

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

**INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL**

**TEMA:**

**LA TEORIA DEL DELITO EN LA DOCTRINA**

**INTRODUCCION:** En el presente informe se aporta información sobre la doctrina de la teoría del delito de Autores como Eugenio Raúl Zaffaroni, Enrique Bacigalupo y un estudio de una revista escrita por Estudiantes a cargo del Alumno Roger Guevara Vega revisado por Don Mario Houed, siendo que las tres lecturas explican desde la doctrina la teoría del delito.

**Índice de contenido**

DOCTRINA

**Bacigalupo:**

EL CONCEPTO DEL DELITO Y DE LA TEORÍA DEL DELITO.....	3
Delito es una acción típica, antijurídica y culpable.....	9
La diferencia entre una y otra teoría reside en los siguientes puntos:.....	10

**Guevara Vega aprobado por Mario Houed:**

NECESIDAD DE LA TEORÍA DEL DELITO.....	12
INTRODUCCIÓN:.....	12
TEORÍA CAUSALISTA DE LA ACCIÓN.....	14
CRÍTICAS A LA TEORÍA CAUSALISTA DE LA ACCIÓN.....	16
TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN.....	17
CRÍTICAS A LA TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN.....	20
PRINCIPALES CONSECUENCIAS DE LA ACEPTACIÓN DE UN CONCEPTO DE ACCIÓN CAUSALISTA A FINALISTA.....	22

**Zaffaroni:**

LAS LINEAS ESTRUCTURALES DE LA TEORÍA.....	25
a. Los estratos analíticos.....	26
a.1. El sentido de la estratificación. ....	26
a.2. Una distinción primaria. ....	27
a.3. La tipicidad.....	29
a.4. La antijuridicidad. ....	29
a.5. La culpabilidad. ....	30
b. Las etapas de la evolución teórica.....	32
b.1. El sistema de Liszt-Beling.....	32
b.2. Los llamados sistemas "neoclásicos".....	33
b.3. La sistemática finalista.....	34
b.4. La teoría del delito en la doctrina nacional.....	35
c. "Excursus" sobre la punibilidad.....	37
c.1. Las llamadas "condiciones objetivas de punibilidad"..	37
c.2. La punibilidad y las "excusas absolutorias". ....	37

**DOCTRINA**

***EL CONCEPTO DEL DELITO Y DE LA TEORÍA DEL DELITO***

[Bacigalupo]<sup>1</sup>

Desde un punto de vista prejurídico el delito es una perturbación grave del orden social. Pero un concepto como éste no resulta adecuado a los fines de la teoría del delito. Esta tiene por objeto proporcionar los instrumentos conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por un autor es precisamente el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena. Para alcanzar esta meta la teoría del delito procede mediante un método analítico: descompone el concepto de delito en un sistema de categorías jurídicas que faciliten la aplicación la ley penal por parte de los tribunales. De esta manera, la teoría del delito rechaza como adecuada a su función una apreciación total o global del hecho: la afirmación de que un determinado suceso protagonizado por un autor es un delito dependerá, por lo tanto, no de una intuición total, sino de un análisis que permita comprobar cada una de las notas correspondientes al concepto de delito.

La elección de un método analítico se vincula con la suposición de una mayor seguridad en la aplicación de la ley penal y por lo tanto de una mejor realización del principio de legalidad.

¿Qué es para un jurista una perturbación grave del orden social? Con esta pregunta se abre toda elaboración de una teoría jurídica del delito. Ante todo una perturbación grave del orden social que pueda ser objeto de una respuesta penal es sólo aquella llevada a cabo por un sujeto responsable. Las perturbaciones graves del orden social cuyo autor no es responsable no tienen por respuesta

una pena sino sólo una medida de seguridad.

Partiendo de estos presupuestos, el primer elemento del delito para los fines de una teoría cuya meta sea la aplicación de la ley será la infracción de una norma. Una norma en este sentido es un orden del legislador: "no debes matar!", "no debes apoderarte de cosas ajenas", etc. La extensión que debe darse a este elemento del delito, sin embargo, depende de cómo se conciba la función del derecho penal dentro de la sociedad. Por un lado, puede considerarse que al derecho penal sólo le importan las infracciones de una norma si con ella se lesiona un interés social merecedor de protección (bien jurídico protegido). De acuerdo con ello el derecho penal no obraría mientras no se hubiera producido por lo menos un peligro para un bien jurídico protegido; las infracciones de una norma que no resultaren peligrosas para un bien jurídico o que no alcanzaran a provocar una lesión del mismo no serían relevantes como presupuesto de una pena.

El punto de vista alternativo considera que las infracciones de una norma, cuyo incumplimiento está amenazado con una pena, será ya relevante y justificará la intervención del derecho penal. Los partidarios de esta concepción entienden que la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, pero reaccionando ya frente a las acciones disvaliosas (acciones que lesionan normas).

La diferencia que se desprende para la práctica de estas dos concepciones puede verse con toda claridad en los casos de las llamadas tentativas inidóneas. Se dice que una tentativa es inidónea cuando el autor que quiere la realización de un delito, no lo podrá consumar por que el medio que utiliza o el objeto sobre el que dirige su acción no permitirán que se produzca el resultado perseguido. Por ejemplo: el autor quiere matar a otro y, creyendo ponerle veneno en la sopa, le pone azúcar (medio

inidóneo); o bien el autor cree disparar sobre la víctima, que sopone está durmiendo en la cama, y lo hace sobre la almohada que ha confundido con aquél a quien quiere matar y que ya se ha ido del lugar (objeto inidóneo). En estos casos el bien jurídico protegido no sólo no ha sido lesionado, sino que tampoco ha corrido peligro alguno.- el que toma la sopa con azúcar no estuvo en peligro de muerte y el ausente del lugar donde se produjo el disparo tampoco corrió peligro alguno. Los partidarios del primer punto de vista (sólo son relevantes para el derecho penal aquéllas acciones que infringan una norma si por lo menos ponen en peligro al bien jurídico protegido) se inclinan en estos casos por la no punibilidad, es decir por no admitir la existencia de una perturbación grave del orden social. Por el contrario, quienes siguen el segundo punto de vista (al derecho penal deben importarle ya las acciones que infringen una norma aunque no lleguen a poner en peligro el bien jurídico protegido) no tienen dificultad alguna para admitir aquí la punibilidad, o sea, la existencia de una perturbación grave del orden social.

Hay buenas razones para considerar que este último punto de vista debe merecer preferencia. Todo autor de una tentativa exterioriza una voluntad criminal que no llega a lesionar un bien jurídico sólo por casualidad y por ello no hay razón para que el derecho penal decline entrar en acción a la espera de que el autor tenga más suerte.

Las normas jurídicas se expresan en prohibiciones y en mandatos. Prohiben ciertas acciones o bien mandan hacer determinados comportamientos. Las prohibiciones se infringen, por lo tanto, haciendo, es decir mediante acciones positivas. Los mandatos, a su vez, no haciendo lo ordenado, es decir, omitiendo. Por este motivo las perturbaciones graves del orden social puede constituir tanto en hacer lo prohibido como en no-hacer lo ordenado por las normas jurídicas. A estas formas de la infracción de las normas

corresponden los delitos de comisión y los de omisión respectivamente.

