

CUADRO COMPARATIVO DE LAS ESCUELAS PENALES.

Autor: Diego Alejandro Peretti Ávila.

SUMARIO: **I. INTRODUCCIÓN. II. LA ESCUELA POSITIVISTA –BELING-:**
II.1. Acción. **II.2.** Tipo Penal (Gesetzliche Tatbestand) . **II. 3.** Antijuridicidad. **II. 4.**
Culpabilidad. **III. ESCUELA NORMATIVISTA O NEOKANTISMO –MAYER,**
MEZGER Y FRANK-: **III.1.** Acción. **III.2.** Tipo. **III.3.** Antijuridicidad. **III.4.**
Culpabilidad. **IV. EL FINALISMO -WELZEL-:** **IV.1.** Acción. **IV.2.** Tipo. **IV.3.**
Antijuridicidad. **IV.4.** Culpabilidad. **V. SOCIOLOGISMOS: V.I. SOCIOLOGISMO**
MODERADO DE ROXIN: V.I.1. Acción. **V.I.2.** Tipo. **V.I.3.** Antijuridicidad. **V.I.4.**
Culpabilidad. **V.II. SOCIOLOGISMO EXTREMO DE JAKOBS: V.II.1.** Acción.
V.II.2. Tipo. **V.II.3.** Antijuridicidad. **V.II.4.** Culpabilidad. **VI. BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN:

El objetivo de este trabajo es el de presentar las diferentes escuelas penales alemanas en una especie de cuadro comparativo, basado en el tratamiento que les dan cada una de ellas a los elementos constitutivos del delito, esto es: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Sería muy difícil hacer referencia a todas ellas, es por esto que hemos elegido aquellas que, a nuestro criterio, resultan de mayor influencia en los sistemas penales latinoamericanos y, más precisamente, en el argentino que es el que nos toca más de cerca.

Asimismo, advertimos al lector que existen muchos temas, que son consecuencia de los diferentes puntos de vista de cada uno de los diversas corrientes doctrinarias, como por ejemplo las concepciones del error, de la participación criminal, de la tentativa o del concurso que, por sí mismos, justifican verdaderos tratados sobre la materia y exceden los objetivos de esta monografía que consisten, principalmente, en

brindar un pantallazo general y conceptual de las principales corrientes doctrinarias de influjo en nuestro Derecho y doctrina.

En la dinámica de exposición de este trabajo nos guiaremos de acuerdo a un criterio no sólo cronológico, sino también conceptual, el que nos impone comenzar por la Escuela Positivista, pasando por el Normativismo y el Finalismo, para llegar a su conclusión en los Sociologismos de Roxin y Jakobs, dejándose en claro que no es la intención aquí la de presentar a una escuela como la “evolución” o “superación” de las anteriores; sino porque nos parece que este es el modo más adecuado de manifestar los principales lineamientos teóricos de las corrientes de pensamiento penal que aquí hemos de abordar.

II. LA ESCUELA POSITIVISTA –BELING-:

Como dijimos al comienzo la idea de este breve trabajo es el de exponer el desarrollo de los conceptos fundamentales que definen a la Escuela Analítica del Derecho; es decir que nos referiremos, concretamente, al delito como fenómeno caracterizado por la acción típica, antijurídica y culpable, intentando presentar sus elementos constitutivos en una manera esquemática y comparativa.

II.1. Acción:

Para esta escuela penal, llamada también por algunos sectores “naturalismo”, la acción humana es preponderantemente causal, consiste en una actividad de inervación muscular –acción- o en la ausencia de ésta –omisión-, producida por un mínimo de impulso psíquico y de la que resulta una modificación del mundo exterior. Encontramos entre los más notorios exponentes de esta posición a Von Liszt; Beling y Radbruch.

Acción, entonces, es un comportamiento humano voluntario que posee una fase interna –subjetiva, basada en la libertad de inervación muscular- y una externa –resultado-.

Para Beling la acción, para ser punible, tiene que haber sido el producto de la voluntad libre¹, es decir, no caer en los supuestos previstos por los § 51 - estado de inconsciencia o alteración morbosa de las facultades mentales-² y § 52 – fuerza física

¹ VON BELING, Ernst: “Esquema del Derecho Penal y Doctrina del Delito Tipo”; traducción del alemán por el Dr. Sebastián Soler; ed. Depalma, Bs. As., 1944, págs. 19-20

² Se refiere al concepto de acción que hemos expuesto en forma precedente.

irresistible y a la coacción-³ del viejo Código Penal Alemán, a los que este autor refiere, como así tampoco, ser la consecuencia de un estado de enfermedad o sueño o tratarse de un comportamiento mecánico, producto de un estímulo irresistible –el movimiento causado por un estornudo, por ejemplo- o de los reflejos del sistema nervioso.

La acción debe exteriorizarse y no tratarse de un simple “querer”, un aspecto puramente interno, puesto que, en ese caso, cae dentro de los límites del principio “*Cogitationis poenam nemo patitur*”⁴, cuya consecuencia lógica es la impunidad.

La incorporación de este elemento a la estructura del delito representó un verdadero avance científico debido a que la acción significa un importante freno a la potestad represiva del Estado, puesto que exige la exteriorización del comportamiento humano como requisito ineludible para la activación de los mecanismos punitivos.

La acción, así concebida, se transforma en un ingrediente moderador y humanizador del Derecho Penal destinado a bloquear los embates de esquemas jurídicos de neto corte autoritario, basados en el “hipersubjetivismo” o en la “peligrosidad” del delincuente que, como hemos ya visto a lo largo del desarrollo histórico de los sistemas jurídicos, amenazan, de manera periódica y constante, las puertas de la dignidad del individuo y de la recta justicia en aras de una supuesta “efectividad”, capaz de fagocitarse al ser humano en el afán de desnaturalizar al Estado como institución establecida por el hombre y para el hombre –considerando a esta creación un fin en sí

La obra traducida por Sebastián Soler, a la que hacemos referencia en la nota anterior y donde se mencionan estos dos párrafos, data del año 1930, es por esto que Von Beling se refiere siempre a disposiciones del Código Penal Alemán vigente en aquella época. Con respecto al viejo párrafo 51, Beling se refiere al texto que rigió desde el año 1871 a 1934, cuyo texto original es el siguiente: “§ 51. *Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Thäter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewusstlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war*“. La traducción que le doy a este artículo sería: “§ 51. No existe –está presente- acción punible cuando, en el momento de cometer el acto, la voluntad libre del autor se encontraba afectada –gobernada- por un estado de inconsciencia o alteración morbosa de las facultades mentales.”. La cita del texto legal en su lenguaje original está extraída de la página web: <http://delegibus.com/2010,1.pdf>.

