico-penal, en principio el contenido del injusto característico del tipo delictivo no se puede determinar sin la ayuda de características subjetivas. La valoración de la conducta humana, desde el punto de vista de la antijuridicidad, depende a menudo de la mentalidad de la cual surge o de las intenciones que la sustentan; valga el ejemplo: La sustracción de una cosa mueble ajena constituye solo la figura delictiva de hurto y solamente cuando se comete con la intención de apropiársela antijurídicamente; en otro caso, la lesión que se causa a la

propiedad por medio del engaño constituye solo la figura delictiva de estafa y solo si se comete con intención de enriquecerse. Y finalmente un mismo tratamiento puede ser calificado como un examen médico, o también, si se efectúa con tendencias lascivas, puede constituir la figura delictiva de “abuso deshonesto”. Si hasta ese entonces se había concebido ese momento puramente objetivo como elemento adicional de la culpabilidad, de ahora en adelante se descubriría su función en la determinación del injusto. Al proseguir esas investigaciones se creyó descubrir de la culpabilidad comprendidos objetivamente, por ejemplo, la petición expresa y seria de la víctima como motivo determinante del acto matar con premeditación calificada, lo disertado lo sostiene también los maestros señalados en la parte ab initio de mi exposición.

UN ANALISIS CRÍTICO SOBRE LA TEORÍA DEL DELITO

Con el conocimiento amplio del carácter normativo de la culpabilidad y de la naturaleza subjetiva del injusto, se dio el punto de partida para un análisis- crítico de la teoría del delito. Sin embargo, las posibilidades que se ofrecieron con este punto de vista no fueron utilizadas. Los autores se limitaron a verificar los fenómenos recientemente descubiertos y los integraron dentro del sistema tradicional, a pesar de que entraban en conflicto con sus principios fundamentales. Su defecto reformador no se hizo sentir. Con esto se complicó de modo contraproducente la comprensión de la doctrina del delito, sin que se hubieran resuelto las cuestiones discutibles que surgieron en su terreno. No ha de sorprendernos, que a los ojos de los prácticos las nuevas doctrinas fueran a menudo simplemente un juego de conceptos, por los que no podemos dejarnos llevar por que tenemos suficiente base dogmática-doctrinaria y un amplio dominio de cada una de las escuelas penales debidamente sustentadas con sus correspondientes autores

e incluso con fechas y análisis crítico de cada una de ellas para determinar sus contrariedades y aciertos muy aparte del amplio dominio de las teorías que las sustentan, única forma para poder comprender en su real dimensión los conceptos ampliamente expuestos en las sucesivas cátedras de lo contrario es perderse en la nebulosa sideral que los conllevará a refugiarse simplemente en la norma exegética con resultados contradictorios y de evidente aberración.

Finalmente, la inseguridad dogmática aumentó con el hecho de que se privó al concepto naturalista de la acción —a esa piedra filosofal del sistema del derecho penal clásico— de idoneidad para servir como concepto genérico del delito y para comprender la esencia de los delitos en particular, su significación social y el sentido verbal de los tipos, especialmente por parte de quien, a fines del siglo pasado y a principios de este, había fundamentado sus clases, me refiero en este contexto al maestro Radbruch. De esta suerte se llegó al problema ontológico de si la "realidad concebida por el derecho, sus conceptos y valoraciones es la realidad natural física con los ojos del físico o

del fisiólogo, o, mejor, la realidad plena de sentido de la vida social, que adquiere su forma en la existencia práctica y en las actuaciones de los hombres.

DIFERENCIA ESTRUCTURAL ONTOLÓGICA DE LA TEORÍA FINALISTA DE LA ACCION

El fundamento para la nueva construcción de la teoría del delito, tan urgente ante esta situación, lo ha dado la teoría finalista de la acción. Esta parte de la idea de que en los tipos de los delitos dolosos o en los de los culposos nos hallamos ante dos categorías autónomas, en las cuales el discurso de la acción presenta una diferencia estructural ontológica.

Este fenómeno fue expuesto ampliamente por el maestro Von Weber, quien observó que los conceptos utilizados para describir la conducta punible, según las posibilidades que el lenguaje ofrece al legislador, pueden estar constituidos de forma que designen una conducta que causa un determinado resultado, o de forma que designen una conducta sustentada por una voluntad determinada del autor, es decir, que se

pueden comprender causal o finalmente. De acuerdo con su esencia, la acción finalista es la realización de una voluntad plena de sentido, dirigida a lograr objetivos específicos, y que no puede separarse del contenido objetivo de la acción sin que esta pierda su valor de realidad como fenómeno social. En consecuencia, la acción solo puede entenderse a partir de esta dirección de la voluntad. Ejemplos incluyen: emprender, ofrecerse, exigir, dar muerte, intentar, sustraer, presentar resistencia. Como se puede ver, la acción causal designa una causación ciega, no sustentada por voluntad alguna, de un cambio en el mundo exterior. Esta adquiere significado jurídico-penal solo cuando es evitable, como en el caso del delito culposos.

Los tipos finalistas de delitos pueden configurarse también sobre la base de conceptos causales de actividad, introduciendo el momento de la finalidad mediante conceptos especiales como doloso, intencional, deliberadamente. Con esta estructura encontramos los delitos dolosos de resultado, que también se caracterizan por la voluntad dirigida a la realización de un tipo de delito. Esta voluntad de actividad final,

que sustenta la acción, es idéntica al dolo — desprovisto de todo contenido ético— ya sea que se agote en él o lo comprenda como parte de sí misma, porque el fin perseguido excede la realización del tipo y la acción solo es un medio para lograr ese fin. El dolo, como momento de la finalidad, pertenece a la acción, y como forma especial de la producción del injusto, pertenece al injusto jurídico-penal. El injusto está determinado no solo objetivamente por el resultado reprobado, sino también subjetivamente por la voluntad reprobada que se expresa en la acción. El dolo se convierte en el elemento subjetivo de la acción y del injusto, y con esto se lo separa del campo de la culpabilidad.

Con este aprovechamiento práctico del conocimiento de la naturaleza igualmente subjetiva del injusto, profundizado por la teoría de los elementos subjetivos del mismo, se desintegró el sistema clásico del derecho penal. Sostenidos principalmente por Graf zu Dohna, Von Weber y Welzel, quienes han desarrollado sobre esos fundamentos dogmáticos —cada uno de forma completamente independiente y por caminos distintos— sus nuevos sistemas.