La infracción de las normas, por otra parte, puede tener lugar en forma voluntaria (el autor quiere realizar el hecho que infringe la norma) o no voluntaria, pero expresando el desprecio del autor por los bienes que las normas protegen (el autor no se comporta con el cuidado exigido para evitar la lesión de bienes jurídicos). En el primer supuesto se habla de delitos dolosos, mientras que en el segundo se habla de delitos culposos.

Combinando ambas formas de violaciones de las normas podemos presentar el siguiente cuadro:

**Delitos de comisión** { **dolosos**  
**culposos**

**Delitos de omisión** { **dolosos**  
**culposos**

Pero la comprobación de que un hecho es lo opuesto a lo ordenado por la norma no es suficiente para afirmar que estamos en presencia de una perturbación grave del orden social. Se requiere todavía un segundo análisis para establecer si tal hecho está o no autorizado. Ello supone que junto a las normas, e independientemente de ellas, existen autorizaciones o permisos para realizar acciones que de otra manera importarían una grave lesión del orden jurídico. Así por ejemplo matar a otro es un comportamiento contrario a la norma que ordena no matar. Sin embargo, si la muerte del otro es necesaria para repeler una agresión antijurídica del mismo estará autorizada por la defensa

legítima; también la autorización para realizar una acción prohibida o para omitir una acción mandada puede provenir del estado de necesidad.

Por lo tanto una perturbación grave del orden social se dará cuando se realice una acción contraria a una norma y no autorizada por un autor responsable.

El tercer elemento, en consecuencia, ya no se refiere al hecho sino al afor: el autor debe ser responsab/e. Básicamente ante el derecho penal es responsable el que pudo motivarse de una manera distinta a como lo hizo. En otras palabras: el que pudo no cometer el delito por qué sabía lo podía saber) del significado de su comportamiento y tenía además la posibilidad de comportarse de acuerdo con las normas del ordenamiento jurídico. De todos modos, hay una serie de situaciones previstas en las leyes penales en las que se excluye la responsabilidad del autor de una acción contraria a una norma y no autorizada a pesar de que éste hubiera podido motivarse de otra manera. En tales casos se tiene en cuenta que las consecuencias que se hubieran derivado para el autor del cumplimiento de la norma serían de tal manera perjudiciales para el mismo, que no le es exigíóle soportarlas. Tal es el caso del náufrago que le quita a otro más débil un madero que sólo puede salvar a una persona.

La teoría del delito procura, de acuerdo con lo expuesto, dar respuesta a tres cuestiones diferentes, pero que en conjunto permiten afirmar la existencia de un delito con miras a la aplicación de la ley.

En este sentido la teoría del delito tiene un carácter claramente instrumental y práctico: es un instrumento conceptual que permite aplicar la ley a casos concretos. En otras palabras: la teoría del delito trata de dar una base científica a la práctica de los juristas del derecho penal proporcionándoles un sistema que



es decir a la acción (o a la omisión), mientras que la última se relaciona con el afor de la acción, hecho prohibido y no-autorizado se designa con el término "ilícito" (frecuentemente también con la expresión "injusto").

La respuesta a las tres preguntas es el desarrollo de la teoría del delito y más aún, de toda teoría del delito. La primera pregunta se contesta mediante la teoría del tipo penal y la tipicidad. El tipo penal es la descripción contenida en la ley de una acción contraria a una norma y la tipicidad es la característica de una acción efectivamente realizada de subsumirse bajo el tipo penal. La segunda pregunta se contesta mediante la teoría de la antijuricidad. Esta teoría trata de establecer en qué casos una acción típica (contraria a una norma) está justificada (=autorizada) y si la acción concreta que se juzga pertenece a esos supuestos. La última pregunta se responde mediante la teoría de la culpabilidad, que determina bajo qué condiciones el autor de una acción prohibida (=típica) y no-autorizada (=antijurídica) es responsable.

Ahora es posible expresar el concepto prejurídico del delito (perturbación grave del orden social) en un concepto jurídico del mismo:

**Delito es una acción típica, antijurídica y culpable**

Esta definición jurídica del delito resume un punto de vista compartido por casi todos los trabajos científicos modernos. Las diferencias entre unas y otras definiciones del delito no son sustanciales. Sin embargo, es posible concebir los problemas y las soluciones de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de diferentes maneras. Una manifestación de esta posibilidad puede verse en la polémica entre las teorías causal y finalista de la

acción.

La teoría finalista de la acción y la teoría del delito apoyada en ella difiere de la teoría causal de la acción y su correspondiente teoría del delito en la manera de concebir los problemas de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Esta polémica ocupó gran parte de las discusiones en los años 50 y 60. En la actualidad las opiniones mayoritarias se inclinan por la teoría finalista o mejor dicho por un sistema cuya fisonomía coincide con el elaborado por los representantes de la teoría finalista de la acción.

**La diferencia entre una y otra teoría reside en los siguientes puntos:**

a) Causalistas y finalistas tratan el problema del dolo (voluntad de realización de la acción) en momentos diversos; los causalistas lo hacen en la culpabilidad y los finalistas en el tipo penal de los delitos dolosos.

b) Causalistas y finalistas tratan de manera diferente el problema de la conciencia de la antijuricidad; los finalistas lo tratan como una cuestión de la culpabilidad independiente del dolo; los causalistas como una parte del concepto de dolo y por lo tanto junto con éste.

c) Causalistas y finalistas tratan de manera diferente el delito culposo. Mientras los causalistas entienden que todos los elementos de la culpa corresponden a la cuestión de la culpabilidad, los finalistas piensan que la infracción del deber de cuidado que caracteriza a la culpa o negligencia es un tema que debe abordarse ya en la cuestión de la tipicidad.

Estas diferencias generan consecuencias prácticas diversas en el ámbito de la justificación, en la teoría del error, en la tentativa y en la participación que se verán en su respectivo lugar.

La crítica preferida de los causalistas en contra de los finalistas consiste en reprocharle a estos últimos que "dejan vacía la culpabilidad", dado que los finalistas trasladan una parte del dolo y otra de la culpa desde la culpabilidad a la cuestión de la tipicidad. Este punto de vista no tiene en cuenta que si se opta por un concepto de culpabilidad "lleno" quedará "vacío" el de tipicidad. Los finalistas podrían entonces alegar contra los causalistas que éstos "dejan vacía la tipicidad". En ninguna parte está escrito que la culpabilidad deba estar "llena". Si nada impide que los causalistas operen con la tipicidad "vacía" (sin dolo ni infracción del deber de cuidado), nada puede impedir a los finalistas "llenar" la tipicidad y vaciar la culpabilidad.

La discusión entre causalismo y finalismo no es posible, por otra parte, en este lugar. Solamente pueden comprenderla los que tengan un conocimiento profundo de ambos sistemas de la teoría del delito y por ello no es adecuado su tratamiento en este capítulo introductorio y en una obra como la presente. En los párrafos anteriores sólo se ha pretendido dar una información general sobre la polémica.