³ Aquí Von Beling se refiere al párrafo 52 del Código Alemán, que estuvo en vigor desde el año 1872 hasta 1953. En su versión original dice: *Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Thäter durch unwiderstehliche Gewalt oder durch eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genöthigt worden ist*. El significado de este artículo sería: No existe conducta punible –acción punible- cuando el autor ha sido forzado a realizar la acción por fuerza irresistible o mediante una amenaza, con una intensidad de alguna forma de peligro actual, para la vida o la integridad física de sí mismo o de un familiar. Cita extraída de la página web: <http://delegibus.com/2010,1.pdf>. Las dos disposiciones legales que citamos en esta nota y en la anterior, son enunciadas –sin sus textos- en la cita de Von Beling, correspondiente a la primera nota de este trabajo.

⁴ La traducción más exacta de esta máxima latina sería a mi entender “*Nadie es pasible de pena a causa de sus pensamientos*”.

mismo y, aún más, superior a sus creadores-, deformándose con esto, también, la misión de control social del Derecho Penal.

II.2. Tipo Penal (Gesetzliche Tatbestand):

A Beling le debemos el desarrollo de la noción “tipo penal” como uno de los elementos del delito.

Sebastián Soler, como traductor de la obra de Beling, refiere, en relación al significado de la expresión “tipo penal” en alemán –gesetzlich tatbestand- lo siguiente: *“Según la interpretación de Beling, la expresión tatbestand tiene aquí el sentido de delito-tipo, por oposición a tipo de delito; a mera figura delictiva...El sentido literal de la palabra derivase de Tat = hecho y bestehen = consistir aquello en que el hecho consiste; la esencia legal del hecho”*⁵.

De lo que aquí exponemos se deriva necesariamente que si, para esta posición causalista, **el tipo penal significa** “aquello en que el hecho consiste”, nos encontramos en presencia de **un concepto de neto corte objetivo**, que se refiere **al hecho mismo**.

La noción belingiana de tipo penal debe distinguirse de la de “figura delictiva” que es el concepto que engloba a todos los elementos del delito, es por esto que, de acuerdo al pensamiento de este autor, la idea que el tipo delictivo, pueda contener elementos subjetivos, proviene de la confusión conceptual entre éste y la “figura” –que es la que los contiene en realidad.

El tipo es un cuadro abstracto de un acontecimiento vital de determinada clase, definido por su verbo –matar, hurtar, dañar, etc.- que desempeña una **función objetiva y plenamente descriptiva del hecho**.

Visto de esta manera el “gesetzliche tatbestand” (tipo penal) opera como una especie de **matriz general**, cuya función es la de servir de punto de referencia con el cual se habrán de relacionar los otros dos elementos: a) la antijuridicidad –de la que será un verdadero **indicio**- y b) la culpabilidad, en sus dos formas –dolo y culpa; constituyéndose así la “figura delictiva”, que es el resultado final de esta combinación.

El **tipo, objetivo**, aunque carece de elementos subjetivos, posee elementos normativos y, a pesar de ser, como dijimos, **un verdadero indicio de antijuridicidad**, no se confunde con ésta –la concepción causalista de la tipicidad no acepta el concepto

⁵ Nota de Sebastián Soler en: VON BELING, Ernst: Op. Cit., pág. 42.

de “tipo de injusto”- y termina, no sólo por **combinarse con los demás elementos** de la “*figura delictiva*”; sino que es el componente que **dota de sentido** a la misma.

II.3. Antijuridicidad:

La antijuridicidad desde esta concepción positiva está definida como oposición al conjunto del Derecho, es, ni más ni menos que “*el presupuesto general de la punibilidad*”⁶.

A la fuente de la antijuridicidad se la debe buscar más que en la norma penal, en las restantes ramas del Derecho, puesto que significa violación u oposición a todo el Ordenamiento Jurídico⁷.

Al posicionarnos en esta postura “positiva” o “causalista”, consideraremos a la antijuridicidad como un presupuesto general de **carácter objetivo** –relación de contradicción con el Ordenamiento Jurídico en su conjunto- y su relación con la tipicidad, como expresamos supra, consiste en que el tipo es un indicio de la misma.

Este elemento del delito representa, por lo dicho, un juicio general, valorativo y formal, indicativo de la falta de permiso para obrar⁸.

II.4. Culpabilidad:

Este es un ingrediente fundamental de la concepción causalista y hace referencia a un juicio valorativo sobre la fase interna (espiritual o subjetiva de la acción) y tiene sus formas en el dolo y la culpa.

La culpabilidad, sin embargo, tiene como su presupuesto la imputabilidad del agente, que se manifiesta en el “poder de resistencia” que posee el individuo, en correcto uso de sus facultades mentales, que sólo adquiere el hombre en el curso de su desarrollo individual.⁹

⁶ VON BELING, Ernst: Op. Cit, pág. 22.

⁷ VON BELING, Ernst: Op. Cit, pág. 22.

⁸ MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel: “Reflexiones en torno a las relaciones entre lo fáctico y lo normativo en la Teoría del Delito”, Revista de la Universidad Pontificia Javeriana, año 2008, Cali, publicación online: www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/5Munoz.pdf, pág. 89.

⁹ VON BELING, Ernst.: Op. Cit., págs. 33-35.

La “teoría psicológica de la culpabilidad” establece una relación subjetiva entre el autor y el resultado que se manifiesta, como dijimos en el obrar antijurídico consciente y voluntario –dolo- o en el negligente e imprudente –culpa-.

De lo dicho en el párrafo anterior se deriva que, al analizar la conducta delictiva de un sujeto, iniciaremos la tarea por el abordaje de una **acción de tipo “ciega”** en la que sólo se examinará el aspecto causal del hecho, junto con ese “**mínimo de impulso psíquico**” requerido para este elemento del delito, **dejándose el contenido psicológico esencial para cuando se arribe**, después de pasar por la tipicidad y la antijuridicidad, **al análisis de la culpabilidad**.

El dolo se concibe como un producto de la unión de **conocimiento y la intención de ejecutar las “circunstancias de hecho” que conforman los presupuestos objetivos del tipo** – por ejemplo actuar con intención de matar, sabiendo que la conducta que estoy desplegando y los medios que estoy utilizando son capaces de producir ese efecto en el caso concreto-. Esta es la fórmula del viejo § 59 (1) del Código Penal Alemán¹⁰.

Sin embargo, para esta postura, todavía no se encuentra completo el concepto de dolo, sino que estos dos elementos se le debe sumar **la conciencia de antijuridicidad de la acción**.¹¹.

III. ESCUELA NORMATIVISTA O NEOKANTISMO –MAYER, MEZGER Y FRANK-:

Esta escuela surge en Alemania por influencia principal del rebrote de la filosofía de Kant y encuentra sus representantes más sobresalientes en Mayer, Mezger, Fischer y Frank.

Esta nueva corriente, también llamada neoclásica, analiza los elementos del delito de la siguiente manera.

¹⁰ Es importante citar esta fuente porque, luego Welzel, dirá que éste es el concepto adecuado para el dolo, es decir conocimiento e intención de ejecutar los presupuestos objetivos del tipo, sin la presencia de la conciencia de antijuridicidad de la conducta. El viejo parágrafo 59, inc. 1º, vigente desde el año 1872 a 1975, en su redacción original decía: (1) *Wenn Jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Thatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen*. La traducción de este texto sería: (1) *Cuando alguien en la comisión de un acto criminal –punible- desconozca la existencia de circunstancias que pertenecen al tipo delictivo o que pueden aumentar la pena del mismo; estas circunstancias no le serán –son- imputables*. La cita de este texto normativo fue extraída de <http://delegibus.com/2010,1.pdf>.