Analicémoslo; para Graf zu Dohna y Von Weber, las acciones finalistas y las causales, al igual que los tipos de los delitos dolosos y los culposos, por su principio mismo, son recíprocamente independientes. En cambio, el maestro Welzel subordina las acciones dolosas y las culposas, ante todo, al concepto genérico común de acción finalista. Las primeras son acciones tendientes a un fin y las segundas son causaciones tendientes a un fin que se pueden evitar. Las simples causaciones no encajan de ninguna manera en el concepto jurídico-penal de acción. El momento de la finalidad —reducido, en el caso de los delitos culposos, a un solo momento de referencia— le permite pensar que es posible comprender las acciones dolosas y las culposas dentro de un solo concepto de acción, el cual asume, por lo demás, la función del concepto naturalista de aquella, de servir en el sistema como concepto genérico del delito. Siguiendo esta tesis conceptual, el maestro Welzel distingue los delitos dolosos y los culposos porque no tienen ningún tipo objetivo común de injusto.

Con la incorporación del dolo al tipo del injusto, se resolvió una antigua controversia. El contenido del dolo es únicamente el saber

y el querer la realización del tipo objetivo y no, además, la conciencia de la antijuridicidad. Con esto se crea el fundamento para tratar el error. El error sobre las circunstancias del hecho excluye el dolo. Falta aquí el tipo subjetivo, y con él, un elemento esencial del injusto en el campo del delito doloso. La cuestión de la culpabilidad solo puede tornarse crítica en la medida en que la comisión del hecho no doloso sea punible, es decir, desde el punto de vista de la culpa. El error sobre la antijuridicidad, mejor llamado error acerca de la prohibición, no afecta, por el contrario, el dolo. Es un puro problema de culpabilidad.

Por ejemplo: El cazador que mata un animal en el supuesto erróneo de que se encuentra en su terreno de caza no tiene el propósito de violar el derecho de caza ajeno. Al faltar el dolo, falta también el tipo subjetivo. Como la lesión culposa del derecho de caza ajeno no es punible, no hay lugar para discutir el problema de la culpabilidad. El cazador que, en la penumbra del anochecer, confunde a un amigo de la naturaleza que pasa por el terreno con la presa y, con certero disparo, lo mata, actúa desconociendo una circunstancia perteneciente al tipo de dar muerte, pues no

tiene el dolo de matar a una persona. De este modo, no se ha realizado el tipo subjetivo. No obstante, puesto que el ocasionar sin dolo la muerte también está conminado con pena, en cuanto se haya cometido culposamente, se debe examinar si el error del cazador se funda en culpa. Pero esta cuestión no solo se refiere a la antijuridicidad sino también a la culpabilidad. Estos casos de error acerca del tipo están regulados por el Código Penal. El hombre que ejecuta el acto sexual con una mujer púber de trece años y ocho meses, teniendo conocimiento de la edad de ella, aunque con la suposición errónea de que su acto le es permitido, comete dolosamente un abuso deshonesto con una mujer menor de catorce años. El soldado que da muerte a un enemigo que ha depuesto las armas y se ha rendido, en el erróneo supuesto de que le es permitido hacerlo, mata dolosamente a una persona. Su hecho contradice las costumbres reconocidas en la guerra; es antijurídico y, por lo tanto, prohibido. En estos dos casos, la errónea suposición de que el hecho es permitido, de que no es antijurídico, es decir, el error acerca de la prohibición, no afecta el conocimiento y la voluntad del autor respecto a la realización del tipo y, en esta forma, no incide en el dolo del hombre que realizó

abusos deshonestos con una persona menor de catorce años, ni en el del soldado que mató a una persona. Pero surge el interrogante de si ese error acerca de la prohibición afecta la culpabilidad del autor. Sobre esta cuestión, analizaremos más detalladamente.

En este estado, Chaparro Guerra se pregunta a sí mismo, indicando que, al sacar el dolo del campo de la culpabilidad, se plantea una vez más la interrogante: ¿qué es la culpabilidad? La teoría normativa de la culpabilidad limita el reproche de culpabilidad a la formación de la voluntad, al proceso de motivación, es decir, a una parte del aspecto de la voluntad, en tanto que su objeto es generalmente el hecho considerado como un todo. Si la voluntad dirigida a la ejecución del hecho tiene su puesto en las teorías de la acción y del injusto, no se puede separar el proceso de la formación de la voluntad y el de la realización de ella, para someter estos dos procesos a una valoración especial bajo el etiquetamiento de la culpabilidad, hasta que no se haya encontrado el criterio característico de la culpabilidad en contraposición con la antijuridicidad.

Por esta razón, sorprende que los maestros Graf zu Dohna y Welzel descubran la esencia de la culpabilidad en el contenido de la conducta, de la misma forma que lo hace la teoría dominante. Graf zu Dohna persiste en la proposición de que "culpabilidad es determinación de la voluntad, violatoria del deber" y encuentra la esencia de la culpabilidad en el "incumplimiento de deberes impuestos por el derecho (obligaciones), a consecuencia de la actuación defectuosa o insuficiente de la fuerza de voluntad frente a impulsos opuestos al derecho".

Dentro de una concepción propia, no se efectúa el juicio de culpabilidad frente a cada uno de esos incumplimientos de los deberes impuestos por el derecho, ni frente a cada determinación de la voluntad violatoria de una norma. El incumplimiento de los deberes impuestos por el derecho, aunque en concreto se les llame también obligaciones, significa, sí o sí, la antijuridicidad de la conducta, por donde se pretenda verlo, la cual abarca la formación y la realización de la voluntad. Por lo tanto, la esencia de la culpabilidad debe encontrarse en el momento que, en cada caso concreto, nos da margen para hacer de la

formación de la voluntad el objeto del reproche de la culpabilidad. Ahora, en referencia al maestro Von Weber, sostiene categóricamente que el reproche de culpabilidad solo se formula cuando el autor puede hacer algo en contra y que este ha cometido una acción punible cuando el hecho era evitable para él y no un destino ineludible. Le era evitable si tenía la libertad de escoger entre lo justo y lo injusto. Esta libertad de elección la tiene el hombre normal en condiciones normales, que en las cátedras anteriores hemos denominado “el libre criterio”. Retomando el tema, quiero dejar expresamente asentado que esta libertad puede ser excluida o disminuida a consecuencia de circunstancias externas o internas, es decir, a consecuencia de falta de madurez, de enfermedad psíquica, de perturbaciones de la consciencia, de pasiones, del instinto de conservación, del error acerca de la prohibición, de necesidad o de coacción. Estas, con excepción del error acerca de la prohibición, son las causas de exclusión y de atenuación de la culpabilidad reconocidas expresamente por la ley. Desde este punto de vista, el maestro Von Weber logra un nuevo principio de división para separar la

antijuridicidad y la culpabilidad: deber y poder.