Resumiendo: la teoría del delito establece ante todo un ore/en en el que deben tratarse los problemas de la aplicación de la ley a un caso concreto y además una respuesta a esos problemas. Las respuestas presuponen una concepción general del delito, de la norma, de lo ilícito, de la acción y de la responsabilidad penal. Sin estos presupuestos no podría interpretarse la ley.

La teoría del delito cumple también una importante función en relación al Estado de Derecho. Este presupone no sólo la existencia de un poder legislativo elegido por sufragio universal, sino también un poder judicial que aplique el derecho racionalmente. En la medida en que la teoría del delito contribuye a la racionalidad de la aplicación del derecho penal proporciona un soporte significativo para la práctica judicial del Estado de Derecho. A su vez brinda un punto de referencia para la crítica de las desviaciones de la práctica judicial respecto de los principios del Estado de Derecho. Este último aspecto ha sido frecuentemente desconocido sobre todo por los criminólogos partidarios de análisis poco matizados de la ciencia del derecho penal. En otras palabras: la teoría del delito persigue la obtención de soluciones de las cuestiones penales en forma legítima.

***NECESIDAD DE LA TEORÍA DEL DELITO.***

[GUEVARA VEGA]<sup>2</sup>

**INTRODUCCIÓN:**

En el presente artículo, expondré los principales postulados de la Teoría Finalista de la acción y Teoría Causalista, así como las principales críticas hechas a cada una de las teorías.

El interés de este artículo es meramente expositivo, con lo cual, no pretendo tornar una posición a favor o en contra de una de estas teorías. Una vez expuestos los postulados que dan

fundamentos a ambas teorías, así como las críticas hechas, ejemplifico el análisis que cada teoría realizaría de una conducta delictiva. Es decir, analizo las principales consecuencias, que tiene en la práctica el acepta un concepto de acción causalista o finalista. Esto debido a que la mayoría de los libros de Derecho Penal hacen únicamente un análisis teórico.

Cuando un jurista, sea éste, un juez, defensor o bien un fiscal, se encuentra ante una presunta conducta delictiva, se ve en la necesidad de averiguar si es un delito en el caso concreto.

Es así, la teoría del delito es instrumento conceptual necesario, para determinar si el hecho conforma o no un delito. "La teoría del delito es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto".

Para averiguar si existe delito, en un determinado caso, es necesario que nos formulemos una serie de preguntas, así la teoría del delito se nos presenta como un sistema de preguntas, que cumple una función de filtro, como una especie de embudo, tendiente a facilitar la averiguación de sí existe delito o no en cada caso.

"La tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito... están relacionados lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior"

Estas preguntas debemos plantearlas en forma ordenada, de tal modo que sólo tendrá sentido preguntarnos lo siguiente si hemos respondido la anterior positivamente, ¿Porque sentido tiene preguntarnos si una conducta es antijurídica, si ésta no es típica, o preguntarnos si una conducta es antijurídica, si ésta no es típica, o preguntarnos acerca de la culpabilidad, si

la conducta que estamos analizando es típica ni antijurídica?

"De este modo, la utilización correcta de la teoría del delito se convierte en un elemento de economía procesal, evidente y altamente necesario en sistemas judiciales donde los recursos en especial los recursos humanos, son muy escasos"

Es en vista, de la utilización correcta de la teoría del delito, en la práctica del derecho penal a la hora de analizar si existe delito en un caso específico, que me refiero a las dos principales teorías de la acción, o sea la teoría clásica o causalista y la finalista, señalando el análisis lógico que cada teoría realiza del delito.

#### **TEORÍA CAUSALISTA DE LA ACCIÓN**

En su formación original, la teoría causalista pretendió tener un concepto naturalístico de la acción, que no fuera propio del Derecho Penal, sino existente en el mundo natural. "Bajo la influencia de las ciencias de la naturaleza (que preconaban que todo resultado tiene una causa que lo ha producido) y de la filosofía positiva del derecho". Sostenían que la conducta humana, también respondía a un esquema de causas y efectos. Este fue el sistema sostenido por Franz Van Litz y por Ernst Van Beling, llamado estructura clásica del delito.

De acuerdo con esta teoría el concepto de acción es una "inervación muscular", un movimiento voluntario corporal que produce una modificación en el mundo exterior, sin importar el fin de esa voluntad, debido a que esa finalidad no le corresponde a la conducta, sino al análisis de la culpabilidad.

"Distingue la teoría clásica entre el impulso volitivo y el contenido de la voluntad... lo importante es analizar si el sujeto ha querido algo (impulso volitivo), pero no lo que realmente a querido (contenido de la voluntad), ya que el estudio de esta última queda relegado a la culpabilidad".

En cuanto a la omisión, según la teoría causal de la acción, lo que se produce en éste caso es una "distensión muscular".

La teoría causalista concibe el concepto de lo injusto "partiendo de la distinción: objetivo "subjetivo". Es así como para el caudalismo lo "subjetivo la interioridad", no tiene nada que ver con lo ilícito (injusto), sino que al injusto debía de pertenecer únicamente los elementos "externos, objetivos" de la acción. Mientras que los elementos internos-subjetivo pertenecen a la culpabilidad.

La tipicidad y la anüjuridicidad abarcan lo objetivo, mientras que en la culpabilidad se ubicará lo subjetivo del delito.

Con esta distinción "objetivo-subjetivo", la teoría causalista considera la tipicidad de una conducta, como el pleno encuadre de ésta con la descripción hecha por el legislador, y que la función del tipo va a ser en el plano puramente objetivo, la descripción de la conducta típica.

Siempre dentro del esquema "causalista", el contenido de la voluntad (finalidad), se analiza dentro de la culpabilidad, que es concebido como "la relación psicológica entre la conducta y el resultado" , además la culpabilidad esta formada por "el dolo y la culpa" voluntad del resultado típico y por el contenido de la antijuridicidad."

El Neokantismo introdujo a la teoría clásica juicios valorativos,

desechando así el concepto naturalista de acción y toma en vez, el término de comportamiento, concepto propio de Derecho Penal., los Neokantianos estiman que el fundamento de la culpabilidad no es la relación psicológica entre la conducta y e resultado, sino el reproche que se le hace a quien pudiendo comportarse conforme a Derecho no lo hizo ésta es la posición de la "estructura neo-clásica" del delito.

### **CRÍTICAS A LA TEORÍA CAUSALISTA DE LA ACCIÓN**

1- La teoría clásica, separa del concepto de acción el contenido de la voluntad, (finalidad) lo cual es incorrecto, porque si consideramos la acción únicamente como la causación de un resultado producido por un movimiento muscular, sin tomar en cuenta la finalidad de conducta, no se estaría considerando una conducta, sino un mero "proceso causal".

2- "... Este sistema se ha mostrado también como inapropiado para comprensión del delito culposo<sup>15</sup>, ya que se ha establecido que el elemento decisivo del injusto no radica en la pura causación del resultado, sino en la contravención objetiva del cuidado en la acción."