¹¹ VON BELING, Ernst: Op. Cit., pág. 77.

III.1. Acción:

El normativismo mantiene la concepción causal de la acción que ya analizamos, pero **le agrega**, subrepticamente, un nuevo elemento que es de neto corte valorativo, como es la **“finalidad de la Ley”**. La introducción del elemento normativo en el concepto causal de acción es muy sutil y requiere mucha atención por parte del lector.

Si nosotros estudiamos a Mezger, veremos que este autor, en un principio, parece defender un principio puramente causal –realista- de acción, estableciendo que la misma es un concepto ontológico en esencia y que, por ende, la apreciación normativa –esto es el “deber ser jurídico”- de sus distintos elementos no tiene lugar en él¹². Sin embargo, luego introduce el elemento de la “finalidad de la ley” que se refiere a lo que la misma exige del autor, parámetro de acuerdo al cual se mide el valor de la acción, expresando que, si bien esta idea no desempeñaría ningún papel en la teoría ontológica de la acción, puede señalar los puntos de inserción a los que se puede aplicar tal valoración normativa¹³.

A pesar de lo referido, no será propiamente en la teoría de la acción donde se verá la mayor influencia del normativismo y sus ideas, sino a partir del abordaje teórico del próximo elemento del delito, que desarrollaremos a continuación.

III.2. Tipo:

A diferencia de la concepción beligniana, de neto corte objetivista, que establecía un tipo con una función meramente descriptiva de los hechos; el normativismo **introduce la “valoración” como elemento fundamental de la tipicidad** y reemplaza el concepto tradicional por el de “tipo de injusto”.

De acuerdo a la idea señalada en el párrafo anterior, es punible sólo el que **actúa típicamente** y esto se dará siempre que, además de la **actualización de la conducta descrita** por la norma, **no se de alguna de las causas de exclusión del injusto.**

¹² MEZGER, Edmund: “Derecho Penal” –Parte General-, traducción de Conrado A. Finzi, editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1955, pág. 87.

¹³ MEZGER, Edmund: Op. Cit., pág. 92.

El tipo de injusto es **antijuridicidad tipificada** y se encuentra **compuesto** por **elementos subjetivos** – “con intención de”, “a sabiendas”- y **elementos de juicio valorativos** que, a su vez, pueden ser: a) elementos de juicio cognitivo –“peligrosidad”- o b) elementos de juicio propiamente valorativos – “acción impúdica”, “maltratar”, etc.-¹⁴.

La tipicidad, así concebida, se manifiesta como “**el conjunto de características de la acción prohibida que fundamentan su antijuridicidad**”¹⁵.

A partir de esta concepción, como dijimos, la noción de tipo deja de ser de contenido estrictamente objetivo y pasa a ser sustituida por otra de neto corte valorativo, en la que, si bien, el tipo sigue siendo un indicio de la antijuridicidad, desde el punto de vista conceptual, desde el punto de vista ontológico se encuentra fusionado con ésta, aunque, como afirman los mismos normativistas, siempre es conveniente llevar a cabo el análisis de ambas nociones por separado, como conceptos diferenciados.

III.3. Antijuridicidad:

La antijuridicidad sigue siendo para los normativistas una noción de neto corte objetivo y se define como **el juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico**¹⁶.

El juicio “general-objetivo” de la antijuridicidad no se refiere, necesariamente, a los sucesos objetivos del mundo externo; sino que **alude a la ordenación** que hace el Derecho de esos sucesos externos, **de acuerdo a la valoración que lleva a cabo la estructura jurídica** de los mismos.

Con lo que venimos desarrollando se puede ver que los normativistas desarrollan un concepto de antijuridicidad que se encuentra impregnado hasta la médula de contenido valorativo.

¹⁴ MEZGER, Edmund: Op. Cit., pág. 145.

¹⁵ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo: “Derecho Penal” –Parte General-, Madrid 1977, págs. 239 y 240. Citado por BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: “Algunos Planteamientos Dogmáticos en la Teoría Jurídica del Delito en Alemania, Italia y España”, U. de Frídbourg, Suiza, año 2008, publicación on line: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_33.pdf.

¹⁶ MEZGER, Edmund: Op. Cit., pág. 131.

III.4. Culpabilidad:

Si la antijuridicidad representa un juicio de tipo “objetivo-impersonal-valorativo”, que lleva a cabo el Derecho sobre los acontecimientos del mundo externo, la culpabilidad representa la otra cara de la moneda, en tanto que aborda la imputación personal de un hecho al autor del mismo.

Una de las innovaciones más importantes que incorpora el normativismo, de la mano de Reinhard Frank, es la de introducir la “reprochabilidad” –vorwerfbarkeit– como elemento fundamental de la culpabilidad, que no tiene entidad en sí misma, sino que representa un breve resumen de la totalidad de elementos que componen a la culpabilidad –schuld–.

La esencia y fundamento de la culpabilidad, para esta corriente, se representa a través de la posibilidad de actuar de otra manera –más que de actuar de otra manera, **el hecho de que al autor pueda exigírsele una conducta diferente**¹⁷.

La estructura necesaria de la **reprochabilidad**, tronco inamovible de este último elemento conceptual del delito, exige que se den tres condiciones:

- **Imputabilidad:** es una actitud espiritual del autor que permite que el comportamiento antijurídico pueda ser convertido en reproche;
- **Relación psíquica del autor con el hecho:** que se manifiesta a través del dolo o de la culpa¹⁸.
- **Normalidad de las circunstancias en las cuales el autor actúa:** por ejemplo, no cabe reprochabilidad cuando el agente reacciona ante una situación anormal de peligro para sí mismo o para un tercero¹⁹.

A partir de esta corriente adquiere carta de ciudadanía en la doctrina penal el **concepto normativo de la culpabilidad** –por oposición a la concepción psicológica de la culpa, que hace referencia al “estado mental del autor del hecho” y que desarrollamos en el positivismo causalista– **que hace hincapié** más que en la conexión psíquica del autor con el resultado, **en la posibilidad de que al autor le**

¹⁷ MEZGER, Edmund: Op. Cit., pág. 193.

¹⁸ Es más que interesante, para quién desee profundizar en el tema, la traducción que le da el Dr. Vidal al término Vorsatz como intención, en vez de dolo y las consecuencias prácticas que esto trae aparejado. Véase VIDAL, Humberto S. : “Idealismo y Realismo en Teorías de la Culpabilidad”, Ed. Lerner – Opúsculos de derecho penal y criminología-, Córdoba, 2011, págs. 11-15.