Es bastante raro que la teoría normativa de la culpabilidad no haya llegado a este resultado. Sus sostenedores no desconocen en modo alguno la función decisiva que le corresponde a la libertad de elección. Cuando ellos hablan de evitabilidad de la violación de un deber o de exigibilidad de la conducta conforme a derecho, expresan de otra forma la libertad de elección. Sin embargo, es desconcertante de sobremanera que el maestro Graf zu Dohna sostenga que la idea de la exigibilidad, que se liga precisamente con la consideración de la motivación concreta del autor, es idéntica a la idea de lo contrario a un deber. La violación de un deber es una violación de la norma y atañe al deber.

Se habla así, de deber precisamente en relación con lo debido por la persona particular en situaciones concretas. Puede ser que por esta razón la capacidad de hacer lo debido, de cumplir el deber que resulta para la persona particular de las normas de deber, haya sido incluida a menudo en la noción de deber. Podría pensarse en formar un concepto de deber concreto que comprenda también la

capacidad de actuar conforme a la norma abstracta y emplear para él el término deber. La antijuridicidad y la culpabilidad entrarían entonces, de igual modo, en ese concepto. Pero, como se trata precisamente de la separación de la antijuridicidad y la culpabilidad, esto es, del reconocimiento de su contraposición, no les recomiendo este concepto, que para la caracterización de la culpabilidad es totalmente inútil.

Con la distinción entre deber y poder se logra un criterio sencillo y generalmente útil, al cual se pueden referir todos los casos de exclusión de la culpabilidad. Con esto queda establecido el punto de partida metódico para la teoría de la culpabilidad. Esta debe agotarse necesariamente en la exposición de los momentos que excluyen la libertad y, con ella, la culpabilidad, puesto que el orden jurídico parte de la base de que la persona normal posee, en los casos ordinarios de la vida, la libertad de actuación. En este estado Chaparro Guerra realiza un quiebre temático para referirse a tres temas sucintos, la tentativa, la participación y el concurso, comenzando a definir con la siguiente interrogante, ¿Qué pasa ahora con el resto de la estructura del sistema, con la clasificación

de la tentativa, la participación y el concurso? La tentativa es un tipo finalista, cuya particularidad consiste en que el resultado perseguido no se realiza. La instigación y la complicidad son conceptos finalistas, pues designan contenidos especiales de la voluntad, en virtud de los cuales se diferencian entre sí y también de la autoría. Por lo tanto, la participación y la tentativa deben entrar necesariamente en la teoría de los delitos dolosos. Por otra parte, la participación es tratada en los sistemas de los maestros Von Weber y Welzel conjuntamente con la autoría, dentro de la teoría del injusto. Von Weber se sostiene en la teoría del tipo subjetivo, porque se trata de variaciones del dolo delictivo; en cambio, el maestro Welzel se sostiene dentro de la teoría del autor del injusto, la cual pertenece a la teoría del injusto, porque este es de naturaleza personal.

El delito intentado aparece en Von Weber como un tipo de delito independiente, al lado del delito doloso de resultado y del delito culposo. Por el contrario, los maestros Graf zu Dohna y Welzel se mantienen dentro del sistema tradicional al clasificar la tentativa y la consumación: Graf zu Dohna las considera como modalidades de la comisión del delito,

mientras que Welzel las ve como etapas de su realización.

CUESTIONES JURIDICO - PRÁCTICAS DESDE UN ENFOQUE FINALISTA

Dejando ya las cuestiones más sistemáticas y pasemos a las jurídico-prácticas. No hay duda que la teoría finalista de la acción tiene que ser de un significado definitivo para el tratamiento de la tentativa y la participación. Precisamente aquí surgen los problemas que se discuten desde el punto de vista legal, referente a las teorías subjetiva, y objetiva sostenidas principalmente por el Tribunal de justicia, y la doctrina predominante.

En principio la ley caracteriza la tentativa como el hecho de poner en ejecución una determinación dirigida a cometer un delito. De ahí resulta que la tentativa solo puede determinarse desde el punto de vista de la voluntad del agente, es decir, solo subjetivamente. Los actos preparatorios y la tentativa no es posible distinguirlos objetivamente, esto es, según el diverso valor de su causalidad, como causa o como condición, ya que, con la producción del resultado, el concepto de tentativa excluye de

antemano la causalidad de la acción. La decisión depende de la determinación que tenga, dentro del plan del delito, la actividad de que se trata según la voluntad del agente. Si ella debe lograr inmediatamente la ejecución del delito, hay tentativa; si solo hace posible su ejecución, hay única mente actos preparatorios. Esto no puede deducirse de acontecimientos externos, sin tener en cuenta la voluntad del autor.

El concepto de tentativa, como ejecución de la decisión de delinquir dirigida a una realización inmediata, comprende necesariamente los casos de tentativas inidóneas o delitos.

Desde hace mucho tiempo se acepta que no en todos los casos hay lugar a pena, y también se admite que el criterio para la delimitación de la punibilidad no puede deducirse del concepto de tentativa, sino que solo puede encontrarse en un momento exterior a los que le son propios, desde el punto de vista político-criminal de la punibilidad.

Como momento decisivo se irá reconociendo, en forma bastante general, la peligrosidad de

la realización de la voluntad. Sin embargo, existen diversas opiniones sobre si la peligrosidad debe determinarse objetiva o subjetivamente. La teoría dominante de la peligrosidad, que fija el límite entre conductas punibles y no punibles con arreglo al pronóstico objetivo ulterior basado en las circunstancias coetáneas al hecho, según el juicio de una persona prudente, une los puntos de vista objetivos.

Respecto a la cuestión de la idoneidad de la tentativa para producir el resultado, dicha teoría parte de la idea que se forme el autor acerca de la totalidad de las circunstancias, pero el problema consistente en saber si en esas circunstancias el autor podía alcanzar el resultado perseguido, por los medios elegidos, lo resuelve, no según su opinión, sino según el juicio de una persona razonable.

La teoría finalista de la acción pasa por alto el interrogante de si ha de seguirse la teoría de la peligrosidad o la teoría subjetiva ilimitada, pero aclara que la limitación impuesta a la punibilidad no puede deducirse del concepto de tentativa. Sin embargo, los maestros Graf zu Dohna y Von Weber, se encuentran en el campo de la teoría de la peligrosidad.

En cambio, el maestro Welzel, rechaza la referencia al objeto atacado, porque ella va a parar en el resultado. Este autor refiere la peligrosidad de la voluntad a la realidad y validez del orden jurídico, sin atender a su idoneidad concreta para exponer a peligro el objeto de su agresión. La voluntad que no tiene fundamento en la realidad (tentativa supersticiosa) no es capaz de perturbar la validez del orden jurídico. Por esta razón, como fuerza espiritual, no es peligrosa. En esta forma, el contenido del injusto se desplaza completamente a la desobediencia, en el sentido de la teoría de las normas del maestro Bin-Ding. Con todo, la validez del orden jurídico no se perturba cuando haya que contar con la posibilidad de que aparezca un daño, según un juzgador justo y con arreglo a las circunstancias conocidas al tiempo del hecho.

