

Hesbert Benavente Chorres

LOS MÉTODOS Y SISTEMAS DE LA TEORÍA DEL DELITO

Causalismo clásico, causalismo valorativo,
finalismo, normativismo neokantiano,
normativismo hegeliano, escuela
analítica del Derecho penal, escuela
integradora de la teoría del delito y el
pragmatismo de la imputación penal

PRÓLOGO

Dr. Carlos Alberto Macedonio Hernández

JYB
BOSCH EDITOR

Presentamos nuestra quinta publicación en la península ibérica y siempre con el sello de J.M. Bosch, esta vez referida a los métodos y sistemas que conforman la teoría del delito, tomando como referencia el Siglo XX y el actual, donde aparecen en el horizonte corrientes como la analítica del hecho punible (Hruschka, Kindhäuser, Renzikowski, Mañalich), así como la integradora del delito (Silva, Robles, Cigüela, Coca); frente a ello, y con experiencia en el ejercicio de la abogacía y de la judicatura por casi un cuarto de siglo, se presenta con un lenguaje claro para el abogado, el estudiante de derecho y el público en general, el manejo de las categorías que normativamente fundamentan la responsabilidad penal, sea con la etiqueta elementos del delito, o bien acudiendo al criterio de reglas de imputación.

Asimismo, partimos de una utilidad racionalista, esto es, que lo que conforma la teoría del delito nos permita solucionar con racionalidad el caso penal, por lo que, el libro procura integrar el conocimiento dogmático con las instituciones del proceso penal, en razón que el juzgador ocupa de la ciencia que le permita manejar el cuadro fáctico y los elementos probatorios puestos a su conocimiento, pero también que le dote de herramientas para la adecuada interpretación de la ley penal; a esta concepción, la hemos denominado *el pragmatismo de la imputación penal*, que la hemos venido desarrollando en publicaciones anteriores y que continuamos con la presente obra.



LOS MÉTODOS Y SISTEMAS DE LA TEORÍA DEL DELITO

Causalismo clásico, causalismo valorativo, finalismo, normativismo neokantiano, normativismo hegeliano, escuela analítica del Derecho penal, escuela integradora de la teoría del delito y el pragmatismo de la imputación penal

Hesbert Benavente Chorres

Doctor en Derecho (México)

Maestro en Derecho penal (Perú)

Especialista en Derechos Humanos y en Derecho procesal (Argentina)

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Perú)

Coordinador de Investigación Jurídico Penales del
Instituto Profesional Educativo del Sureste (IPES)



LOS MÉTODOS Y SISTEMAS DE LA TEORÍA DEL DELITO

Causalismo clásico, causalismo valorativo,
finalismo, normativismo neokantiano,
normativismo hegeliano, escuela
analítica del Derecho penal, escuela
integradora de la teoría del delito y el
pragmatismo de la imputación penal



PRÓLOGO

Dr. Carlos Alberto Macedonio Hernández

Director de la Facultad de Derecho de la
Universidad Autónoma de Yucatán

2023



BOSCH EDITOR

© MARZO 2023 HESBERT BENAVENTE CHORRES

© MARZO 2023

JTB BOSCH
EDITOR

Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-19580-26-9

ISBN digital: 978-84-19580-27-6

D.L.: B 4728-2023

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

ÍNDICE

Prólogo	11
Introducción	13
CAPÍTULO I	
EL CAUSALISMO CLÁSICO	17
1.1. Desde el inicio, el principio de legalidad	17
1.2. El aporte de Liszt de construir el concepto de delito desde un método	18
1.3. La teoría de la neutralidad axiológica de Beling	19
1.4. Teoría del delito y el esquema causalista clásico	21
CAPÍTULO II	
EL CAUSALISMO VALORATIVO	29
2.1. Del positivismo al neokantismo	29
2.2. El Derecho penal neokantiano de Max Ernst Mayer	34
2.3. El delito y los juicios valorativos de Edmund Mezger	36
2.4. Teoría del delito y el esquema causalista valorativo	38
CAPÍTULO III	
EL FINALISMO	43
3.1. Un nuevo tránsito: del neokantismo al finalismo, la presencia de Hans Welzel	43
3.2. Valoración normativa y estructuras lógico objetivas en Günther Stratenwerth	48

3.3. El normativismo puro de Armin Kaufmann	50
3.4. La responsabilidad penal por el hecho, atribuibilidad y culpabilidad de Reinhart Maurach	55
3.5. El subjetivismo de Diethart Zielinski	57
3.6. Teoría del delito y el esquema finalista	59

CAPÍTULO IV

EL NORMATIVISMO NEOKANTIANO DE ROXIN	65
4.1. ¿Ontologismo o normativismo?	65
4.2. El normativismo neokantiano de Roxin	67
4.3. El concepto de acción personal	73
4.4. Imputación objetiva	76
4.5. Autoría y participación	79
4.6. Antijuridicidad	88
4.7. Responsabilidad	90
4.8. El sistema teleológico de Bernd Schünemann	91
4.9. La pena como afectación de derechos innatos y la crítica a los sistemas alternativos del injusto y la culpabilidad en el pensamiento de Luis Greco	93

CAPÍTULO V

EL NORMATIVISMO HEGELIANO DE JAKOBS	97
5.1. El normativismo hegeliano de Jakobs	97
5.2. Imputación objetiva	102
5.3. Autoría y participación	105
5.4. Acción culpable	107
5.5. El delito como una comunicación referida a la defraudación de expectativas normativas de Heiko Lesch	108
5.6. La función social de la norma de conducta como criterio de legitimación según Bernd Müssig	111
5.7. El ciudadano cooperador en el mantenimiento del estado de libertades de Michael Pawlik	113

CAPÍTULO VI

LA ESCUELA ANALÍTICA DEL DERECHO PENAL	117
6.1. Introducción	117

6.2. El modelo lógico-analítico del delito de Joachim Hruschka	118
6.3. El modelo normativo-comunicativo del hecho punible de Urs Kindhäuser	126
6.4. El modelo del pragmatismo lingüístico de la imputación de Juan Pablo Mañalich Raffo	137