¹⁹ FRANK, Reinhard: “Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad”, Título original en alemán: “Über den Aufbau des Schuld begriffs”, edición de Alfred Töpelmann, Giessen, 1907; traducción al español a cargo de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw –profesora de alemán-, editorial B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2002, págs. 40-41.

pueda ser exigida otra conducta diferente, que es, como dijimos, la esencia de la reprochabilidad.

Sin embargo, en el normativismo, la reprochabilidad presupone necesariamente, entre sus condiciones, el dolo y la culpa, que todavía forman parte de la culpabilidad, atento a que esta corriente, **si bien acepta los elementos subjetivos del tipo, rechaza de plano el concepto de tipo subjetivo que analizaremos en el finalismo.**

IV. EL FINALISMO –WELZEL-:

Este movimiento, iniciado por Welzel y que tiene entre sus más grandes exponentes, junto con el nombrado, a Stratenwerth y Maurach, produce, a través de la importación del método ontológico al mundo jurídico, un giro copernicano en la forma de ver la estructura de los elementos del delito, como desarrollaremos a continuación:

IV.1. Acción:

Hans Welzel comienza a desplegar su estructura de los elementos del delito criticando, en primer orden, la noción causalista de acción, elaborada fundamentalmente por Radbruch, a la que califica como “ciega”.

Para este autor, **lo esencial de toda acción humana** no es la relación de causalidad existente entre el obrar del autor y el resultado; sino que el elemento más importante **se encuentra representado por la “voluntad de acción anticipadora y rectora”** del agente, agregando Welzel que, sin este ingrediente, el actuar del hombre se vuelve un proceso natural y carente de sentido.

Para el finalismo sólo un concepto de acción en el cual el “contenido” de la voluntad que anticipa las consecuencias es factor rector del acontecer exterior, puede hacer comprensible el actuar del hombre como proceso animado de sentido²⁰.

El obrar humano se encuentra compuesto de dos etapas representadas por el pensamiento y la acción.

²⁰ WELZEL, Hans: “Derecho Penal Alemán” –Parte General-, 11ª Edición, 4ª Edición Castellana, traducción a cargo de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág. 48.

En la primera fase –la del pensamiento-, la voluntad anticipadora obra del siguiente modo:

- **Propone el fin** –lo anticipa-;
- **Selecciona los medios** de la acción para la consecución del fin;
- **Considera los efectos concomitantes**: este análisis, que no se hace “hacia atrás” sino “hacia delante”, puede inducir al autor a modificar los medios escogidos.

En la segunda fase –la del obrar-, la dirección final se lleva a cabo en el mundo real. Este sí que es un proceso causal, pero que se encuentra determinado por la definición del fin y la elección de los medios que se ha llevado a cabo, en modo previo, en la esfera del pensamiento. Es por eso que Welzel habla de “dirección final”, que ha sido predeterminada por la voluntad de anticipación que es el concepto fundamental en el análisis de la acción y no la causalidad.

Cuando analizamos la acción, según el finalismo, más que en la causación de un resultado –modificación perceptible del mundo exterior-, habremos de reparar en la voluntad del sujeto como elemento determinante.

Es por lo dicho que, para esta corriente doctrinaria, la acción se define como un acontecer final, entendiéndose como actividad final un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso se dice que la finalidad es “vidente”, mientras que la causalidad es “ciega”²¹.

Este concepto de actuar humano termina transformándose en un soporte de tipo ontológico previo a toda actividad legislativa y va a permitir que la mayoría los aspectos constitutivos de los elementos del delito, a través de la noción de tipicidad objetiva y subjetiva, pasen a formar parte de la acción.

IV.2. Tipo:

Como referimos en el apartado anterior, si el concepto de acción funciona como un verdadero soporte ontológico previo, la tipicidad, al estar orientada a prever conductas humanas, no puede abstraerse de la idea de voluntad anticipadora; es por esto que, siguiendo esta línea de pensamiento, es natural que

²¹ WELZEL, Hans: Op. Cit., págs. 39-40.

el dolo y la culpa, que antes formaban parte de la culpabilidad, ahora pasan a ser ingredientes constitutivos de la tipicidad subjetiva.

El tipo, para el finalismo, ya no se conceptualiza como “*matriz objetiva y meramente descriptiva*” –posición beligniana-, ni tampoco como “*antijuridicidad tipificada*” –doctrina normativista-, sino que pasa a ser “*la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma)*”²². La tipicidad se reduce a una figura meramente conceptual.

El tipo tiene su fundamento en el principio “*nullum crimen sine praevia lege*” y, por lo tanto, su función es la de describir en modo exhaustivo, claro y preciso la materia de la prohibición penal.

El finalismo, como se ve, tampoco participa del concepto de “tipo de injusto” que elabora la doctrina normativista, sobre todo a través de la labor de Sauer y Mezger.

Este elemento del delito para el finalismo, como ya señalamos, se divide en:

- **Tipo objetivo:** que es el núcleo real-material de todo delito. Como sostiene el mismo Welzel: “*Delito no es únicamente voluntad mala, sino que voluntad mala que se realiza en un hecho*”²³ y,
- **Tipo subjetivo:** que se divide en: **a) tipo doloso:** que conceptualiza al dolo como un **saber y querer** orientado hacia la realización del tipo y, **b) tipo culposo:** en los que la infracción tiene que ser establecida por el juez de acuerdo al criterio del **debido cuidado** en el ámbito de relación que presupone el intercambio finalista²⁴.

IV.3. Antijuridicidad:

Para el finalismo, teniendo presente que no acepta el concepto de “tipo de injusto” que propone el normativismo, la antijuridicidad se ve reducida a una mera relación de contradicción entre la realización del tipo y las exigencias del Derecho.

Antijuridicidad es un concepto objetivo que implica una mera discordancia entre la realización de la norma prohibitiva y el ordenamiento jurídico en su conjunto.

²² WELZEL, Hans: Op. Cit., pág. 60.

²³ WELZEL, Hans: Op. Cit., pág. 75.

²⁴ Véase WELZEL, Hans: Op. Cit, pág 59.

Este concepto jamás se puede encontrar fusionado o confundido con el de tipicidad, debido a que no existen tipos antijurídicos, sino sólo realizaciones antijurídicas del tipo, atento a que el tipo es una mera figura conceptual.

El fundamento que se da para sostener esta afirmación es que el ordenamiento jurídico no sólo se compone de normas prohibitivas, sino también de permisos – causas de justificación- que interfieren, en ciertos casos, con la norma “abstracta” del tipo y autorizan su realización –dar muerte a otro en legítima defensa-. Por esto se dice que **toda realización del tipo es antinormativa, lo que no implica que sea antijurídica**²⁵.

IV.4. Culpabilidad:

Debido a que el finalismo extrae el dolo y la culpa de este último elemento para transportarlo a la tipicidad subjetiva, la **culpabilidad queda reducida a reprochabilidad pura** –en los términos que vimos en el normativismo- **unida a a la conciencia de antijuridicidad** de la acción –que para las otras dos teorías anteriores integraba el concepto de dolo-.