La teoría de la deficiencia del tipo, sostenida también por Graf zu Dohna, queda por fuera de la contraposición teórica entre lo subjetivo y lo objetivo, si se mira únicamente su fundamentación teórica. Dicha teoría parte de la idea de que la regulación legal de la tentativa solo comprende los casos en que la

deficiencia atañe a la propia acción y no aquellos en que atañe a las circunstancias concomitantes, esto es, las propiedades del sujeto o del objeto exigidas especialmente por el tipo o los medios por él requeridos. Del concepto de la tentativa no se puede deducir esa limitación; dado que la decisión de hacer no comprende solo la meta que el autor se propone, sino la realización del tipo completo.

En la teoría de la participación la controversia radica, en primer lugar, en distinguir entre autoría, por una parte, e inducción y complicidad, por otra; y, en segundo lugar, en el carácter accesorio de la participación. El primer problema se refiere a la cuestión, muy importante en la práctica, de la delimitación de la coautoría y la complicidad. Aquí también los esfuerzos de la teoría objetiva, surgida en el campo de la dogmática clásica, al encontrar la característica distintiva en los sucesos externos estaban destinados a fracasar, por cuanto el concepto de causación no es susceptible de ser graduado.

Las formas de la participación se diferencian entre sí y en relación con la autoría por el

contenido de la voluntad. Inducir y ser cómplice son actividades finalistas, dirigidas a un fin. El instigador quiere despertar una voluntad ajena, encaminada a ejecutar algo, y el cómplice quiere estimular un hecho ajeno. El autor quiere el hecho como propio y el partícipe lo quiere como ajeno. Aquel que actúa con animus auctoris y este a animus socii, que no es otra cosa que la actuación con el ánimo de autor y animo de partícipe que se diferencia del animus uloris que no es otra cosa que la actuación con voluntad de querer el hecho. En todo caso, esto no debe entenderse con base en que el agente puede imprimirle a su acción el carácter de participación únicamente porque diga: "Quiero el hecho como ajeno".

La coautoría, que podría darse en el caso de que dos hombres conciban el propósito de abusar de la persona de una mujer síquicamente enferma en acto sexual extramarital, y que, conociendo cada uno el plan del otro y aprobada en forma conjunta su ejecución, por lo menos uno de los dos realice efectivamente el acto. En este caso se puede considerar que cada uno ha querido como hecho propio el acto sexual del otro, realizado o proyectado. La coautoría se

considera posible, aun en el caso en que, con arreglo al plan de los dos hombres, solo uno deba realizar el acto, pero en la medida en que el otro quiera esa acción como suya propia, no como ajena.

Precisar la formación del animus protege contra tales juicios, extraños a la sociedad y objetivamente incorrectos. El hecho lo quiere como propio solamente quien, con base en su propia determinación, lo ejecuta, sea personalmente o por intermedio de alguien que está sometido a su voluntad. El dominio sobre el hecho separa la autoría de la simple participación. El partícipe deja la ejecución del hecho a la decisión de otro. El que exista lo uno o lo otro es una cuestión del contenido de la voluntad, pero también de la realización de la voluntad. Si no se consideran las desviaciones "super subjetivas", esta es también la concepción sostenida de modo constante en reiterada jurisprudencia, la cual ha sido mantenida a pesar de todos los ataques; su justificación dogmática la encuentra en la teoría finalista de la acción.

El problema del carácter accesorio de la participación comprende dos cuestiones: en primer lugar, si la inducción y la complicidad

solo deben ser punibles cuando realmente existe un hecho ajeno, y, en segundo lugar, qué debe entenderse por hecho ajeno. La primera cuestión no interesa aquí, pues se trata de un asunto de regulación legal positiva.

Desde el espacio-tiempo de 1943 la accesoriadad se ha ampliado en este punto. La inducción a delinquir es punible inclusive cuando no tiene éxito, sea que no se cometa el hecho principal, sea que, aunque se haya cometido, la acción inductora no haya decidido al autor, porque este se hallaba ya resuelto en el momento de la instigación, o porque la decisión de actuar la hizo tomar posteriormente la instigación de otro o una circunstancia especial. Quien actúa para provocar un hecho principal ajeno, por ejemplo dando consejos sobre la manera como puede realizarse un robo con fractura, es también punible, en cuanto el hecho principal sea delito, si este no se cometió, o si la actividad considerada como coadyuvante no provocó el hecho principal, porque, por ejemplo, el autor principal no se sirvió en ninguna forma de consejo, sino que efectuó la fractura sin tenerlo para nada en cuenta y en

forma totalmente distinta, o porque no utilizó las herramientas que se le prestaron.

La segunda cuestión fue resuelta por la teoría dominante, seguida por la jurisprudencia, en el sentido de que el hecho ajeno no solo debe ser antijurídico, sino también culpable. Esto no era precisamente la consecuencia de una interpretación forzada del concepto de acción 'punible', con el cual se caracterizaba el hecho ajeno en las prescripciones sobre instigación y participación vigentes hasta 1943, sino más bien una consecuencia de la concepción del dolo como forma de la culpabilidad. Si el dolo es una forma de culpabilidad, sin duda alguna el incapaz de culpabilidad también es incapaz de actuar dolosamente.

En consecuencia, puesto que la inducción y la complicidad conceptualmente solo son concebibles en relación con un hecho doloso ajeno, el incapaz de culpabilidad no puede ni ser inducido a su hecho ni ser cómplice. Para evitar sentencias absolutorias insostenibles se acudió a la figura jurídica de la autoría mediata. Esta nueva interpretación no podía ofrecer dificultades de ningún modo en cuanto a la inducción, después de habersele negado al incapaz de culpabilidad, no solo la

capacidad de acciones dolosas, sino también la capacidad de acciones tendientes a un fin.

Por otra parte, a manera de ejemplo: Se debería considerar al enfermo mental A, que por medio de un engaño cuya razón este no puede comprender, es inducido por B a incendiar la casa de C, como instrumento de B, sin tener que preguntar si ha ejecutado o no ha ejecutado la determinación despertada en él por B en forma totalmente independiente y libre de toda idea de subordinación. Entonces B podría ser sancionado como autor mediato.

Sin embargo, no es tan fácil darle el significado de autoría mediata a la complicidad en el hecho de un incapaz de culpabilidad. Si el enfermo mental A decide, sin intervención de B, incendiar la casa de C, para vengarse, por ejemplo, de B, o porque los bomberos lo atraen, y B le facilita los medios cuando aquel se los pide y conociendo los proyectos, hay muy poco fundamento para suponer que A actúa subordinado a la voluntad de B, cual instrumento, así como para suponer que B quiere el hecho como suyo propio.