CAPÍTULO VII

**MATIZACIONES A LA IMPUTACIÓN PENAL FUNDADA
EN LA TEORÍA DE LAS NORMAS**

7.1. Introducción	147
7.2. La distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción por Joachim Renzikowski	148
7.3. Lesividad penal y antijuridicidad culpable en el pensamiento de Fernando Molina Fernández	154
7.4. Concepción normativo personal del injusto de Ricardo Robles Planas . .	159
7.5. La norma como pauta de Pablo Sánchez – Ostiz Gutiérrez	164

CAPÍTULO VIII

LA ESCUELA INTEGRADORA DE LA TEORÍA DEL DELITO

8.1. En Barcelona se habla de Derecho penal	169
8.2. Concepto ético material del delito u ontologismo débil en el pensamiento de Jesús María Silva Sánchez	171
8.3. El Derecho penal del ciudadano, del excluido y de la persona jurídica de Javier Cigüela Sola	183
8.4. El sistema de deberes y derechos jurídicos de Ivó Coca Vila	193

CAPÍTULO IX

LA PRAGMÁTICA DE LA IMPUTACIÓN PENAL

9.1. ¿Conviene un dogmático sin experiencia en litigio?	201
9.2. El concepto de pragmática de la imputación penal.	203
9.3. Las bases de la imputación.	208
9.4. La competencia del agente	213
9.4.1. La conducta estudiada desde el principio de imputación concreta	218
9.4.2. Tipicidad e imputación objetiva y subjetiva.	219
9.4.3. Antijuridicidad y las causales de justificación	226

9.4.4. La culpabilidad	229
9.5. Las consecuencias de la imputación	232
9.6. Excurso: El compliance y el arca de Noé; en torno a la supuesta responsabilidad penal de las personas jurídicas.	239
Bibliografía	245

PRÓLOGO

El delito como un fenómeno social complejo siempre ha existido en la civilización, desde luego no se ha contemplado con las consideraciones dogmáticas que se conocen en la actualidad, pero no por ello debe considerarse un tema agotado, al contrario, en la evolución del conocimiento la labor del jurista, docente o investigador del derecho penal se debe enfocar en conocer, practicar y aportar ideas en una reflexión epistemológica que nos obligue a valorar las teorías que explican el concepto de delito, sus elementos y la forma en que la dogmática interviene en un procedimiento penal.

Por todo ello, agradezco el honor y la invitación de mi amigo el Doctor Hesbert Benavente Chorres para prologar su nueva obra titulada «Los métodos y sistemas de la teoría del delito», aportación que resulta indispensable no solo en la docencia e investigación, sino también por la aplicación práctica que debe realizarse con la evolución de los sistemas de la teoría del delito, pues en la presente obra se advierte los conocimientos del autor en lo relativo a la evolución histórica de los fundamentos que han determinado la dogmática penal actual, desde las ideas de Feuerbach, hasta las ideas actuales de Claus Roxin, Santiago Mir Puig o Raúl Eugenio Zaffaroni entre otros.

La obra en cuestión, parte de la idea del concepto de delito, pasando primeramente por el principio de legalidad si bien, analizado desde un contexto histórico fundamentado en la filosofía, pero que trascendió a la creación del concepto de tipo penal de Ernest Beling en 1906, el cual posteriormente se transformó con los elementos objetivos, subjetivos y normativos que en un principio no contempló su creador.

En esa evolución histórica, el autor expone los fundamentos que sirvieron para la sistemática causalista, finalista y funcionalista, la primera fundamentada en las ciencias naturales que tuvo una influencia determinantes en varias disciplinas, la segunda, que se fundamenta en la Psicología del pensamiento y la última, en la sociología, sin obviar la explicación el modelo lógico de Olga Islas, que si bien tiene una fundamentación en el finalismo, debe entenderse como lo refiere el Doctor Hesbert a que dicho modelo se fundamentó en el análisis lógico, pero también semántico en la concepción de delito de la Dra. Islas.

Ciertamente en el párrafo anterior, no menciono al causalismo clásico o al que se reforma con el neokantismo, ni al funcionalismo que se bifurca en la reflexión de dos grandes maestros de la ciencia penal, Claus Roxin y Günther Jakobs, porque cada uno tiene un enfoque diferente, el primero la vinculación indisoluble que el derecho penal debe tener con la política criminal, además de que el fin de la pena es la protección de los bienes jurídicos, mientras que para Jakobs el fin de la pena es mantener la vigencia de la norma, esto y otras diferencias más se observarán dentro de las líneas escritas con detalle por el autor de la obra.

Cabe mencionar que durante el desarrollo de la obra se tiene una fundamentación metodológica que contemplan diversos autores que han opinado y reflexionado en una u otra sistemática del delito y que han aportado elementales para una construcción del pensamiento actual del delito, prueba de ello es el número de fuentes de información que fundamentan el presente trabajo.

La destacada labor del Dr. Hesbert en la temática del procedimiento penal y las técnicas de litigación penal se complementan con el análisis de la dogmática penal actual, nos sirve de ejemplo para señalar que existe un vínculo primordial entre la dogmática y la práctica del derecho penal, quien no conoce la teoría del delito no podrá acreditar en un procedimiento penal su teoría del caso, tampoco podrá acreditar la existencia del delito analizando sus aspectos positivos o negativos.

Sin duda alguna, la obra que tenga el gusto de prologar, sin duda resultará un libro de consulta obligado, para quienes aspiren a tener una formación penalista serio, que contemple la dogmática desde sus fundamentos y las ideas que le han dado la evolución, misma que permite el desarrollo de la ciencia penal cuyo eje central es la dogmática penal.