Respecto de este último elemento Welzel, basándose en una interpretación literal del § 59 del viejo Código Penal Alemán –cuyo texto transcribimos en la nota al pie número 10 de este trabajo-.

V. SOCIOLOGISMOS:

Dentro de esta línea de pensamiento encontramos dos posiciones predominantes que se encuentran bien diferenciadas, por un lado el sociologismo moderado de Claus Roxin y, por la otra la corriente extrema, posición que es defendida por la tesis de Gunther Jakobs.

V.I. SOCIOLOGISMO MODERADO DE ROXIN:

Este autor concibe a los elementos del delito de la siguiente manera:

²⁵ Conf. WELZEL, Hans: Op. Cit., págs.59-62.

V.I.1. Acción:

Roxin, luego de llevar a cabo una detallada exposición crítica de las teorías de la acción de las restantes escuelas²⁶, presenta su tesis que consiste en el “concepto personal de acción”.

La acción así concebida es una verdadera manifestación de la voluntad humana que implica dos componentes esenciales:

- **Atribuibilidad a un ser humano como centro anímico-espiritual**, es decir que quedan afuera del concepto de acción todos los tipos de manifestaciones que no son dominadas por la conciencia –sueño, movimientos reflejos, vis compulsiva etc-;
- **Relación con el mundo exterior**: como acción es “manifestación” misma, implica necesariamente que ésta debe exteriorizarse en el mundo, por lo que **quedan afuera los pensamientos y los impulsos que pertenecen a la esfera espiritual-anímica de la persona que no se expresan** en la realidad material.

El concepto personal de acción, de esta manera cumple una **triple función** para el Derecho:

- **Elemento básico del delito**: es idóneo para abarcar todas las formas de conducta delictiva –comprende tanto a las acciones dolosas, como las culposas o imprudentes-. Lo único que se debe indagar en esta etapa, para Roxin, es si la acción es una “manifestación de la personalidad” del agente, no un resultado o una relación causal o un producto de la finalidad; como así tampoco la relevancia social de la misma;
- **Elemento de enlace**: este concepto si bien concibe dentro de sí la forma prejurídica de la acción –que es como la entiende el común de la gente-, también abarca el fragmento de la realidad relevante para una primera y previa valoración jurídica. Este concepto personal, como elemento de enlace, pone de manifiesto los datos y circunstancias reales -elementos corporales y psíquicos- junto con múltiples categorías valorativas, privadas, sociales, éticas, pero

²⁶ Para profundizar véase ROXIN, Claus: “Derecho Penal –Parte General, Tomo I-” –Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito-, Traducción de la 2ª edición alemana y notas a cargo de : Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal, editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 235-247.

también jurídicas, quienes codeterminan en su sentido las manifestaciones de la personalidad y a veces la constituyen por vez primera²⁷;

- **Límite**: representa un criterio decisivo para determinar cuándo nos encontramos con “acción” en términos de “manifestación de la personalidad” –es decir, penalmente relevante- y cuando nos hallamos ante la “falta de acción”.

El concepto personal de acción, es normativo en la medida en que la perspectiva valorativa es la que define la inclusión o exclusión en el sistema de los casos “fronterizos” o “dudosos”.

Roxin se encarga de resaltar que, si bien la acción es normativa –en el sentido que lo expusimos-, no es normativista, puesto que acoge en sí la realidad de la vida y es capaz de considerar en todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica²⁸.

V.I.2. Tipo:

Para este autor el tipo reúne las circunstancias que fundamentan el contenido de merecimiento de la penal del delito del que se trate –todos los elementos que convierten el hurto en hurto o la estafa en estafa-.

Los tipos son tablas prohibitivas abstractas y formuladas para general conocimiento, que anticipan sanciones y cumplen funciones preventivo-generales, es decir que actúan intimidando

Roxin se manifiesta partidario de la inclusión del dolo o la culpa en el tipo y, entre las razones de más peso que da para fundamentar esta posición, manifiesta que: “*la separación del dolo y la imprudencia es una delimitación según el tipo de injusto y confirma así la ubicación del dolo típico en el tipo mismo*”²⁹.

Por lo que señalamos en el párrafo anterior podemos deducir que esta posición no desecha de plano la idea de “tipo de injusto” esbozada por el normativismo –a pesar de que considera que las causas de justificación no se identifican con el tipo porque no están vinculadas al tenor literal-.

Afirma que tipicidad y antijuridicidad han de quedar separadas sistemáticamente; pero que, a pesar de esto, ambas nociones pueden reunirse al componer un “**tipo global**”

²⁷ ROXIN, Claus: Op. Cit., págs. 257-258.

²⁸ ROXIN, Claus: Op. Cit., pág. 265.

²⁹ ROXIN, Claus: Ibidem..pág. 426.

en el aspecto del injusto. Por lo que es absolutamente legítimo contraponer a la **“responsabilidad” –que veremos al tratar la culpabilidad- el “injusto” como unidad superior de tipo y antijuridicidad.**

Lo expresado en el párrafo anterior implica que, en el caso concreto, el legislador puede renunciar en buena medida a describir un tipo delictivo abstracto y hacer depender la punibilidad de la comprobación judicial de la antijuridicidad material, es decir, la intolerable nocividad social. Esto implica una **interpretación de la tipicidad orientada hacia la protección del bien jurídico protegido**, método que deja en claro, según el autor, el por qué una parte de las acciones insignificantes son atípicas y, a menudo están excluidas por el propio tenor legal³⁰.

La interpretación de la tipicidad orientada hacia la protección del bien jurídico protegido –proclive a la concepción de tipicidad global- permite, para Roxin, solucionar los equívocos que pueda llegar a plantear la hermenéutica, libre valorativamente, casi de automática subsunción, cercana al ideal liberal-positivista; pero es cuidadoso en recalcar que **esta “subsunción casi automática” debe ser realizada siempre en primer término y que el segundo método debe ser empleado cuando falla la primera.**³¹ Con la adopción de este método se abre la puerta al “principio político criminal” en la teoría de la tipicidad.

V. I. 3. Antijuridicidad:

Este autor, al referirse a este tercer elemento constitutivo del delito, comienza diciendo que una acción típica es antijurídica si no hay causa de justificación que excluya la antijuridicidad³², manifestando que **la antijuridicidad designa una propiedad de la acción típica que consiste en la contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho Penal.**

Sin embargo, como ya lo hemos visto al tratar la tipicidad, Roxin se manifiesta partidario del concepto “global” de “injusto” que nuclea dentro de sí a la acción, la tipicidad y la antijuridicidad.

La antijuridicidad se divide en:

- **Formal:** contraviene un mandato social y,

³⁰ ROXIN, Claus: Op. Cit., pág. 297.

³¹ ROXIN, Claus: “Política Criminal y Sistema de Derecho Penal”, traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, 2ª edición, 1ª reimpresión, editorial Hammurabi, Bs. As., 2002, págs. 53-54.

³² ROXIN, Claus: Derecho Penal..., pág. 557.

- **Material:** se plasma en una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extra-penales.