Una nueva complicación resulta cuando el partícipe no conoce la incapacidad de culpabilidad del autor, o cuando, por el contrario, supone erróneamente tal capacidad. En el primer caso le falta la voluntad de utilizar al ejecutor como instrumento; en el segundo tiene en realidad esa voluntad, pero el ejecutor no actúa como instrumento. El suponer la autoría mediata implica un defecto en el tipo subjetivo, en el primer caso, y en el tipo objetivo, en el segundo.

En todo caso, para la dogmática clásica surge aquí un nuevo problema; el que haya participado en la comisión de un hecho será castigado según su culpabilidad y sin tener en cuenta la culpabilidad del otro. Si se entiende, siguiendo la teoría dominante, que dentro de la culpabilidad queda comprendido no solo la imputabilidad sino también el dolo, parece que puede darse la posibilidad de participación en hechos no dolosos. Y en realidad, no solo afirmar la posibilidad de inducción y de complicidad en hechos culposos, concepción que anteriormente ya había sido sostenida, sino también la posibilidad de inducción a hechos no dolosos e inculpables. Por ejemplo: El médico que le ordena a la enfermera, que no sospecha nada,

aplicarle al paciente en estado terminal una inyección mortal, debería ser condenado, por lo tanto, no como autor sino como inductor a la muerte causada, sin quererlo, por parte de la enfermera, culposa e inculpablemente, como lo confirma el maestro Welzel, opina que una concepción de esta índole conduciría a una inversión total de las condiciones de vida y a ideas completamente impopulares.

Por ahora no puede apreciarse si la teoría dominante está dispuesta a deducir esta consecuencia, aparentemente irrecusable desde el punto de vista de su "concepción formal de la culpabilidad", que la colocaría ante una contradicción insalvable con los conceptos de instigación y complicidad. Que esto no es probable, lo deja sospechar la tendencia a exigir dolo natural para el hecho principal, que no es otra cosa que el dolo de la teoría finalista de la acción y que es esencial para la acción volitiva cuando la interpretamos en sentido finalista.

Ahora para la teoría finalista de la acción no existen, ya desde el derecho antiguo, esas dificultades; puesto que, para ella el hecho ajeno es precisamente el que cumple el tipo objetivo y subjetivo. La cuestión de la

culpabilidad no incide en el dolo. El enfermo mental, el menor y el niño pueden actuar con propósito, esto es, dolosamente. En sus hechos es posible la instigación y la complicidad. El error acerca de su imputabilidad no excluye su punibilidad, puesto que el dolo del partícipe abarca únicamente la participación en el hecho ajeno como una acción que envuelve los atributos subjetivos y objetivos de un tipo delictivo. No abarca la responsabilidad del autor. Mas con esto no se excluye la posibilidad de que el autor utilice al inimputable como instrumento. Autor es solamente todo aquel que tiene dominio sobre el hecho, sin atender a si es responsable o no lo es. Evidentemente parece que queda aquí una laguna dogmática. Si el agente, a consecuencia de error, no actúa dolosamente, quien conociendo ese error lo coadyuva, no puede ser responsable como cómplice. En verdad, el hecho ajeno cumple el tipo objetivo, pero no el subjetivo de un delito. Si en la persona que coadyuva se dan las características correspondientes de autor, puede ser sindicada como autor mediato. De no ser así, podría quedar impune.

Ejemplos que pueden aclarar, sería un supuesto en el que A cree que B es una pieza de caza y quiere dispararle, C descubre el error y le presta a A inmediatamente el arma cargada. C tiene el dominio del hecho y la voluntad de dominio sobre este. Si A hiere mortalmente a B, él es autor mediato de un asesinato o de un homicidio doloso. otro ejemplo: X se dispone a ponerse el abrigo de Y, que considera que es el suyo, y Z le ayuda, conociendo el error; como este no tiene la intención de apropiárselo, por ello no puede ser autor mediato de hurto. Otro ejemplo sería el de A tiene relaciones sexuales con su hija ilegítima, pero sin conocer su vínculo de parentesco; no obstante B, quien conoce los hechos, le busca la oportunidad para esto. Autor mediato de incesto no puede ser B, porque el incesto es un delito que solo puede ser cometido por determinadas personas. En los dos últimos ejemplos falta también el dominio del hecho en los cooperadores.

En esta sección, resulta de suma importancia ver el tema de las figuras delictivas, siendo que la receptación y el favorecimiento presentan los mismos problemas. Desde la antigüedad, ambos suponen un hecho anterior "punible". En las prescripciones sobre

inducción y complicidad se substituyó el término "acción punible" por "acción conminada con pena" como hecho principal, pero esto no modificó el tipo del favorecimiento ni el de la receptación. Tanto antes como ahora, ambos delitos requieren un hecho anterior punible. Por esta razón, la teoría dominante se ve obligada, desde su punto de vista, a mantenerse dentro del campo de la accesoriedad estricta. Si el inimputable A sustrae una cosa y B le ayuda a llevarla a su vivienda lejana, no puede haber favorecimiento. C, que quiere una cosa robada por el inimputable D, no puede considerarse como receptor y solo puede ser castigado por apropiación indebida.

En los ejemplos mencionados, si los autores A y D no fueran inimputables debido a su minoría de edad, entonces B y C serían punibles respectivamente por favorecimiento y receptación. Por lo tanto, la teoría dominante debería negar el favorecimiento a B y la receptación a C. La teoría finalista de la acción solo exige un hecho anterior objetiva y subjetivamente antijurídico, pero no culpable, y llega al mismo resultado satisfactorio que en la instigación y la complicidad.

En los casos de omisión de denuncia de delitos graves, se ha sostenido el criterio de que el deber de denunciar no existe respecto a casos delictivos de inimputables, ya que estos no pueden cometer ningún delito ni ninguna tentativa punible de delito. En este estado Chaparro Guerra, opina de mutuo propio, que, con arreglo a la finalidad preventiva de la prescripción, también obliga la denuncia del conocimiento de los planes delictivos del inimputable. Ya desde sus fundamentos dogmáticos, la teoría finalista de la acción llega, son necesarios recursos a la finalidad preventiva, a este resultado analizado desde el punto de vista de la política criminal y objetivamente correcto.

Respecto a la determinación del hecho en estado de embriaguez y del hecho que implica la reclusión del inimputable en un reformatorio, no hay evasión ante la exigencia de separar el dolo y la culpabilidad. En ambos casos, la ley exige que el inimputable haya cometido una acción conminada con pena. Existe acuerdo general en que la acción conminada con pena debe presentar todas las características del tipo, incluyendo las subjetivas, excluyendo la

imputabilidad. No podría ser de otra manera; de los sucesos externos no es posible deducir que exista una acción conminada con pena ni qué clase de acción sea. Por ejemplo, dos jóvenes, después de ingerir bebidas alcohólicas y llegar a un estado de embriaguez que excluye la imputabilidad, regresaron por la noche a su casa y en la oscuridad colocaron dos tubos de cemento de cerca de tres quintales cada uno en la calle, de manera peligrosa. Un hombre y una mujer que vivían cerca escucharon el ruido y notaron el obstáculo desde su vivienda. La mujer logró detener al conductor de un vehículo que se acercaba en ese momento y le advirtió sobre la existencia de los tubos.