Tengo la seguridad de que esta obra del Dr. Hesbert Benavente Chorres será el parteaguas para continuar en la reflexión jurídico penal que pueda en un futuro no muy lejano, motivar a los penalistas de México a un análisis y revisión teórica sobre la dogmática penal, que nos permita crear una dogmática fundamentada en nuestro contexto actual, ya es hora que los mexicanos empecemos a reflexionar y crear mediante una sistemática una concepción del delito derivada de nuestro contexto actual, ese es el gran reto, debemos enfrentarlo.

Mérida, Yucatán México a 5 de febrero del 2023.

Dr. Carlos Alberto Macedonio Hernández

Director de la Facultad de Derecho de la
Universidad Autónoma de Yucatán

INTRODUCCIÓN

Consideramos oportuno el diálogo entre generaciones en temas referido a las instituciones jurídico penales; ello, sin el ánimo de descubrir la rueda, pero que, somos conscientes que la constante revisión de las figuras permitirá conocer qué es lo que se ha avanzado, qué problema nuevo se presenta en el horizonte de la dogmática jurídico penal o qué problema hasta el momento no ha sido resuelto, sin perjuicio también de ocuparnos del reexamen de la solución planteada.

Asimismo, tampoco se descuida la presencia de estudios que han analizado los diferentes métodos y sistemas que conforman el campo de análisis de la teoría del delito, como los casos de Radbruch,¹ Silva² o Guzmán,³ por citar algunos ejemplos. Sin embargo, consideramos oportuno, como se explicó en el párrafo anterior, la constante revisión de los métodos y sistemas de la teoría del delito.⁴

Así, el presente manual es una revisión de las escuelas penales presentes en la dogmática alemana que han influenciado en Latinoamérica durante el siglo pasado, como fueron el causalismo clásico, el causalismo valorativo y el finalismo; pero también aquellas corrientes que tienen actualmente presencia en nuestro entorno como son los planteamientos tanto neokantiano de Roxin como el neohegeliano de Jakobs, sin perjuicio también de trabajar la escuela analítica del Derecho penal, o la prioridad al enfoque axiológico o valorativo del Derecho penal dado por la denominada escuela de

1 Radbruch, Gustav. Sobre el sistema de la teoría del delito. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 12, 2010.

2 Silva Sánchez, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2da. Edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2010.

3 Guzmán Dálbora, José Luis. *Figuras y pensamientos del Derecho penal contemporáneo*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2014.

4 Radbruch apuntó que tenemos que estar dispuestos a encontrar organización sistemática, para efecto de alcanzar la articulación unitaria de los conceptos y pensamientos mismos (Radbruch, Gustav. Ob. Cit., p. 02).

Barcelona; cerrando nuestro trabajo desarrollando nuestro esquema de estudio de la teoría del delito, que lo hemos etiquetado como la pragmática de la imputación penal, pero como se indicó en un texto anterior,⁵ no es el de corte lingüístico, sino el que integra un conjunto de saberes de las ciencias penales para la decisión práctica del caso por parte de los operadores de justicia.

Al respecto, en el primer capítulo se explicó cómo el positivismo fue la metodología aplicada para la creación del esquema del delito Beling-Liszt, que dio paso a la concepción causalista del delito, donde la conducta giraba en torno a la idea de la exteriorización de la voluntad, cuyo contenido o finalidad se estudiaba en sede de culpabilidad, para luego procurar que la conducta encuadre en la descripción del tipo penal, el cual era valorativamente neutro, para luego ser antijurídica cuando no aparezca causal de justificación alguna, finalizándose con la culpabilidad, la misma que era definida como la relación psicológica entre el hecho y el autor, considerándose al dolo y a la culpa como especies de la misma.

En el segundo capítulo se analizó el tránsito del positivismo al neokantismo valorativo, el cual dio fruto al causalismo valorativo, donde la acción se definió como la causa adecuada para producir el resultado; asimismo, la tipicidad y la antijuridicidad eran vistas como juicios valorativos, donde el comportamiento presentaba una contrariedad con el Derecho en razón a las normas de valoración que se aplican en el estudio del injusto; igualmente, la culpabilidad dejaba de ser una relación psicológica, para pasar a un juicio de reproche que se le hacía al autor por haber incumplido (sea dolosa o culposamente) con su injusto el deber jurídico exigido, contando con las circunstancias para cumplirlo, por lo que, infringió las normas de determinación.

En el tercer capítulo se estudió al finalismo y su basamento metodológico en la naturaleza de las cosas o estructuras lógico objetivas, donde la teoría del delito descansaba en la acción finalista, la cual exigía el tránsito del dolo y la culpa hacia la tipicidad, estableciéndose así que el tipo penal presenta un aspecto objetivo así como un aspecto subjetivo, y que el injusto se actualizaba ante la ausencia de causales de justificación; igualmente, la culpabilidad, como juicio de reproche, giraba en torno a la imputabilidad del sujeto, el conocimiento potencial de lo antijurídico de su actuar y la exigibilidad que se haya comportado conforme a Derecho.

El cuarto capítulo se dedicó al estudio del normativismo neokantiano valorativo de Claus Roxin, quien ha construido su sistema desde los objetivos de política criminal. En ese sentido, se analizó su concepto de acción como manifestación de la personalidad; asimismo, y con relación a la tipicidad se estudió, por un lado, el principio del

5

 Benavente Chorres, Hesbert. *La pragmática de la imputación penal*, Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 2021.

riesgo para inferir que el autor, con su conducta, ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y que está relacionado con el resultado, todo ello dentro del ámbito de lo protegido por la norma penal, y por otro lado, que la autoría y participación se ven definidas según la clasificación de delitos, así están los delitos de dominio, de infracción de deber, de propia mano y de las declaraciones personales punibles. Igualmente, se comentó la antijuridicidad y los principios político-criminales que la rodean, así como, la responsabilidad, construida sobre la base de la asequibilidad normativa y los principios de merecimiento y necesidad de la pena.