El principio político criminal se encuentra presente en toda la teoría de Roxin y la antijuridicidad no es una excepción a esta afirmación.

El autor atribuye a las causas de justificación la función político-criminal de solución de conflictos, penetrando en la teoría del delito la dinámica de los cambios sociales³³.

Asimismo, la antijuridicidad material, entre sus funciones esenciales:

- Permite realizar graduaciones del injusto y aprovecharlas dogmáticamente;
- Proporciona medios auxiliares para interpretación de la teoría del tipo, del error y para solucionar problemas dogmáticos;
- Hace posible formular los principios en los que se basan las causas de exclusión del injusto y determinar su alcance.

En la teoría de Roxin se incorpora, **moderadamente**, la **victimo-dogmática** a la estructura del injusto material.

Según el principio victimo-dogmático se dice que ***allí donde sea posible y exigible una autoprotección eficaz, no concurrirá una lesión de bienes jurídicos digna de castigo y quedará justificada la impunidad de la lesión en función del principio de “Subsidiariedad del Derecho Penal”***³⁴-el Ordenamiento Penal no está, según esta concepción, para proteger al supino incauto, por ejemplo-.

Dijimos que se incorpora este concepto en forma moderada, porque el autor expresa que este enfoque victimo-dogmático sólo es rechazable en la medida en que se le da un carácter general y absoluto.

Por último, el autor no está de acuerdo –al igual que Maurach, Jescheck y Lenckner- con una sistematización cerrada de las causas de justificación o sistema de “*numerus clausus*”.

V.I.4. Culpabilidad:

Respecto de este último elemento analítico, el Dr. Roxin, fiel al principio político criminal, **abarca a la culpa y a la necesidad preventiva** bajo un concepto más amplio

³³ ROXIN, Claus: Política Criminal..., pág. 75.

³⁴ ROXIN, Claus: Derecho Penal..., págs. 562-567.

que es la “**responsabilidad**” –ésta es la noción, como dijimos, que representa la contracara de “injusto global”-.

Para sostener esta afirmación, una de las razones más importantes que da el autor consiste en que, bajo la presión del peligro para un bien jurídico protegido, el ser humano actúa en su defensa. La irrepetición irregular de tales situaciones hace innecesarios los efectos preventivos –generales y especiales- de la pena, como así también afirma que la culpabilidad mínima no puede justificar la sanción penal por parte del Estado; es por esto que resulta más apropiado hablar de responsabilidad que de culpabilidad³⁵.

La **responsabilidad se define como “una valoración desde el punto de vista de hacer responsable al sujeto”**³⁶ –**quién cumple sus requisitos, se hace acreedor a una pena-** y se encuentra **conformada por tres elementos diferentes** que son:

- **Culpabilidad:** que constituye un dato mixto empírico-normativo y que representa la capacidad general de auto-control y la asequibilidad normativa que ella comporta –**¿está en condiciones de cumplir la norma?**-. La culpabilidad es “Suposición garante de la libertad” y tiene las **funciones** de: a) **fundamentación** y b) **medición de la pena** –no hay pena sin culpa y la sanción debe guardar proporción con la culpa del agente-;
- **Posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad:** que es la categoría que quedó en la culpabilidad desde el finalismo;
- **Normalidad de las situaciones en las que se actúa:** recordemos que éste era uno de los elementos constitutivos de la “reprochabilidad” de Frank³⁷.

Por último, podemos decir que Roxin define a la culpabilidad como “*actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa*”. Esto significa que el autor, por su estado mental y anímico, en el momento del hecho, se encontraba disponible para el “llamado de la norma” –podía concretamente decidirse por orientar su conducta conforme al precepto jurídico-³⁸.

A diferencia de Jakobs, Roxin no basa la culpabilidad en necesidades preventivo-generales –posición que critica-³⁹, sino que el fundamento de la culpabilidad es la

³⁵ ROXIN, Claus: Política Criminal..., pág. 91.

³⁶ ROXIN, Claus: Derecho Penal..., pág. 791.

³⁷ Véase ROXIN, Claus: Derecho Penal..., págs. 791; 808-809; 811 y 822.

³⁸ ROXIN, Claus: Derecho Penal..., pág. 807.

³⁹ ROXIN, Claus: Derecho Penal –Parte General” –Fundamentos y Teoría de la Imputación-; versión traducida del alemán por Joaquín Cuellos Contreras y José Luis Serrano González de Murillo; Marcial

libertad del hombre; puesto que sólo cuando el ser humano goza de capacidad de control y concreta asequibilidad normativa se le puede tratar como libre.

V.II. SOCIOLOGISMO EXTREMO DE JAKOBS:

Este autor, como dijimos, defiende una tesis sociologista de una línea más dura que la de Roxin, puesto que basa toda su teoría en una serie de expectativas sociales de fidelidad del individuo a la ley, que terminan siendo el fundamento último de la pena.

Para poder entender a esta corriente es fundamental el manejar conceptos como **status** –posición que ocupa una “persona” en la sociedad (médico, taxista, padre, hijo, novio, etc.)- y **rol** –es la conducta que socialmente se espera que despliegue la persona de acuerdo al status que posee (que el mozo sirva la bebida, que el médico cure, etc.)-.

Todo status genera expectativas de roles y el status de “persona” –sujeto potencialmente titular de derechos y obligaciones-⁴⁰ no es la excepción a este principio, como dijimos, trae aparejado la expectativa de fidelidad al Derecho.

En la visión de Jakobs los elementos del delito son representados como se describe a continuación:

V.II.1. Acción:

La acción se define como “causación de resultado individualmente evitable que defrauda expectativas”⁴¹.

Este **elemento del delito se caracteriza** como el concepto de lo que ha de definirse como **un sujeto que puede comportarse defraudando expectativas configurando el mundo en un modo no permitido.**

Cuando el sujeto actúa defraudando expectativas y configurando el mundo según su representación interior se dan los elementos objetivos y subjetivos de la acción.

Pons Ediciones Jurídicas-2ª ed-., Madrid, 1999, págs. 805-807.

⁴⁰ JAKOBS, GUNTHER: “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional”, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, editorial Civitas, 1ª reimpresión de la 1ª edición, Madrid, año 2000, pág. 38. En igual sentido: JAKOBS, Gunther – CANCIO MELIA, Manuel: “Derecho Penal del Enemigo”, editorial Civitas, 1ª edición, año 2003, Madrid, pág. 25 y ss.

⁴¹ JAKOBS, GUNTHER: Derecho Penal.. pág. 199.

Para esta corriente tipicidad y acción no son diferentes escalones del delito, puesto que el tipo no se manifiesta antes de la acción y los elementos de la acción son elementos del tipo⁴².

El autor, a pesar de la definición que dimos al comienzo, no se manifiesta en el fondo partidario de un concepto unitario de acción, sino que, al igual que los tipos penales, no existe “la acción” en sí misma, sino que en el sistema penal se dan sólo “acciones”.

V.II.2. Tipo:

Esta corriente se manifiesta partidaria de la concepción de “tipo de injusto”.