Con respecto a la apreciación jurídico-penal de ese hecho en estado de embriaguez se ofrecen posibilidades completamente diversas, según la idea y la voluntad que acompañaron al hecho de colocar los tubos en la calle. Si los borrachos querían hacer detener los coches y robar a los que iban dentro, esa conducta llena los requisitos del tipo de robo en la calle por medio de atraco de automóviles. Si tenían consciencia de que el automóvil podía chocar contra el obstáculo y que en esta forma resultarían muertas

algunas personas, y aprobaban el resultado o por lo menos lo suponían, su hecho se presentaría como homicidio doloso intentado. Si por esa misma calle transitaba un tranvía y los autores aceptaban que con esa forma de actuar preparaban un obstáculo en la carrilera que perjudicaba la seguridad del funcionamiento del tranvía y creaba así un peligro para la vida de las personas y para los bienes, realizaban, en caso de que todo esto lo sospecharan por lo menos, el tipo de infracción consistente en exponer dolosamente a peligro el transporte. Si se ignoraba todo esto, entonces queda el delito de exposición culposa a peligro del transporte. Si no transitaba por la calle ningún tranvía, su voluntad era por lo menos la de obstaculizar el libre movimiento de los vehículos que pasaran por ella. Desde este punto de vista el hecho en estado de embriaguez es una contravención. Para la medida de la pena es de importancia decisiva el tipo que configura el hecho realizado en estado de embriaguez.

La jurisprudencia y la doctrina dominantes se ven obligadas a reconocer que quien se halla en estado de embriaguez debe realizar el tipo objetivo y subjetivo de un delito, excluyendo

solo la imputabilidad, y que "al averiguar el tipo debe tenerse en cuenta la voluntad de dicha persona dirigida a un resultado determinado, junto con los sucesos externos". Tanto la jurisprudencia como la doctrina se sirven, aunque en realidad no sin encontrar oposición, de un concepto de dolo natural y también de culpa natural. Esto conduce a una reduplicación poco satisfactoria del concepto de dolo.

Por otra parte, se plantea el problema de saber dónde ha de clasificarse sistemáticamente ese dolo natural. ¿Pertenece a la acción, a la tipicidad o a la antijuridicidad? Desde el punto de vista de la doctrina dominante, el supuesto de un dolo natural significa dogmáticamente una contradicción. Prácticamente significa el reconocimiento de los resultados de la teoría finalista de la acción. Para esta no existen dificultades ni dogmáticas ni prácticas. Puesto que ella concibe el hecho como una unidad articulada objetiva y subjetivamente, no puede surgir en modo alguno la cuestión de si un suceso objetivo produce responsabilidad a causa de embriaguez total o puede tener como consecuencia la reclusión en un reformatorio. De otro lado, para ella no

hay duda alguna de que el inimputable a causa de embriaguez total o de cualquier otro trastorno de la consciencia, puede actuar con propósito, esto es, dolosamente.

También la exclusión de la culpabilidad respecto a conductas en estado de necesidad jurídico-penal y bajo mandato obligatorio antijurídico, no encaja dogmáticamente en forma perfecta dentro del sistema tradicional. En los casos de inimputabilidad y de error acerca de la prohibición, la teoría dominante niega, con la culpabilidad, el dolo, ya que comprende en el contenido del dolo la consciencia de la antijuridicidad. El que obra en estado de necesidad y el que obedece una orden obligatoria conocen la antijuridicidad de la acción. El dolo no se excluye, pero sí la culpabilidad, en vista de la coerción síquica a que está sometido el agente.

Para la doctrina dominante la exclusión de la culpabilidad se apoya en este caso en la falta de libertad, es decir, en un momento externo del dolo. Los casos de exclusión de la culpabilidad por inimputabilidad y error acerca de la prohibición son tratados, en relación con el dolo, en forma distinta de los casos de exclusión por situaciones anormales

de motivación. Al separar el dolo de la culpabilidad, la teoría finalista de la acción se encuentra en posibilidad de evitar esa diferenciación y de remontar la exclusión de la culpabilidad a un principio unitario, exactamente al momento de la libertad, que es también decisivo en los casos de inimputabilidad y de error acerca de la prohibición.

En el caso del error acerca de la prohibición, un defecto en el conocimiento oculta al autor lo prohibido del hecho. Por este motivo no se encuentra en condiciones de decidirse contra el injusto. No obstante, los defectos del conocimiento hasta cierto punto pueden subsanarse por medio de reflexión o indagación. La convivencia jurídica obliga a esforzarse en ese sentido, en la medida determinada por los círculos sociales y profesionales de la persona. Si empleando el esfuerzo que se debe exigir desde esos puntos de vista, el defecto del conocimiento es evitable para el miembro normal de la comunidad jurídica, el error es culpable. En este caso el hecho doloso, como tal, sigue siendo punible. Según el mayor o menor grado de culpabilidad, se atenúa la pena. Si el defecto del conocimiento no se podía evitar,

se excluye la culpabilidad, y para la pena no hay ningún sitio.

De este modo se le da al problema del error de derecho la única solución correcta, lógica, dogmática, objetiva, y se aclara una de las cuestiones más discutidas del derecho penal, teniendo en cuenta solamente las exigencias de la práctica. Permite abandonar la distinción, ya comprobada como irrealizable, entre error de derecho penal y extrapenal, que a falta de una doctrina adecuada. La tesis de que el desconocimiento de normas de derecho penal no sirve de excusa (error juris criminalis nocet), en tanto que el desconocimiento de normas extrapenales (por ejemplo de derecho procesal civil o administrativo) debe considerarse, aplicando los preceptos correspondientes del Código Penal, como el desconocimiento de las circunstancias del hecho, el cual por lo tanto, excluye el dolo; en casos en que el error sea culpable, esto es, evitable, acarrea condena por comisión de un hecho culposo, en la medida en que dicha comisión sea conminada con pena por el legislador.

No debe desconocerse que este principio hizo posible llegar a decisiones justas en casos

concretos. Sin embargo, este éxito debe agradecerse única y exclusivamente a la circunstancia de que no se logró, y ello hay que aceptarlo. Nuevamente, Chaparro Guerra opina, a su criterio personal, que nunca hubiera sido posible delimitar el error de derecho penal frente al extrapenal. Por lo tanto, toda decisión se tomaba teniendo en cuenta el sentimiento jurídico, pero la fundamentación ulterior mediante la existencia de un error de derecho penal o extrapenal tenía que revelar, sin embargo, la deficiencia de la legalidad ante la imposibilidad de esa distinción, y provocar la crítica justificada de arbitrariedad.