En el quinto capítulo se analizaron las reglas de imputación objetiva del tipo penal en la obra de Jakobs y su relación con el criterio de la infracción de deberes jurídicos, sean de corte negativos o bien positivos; asimismo, se comentaron el fundamento que dota a la autoría al considerar que los ilícitos penales son delitos de infracción de deber. Sin embargo, para Jakobs y sus discípulos, el delito no es la infracción de una directiva de conducta, sino de la expectativa de conducta institucionalizada o normativa, la cual carece de la función de influir sobre el comportamiento de los ciudadanos, sino que busca reducir la complejidad, esto es, proteger a quien espera un comportamiento adecuado a la norma.

En el sexto capítulo se comentó el sistema de imputación penal fundado en la teoría de las normas y en la aplicación de las reglas de imputación, que en cierta medida es la orilla contraria a la escuela de Jakobs, al recuperar, de la discusión Merkel y Ihering, el criterio de la norma de comportamiento que si influye en el actuar de las personas. Así, al pasarse revista a autores como Hruschka, Kindhäuser y Mañalich, se identificó la denominada escuela analítica, donde se busca compatibilizar la teoría del delito con la dicotomía normas de comportamiento y normas de sanción, así como su postulación de los dos regímenes de imputación, denominados ordinario y extraordinario.

En el séptimo capítulo se presentó una serie de concepciones que buscan desarrollar la teoría del delito sobre un conjunto de matizaciones o correcciones a la dicotomía: norma de comportamiento y reglas de imputación, así como, renovando la discusión a viejos problemas como por ejemplo, el destinatario de las normas y si la escisión o unidad entre injusto y culpabilidad.

En el octavo capítulo, se trabajó la que hemos denominado *Escuela integradora*, liderada por el eximio penalista Jesús María Silva Sánchez; siendo titánica abarcar toda la producción del citado profesor español, nos hemos limitado a comentar su visión de integrar tanto la norma como directiva de conducta y la norma como expectativa normativa institucionalizada; sin perjuicio que también se abordó otros temas como la indigencia, el concepto de acción y la necesidad de mantener el injusto no culpable.

En el noveno capítulo, se expuso nuestra visión en torno a la teoría del delito, como herramienta que permita al operador resolver los casos con razonabilidad prácti-

ca; a ello, lo hemos denominado la pragmática de la imputación penal; explicando que la misma presenta tres niveles: (1) bases de la imputación, (2) competencia del agente y (3) consecuencias de la imputación.

Finalmente, el presente manual es la continuación de nuestro trabajo publicado en el año 2021 titulado «La pragmática de la imputación penal», donde reflexionamos de la dicotomía presente entre la concepción tradicional de la teoría del delito y la concepción de la teoría del delito como teoría de la imputación; asimismo, comentamos en torno del ontologismo y el normativismo, donde agrupamos a este último en tres categorías: normativismo estatal, normativismo social y normativismo liberal, incluso dimos cuenta de corrientes específicas como la teoría de la acción significativa de Vives Antón. Ahora bien, en la presente obra expandimos el horizonte de la dogmática jurídico penal en aquellas escuelas señaladas en los párrafos anteriores; sin embargo, no pasa inadvertido la selección de penalistas, mayoritariamente germanos, en el presente manual, y que seguramente el lector tendrá la libertad de opinar que faltó tal o cual autor, corriente o escuela, piénsese en la italiana o la inglesa, o bien aquellas corrientes de pensamiento presentes en Latinoamérica como la de Olga Islas o Eugenio Raúl Zaffaroni, por citar algunos nombres; incluso, dentro de la dogmática penal alemana somos conscientes que existe todo un conjunto de corrientes anteriores a Franz von Liszt, claramente explicadas por Montiel,⁶ que no los hemos comentado por la razón de delimitar el ámbito del presente estudio desde la irrupción del causalismo hasta la dogmática del presente siglo, y aun así, se nos presenta un número casi inabarcable de autores germanos, por lo que hemos decidido focalizarnos en algunos de los penalistas de mayor reconocimiento internacional en los últimos siglos, sin perjuicio de reconocer la capacidad reflexiva del lector que de seguro motivará que profundice en el tema de los métodos y sistemas de la teoría del delito, analizando más fuentes de información.

6 Montiel, Juan Pablo. ¿Hubo vida antes de von Liszt? En: *Revista Enfoques Penales*, CRIMINT, 2018, pp. 01-03.

CAPÍTULO I

EL CAUSALISMO CLÁSICO

1.1. DESDE EL INICIO, EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El aforismo *nullum crime sine lege*, ha generado consecuencias para la construcción de la teoría del delito, ello desde el Siglo XIX, con Feuerbach, hasta nuestros días. En ese contexto, no se puede descuidar que Feuerbach ocupaba del principio de legalidad para efecto de dar sentido a su teoría de la coacción psicológica de la pena, en razón que para el jurista alemán, toda infracción tiene su fundamento psicológico en lo sensible, el cual puede suprimirse si cada uno sabe que a su delito le sigue inevitablemente un mal, lo cual vendría siendo la pena, la misma que para Feuerbach tendría que ser psicológicamente disuasiva antes que el desagrado o malestar que resulta por la no satisfacción del impulso criminal.⁷

En esa inteligencia, es evidente que Feuerbach ocupaba que en la ley se describa tanto la conducta delictiva como la sanción correspondiente, y que la misma sea conocida por la sociedad para lograr el efecto de prevención general negativa de la pena. Y así lo entendió Stübel, quien en 1805 planteó el denominado tipo personal, basándose en la teoría de la pena de Feuerbach, así como, de la figura del hurto; al respecto, como se sabe, el hurto consiste en la sustracción de la cosa mueble ajena, sin el consentimiento válido de su titular, donde codificaciones penales como la nuestra, le ha agregado el ánimo de lucro en el sujeto activo.⁸ En ese sentido, Stübel precisó que el tipo no debe entenderse solamente en su vertiente objetiva, sino que las características internas o subjetivas también están presentes, máxime aquellos que