Jakobs sostiene que tipo e injusto –formalmente antijuridicidad- sólo serán escalones separados del delito, si el peldaño de la antijuridicidad añade algo al del tipo, esto se da cuando existen causas de justificación⁴³.

De acuerdo con lo dicho, se puede conceptualizar a la tipicidad como *“el conjunto de los elementos con los cuáles se define un comportamiento que, si acaso, es tolerable en un concepto de justificación, se denomina tipo de injusto”*⁴⁴.

De la definición dada en el párrafo anterior se deriva el hecho que la tipicidad – como elemento analítico- constituye **un verdadero indicio del injusto que se encuentra unido conceptualmente a la acción y socialmente a la antijuridicidad**, siendo lo único que puede disolver esta última unión la existencia de causas de justificación –que terminan siendo el elemento que va a quedar ocupando el espacio de lo que era la antijuridicidad en la clásica teoría del delito-.

El motivo por el cual existen los tipos penales no es la protección de bienes jurídicos determinados, sino el hecho de que estos constituyen expectativas necesarias para el buen funcionamiento de la sociedad⁴⁵ –que se garantiza con la fidelidad de la persona al Derecho, que trae como consecuencia la vigencia de la norma jurídica-.

⁴² JAKOBS, Gunther: Derecho Penal.. pág. 200.

⁴³ JAKOBS, Gunther: Derecho Penal.. pág. 195. La definición está copiada en el modo en que ha sido leída, sin embargo, entiendo que, para que guarde coherencia con lo que el mismo autor viene diciendo en ese capítulo el “es tolerable” debería ser reemplazado por la forma subjuntiva “fuese” o quizás con su forma negativa “no es”.

⁴⁴ JAKOBS, Gunther: Derecho Penal.. pág. 191.

⁴⁵ JAKOBS, Gunther: Derecho Penal., págs. 55-60.

El Derecho, cuando acompaña la sanción a una conducta típica, lo hace para preservar la vigencia del Derecho y no para proteger bienes jurídicos –no **importa** el daño al bien jurídico que causa el sujeto al delinquir, sino **lo que comunica defraudando su expectativa de fidelidad** (el rol esperado), que es la no vigencia de la norma-.

Jakobs sigue la tendencia de incorporar el dolo y la culpa –sin la conciencia de antijuridicidad- a la tipicidad, y es por esto que también habla de “**tipicidad objetiva**” y “**tipicidad subjetiva**”, al igual que sus predecesores.

En el ámbito de la tipicidad objetiva el autor, fiel a su postura, establece como límites a la misma –además de la causalidad adecuada (teoría de la que se manifiesta partidario)⁴⁶- los postulados de la responsabilidad objetiva –**riesgo permitido, principio de confianza, el principio víctima-dogmático** o de competencia de la víctima y las reglas aplicables a la participación que se representan a través del principio de “**prohibición de regreso**”⁴⁷.

En lo referente a la tipicidad subjetiva, el autor adopta el concepto de “**dolo conocimiento**” –que no se identifica con la intención del autor-, siguiendo el criterio “negativo” del § 16, inc 1 del Código Penal Alemán,⁴⁸ que afirma que, si se desconoce la realización del tipo, se excluye el dolo.

El dolo no es **dolo de tipo** si no se produjo de un modo **comunicativamente relevante**.

El concepto de comunicabilidad relevante es imprescindible para entender esta parte de la doctrina de Jakobs.

El autor, al igual que el Código Penal Alemán para el caso del dolo, define la comunicabilidad relevante en forma negativa. Se entiende que un acto es **comunicativamente irrelevante** cuando, de acuerdo al contexto en que se desenvuelve y es interpretado, **no puede ser tomado en serio en su significación –por ejemplo, no se puede deducir del acto mismo el dolo de homicidio-**, aun a pesar de la perspectiva

⁴⁶ Véase JAKOBS, Gunther: Derecho Penal.. pags. 238-241.

⁴⁷ Para ampliar sobre estos conceptos, véase JAKOBS, Gunther: Derecho Penal.. págs. 241-307 y JAKOBS, Gunther: “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”, traducción del alemán al castellano por Manuel Cancio Meliá, editorial Ad Hoc, 1ª edición -primera reimpresión, Bs. As., 1997.

⁴⁸ El artículo citado, en su lenguaje original, dice: § 16 (1) *Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich*... La traducción literal de esta parte del artículo sería: § 16 (1) *Todo aquel que durante la comisión del hecho desconoce una circunstancia que forma parte de los elementos del tipo penal, no obra dolosamente*.. Sin embargo, esta expresión, así dicha en castellano, no significa lo mismo que el § 16 (1) en alemán; es por esto que de ahora en adelante, para salvar el sentido de la frase, he de traducirla de la siguiente manera: “§ 16 (1): *No obra dolosamente, todo aquel que realiza un hecho determinado, sin saber que está ejecutando un elemento del tipo pena...*”.

del agente, porque está **considerado por el conocimiento de la generalidad como un juicio irracional** en ese caso⁴⁹. Por consiguiente, será comunicativamente relevante el acto que revela a otros que el agente se dirige seriamente a la producción de un resultado típico con el conocimiento de los elementos constitutivos de éste.

La culpa, o mejor dicho imprudencia –que es como el autor la llama- se reduce a un déficit de fidelidad al Derecho –de grado menor al dolo- que consiste en el esbozo de la realidad que hace el sujeto que es contrario al entendimiento general de que es más ventajoso considerar cuidadosamente las consecuencias de los propios actos, evitando el actuar irreflexivo.

El comportamiento imprudente manifiesta temeridad y un desconocimiento selectivo que proviene del desinterés por la suerte que puedan correr los demás –es un defecto de voluntad del agente-⁵⁰.

V.II.3. Antijuridicidad:

De acuerdo con lo que venimos desarrollando, para Jakobs, lo único que ocupa el espacio reservado a este elemento del delito son las causas de justificación y es por esto que prefiere llamar a este tercer componente, en vez de antijuridicidad, “justificación” o “justificaciones”, para decirlo de modo más apropiado.

Las justificaciones representan intervenciones por parte del autor que son admisibles por el ordenamiento cuando son necesarias. La necesidad o no de estas conductas se miden por el hecho de si reflejan la medida menos drástica a tomar en el caso concreto⁵¹.

La misión de las causas de justificación es la de excluir del ámbito del veredicto general de la antijuridicidad a la norma prohibitiva, funcionan como verdaderas fronteras a la validez ilimitada de la reglamentación general⁵².

⁴⁹ JAKOBS, Gunther: Derecho Penal.. págs. 865-866.

⁵⁰ JAKOBS, Gunther: “Dogmática de Derecho Penal y La Configuración Normativa de la Sociedad”, editorial Civitas, traducción llevada a cabo por personal de la compañía editora, Madrid, 2004, págs. 80-81. En idéntico sentido JAKOBS, Gunther: “El Principio de Culpabilidad”, Conferencia dictada en la Universidad Complutense de Madrid el día 13-5-1992, traducción efectuada por Dr. Manuel Cancio Meliá; publicación online: www.docpdf.info/articles/www+cienciaspenales+net.html.