La jurisprudencia más reciente se muestra inclinada a seguir la doctrina dominante, la cual, al lado del conocimiento de las circunstancias fácticas que configuran las características legales del tipo, hace de la consciencia de la antijuridicidad un contenido del dolo, y con esto considera el error de prohibición en forma completamente general como error sobre el tipo.

Esta concepción es lógicamente insostenible, pues "el hecho de estar prohibida la acción no puede ser característica del tipo, porque la

realización del tipo es el objeto de la prohibición". Desde el punto de vista dogmático también es errónea. Desde el punto de vista objetivo también es falsa, porque la consciencia de la antijuridicidad a menudo no existe en el momento de la comisión del hecho, puesto que el agente obra ante un fuerte impulso del ánimo o por una reacción repentina ejemplo: El ladrón que mata al dueño de casa que lo sorprende; en estos casos no hay tiempo para reaccionar, ni tampoco para adquirir consciencia de la prohibición. Así, pues, el juzgador se encuentra aquí ante la ineludible alternativa de tener que elegir entre una absolución insostenible y una calificación de la consciencia de la antijuridicidad, hecha a espaldas de la realidad de la vida.

Por último, la doctrina dominante es poco satisfactoria desde el punto de vista de la política criminal, puesto que en caso de error culpable de derecho solo se hace posible el castigo cuando la comisión culposa del hecho está conminada con pena por la ley. Recurrir a un tipo conjunto de culpa jurídica, conduce a resultados tan contradictorios como el de hurto o estafa culposos, pero deja impunes la tentativa y la participación. Todas esas

incongruencias se evitan solo teniendo en cuenta el error actual sobre la prohibición, sea como causa que excluye la culpabilidad, sea como causa que la atenúa, si es evitable o no, respectivamente. Para asignarle esa función, que le corresponde objetivamente y desde el punto de vista jurídico-penal, la teoría finalista de la acción ofrece los fundamentos dogmáticos.

En tiempos normales, rara vez ocurre que alguien considere por error, evitable o inevitable, que un hecho punible sea jurídicamente permitido. En la situación actual, caracterizada no solo por el gran número de disposiciones originadas en una economía controlada, sino también por la inseguridad acerca de las normas de la época pasada que han sido derogadas por los cambios de gobierno y por la diversidad del orden jurídico en las cuatro zonas de ocupación, los casos de error de derecho no son fenómenos excepcionales. Se debe aceptar que un alegato de defensa basado en el fenómeno anteriormente descrito a menudo no encuentra apoyo en circunstancias reales, y también que no pocas veces se abre paso solo en la instancia de revisión. Sin embargo, esto no nos debe hacer creer que los errores

auténticos acerca de la prohibición son relativamente frecuentes en la actualidad. La respuesta a este interrogante no es siempre fácil y exige un pensamiento jurídicamente formado y profundos conocimientos de derecho.

No es raro que la jurisprudencia y la doctrina lleguen a resultados opuestos. Por este motivo, en los casos concretos debe examinarse cuidadosamente si el error es evitable o no lo es.

A modo de ejemplo, se tiene un supuesto en el que una mujer ahogó a su hijo de cinco años, nacido antes del matrimonio y de quien se quería liberar hacía ya un largo tiempo, a pesar de que su marido le tenía cariño y no la apremiaba la necesidad. Ella fundamentó su hecho en la creencia de que ya no existía ley alguna. La capacidad de pensamiento de la mujer era tan primitiva y su sensibilidad ética tan poco desarrollada, que el error que ella afirmaba era creíble; no cabe duda que era evitable. Según la teoría dominante, esa madre desnaturalizada solo podía ser castigada por muerte culposa. Absoluciones y condenas benignas de esa clase podían poner en duda la validez del orden jurídico. A fin de

evitarlas, un error de derecho que se apoya en una actitud incompatible con la manera de ver del pueblo sobre lo justo y lo injusto, no debe tenerse en cuenta. Sin embargo, con esto se colocó en insuperable contradicción con su concepto de dolo y manifestó a un mismo tiempo y en forma muy clara su inutilidad.

El problema del error de derecho es de importancia decisiva en los delitos contra la humanidad. Los hechos de violencia que estén configurados, en las leyes de todos los Estados civilizados, como delitos conminados con pena. Los delitos multitudinarios evidentes, que por ser tratados como delitos concretos en las leyes penales de los Estados no pueden comprender el contenido especial del injusto propio del delito multitudinario.

Aunque aquí se trate también de hechos cuyo carácter injusto no es dudoso según el derecho alemán, no son pocos los casos en los cuales el autor creyó que su hecho era jurídico a causa de una orden de obediencia obligatoria procedente de la dirección del Estado o con base en una idea jurídica supralegal. Negar esto significaría cerrar los ojos ante una realidad que nos dice que el criterio para apreciar lo justo y lo injusto fue

llevado a una confusión total por los disfraces y tergiversaciones, repetidos durante años, de la propaganda sin consciencia del régimen nacionalsocialista. Si se quiere sostener aquí el enunciado de la doctrina dominante, según el cual la consciencia del injusto es contenido del dolo, únicamente se podría llegar a una condena pasando por una ficción contradictoria de esa realidad humana.

El tercer grupo de delitos contra la humanidad, las persecuciones por motivos políticos, religiosos o raciales, no está en modo alguno limitado de antemano en la ley a las acciones que sean delitos según el derecho penal nacional alemán. Tales persecuciones, lo mismo que los delitos de los grupos primero y segundo, son delitos contra la humanidad, por cuanto son violaciones de los derechos fundamentales de la persona, los cuales son reconocidos desde el siglo XVM por los ordenamientos jurídicos positivos de los Estados de Europa Occidental y de los países de América que pertenecen a nuestra esfera cultural. Ellos constituyen el fundamento en que se apoyan esos ordenamientos jurídicos positivos y en cierta medida son anteriores a estos.

Hasta ahora no se han establecido de manera expresa prohibiciones inmediatas contra su violación, en los ordenamientos jurídicos positivos. A pesar de que la antijuridicidad de la violación de los derechos de la persona por persecuciones políticas, religiosas o raciales, no es dudosa, en virtud de ese reconocimiento general, y aunque además es aceptada por los miembros de la mencionada comunidad cultural, se da la posibilidad del desconocimiento de esos derechos en que las acciones que los vulneren no estén simultáneamente conminadas con pena, es decir, calificadas como delitos por el derecho penal positivo del país. Ese desconocimiento es evitable y, por lo tanto, no es discutible; pero en el caso de que se presente, la doctrina dominante tendría que negar el dolo y llegar a la absolución.