3- Es contrario al análisis lógico, a que deben someterse los casos en la práctica, el que cuando analizamos, en la tipicidad una conducta típica, tengamos que esperar hasta el análisis de la culpabilidad, para saber si es una conducta típica doloso o culposa, es a este aspecto que el profesor Binder considera que el esquema artificial "objetivo-subjetivo", es un sistema poco económico e incoherente.

4- Se dice que la teoría clásica no puede explicar la punición de tentativa, debido a que no produce un resultado al respecto.

Welzel sostiene que es imposible constatar que tipo es el que concurre en la "tentativa, desde un punto de vista puramente objetivo, es decir, sin atender a la decisión subjetiva del autor., porque considera que la tentativa no es un mero proceso causal al que falta el efecto, sino una acción que apunta a un resultado propuesto donde el contenido de la voluntad es el elemento constitutivo por lo que si el dolo pertenece al tipo en la tentativa y no a la culpabilidad, tiene que conservar esa función si el delito se consuma.

5. "La teoría clásica en versión Neokantiana, le asigna a la culpabilidad un carácter heterogéneo, ya que ésta será una relación psicológica en el parte reproche."

6-"La antijuridicidad es siempre una valoración del tipo (la disconformidad entre la realización del tipo y las exigencias del Derecho). Por eso la conciencia de la antijuridicidad de la acción no pertenece al dolo de tipo, sino que es un momento de la culpabilidad de la reprochabilidad."

#### **TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN**

El concepto de acción del teoría finalista se caracteriza por que esta formado tanto por el impulso volitivo, como contenido de la voluntad., es decir toma en cuenta la finalidad del sujeto.

De esta forma se opone al concepto de acción de la teoría causalista, que solo tenía en cuenta la producción causal del resultado.

"La acción humana es el ejercicio de la actividad final: La acción es, por eso, acontecer final, no solamente causal, puede prever,

dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse por lo tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan, a la consecución de estos fines."

Según Welzel la dirección final de una acción se lleva acabo en dos etapas. La primera transcurre únicamente en la esfera del pensamiento, donde el sujeto de propone el fin y considera los efectos concomitantes a la consecución del fin. La segunda etapa se da cuando el sujeto tomando en cuenta todo lo considerado en la primera etapa lleva acabo la ejecución de la acción en el mundo real.

Sobre determinado por la definición del fin y los medios en la esfera del pensamiento.

Según el finalismo tanto los delitos culposos, como dolosos comprenden la acción final, ambos desde distintos puntos de vista.

En los delitos culposos no se capta el fin perseguido por el autor pues es irrelevante, sino la descuidada realización del fin., debido a que son ejecutados sin el "cuidado debido".

"La conducta prohibida en los delitos culposos es la violación de un deber de cuidado y no lo producción de un resultado, como lo considera la teoría clásica. Por ello es estudio de la culpa debe llevarse a cabo al analizarse la tipicidad."

En la omisión, el elemento relevante, va a ser, "el dominio final potencial del hecho,"<sup>23</sup> esto debido a que "omitir no es un puro no hacer: omitir es sólo no hacer lo que se debe hacer"

La teoría finalista a diferencia de la teoría causalista., no distingue el injusto penal a partir del esquema "objetivo-subjetivo", sino que ubica en el injusto tanto el aspecto objetivo

como subjetivo, es así como el dolo y la culpa salen de la culpabilidad, donde los había ubicado el causalismo para formar parte de la tipicidad.

La tipicidad, ya no es evaluada como una mera contrariedad objetiva con la figura establecida por la ley, sino que debe captar los elementos internos y externos de la acción donde el plano objetivo va a ser analizado según el concepto de "tipo objetivo" y el plano subjetivo dentro lo que se ha llamado "tipo subjetivo"., que considerará por su parte los aspectos de la voluntad y el conocimiento del autor en relación a esa acción (que está descrita en el tipo objetivo). Todo este planteamiento responde a la estructura del "tipo complejo".

Con la teoría finalista el dolo y la culpa se convirtieron en elementos del injusto (abandonando la culpabilidad). Así el dolo comprende dentro del finalismo sólo el conocimiento y la voluntad del resultado típico, mientras que el conocimiento de la antijuricidad es relegado a la culpabilidad.

El finalismo distingue en el ilícito (injusto), junto al disvalor del resultado un disvalor de acción, es decir, que el injusto "no sólo consiste en laproducción de una lesión a bien jurídico, sino que requería un particular disvalor de acción, que está constituido por el dolo (y los demás elementos subjetivos de autoría) en los delitos dolosos y por la infracción del deber de cuidado en los delitos culposos". M Welzel considera que el disvalor de acción no puede ser aumentado por la lesión del bien jurídico (disvalor del resultado), ni sea disminuido por su ausencia. Afirma que "el disvalor del resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el disvalor de acción, por ejemplo, en la tentativa inidónea."

Para el finalismo las causales de causales de justificación tiene elementos objetivos y subjetivos. Por lo tanto no basta con que se

den los elementos objetivos de justificación, sino que además deben darse los elementos subjetivos de justificación es decir, el conocimiento por parte del autor de los elementos objetivos de justificación, para así poder justificar una conducta típica.

Al pasar del dolo y la culpa, a formar parte de la tipicidad, la culpabilidad va a estar formado dentro de la teoría finalista por capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y por el conocimiento (potencial) de la antijuricidad, la culpabilidad, además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido que pudo haber omitido la acción antijurídica y no lo hizo.

Este reproche tiene dos premisas:

- 1- Que el autor es capaz, atendidas sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma (los presupuestos existentes de la reprochabilidad: la imputabilidad).
- 2- Que él está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuricidad de su propósito (los presupuestos especiales de la reprochabilidad: La posibilidad de comprensión de la injusto).

#### **CRÍTICAS A LA TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN**

1. "En los delitos omisivos se ha dicho que no hay una sobre determinación del proceso causal por el sujeto, ya que no hay relación causalidad entre la omisión y el resultado".
2. "Con respecto de los delitos culposos se afirma que para la ley penal no es relevante la finalidad del sujeto, lo que obliga al finalismo a definirlos delitos culposos de acudiendo a un concepto normativo, o sea el cuidado debido en el tráfico"

3. "Una rigurosa aplicación del punto de partida de la teoría finalista hubiera debido conducir muy probable a la no punibilidad de la culpa inconsciente".

4. "Se ha combatido desde diferentes posiciones la primacía dada por éste al disvalor del acto sobre el disvalor del resultado... el finalista al subestimar el papel que dentro del delito tiene el peligro, o la lesión al bien jurídico tutelado, dándole importancia a los factores anímicos, demuestra su tendencia al establecimiento de un Derecho Penal de autor".

5. Otras críticas que se le hacen al enfoque finalista referente a la supremacía dada al disvalor de acción son:

a) La distinción entre el delito consumado y el delito frustrado carece de toda significación: el delito frustrado contiene ya todo el ilícito y por lo tanto no debe ser necesariamente menos punible que el consumado.

b) Para constituir el disvalor de acción (lo ilícito) no es necesario que se den todos los elementos objetivos del tipo: alcanzar con que el autor los suponga, es decir, crea que se dan.

c) Correlativamente, la suposición de una situación justificante, justifica aunque no se dé la situación de necesidad".