⁵¹ JAKOBS, Gunther: Derecho Penal... pág. 453.

⁵² JAKOBS, Gunther: “Crímenes del Estado – Ilegalidad en el Estado” –¿Penas para los homicidios en la frontera de la Ex República Democrática Alemana?-, artículo publicado en: Goltdammer’s Archiv für Strafrecht, enero 1994, págs. 1-19, traducción de Pilar Giménez Alcover, en Doxa 17-18, 1995, pág. 457.

V.II.4. Culpabilidad:

El “**tipo de culpabilidad**”, como llama este autor a este último elemento del delito, está básicamente conformado por la motivación jurídicamente incorrecta y por la responsabilidad del autor por el hecho.

Jakobs propugna la integración del injusto en su totalidad en el tipo de la culpabilidad y una de las razones de las que se vale para fundamentar esta posición es que la motivación incorrecta del injusto –eminentemente subjetiva- para recibir sanción penal debe ser interpretada como tal por la sociedad –comunicativamente relevante-. El autor no está motivado sólo según su parecer, sino que con arreglo a su comportamiento –lo que expresa su conducta-, es por esto que la motivación del “tipo del injusto” y la correspondientes al “tipo de la culpabilidad” son dos caras de la misma moneda y no hay que temer a integrarlas en la totalidad del segundo, a esto se le llama *incardinación del injusto*.⁵³

Existe dentro de este elemento del delito el reverso del “tipo de culpabilidad”, que es el “**tipo de exculpación**” –con esto se completa el sistema-, que está formado por lo que se llaman “causas de inexigibilidad”, las que funcionan para el tipo de culpabilidad de forma análoga en que lo hacen las causas de justificación para la antijuridicidad.

El tipo de culpabilidad presupone:

- El injusto;
- La imputabilidad;
- La intelección del injusto: este elemento no se da si el autor obra por error sobre la norma, pero con la suficiente disposición a obedecer normas cognoscibles – sigue siendo leal al Derecho-;
- Los elementos especiales de la culpabilidad –los elementos subjetivos del injusto, pero vistos, desde la culpabilidad, como infracciones de deber⁵⁴-

El tipo negativo de la culpabilidad o “tipo de exculpación”, se encuentra comprendido, como dijimos arriba por las causas de inexigibilidad.

Nos encontramos ante un cuadro de inexigibilidad cuando el comportamiento, sin dudas incorrecto de una persona, no es discutido como tal, al menos en Derecho Penal, ya que aquel puede ser interpretado como la consecuencia de una situación

⁵³ JAKOBS, Gunther: Derecho Penal..., pág. 600 - 601.

⁵⁴ Véase JAKOBS, Gunther: Derecho Penal... págs. 600 y 374.

extraordinaria que puede ser personal o existencial. En los casos de inexigibilidad la lesión que se produce no supone un agravio para la vigencia general del Derecho.⁵⁵

VI. BIBLIOGRAFÍA:

* BARBERÁ DE RISO, María Cristina: Apuntes de clases dictadas por la referida docente, tomados por el autor de este trabajo.

* BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: “Algunos Planteamientos Dogmáticos en la Teoría Jurídica del Delito en Alemania, Italia y España”, U. de Frídbourg, Suiza, año 2008, publicación on line: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_33.pdf.

* FRANK, Reinhard: “Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad”, Título original en alemán: “Über den Aufbau des Schuld begriffs”, edición de Alfred

⁵⁵ JAKOBS, Gunther: Dogmática de Derecho..., pág. 212.

Töpelmann, Giessen, 1907; traducción al español a cargo de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw –profesora de alemán-, editorial B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2002.

* JAKOBS, Gunther: “Crímenes del Estado – Ilegalidad en el Estado” –¿Penas para los homicidios en la frontera de la Ex República Democrática Alemana?-, artículo publicado en: Goldammer’s Archiv für Strafrecht, enero 1994, págs. 1-19, traducción de Pilar Giménez Alcover, en Doxa 17-18, 1995.

* JAKOBS, Gunther – CANCIO MELIA, Manuel: “Derecho Penal del Enemigo”, editorial Civitas, 1ª edición, Madrid, año 2003.

* JAKOBS, Gunther: “Derecho Penal –Parte General” –Fundamentos y Teoría de la Imputación-; versión traducida del alemán por Joaquín Cuellos Contreras y José Luis Serrano González de Murillo; Marcial Pons Ediciones Jurídicas-2ª ed-., Madrid, 1999.

* JAKOBS, Gunther: “Dogmática de Derecho Penal y La Configuración Normativa de la Sociedad”, editorial Civitas, traducción llevada a cabo por personal de la compañía editora, Madrid, año 2000.

* JAKOBS, Gunther: “El Principio de Culpabilidad”, Conferencia dictada en la Universidad Complutense de Madrid el día 13-5-1992, traducción efectuada por Dr. Manuel Cancio Meliá; publicación online: www.docpdf.info/articles/www+cienciaspenales+net.html.

* JAKOBS, Gunther: “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”, traducción del alemán al castellano por Manuel Cancio Meliá, editorial Ad Hoc, 1ª edición -primera reimpresión, Bs. As., 1997.

* JAKOBS, GUNTHER: “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional”, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, editorial Civitas, 1ª reimpresión de la 1ª edición, Madrid, año 2000.

* MEZGER, Edmund: “Derecho Penal” –Parte General-, traducción de Conrrado A. Finzi, editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1955.

* MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel: “Reflexiones en torno a las relaciones entre lo fáctico y lo normativo en la Teoría del Delito”, Revista de la Universidad Pontificia Javeriana, año 2008, Cali, publicación online: www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/5Munoz.pdf.

* ROXIN, Claus: “Derecho Penal –Parte General, Tomo I-” –Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito-, Traducción de la 2ª edición alemana y notas a cargo de: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal, editorial Civitas, Madrid, 1997.

* ROXIN, Claus: “Política Criminal y Sistema de Derecho Penal”, traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, 2ª edición, 1ª reimpresión, editorial Hammurabi, Bs. As., 2002.

* STRAFGESETZBUCH FÜR DAS DEUTSCHE REICH -vom 15. Mai 1871-, publicado online en: <http://delegibus.com/2010,1.pdf>. Las traducciones del alemán al español, pertenecen al autor de este trabajo.

* VIDAL, Humberto S. : “Idealismo y Realismo en Teorías de la Culpabilidad”, Ed. Lerner –Opúsculos de derecho penal y criminología-, Córdoba, 2011.

* VON BELING, Ernst: “Esquema del Derecho Penal y Doctrina del Delito Tipo”; traducción del alemán por el Dr. Sebastián Soler; ed. Depalma, Bs. As., 1944.

* WELZEL, Hans: “Derecho Penal Alemán” –Parte General-, 11ª Edición, 4ª Edición Castellana, traducción a cargo de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.