Esto atañe, en grado especial, a las denuncias, es decir, a las acusaciones relativas a los hechos. Su objeto lo constituirían, por regla general, acciones conminadas expresamente con pena por leyes estatales. En cuanto se trate de leyes que regulan o sancionan la violación de los derechos de la persona, es evidente la oposición con los derechos humanos, y, por lo tanto, la antijuridicidad. El

error de derecho es posible, pero su inevitabilidad está fuera de duda. Si a quienes tenían el poder político se denunciaban acciones frente a las cuales, en virtud del principio de auto conservación, no se puede impedir a ningún Estado que se proteja (por ejemplo, traición a la patria o sabotaje militar), la antijuridicidad de la denuncia no debe deducirse de la severidad de la pena que tales acciones tenían como consecuencia, sino solo de la ausencia de la ley para el procedimiento observado, y, en caso extremo, del carácter antijurídico del gobierno del Estado. El denunciante considerará su denuncia muy frecuentemente como ajustada a derecho. En ocasiones su error también será disculpable. En el primer caso la doctrina dominante y en el segundo el principio fundamental de que el error en materia penal es inatendible, conducirían a resultados no equitativos.

Para el concepto de la unidad de acción, la finalidad es el momento constitutivo por excelencia. La finalidad unitaria reúne en una unidad la variedad de los actos. Frente a esto la función delimitante de los tipos legales solo tiene significación técnica. En la misma forma se constituyen las figuras jurídicas del

delito continuado y del delito colectivo sobre el fin unitario puesto por la voluntad del autor. También se trata aquí de cuestiones referentes al tipo del injusto.

LA TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN Y EL CONCEPTO DE CULPA

En el ámbito de los delitos culposos, la dificultad de aplicar el derecho consiste en determinar las fronteras de las exigencias que se le formulan a la prudencia y diligencia del miembro de la sociedad. A la solución de este problema no puede contribuir en forma directa la teoría finalista de la acción. Sin embargo, hace posible un conocimiento tan importante para el tratamiento dogmático y sistemático de este grupo de delitos, que forma una categoría propia frente a los delitos y que el concepto de culpa abarca en forma igual los momentos de la antijuridicidad y la culpabilidad. La diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad según el deber ser y el poder, como lo sostiene el maestro Von Weber, permite también separar claramente los dos elementos en el campo de la culpa. El deber de observar una conducta prudente en relación con la posibilidad de causar un resultado socialmente dañoso,

contiene la norma con que se mide la conducta del autor. La capacidad concreta de cumplir ese deber de cuidado incide en la cuestión del poder como lo sostiene el maestro Graf Zu Dohna, limita el tipo del injusto a la acusación del resultado y a la falta de dolo. El deber de diligencia es para él elemento de la culpabilidad. Otros autores niegan la posibilidad y la necesidad dogmática de un tipo de injusto separado de la culpabilidad para los delitos culposos. En la culpa inconsciente, el tipo de injusto siempre depende de la capacidad de culpabilidad del autor, y generalmente también en la culpa consciente, dado que solo para el autor capaz de culpabilidad el resultado es finalmente evitable. En esto, personalmente concuerdo con el maestro Graf Zu Dohna, quien concibe la culpa como la expresión del contenido de culpabilidad en acciones no dolosas de personas capaces de culpabilidad.

El fundamento común de esto es la concepción que se conserva de que la esencia de la culpabilidad es la determinación de la voluntad contraria al deber. Ahora si nos referimos al maestro Welzel, quien afirma que concurren en forma

inseparable la culpabilidad y el injusto, ya que incluye en el momento de la acción la inevitabilidad, que es momento esencial para el concepto de culpa y en el que se funda la culpabilidad, para poder emplear el concepto de acción como genérico respecto a las acciones dolosas y culposas. Finalmente, Chaparro Guerra enfatiza afirmando que toda la teoría del injusto y de la culpabilidad está absorbida por la teoría de la acción.

LA INFLUENCIA DE LA TEORÍA FINALISTA EN EL ELEMENTO INICIAL DE LA TEORÍA DEL DELITO-LA ACCIÓN

La nueva teoría del tipo no se ha impuesto aún como una totalidad. En especial se rechaza la separación del dolo y la culpabilidad. Sin embargo, sus ideas prácticamente han encontrado acogida en una extensión considerable. Se acepta que la facultad de formar una voluntad no es dependiente de la imputabilidad. En el campo de la imputabilidad aminorada y del hecho en estado de embriaguez se actúa con dolo y culpa naturales. Chaparro Guerra, incide que además, en forma completamente general, el problema de si el dolo natural, como

conocimiento y voluntad del resultado, pertenece a los presupuestos, conceptualmente esenciales, de una acción volitiva, o si pertenece a la culpabilidad, y se inclina hacia la primera alternativa, basado en el presupuesto que a él le parece indispensable de que la acción de la voluntad se concibe de modo finalista. Hay una actitud bastante amplia aun en las recientes ediciones de los comentarios más importantes de la práctica ante la idea de que la acción no se agota en la realización de un cambio en el mundo externo, sino que es la realización de una voluntad, y de que ella, como tal, tiene un aspecto objetivo y otro subjetivo y que los dos aspectos copulativos tienen una alta significación para la antijuridicidad. Se admite que una concepción naturalista de la acción no es suficiente y se profesa un concepto lleno de sentido social, que puede lograrse únicamente incluyendo el contenido volitivo.

Las contradicciones internas y la confusión dogmática que motivaron la irrupción de la teoría normativa de la culpabilidad y de la teoría de los elementos subjetivos del injusto en el sistema jurídico penal clásico, deben ser, pues, rechazadas. Por esta razón

necesitamos un nuevo constructo con bases científicas, fuera de dogmatismos, tecnicismos y mecanicismos que han llevado a graves confusiones hasta la actualidad y aberraciones en la administración de justicia por su desconocimiento.

El concepto finalista respecto a la acción hace posible, como lo mostraron los sistemas de los maestros Graf Zu Dohna, Von Weber y Welzel, la construcción de un sistema jurídico penal, cuya articulación clara y sencilla no solo tiene valor didáctico. La teoría del delito basada en este sistema permite resolver en forma dogmáticamente clara y objetivamente correcta controversias hasta ahora no dirimidas, y los problemas que se plantean los aclara tanto, que en los casos concretos puede encontrarse la decisión correcta. Solo con esto se muestra su superioridad frente al sistema jurídico penal tradicional, con la que concluye la cátedra Chaparro Guerra, después de un amplio análisis, penosamente asimilable para una predeterminada elite discipular de corte teleológico-doctrinario.