6. Se le critica al finalismo que al ubicar el dolo y la culpa en el tipo, "deje vacía la culpabilidad". Sin embargo así mismo los finalistas pueden alegar que el causalismo deja vacía la tipicidad, al trabajar con el dolo y la culpa, en la culpabilidad".

**PRINCIPALES CONSECUENCIAS DE LA ACEPTACIÓN DE UN CONCEPTO DE ACCIÓN CAUSALISTA A FINALISTA**

Las principales diferencias en el causalismo y el finalismo, radican en la ubicación del dolo y la culpa en la culpabilidad o en el tipo, y asimismo por la ubicación del convenido de la antijuricidad.

Antes de mencionar las principales consecuencias recordemos los postulados de ambas teorías, brevemente.

**TEORÍA "CAUSALISTA"**

**Acción:** Es un movimiento corporal que produce un resultado "inervación muscular".

**Tipicidad:** Causación del resultado, realización del tipo objetivo.

**Antijuricidad:** Ausencia de justificación únicamente con que se den los elementos objetivos.

**Culpabilidad:** Capacidad de culpabilidad, más el dolo y la culpa.

**TEORÍA "FINALISTA"**

**Acción:** Ejercicio de una actividad final, un acontecer final.

**Tipicidad:** Causación del resultado, realización del tipo objetivo. Más el dolo y la culpa.

**Antijuricidad:** Ausencia de justificación. Tiene que darse tanto los elementos objetivos como los elementos subjetivos de justificación.

**Cupabilidad:** Reprochabilidad es decir, capacidad de culpabilidad y conocimiento de la antijuricidad.

Una de las principales consecuencias de adoptar un concepto causal o final de acción, se da en los llamados error de tipo y error de prohibición.

Recordemos que el "dolo" para la teoría causalista, "está formado por el conocimiento y voluntad del resultado típico, por el conocimiento de la antijuricidad., el dolo de la teoría finalista comprende sólo el conocimiento y voluntad del resultado típico, ya que el conocimiento de la antijuricidad es ubicada dentro de la culpabilidad". Además ambas teorías ubican el dolo en diferentes niveles (tipos y culpabilidad).

Si analizamos una conducta concreta y nos encontramos ante un error de tipo, dicha conducta va a tener un análisis diferente en ambas teorías, veamos un ejemplo:

"Un hombre de negocios sale de la sola de sesiones, y tomo consigo un saco , con la creencia de que se trata del propio, aunque en realidad es el saco de su socio".

Si analizamos este ejemplo de acuerdo a la teoría causalista tendremos un acción típica, antijurídica (un injusto penal), sin embargo sería un caso de inculpabilidad, ¿ Porqué? Debido a que el dolo en la teoría causalista forma parte de la culpabilidad y como según el profesor Zaffaroni "el error de tipo en un caso de ausencia de dolo". Entonces el error de tipo tendría que analizarse hasta el último nivel. Tendremos que es una acción: pues está causando resultado típico: porque está prohibido por un tipo penal, antijurídico: pues está en contra del orden jurídico., e inculpable: porque hubo ausencia de dolo.

Mientras que si analizamos este ejemplo, según la teoría finalista, tendremos que es una acción, pues está realizando una finalidad (tomar consigo el saco), pero no sería típico, debido a

que el finalismo ubica el dolo en el tipo, por lo que estaríamos en el caso de una conducta atípica.

Cabe aclarar, que el error de tipo invencible o inevitable, además de eliminar la tipicidad dolosa, elimina también la tipicidad culposa, mientras que el error de tipo vencible o evitable, elimina únicamente la tipicidad dolosa.

Ahora analizaremos un ejemplo donde existe "error de prohibición "  
"Un suizo regala un kilo de cocaína a sus amigos costarricenses, ignorando que está prohibido."

Analizando este ejemplo de acuerdo con la teoría causalista, tendríamos un caso donde hay una acción típica, antijurídica e inculpable, (puesto que el dolo forma de la culpabilidad y el conocimiento de la antijuricidad, según el causalismo forma parte del dolo). Esta siempre y cuando el error de prohibición, sea invencible, porque de ser vencible el error de prohibición, podría responder a tipo de culpa, si existe la figura penal correspondientes.

Ahora si analizamos el ejemplo finalista, estaríamos ante una acción típica, antijurídica e inculpable (aunque el dolo pertenezca al tipo, el finalismo separa el conocimiento de la antijuricidad del dolo y lo ubica en la culpabilidad). Siempre que el error de prohibición sea invencible, va a ser una causa de inculpabilidad, sin embargo, de ser vencible el error de prohibición , no eliminaría la culpabilidad, pero so sería un "atenuante".

Otras consecuencias de adoptar algunas de las teorías en estudio, tiene que ver con la teoría de la participación y el principio de culpabilidad.

La teoría finalista de la acción considera únicamente, como autores o coautores a quienes tiene el dominio final de la acción, así mismo considera que basta con que un hecho producido por un sujeto, sea típico y antijurídico, para que responda como partícipe (cómplice o instigador)., se habla en este caso de "accesorio limitado".

Mientras que la teoría causalista, considera autores o coautores a todos aquellos que pusieron una causa del resultado, aún sin tener el dominio final de la acción, de modo que la instigador y la complicidad, aparecieron materialmente como forma de autoría.<sup>39</sup>

En cuanto al principio de culpabilidad, el cual dice "nullum crimen sine culpa" no hay crimen sin culpa. Este principio, si lo analizamos de acuerdo con la teoría causalista, que ubica el dolo y culpa en la culpabilidad, tendríamos que analizarlo en un único nivel, el de la culpabilidad. Mientras que en el finalismo, que ubica dolo y culpa en el tipo, este principio exigiría análisis en dos distintos niveles: a) en la tipicidad, exige por lo menos que la conducta sea culpable y b) en la culpabilidad: que implica, que la conducta sea reprochable al autor.

### ***LAS LINEAS ESTRUCTURALES DE LA TEORÍA***

[ZAFFARONI]<sup>3</sup>

Los estratos analíticos. -a.1. El sentido de la estratificación. -a.2. Una distinción primaria. - a.3. La tipicidad. -a.4. La antijuridicidad. -a.5 La culpabilidad. -b. Las etapas de la evolución teórica. -b. 1. El sistema de Liszt-Beling. -b. 2. Los llamados sistemas "neoclásicos". -b. 3. La sistemática finalista. -b.4. La teoría del delito en la doctrina nacional. -c. "Excursus" sobre la punibilidad. - c.1. Las llamadas condiciones objetivas de punibilidad. -c.2. La punibilidad y las excusas absolutorias.

**a. Los estratos analíticos**

**a.1. El sentido de la estratificación.**

Cuando afirmamos que el concepto del delito es estratificado, es necesario insistir en que lo estratificado, lo que se realiza por etapas, no es el delito, sino su análisis: lo estratificado es el proceso analítico. La conducta humana no es "estratificada", sino que ciertas conductas se denominan "delitos" cuando poseen unas características que se ofrecen en un cierto orden.