7 Quintino Zepeda, Rubén. *Tratado de derecho penal*, Vol. I, Editorial Arquinza, México, 2021, p. 12.

8 Artículo 185° del Código Penal peruano.

presentan algún elemento de tendencia interna trascendente, configurando todo ello el denominado tipo personal.⁹

Asimismo, tampoco se puede dejar de mencionar a Luden, quien en 1840, y partiendo del estudio de los delitos en particular, planteó la subjetivización del concepto de acción, al señalar que el sujeto activo actúa con una finalidad, esto es, con una determinación criminal de la voluntad, permitiendo distinguir entre acción y tipo.¹⁰

1.2. EL APOORTE DE LISZT DE CONSTRUIR EL CONCEPTO DE DELITO DESDE UN MÉTODO

De acuerdo con el sistema de Linneo, la mejor manera de determinar un animal o planta será por su género y diferencia; esta metodología propia de las ciencias naturales fue empleada por Liszt, para quien la acción es el género (*genus proximum*), la cual está determinada y delimitada a través de la antijuridicidad, culpabilidad y la pena, entendidas como especies, las cuales presentan diferencias específicas (*differentia specifica*); el empleo del citado método obedecía al ideal científico del momento, que procuraba garantizar transparencia y precisión.¹¹

Ahora bien, el concepto de acción que asume Liszt pasó por varias reformulaciones; así, en primer lugar, el citado jurista alemán acuñaba la fórmula: *modificación del mundo exterior*; posteriormente asume la definición: *movimiento corporal voluntario*; para luego referirse a la *conducta voluntaria que abarca tanto el hacer positivo como la omisión*. Así, el movimiento corporal (acción) o la ausencia de movimiento (omisión), dependientes de la voluntad del sujeto, constituyen la causa del resultado externo y penalmente relevante.¹²

Asimismo, Liszt se ocupó de estudiar la omisión, asumiendo el concepto que se está ante un no hacer algo esperado, acercándose así a la definición de Luden y a la concepción del deber jurídico; agregando que en el tema de la causalidad se presenta un problema análogo a la misma, esto es, averiguar si el actuar esperado habría evitado la producción del resultado (cuasi causalidad).¹³

9 Ambos, Kai. ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional? En: *Revista electrónica de Ciencias Penal y Criminología*, 09-05, 2007, p. 03.

10 Idem, p. 04.

11 Frisch, Wolfgang. Franz von Liszt. Obra e influencia. En: *InDret*, 2, 2017, p. 06.

12 Polaino Navarrete, Miguel. *Lecciones de derecho penal parte general*, Tomo II, 4ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2021, p. 71.

13 Roxin, Claus. *Tratado de derecho penal parte general*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 237.

Su aproximación a la teoría del deber jurídico condujo a Liszt a definir la antijuridicidad como la conducta contraria a la ley; y a su vez se define la citada contrariedad cuando el comportamiento cumple con los presupuestos de la norma que subyace al tipo penal, así como por el peligro de conducir a unos hechos violadores de la norma.

Sin embargo, cuando examinó las circunstancias que excluyen la antijuridicidad, planteó que su primigenia definición se refería a la antijuridicidad formal, pero que a su vez ocupaba del criterio que la conducta afecte bienes jurídicos protegidos, conduciéndonos al concepto de antijuridicidad material. La razón de su advertencia obedeció a su estudio del estado de necesidad en casos tales como el hurto famélico o la interrupción del embarazo; aquí el interés de menor valor tendría que ceder cuando solo así el de mayor valor puede ser conservado; como indica Frisch, la injerencia en el bien de menor valor constituiría un medio adecuado para la consecución de alguno de los fines del ordenamiento jurídico, lo cual priva al comportamiento en cuestión de su antijuridicidad material.¹⁴

Finalmente, con relación a la culpabilidad, Liszt rechazó el criterio del libre albedrío, asumido por la escuela clásica liderada por Francesco Carrara, en razón que el sujeto toma conciencia, por su capacidad de determinarse en función de representaciones, de que su acto ataca intereses jurídicamente protegidos, y ello nos conduce a la culpabilidad dolosa; en cambio, la representación errónea por causa de la impericia o imprudencia del sujeto, nos lleva a la culpabilidad culposa.

Se aprecia que la teoría de Liszt descansó en el determinismo, que también en su pensamiento sufrió reformulaciones; así, inicialmente, Liszt planteaba que la culpabilidad exige que el sujeto cuente con una capacidad de imputación referida a la posibilidad de determinación normal por motivos; luego, Liszt aludió a la posibilidad de determinación a través de la norma; sin embargo, el citado jurista alemán no dio el paso de definir a la culpabilidad como reproche por la infracción del deber jurídico, por lo que, esa oportunidad lo tomó Reinhard Frank, a quien se le debe la fórmula de la reprochabilidad.

1.3. LA TEORÍA DE LA NEUTRALIDAD AXIOLÓGICA DE BELING

Es dominante la idea que Beling fue el autor que introdujo la tipicidad como categoría autónoma en la definición del delito.¹⁵ Su punto de partida fue el § 2 (1) del

14 Frisch, Wolfgang. Ob. Cit., p. 11.

15 Luzón Peña, Diego. *Curso de derecho penal parte general I*, Editorial Universitas, Madrid, 1996, p. 226. Mir Puig, Santiago. *Derecho penal parte general*, 5ta. Edición, Editorial Rappetor, Barcelona, 1998, 6/20.

RStGB de 1871, el cual establecía que un hecho sólo puede castigarse cuando la punibilidad estaba legalmente determinada antes de que el hecho se realizara; es decir, de nueva cuenta el principio de legalidad ingresa como criterio rector para la identificación y definición de los elementos del delito.

Ahora bien, para Beling, la tipicidad es el primero de los elementos que sirven para caracterizar a la acción como delito; así, el concepto de tipo que Beling propuso partía exclusivamente del aspecto descriptivo de la ley penal, y prescindiendo de juicios de valor en torno a lo que pretendía proteger la norma.¹⁶

En esa inteligencia, Beling clasificó los tipos penales, identificando, en primer lugar, aquellos formales o de mera actividad o inactividad, con los materiales o de resultado; así, los primeros hacen referencia a la acción, pero sin mencionar sus consecuencias causales; en cambio, los segundos, junto a la acción, hacen referencia a un determinado resultado separado de ella.

En segundo lugar, están aquellos tipos de carácter agresivo o con objeto de ataque, distintos a los que carecen del mismo. Los primeros, son aquellos que hacen referencia a una acción que se dirige de forma hostil contra un objeto (v.gr. homicidio o el hurto); en cambio, los segundos, no se aprecia una dirección hostil de la acción contra un objeto (como ocurre con la bigamia).

Por otro lado, la concepción de Beling también fue partícipe de la escuela causalista del delito, en razón que definió la acción también como un movimiento corporal externo, capaz de ser percibido por los sentidos y en la medida que haya sido provocada por la voluntad humana; en esa inteligencia, asumió un sentido de la acción como mera causalidad natural.

En cambio, Beling consideró que la finalidad o contenido de la voluntad debe ser estudiada en la culpabilidad; es decir, para establecer que una acción ha ocurrido sería suficiente con la certeza de que el sujeto se comportó voluntariamente o de que permaneció inactivo; en cambio, lo que el sujeto quiso concretamente es indiferente, debido que, el contenido de su voluntad sólo es relevante en sede de culpabilidad.

En suma, con los aportes de Liszt / Beling, se construyó el concepto causalista del delito, el cual descansaba en una construcción bipartita objetiva-subjetiva del delito; así, la acción, el tipo y la antijuridicidad conforman el injusto y la parte objetiva del delito; en cambio, la culpabilidad psicológica representa el aspecto subjetivo del delito.

16 Cardenal Motraveta, Sergi. *El tipo penal en Beling y en los neokantianos*, Editorial PPU, Barcelona, 2002, p. 134.

1.4. TEORÍA DEL DELITO Y EL ESQUEMA CAUSALISTA CLÁSICO

Como se sabe, el causalismo analizó el delito a través de dos categorías, por un lado, el aspecto objetivo del delito, y por otro lado, el aspecto subjetivo del delito. En ese sentido, el lado objetivo estaba a su vez conformada por la conducta típica y anti-jurídica; en cambio, el aspecto subjetivo presentaba la culpabilidad tanto dolosa como culposa.

Con relación a la conducta, los causalistas precisaban que tanto la acción como la omisión presentan tres componentes:

- (1) Una actividad voluntaria orientada a llevar o no llevar a cabo un movimiento corporal; aquí, no se puede confundir voluntad con finalidad, en razón que esta última encontraba su sentido en el estudio de la culpabilidad y no del comportamiento; por el contrario, la voluntad era entendida en clave naturalístico, esto es, como la decisión de enervar los músculos o bien en colocarlos en inactividad con relación al cumplimiento de una expectativa jurídica.
- (2) Un resultado acaecido en el mundo exterior, claro está, cuando el tipo penal así lo exija, en razón a la taxonomía que brindó Beling y que fue señalada en el apartado anterior; ello, además implica manejar el criterio de separación espacio-temporal, para efecto de diferenciar la conducta de su resultado, donde la primera sería configuradora de la tentativa, si presenta ese lado inequívoco de delictuoso, y con el segundo se estará consumando el tipo de delito.
- (3) Una causalidad, que para la conducta activa estaría determinada por la teoría de la equivalencia de las condiciones y la *conditio sine qua non*, la cual postulaba que todos los factores son condiciones (v.gr. la presencia física en el lugar de los hechos de la víctima, así como del agresor, la acción de una e igual la acción del otro), pero si mentalmente se van suprimiendo cada una de las condiciones, pero con la supresión de una condición en específica desaparece también el resultado, entonces es causa del mismo (v.gr. la acción de acuchillar en el pecho de la víctima); claro está, que la crítica a dicha teoría es su carácter de tautológico, porque la condición que mentalmente se va a suprimir es aquella que de antemano se sabe es la causa del resultado; tampoco se descuida que no brinda razones normativas para limitar la relación de causalidad, debido que, la causa identificada es a su vez el efecto de una precedente, y así se construye la infinita cadena causal, llevándonos al conocido ejemplo de atribuirles responsabilidad penal tanto a Adán como a Eva.

Asimismo, no se ignora que en el campo de la omisión, los causalistas plantearon una relación de cuasi causalidad, donde la infracción a la acción jurídicamente esperada constituye un elemento análogo a la causalidad en la comisión. Claro está, que tópicos,

como las expectativas jurídicas y la posición de garante, al final allanaron el camino de la imputación objetiva.

Al respecto, Gössel ha sido crítico de la teoría causal de la acción, afirmando que desde una perspectiva actual, parece absolutamente comprensible calificarla como naturalista, ello en razón a la influencia de las ciencias naturales, pero se pasó por alto que la causalidad es de naturaleza normativa, en razón que a dos sucesos diferenciados se les atribuye una relación ajustada a una ley. Puede que esos sucesos sean en sí mismos hechos ónticos, pero, en todo caso, no más que aquellos sucesos susceptibles de ser atribuidos solo de modo normativo a una relación ajustada a una ley, con independencia del tipo de ley (empírica o jurídica) que esa relación sustenta. En consecuencia, si se contempla la acción como producción causal de un resultado acaecido en el mundo exterior, la naturaleza normativa de la «causalidad» conduce a la normatividad del concepto mismo de acción.¹⁷

Con relación a la tipicidad, entre la perspectiva de Stübel de un tipo personal, donde estén presentes elementos objetivos y subjetivos, y la de Beling de un tipo descriptivo a-valorativo, en el esquema causalista se impuso esta última, al ser dominante el criterio que hablar de elementos subjetivos en el tipo equivalía a una verdadera contradicción.