El delito no es un "rompecabezas" ni puede estudiarse como una pieza anatómica. La conducta es el "todo" del delito y los que suelen llamarse "elementos del delito" son características de la conducta requeridas por el derecho para motejarla "delito". La unidad del concepto analítico o dogmático la garantiza, precisamente, la conducta. El análisis no destruye al delito, si lo realizamos teniendo en cuenta que se trata de una unidad cuya síntesis es la conducta. En este sentido el análisis "no niega la unidad, sino que es el medio para realizarla" 1. De allí que el proceso analítico no puede arrancar de nada diferente a la conducta misma: no pueden considerarse caracteres "delictivos" de una conducta los que son caracteres de cualquier conducta humana.

Quienes afirman que la finalidad puede tomarse indistintamente en consideración a nivel del tipo o de la culpabilidad, parecen considerar al delito en una mesa de autopsias, sin percatarse de que la tipicidad que no tome en consideración la finalidad será una característica de algo que no es conducta, lo que ellos mismos reconocen.

La conducta humana es inescindible, incluso de sus circunstancias. El hecho de que a nivel de la tipicidad, la antijuridicidad o la

culpabilidad, tomemos en cuenta determinados aspectos psicológicos o fácticos, no significa que estos aspectos no estén en la conducta o rodeándola. Sucede así que la conducta es el "todo" del delito, un todo "prejurídico" y "jurídico" a la vez. Es prejurídico porque la conducta existe antes que la ley la describa e independientemente de su descripción y valoración o desvaloración. Es jurídico por ser materia de una valoración jurídica.

Para determinar qué es delito, la ley describe determinadas conductas –las individualiza– y luego las desvalora doblemente: una desvaloración de la conducta y otra de su autor en su circunstancia, que implica también una característica de la conducta. Estos juicios vienen dados por la ley, y nosotros nos limitamos a verificar su existencia.

Recordemos que la conducta es lo genérico y lo delictivo es lo específico: lo delictivo son conductas con ciertas características, pero los elementos que tomamos en cuenta para afirmar la existencia de esas características ya están en la conducta o son su circunstancia. Por ello, preferimos no hablar de "elementos" del delito, porque el delito no es un "dominó", sino que todos sus "elementos" se hallan en la conducta o en la circunstancia en que ésta ineludiblemente se halla inmersa como manifestación de un "ser ahí", tomándose en cuenta sólo para la individualización o comprobación de la doble desvaloración de la conducta. Por ello, se nos ocurre menos confuso considerar a la tipicidad, a la antijuridicidad y a la culpabilidad como caracteres de la conducta delictiva.

#### **a.2. Una distinción primaria.**

En el Código Penal nos hallamos con una serie de enunciados en la "parte general", particularmente en el art. 34, que nos indican

cuándo no hay delito. Por otro lado, hay una serie de descripciones en la "parte especial", que corresponden a las conductas penadas. De unos y otras debemos inferir, por exclusión, los casos en que no hay delito o, lo que es lo mismo, aquellos en que hay delito.

Esto nos sugiere, desde el inicio, una distinción primaria: los supuestos en que no hay delito porque están excluidos en función del art. 34 y los otros, en que no lo hay porque la conducta no coincide con algunas de las figuras de la "parte especial".

Previo a averiguar si la conducta está ¿descrita, se impone saber si es conducta, porque no tiene objeto comparar con la descripción legal de una conducta amenazada con pena, lo que no sabemos si es una conducta.

Del análisis de los incisos del art. 34 surge que no hay conducta en los supuestos de "inconsciencia" y de "fuerza física irresistible". En todos los demás supuestos del mismo artículo, aunque no hubiere delito, hay siempre una conducta humana. En esos dos casos no la hay porque el individuo obra como un mero agente físico, pero en el acontecer físico que protagoniza no tiene ingerencia alguna la voluntad.

En consecuencia, el primer peldaño finca en la averiguación de la presencia de una conducta, que se establece mediante la comprobación de la inexistencia de los supuestos que la excluyen.

Por ende, la conducta, en el proceso constructivo del concepto dogmático del delito constituye su carácter genérico, y en la averiguación de la delictuosidad de un "hecho" conforma una selección primera, a la que corresponde descartar todos los hechos que no son conductas.

**a.3. La tipicidad.**

A los dispositivos que la ley utiliza para individualizar conductas penadas los llamamos tipos. Estos tipos –que se hallan el parte especial y en las leyes penales especiales– tienen carácter predominantemente descriptivo. De este carácter no puede deducirse que los tipos individualicen "exterioridades" de conducta y prescindan de lo subjetivo: se puede describir tanto lo objetivo como lo subjetivo.

El segundo paso será, pues, averiguar si la conducta que investigamos está o no individualizada por alguno de estos tipos penales. En caso de estarlo, se llamará tipicidad a la característica que por esta circunstancia reviste la conducta y se llamará típica a la conducta. Cuando la conducta no sea típica, diremos que hay atipicidad de la conducta, o sea, que se trata de una acción atípica.

El tipo cumple la función de individualizar las conductas que Pueden ser delito: es un dispositivo legal que sólo puede hallarse en la ley penal, fija las conductas que nos pueden interesar como delitos. Los dos caracteres del delito que nos restan por enunciar no son exclusivamente penales, pero la tipicidad sí lo es.

**a.4. La antijuridicidad.**

A primera vista diríamos que los casos del art. 34 son "permisos" para realizar conductas típicas, pero de su lectura se desprende inmediatamente que no todos son "permisos". En efecto, podemos decir, a guisa de ejemplo, que la legítima defensa es un permiso para realizar una conducta típica, pero no podemos afirmar que los enfermos mentales tengan "permiso" para matar. Por lo tanto, debemos distinguir dos niveles entre los restantes supuestos: los permisos y las prohibiciones no punibles por inculpables.

Si el orden jurídico permite una conducta, esto significa que tal conducta no es contraria al mismo (antijurídica) sino conforme a él. Por ende, para que una conducta típica sea delito, requiere también ser antijurídica. Esta característica se comprueba objetivamente, en el sentido de que su afirmación se hace por la inexistencia de una disposición permisiva en el texto legal. Estas disposiciones permisivas se denominan "causas de justificación" y pueden hallarse en el Código Penal (art. 34) o en cualquier otro texto legal, siendo el enunciado genérico de las últimas "el ejercicio de un derecho".

A través del "ejercicio de un derecho", que excluye la antijuridicidad, el derecho penal se vincula con la totalidad del orden jurídico. Las conductas típicas sólo pueden llegar a ser delitos de no estar permitidas por algún precepto del orden jurídico (si son antijurídicas). Por otra parte, en general no nos interesan las conductas antijurídicas que no son típicas (el incumplimiento de una obligación civil, por ejemplo). Aquí se percibe claramente la importancia de la tipicidad.