En esa inteligencia, la tipicidad cumplía una función de garantía, esto es, asumir como método analítico que para que un sujeto reciba la sanción o conminación penal su conducta debe encuadrar en la descripción legal, con el detalle que no se reconocía la presencia de elementos subjetivos en la fórmula normativa, por lo que, el tipo penal era considerado como una figura objetiva-descriptiva para el conocimiento del delito.

No se ignora que hasta este punto el esquema causalista presenta la siguiente contradicción: si tanto la acción como el tipo son figuras descriptivas, entonces no presentarían conexión alguna, esto es, sin un nexo valorativo; en efecto, de qué sirve describir las propiedades del agua y de una manzana, si al final no se busca establecer alguna relación entre ambas. En ese contexto, se identifica la importancia de la relación de causalidad, la cual permite el enlace entre la acción y el resultado, así como entre ambas y la descripción legal; claro está que por más esfuerzo en definirla como una relación que se establece conforme a criterios naturales que proporcionan las reglas de la ciencia o de la experiencia, implica valorar y no solamente describir, por lo que, haría perder su naturaleza meramente descriptiva a la categoría que la asume, sea la conducta o mejor aún el tipo penal.

17 Gössel, Karl Heinz. Acerca del normativismo y del naturalismo en la teoría de la acción. En: *Revista Lex*, 13 (XII), 2014, p. 213.

En efecto, como se indicó anteriormente, el esquema causalista se fundamentó en la teoría de la equivalencia de las condiciones, donde no se determina una causa que causó un resultado, sino que todas las condiciones que concurren en aquel tiene idéntica y equivalente calidad. Ello, conllevó la aplicación de un correctivo como es la teoría de la condición o *conditio sine qua non*, la cual facilita el conocimiento de los principios causales; en ese sentido, si bien la causa de un determinado resultado es la totalidad de condiciones, al final será causa del resultado toda condición, positiva o negativa, que suprimida mentalmente haría desaparecer el resultado en su aparición concreta.¹⁸

Sin embargo, ello implica valorar o prejuizar, porque es necesario no suponer hechos no ocurridos realmente, sino eventos reales pero sobretodo conocidos, para luego argumentar que un dato fáctico es causa de un resultado cuando no pueda ser suprimido mentalmente sin que el mencionado resultado desaparezca.

Por otro lado, el esquema causalista definió a la antijuridicidad como causación de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sin causas de justificación. En ese contexto, la antijuridicidad se refería en exclusiva al aspecto causal, esto es, objetivo – externo de la acción, y no a la finalidad del agente,¹⁹ que como ya se adelantó, el contenido de la voluntad estaba reservado al estudio de la culpabilidad.

Ahora bien, en este punto de la historia de la dogmática penal se aprecia la coronación del denominado injusto objetivo; al respecto, Molina precisa que al menos desde finales del Siglo XVIII y comienzos del XIX, era habitual en la doctrina penal la distinción de un nivel de contrariedad objetiva del hecho a la ley, con un contenido material consistente en la lesividad del hecho para derechos ajenos, quedando excluido por las causas de justificación, nivel que era previo y distinto del posterior momento de imputación del hecho a su autor.²⁰

No obstante, ello fue producto de la postura de Ihering, la misma quedescan-sóen las tres modalidades de injusto propuesto por Hegel, las cuales son: injusto no malicioso o inadvertido, fraude o engaño y el delito; aunque de las citadas modalidades, para Hegel, el delito es el verdadero injusto, porque nos conduce a la voluntad culpable de infringir la norma o la consciente oposición de la voluntad particular a la general expresada en la ley (aunque en el pensamiento hegeliano ello nos conduce al propio

18 Orts Berenguer, Enrique. Et. Al. *Esquemas de derecho penal parte general*, Tomo VI, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 73.

19 Jescheck, Hans – Heinrich / Weigend, Thomas. *Tratado de derecho penal parte general*, 5ta. Edición, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 297.

20 Molina Fernández, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 3ra. Edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2021, p. 221.

concepto de acción, pero siendo así se estaría contradiciendo con la primera modalidad de injusto, en el sentido que en la misma no operaría acción alguna).

En el caso de Ihering, distinguió el injusto objetivo del injusto culpable; en efecto, para el citado jurista alemán, en el campo del Derecho civil, puede darse una infracción de la norma no culpable; es decir, que sería suficiente la presencia de un evento, situación o estado vulnerador de la cosa, concluyendo que en este campo del Derecho el injusto es objetivo.

Recuérdese que Ihering identificó acciones o situaciones que, con independencia de las circunstancias subjetivas de autor, se encuentran en oposición con el modelo fijado por el Derecho, invocando los ejemplos del poseedor de buena fe o el concepto procesal de infracción de la ley; así, en este último caso, la aceptación de un recurso contra una resolución por infracción de ley no entraña necesariamente un juicio sobre la actuación ilegal (como culpable) del tribunal de primera instancia, pero sí un reexamen de la resolución objetivamente considerada a la luz del sistema normativo.²¹

Sin embargo, fue con el pensamiento de Binding donde una idea de injusto objetivo ingresa al campo del Derecho penal; en ese contexto, Robles identifica tres momentos en el referido pensamiento, los cuales son: (1) Cuando en 1872 publicó el primer tomo de su obra *Die normen*, y próximo al pensamiento de Merkel, consideró que solamente existe un solo injusto para todo el ordenamiento jurídico, esto es aquella que contradice la norma de una manera culpable; (2) Cuando en 1890 publicó la segunda edición del citado tomo reconoció, siguiendo ahora a Ihering, que en el Derecho civil operaba un injusto objetivo y en el Derecho penal se daba un injusto subjetivo, el cual está fundado en la culpabilidad; y (3) Cuando en 1919 publicó su ensayo en torno a la culpabilidad, Binding mencionó que el delito presentaba dos tipos, uno objetivo referido al hecho, y otro subjetivo el cual se relaciona con la culpabilidad.²²

Para efectos de nuestro estudio, se resalta el segundo momento del pensamiento de Binding, en razón que el citado jurista alemán dejó de considerar la infracción de la norma como el criterio definidor del injusto, para colocar, en su reemplazo, los efectos materiales del comportamiento en los bienes jurídicos; ello se concreta en su tercer momento, donde es tajante en afirmar que el injusto no se agota en la infracción del deber de obediencia a la norma, porque ello implicaría restar importancia al efecto material de la acción sobre la realidad.

21 Idem, p. 227

22 Robles Planas, Ricardo. La herencia de Karl Binding. En: *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. I, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2019, pp. 743-757.

Asimismo, son relevantes los aportes de Liszt para consolidar la tesis de una antijuridicidad objetiva, dado que, siguió la concepción del injusto de Ihering y entendió que la antijuridicidad es estrictamente objetiva, esto es, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sin descuidar la infracción de una norma estatal, sea mandato o prohibición del ordenamiento jurídico; al primer aspecto se le denominó antijuridicidad material, y al segundo antijuridicidad formal.

De los párrafos anteriores, se entiende que tanto Binding como Liszt son positivistas, claro está que el primero de los mencionados más se lo identifica desde la teoría imperativista de la norma, aunque hemos visto como aligera el acento en el deber de obediencia, al no considerarlo que con ello se agota el entendimiento del injusto; asimismo, Liszt se le recuerda también por sus criterios de criminología etiológica, así como que el Derecho penal presenta una dirección diferente al de la política criminal, pero si esta última procura la erradicación del delito en una sociedad, no puede hacerlo al margen del Derecho penal; es en ese contexto, donde Liszt hace referencia a la carta magna del delincuente, no siendo correcto darle un sentido de liberal, porque ello sería ignorar que Liszt defendía la pena indeterminada, esto es, la incoincisión, por ejemplo de los delincuentes habituales; asimismo, conllevaría descuidar el dato histórico que los nazis, para ridiculizar las ideas de Liszt, lo consideraban como socialista.

Ahora bien, entre los dogmáticos actuales no se puede ignorar a Mir Puig, quien en un primer momento consideró que la antijuridicidad (plena) es anti-normatividad (como infracción personal de la norma primaria), la cual presenta como base la antijuridicidad objetiva, entendida como un juicio de desvalor expresivo de la nocividad de un determinado hecho para un bien jurídico no justificada por otro interés superior.²³

Posteriormente, Mir Puig cambia de postura al indicar que ni la antijuridicidad ni ningún otro elemento del delito pueden comprenderse adecuadamente sólo desde su relación con la norma imperativa; ello, fue en razón de introducirse en la problemática del sujeto incapaz de comprender las normas, esto es, si mantenía el concepto de antijuridicidad plena como infracción de la norma primaria, para que sea imputable personalmente el agente ha debido de tener capacidad de comprender y por ende ser destinatario de la mencionada norma, y al no tener dicha capacidad entonces se debía excluir la antijuridicidad, por lo que, los supuestos de inimputabilidad y de error de prohibición invencible se convertirían en causales de exclusión de la antijuridicidad.²⁴

23 Mir Puig, Santiago. Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal. En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, N° 01, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, p. 09.

24 Mir Puig, Santiago. Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 06, 2004, p. 15.

Sin embargo, Mir Puig consideró que el juicio de tipicidad aporta el desvalor propio del resultado de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal, a lo cual denomina el desvalor de dañosidad, el mismo que es objetiva y subjetivamente imputable a una conducta, a lo cual la etiqueta como desvalor de imputación; a ello, se debe agregar la ausencia de causas de justificación, esto es, la falta de un valor superior derivado de la necesidad de proteger otros bienes jurídicos prevalentes, denominado como valor de salvaguarda de bienes, el cual también es objetiva y subjetivamente imputable, etiquetado como valor de imputación. Asimismo, para el desvalor del resultado, así como para el desvalor de la imputación, junto con la ausencia de causales de justificación, no requieren que el sujeto comprenda la norma y la desobedezca, sino sólo del hecho frente a un bien jurídico-penal prevalente.²⁵

El repaso del pensamiento de Mir Puig no responde a considerarlo como causalista, sino que nos demuestra con un planteamiento más (como la del último Binding y el propio Liszt), que el estudio de la antijuridicidad no se agota con la contrariedad con la norma, sino en la dañosidad de la conducta con relación a los bienes jurídicos protegidos, que no está cobijada con la cobertura de las causales de justificación.

Por otro lado, y volviendo con la teoría causalista, la misma también se ocupó del estudio de la culpabilidad, resaltándose el concepto de Liszt, para quien la culpabilidad abarca la relación subjetiva entre el acto y el autor, relación que es de carácter psicológico y que representa el aspecto subjetivo del delito; en efecto, para Liszt no basta con que el resultado pueda ser objetivamente referido a la manifestación de voluntad del agente, sino que también de darse subjetivamente, esto es, con el nexo de culpabilidad con el autor.

Ahora bien, la culpabilidad, como relación psicológica, implicaba, según Liszt, que el sujeto cuente con capacidad para conducirse socialmente, esto es, imputabilidad. Sobre esta base, se levantan las dos especies de culpabilidad, las cuales son el dolo y la culpa, donde el primero es la conciencia del autor que su acto ataca intereses jurídicamente protegidos;²⁶ en cambio, la culpa era definida como una acción voluntaria productora de un resultado no querido por el sujeto.

Asimismo, la culpabilidad se vería excluida por la presencia del error en el autor que vendría a enervar el elemento intelectual del dolo; pero también con la coacción, la cual afectaría el elemento volitivo del dolo.

25 Idem, p. 15.

26 Sánchez Herrera, Esiquio. *La dogmática de la teoría del delito. Evolución científica del sistema del delito*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 104.