Presentes las dos primeras características del delito (tipicidad y antijuridicidad), denominamos "injusto" a la conducta que las ofrece (sin que la expresión tenga nada que ver con el derecho natural, pues es traducción de la voz alemana Unrecht). Consecuentemente, injusto es una conducta típica y antijurídica.

#### **a.5. La culpabilidad.**

Pese a la presencia de un injusto no podemos aún afirmar el delito: es necesario que ese injusto le sea jurídico-permanente reprochable a su autor, o sea, que su autor sea culpable o que la conducta sea reprochable.

En determinados supuestos, debido a la situación o estado en que

se encuentra el autor (inimputabilidad, estado de necesidad inculpante, casos especiales de inexigibilidad de otra conducta, error de prohibición ) el orden jurídico no puede exigirle al autor la realización de otra conducta distinta y conforme a derecho (o menos lesiva) y, por ende, no puede reprocharle la conducta. La conducta no reprochable es la conducta de un autor no culpable y, en ese caso, nos hallamos con un injusto no culpable.

En síntesis: para que exista delito se requiere un carácter genérico –que es la conducta– que debe adaptarse a una de las descripciones de la ley –típica–, no estar amparada por ninguna causa de justificación –antijurídica– y pertenecer a un sujeto a quien le sea reprochable –culpable. Brevemente, delito es conducta típica, antijurídica y culpable.

Huelga la advertencia de que los precedentes párrafos no son más que una síntesis simplista en grado máximo de un concepto complejo y que dista de ser pacífico.

La distinción entre antijuridicidad y culpabilidad se debe a von Jhering, y fue en su momento criticada, particularmente por la Imperativen-theorie de Thon y su seguidor von Ferneck. La teoría de los imperativos sostenía que el derecho es un sistema de imperativos dirigidos a los individuos que son capaces de comprenderlos: si no hay destinatario capaz (un enfermo mental, p. ej.) no hay contrariedad con la norma y no hay conducta antijurídica. Similar a esta teoría de los imperativos fue la de Merkel, en la que también dependía de la capacidad del autor la existencia de la antijuridicidad de la conducta, concepto que se evidencia en la definición de autor que Merkel proporcionaba: "Caracteriza al autor que en su persona y actividad se presente la totalidad de las características legales del delito". De este modo lleva la subjetivización del injusto hasta límites insostenibles. Estas teorías en que se fundaran las críticas a la distinción de

la antijuridicidad objetiva de Jhering están hoy abandonadas y ya nos hemos ocupado de su no viabilidad. Determinar el injusto en atención a la responsabilidad del autor sería una renuncia del derecho.

Binding también parte de la teoría de los imperativos, pero no dirigidos al individuo, sino al Estado, estableciendo una "dependencia entre derechos objetivos y subjetivos" 10. De este modo –y aunque se opuso a la distinción de Jhering– viene a perfilar en campo penal la diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad. Sería Franz von Liszt a quien corresponde delinear, al lado de la antijuridicidad objetiva de von Ihering, la culpabilidad subjetiva.

No obstante, hasta aquí el concepto dogmático de delito era incompleto, pues la antijuridicidad y la culpabilidad no agotaban los presupuestos de la punibilidad. De allí que Liszt considerara a la punibilidad elemento del delito. Fue Ernst von Beling quien en 1906 enunció el concepto de tipo penal, piedra angular de todas las construcciones dogmáticas posteriores.

## ***b. Las etapas de la evolución teórica***

### **b.1. El sistema de Liszt-Beling.**

Acabamos de ver cómo se alcanza la división tripartita del concepto de delito. Con Beling ésta queda culminada y al sistema se lo conoce con la denominación de "clásico" 13, que es justamente criticada por Welzel, que se niega a aceptar dicha calificación para un sistema que proviene de fines del siglo pasado.

Este sistema se caracterizaba por la gran influencia que sobre él ejercía el pensamiento filosófico positivista. En general, se

regía por el ya criticado principio sistemático "objetivo-subjetivo": el injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva.

La conducta, a la que se privaba de la finalidad, estaba convertida en un acontecer causal. La voluntad era una capacidad de "inervación muscular" 15. El tipo abarcaba la exterioridad de la conducta, porque prescindía de cualquier elemento subjetivo. La antijuridicidad era objetiva, en el sentido de que recaía sobre esta exterioridad de la conducta, y era señalada por Liszt (concepción material) como una dañosidad social. El injusto abarcaba así toda la causación física, en tanto que la culpabilidad, eminentemente subjetiva, consistía en la causación psíquica. De allí que se concibiera a la culpabilidad como una relación psicológica entre la conducta y el resultado (teoría psicológica de la culpabilidad). Este sistema está fundamentamente expuesto en

las obras de Liszt y Beling 16, al punto de que los autores contemporáneos lo mencionan por el nombre de éstos.

### ***b.2. Los llamados sistemas "neoclásicos".***

Con el surgimiento de la teoría normativa de la culpabilidad (Frank, 1907) y la introducción de los elementos subjetivos del tipo (1911) se construye un nuevo esquema del delito que lo concibe como una individualización del acto prohibido (conducta típica) y una doble desvaloración: del acto (antijuridicidad) y del autor (culpabilidad). De cualquier manera, este análisis no altera fundamentalmente el sistema "clásico", sino que se trata de nuevos argumentos para sostener una sistemática "clásica": hay sólo un "ropaje neoclásico", pues la vieja teoría viene a apuntalar la antigua sistemática<sup>18</sup>. En efecto: dolo y culpa permanecen en la culpabilidad; el tipo sigue siendo predominantemente objetivo y la antijuridicidad también. Esta

construcción neoclásica tuvo numerosos sostenedores (el causalismo alemán contemporáneo se identifica con ella) y, por nuestra parte, entendemos que el más acabado intento de construcción de la misma fue el realizado por Edmund Mezger, particularmente en su *Moderne Wege des Strafrechtsdogmatik* (Modernos caminos de la dogmática penal, 1950). Los intentos posteriores creemos que no superan esa exposición, sino que son variantes de la misma teoría en decadencia.

Si bien la mayor parte de los autores han evolucionado en este sentido, una minoría (Hellmuth Mayer, 1953 y 1967, y la doctrina austríaca), siguen sistematizando el análisis del delito por vía del criterio "objetivo-subjetivo". Esta es una variante que parece no hallar mayor eco.

En cuanto a la "neoclásica", los inconvenientes que plantea los iremos viendo a lo largo de la exposición. Digamos, sintéticamente, que se derivan principalmente de considerar que hay un concepto jurídico-penal de la acción distinto del óntico-ontológico; de la dificultad de manejar un concepto de tipo que está artificialmente privado de los datos subjetivos imprescindibles para individualizar la conducta prohibida y de confundir el juicio de desvenar con el objeto desvalorado, tanto en la antijuridicidad como en la culpabilidad.

### **b.3. La sistemática finalista.**

Como resultado de la innegable sub-jetivización del tipo, se concibió a éste en forma compleja, o sea, objetivo y subjetivo (Hellmuth von Weber y Alexander Graf zu Dohna). En tanto que para Weber el delito era concepto bipartito, porque sostenía que la tipicidad implica la antijuridicidad (teoría de los elementos negativos del tipo: las causas de justificación son causas de atipicidad), para el Graf zu Dohna, la antijuridicidad es el

juicio que recae sobre el aspecto objetivo del tipo y la culpabilidad sobre el subjetivo.

Esta sistemática es perfeccionada por Welzel, quien sosteniendo un criterio tripartito afirma la pertenencia del dolo al tipo subjetivo, la independencia de la antijuridicidad y la pertenencia de la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad a la culpabilidad, o sea, separada del dolo (concepto que ya habían sostenido otros autores, que aún cuando considerasen al dolo en la culpabilidad, lo hacían sepradamente). Welzel va puliendo su teoría, particularmente en lo que a la estructura del tipo culposo se refiere y sus máximas exposiciones de conjunto se hallan en su *Das Deutsche Strafrecht* (El derecho penal alemán, última edición, 1969) y *Das neue Bild des Strafrechíssystem* (La nueva imagen del sistema del derecho penal).

Se suele hablar hoy de un "finalismo ortodoxo" y de un "finalismo heterodoxo". Tales calificativos son carentes de cualquier sentido, pues el más heterodoxo de los finalistas es el propio Welzel, que se somete a permanente autocrítica.

La teoría finalista parte de la base de que no existe un concepto jurídico-penat de acción, sino que, este pretendido concepto y el óntico-ontológico se identifican.

#### **b.4. La teoría del delito en la doctrina nacional.**

Nuestra doctrina predominante se halla, en general, entre la primera y la segunda etapa, o sea, en la "clásica", con algunos atisbos "neoclásicos". Sebastián Soler proporciona vitalidad dogmática a nuestro derecho penal (1940), siguiendo el esquema sistemático de Beling –a quien vierte al castellano– y, luego, Ricardo C. Núñez y Carlos Fontán Balestra siguen con alternativas esta sistemática en sus obras de conjunto. En esas obras no se

supera en mucho el criterio objetivo-subjetivo, hasta el punto de insistir en el concepto psicológico de la culpabilidad, que hoy está casi unánimemente abandonado en el mundo. El mismo esquema repiten recientemente Núñez y Argibay Molina y colaboradores. El argumento central contra el finalismo radica en la afirmación de que no se adapta a nuestra ley penal, lo que consideramos totalmente infundado, como trataremos de demostrarlo en la exposición.

El sistema "neoclásico" es desarrollado entre nosotros por Luis Jiménez de Asúa y fue seguido por Blasco Fernández de Moreda, también español, y Jorge Frías Caballero, quien sostiene la teoría mixta de la culpabilidad y la introduce en la jurisprudencia de la Capital. La sistemática de Jiménez de Asúa se aproxima a la de Mezger –como cualquier estructura teórica "neoclásica"– aunque no puede identificarse con ella, porque presenta características propias, como la ubicación de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.

El finalismo ha surgido recientemente en la Argentina, fundamentalmente por discípulos de Jiménez de Asúa, entre los que cabe mencionar a Enrique Bacigalupo y Gladys Romero.

En la ciencia entendemos que no corresponde hacer una cuestión de nacionalidad de autores cuando se trata de exponer su evolución en un país, sino tomar en cuenta su influencia. Por ello consideramos a Jiménez de Asúa –que aquí escribió y publicó su Tratado y profesó– como artífice de la sistemática "neoclásica" en la Argentina, con lo cual la evolución de la teoría del delito en nuestra dogmática cobra la unidad que en realidad tuvo, pues se pueden seguir los pasos simétricos a los germanos sin abruptas soluciones de continuidad.

**c. "Excursus" sobre la punibilidad**

**c.1. Las llamadas "condiciones objetivas de punibilidad".**

Un sector doctrinario entiende que hay condiciones objetivas de las que depende la punibilidad, y que no deben ser alcanzadas por el conocimiento ni por la posibilidad de conocimiento 26. La dificultad en el deslinde entre estas "condiciones objetivas" y los llamados "presupuestos de procedibilidad" es obvia y conocida, como también la ligazón entre esta problemática y la de los llamados "delitos calificados por el resultado".

Es de toda evidencia que tales condiciones objetivas resultan –al igual que la responsabilidad por el resultado– lesivas al principio de culpabilidad, al punto que sus defensores entienden que es menester reducir su número, puesto que se han considerado tales muchos supuestos que no corresponden a ellas.

Dada su fugitiva delimitación, su choque contra el principio de culpabilidad y su difícil distinción de los elementos del tipo objetivo, otro sector doctrinario niega su existencia<sup>30</sup>. Nos plegamos decididamente a este punto de vista, por entender que los supuestos que de ellas se enumeran –incluso por quienes las restringen– pueden ser elementos del tipo objetivo, o bien, condiciones de procedibilidad. En el primer supuesto se requiere su conocimiento, no así en el segundo.

**C.2. La punibilidad y las "excusas absolutorias".**

Larga es la discusión sobre la naturaleza de la "punibilidad": si "carácter" o "consecuencia" del delito 31. Entendemos que la aplicación de pena queda sometida a condiciones y que ellas son las "condiciones de punibilidad", que estarán ausentes cuando pese a la presencia de delito no haya posibilidad legal de aplicar pena. Puede tratarse de requisitos de procedibilidad (entre los

que se cuenta la subsistencia de la acción penal) o de la ausencia de excusas absolutorias 32. De cualquier manera, se trata para nosotros de cuestiones que están al margen de la teoría del delito 83: se trata de requisitos de procedibilidad o de restricciones a la punibilidad. Estas últimas nada tienen que ver tampoco con el delito, sino que responden a razones de política en materia de penalidad (protección del núcleo familiar, evitación de consecuencias dañosas ulteriores, etc.), o sea, de política criminal expresada legal-mente a nivel de aplicación de pena (y no de tipicidad ni antijuridicidad). Por consecuencia, estimamos que su tratamiento corresponde a la teoría de la sanción y no a la del delito.

En la punibilidad se vio una característica del delito antes de la admisión de la tipicidad (así en von Liszt), lo que resultaba coherente, porque antijuridicidad y culpabilidad son insuficientes para caracterizar al delito. Pero luego se incorpora y admite la tipicidad, que viene a llenar la necesidad de una característica exclusivamente penal del delito. Satisfecha la necesidad teórica, entendemos que la punibilidad pierde esta importante función y no se justifica su consideración en la teoría del delito.

**FUENTES CITADAS:**

- 1 BACIGALUPO, Enrique. Lineamientos de la teoría del delito. Segunda Edición Corregida y actualizada. Editorial JURICENTRO. San José 1985. Pp. 13-22.
  
- 2 ROGER GUEVARA VEGA II año 1995. Avalado por el Dr. Mario Houed Vega. Revista Estudiantil Hermenéutica. Necesidad de la Teoría del Delito. Revista No 7. 1995. Facultad de Derecho UCR. Pp. 59-65
  
- 3 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Teoría del Delito. EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Tucumán 927. Buenos Aires Argentina. 1973. Pp. 67-77