

**UNIVERSIDAD ARGENTINA
JOHN F. KENNEDY**

ESCUELA DE ABOGACÍA

PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

**Trabajo Práctico
TEORÍA DEL DELITO**

Autores:

Jorge E Bellido
Gabriela Codaro
Felipe G Fernández
Mariano Gavazza
Alejandro A Martinez
Silvia R Regueiro

Colegio San Isidro

Profesor: Dr. Miguel Marzano

Mayo - Junio 2004

CONTENIDO

La Teoría del Delito	
Concepto del Imputación	Pag. 1
Función de la Teoría del Delito	Pag. 2
Elementos del Delito	Pag. 2
Teoría Absoluta de la Pena	Pag. 3
Teorías Finalistas de la Pena	Pag. 3
Conducta o Acción	Pag. 4
Tipicidad	Pag. 4
Antijuridicidad	Pag. 4
Culpabilidad	Pag. 5
Criterio Sistemático para el Análisis del Concepto de Delito	Pag. 5
Evolución de la Teoría del Delito	
Injusto Objetivo – Culpabilidad	Pag. 5
Injusto Objetivo – Tipicidad	Pag. 6
Teoría Finalista de la Acción	Pag. 7
La Conducta	
Definición	Pag. 7
Acto de Voluntad y Acto de Conocimiento	Pag. 8
Conducta y Derecho	Pag. 8
Terminología de la Conducta	Pag. 8
Voluntad	Pag. 9
Estructura de la Conducta	Pag. 9
La Tipicidad	
Definición	Pag. 10
Tipo Penal	Pag. 10
Tipos Legales y Tipos Judiciales	Pag. 10
Tipos Abiertos y Tipos Cerrados	Pag. 11
Ley Penal en Blanco	Pag. 11
La Antijuridicidad	
Definición	Pag. 11
Antijuridicidad Formal y Material	Pag. 12
El Injusto Penal	Pag. 12
Tipos Permisivos	Pag. 13
La Culpabilidad	
Definición	Pag. 13
Teoría Psicológica de la Culpabilidad	Pag. 14
Teoría Compleja de la Culpabilidad	Pag. 14
Teoría Normativa	Pag. 15
Fundamento del Principio de Culpabilidad	Pag. 15
Culpabilidad de Acto	Pag. 15
Culpabilidad de Autor	Pag. 15
Co – Culpabilidad	Pag. 16
Culpabilidad e Inculpabilidad	Pag. 16

La **Teoría del Delito** constituye el medio técnico – jurídico para determinar a quien se deben imputar ciertos hechos y quien debe responder por ellos personalmente. Se trata esencialmente de la *averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto*¹. Antes de abordar en pleno esta teoría, consideramos necesario detenernos en el concepto de imputación.

Concepto de Imputación

El concepto de imputación sufrió, a través del tiempo, diversas interpretaciones de acuerdo a los fundamentos filosóficos de quienes trataron el tema. A mediados del Siglo XIX, Berner afirmaba que *“imputar significa, en términos generales, poner en la cuenta de un sujeto algo objetivo”*;² estableciendo que la imputación se limitaba a la determinación de una acción del sujeto, comprobando que el hecho era querido por el sujeto.

Esta concepción de Berner y de otros Hegelianos halla sus raíces en la postura de Kant, quien dice: *“Imputación en sentido moral es el juicio mediante el cual alguien es visto como el autor de una acción, que entonces se denomina hecho y está bajo las leyes”*.³

A comienzos del Siglo XX, el concepto de imputación fue replanteado por Kelsen, quien en base a su criterio puramente normativo habría de decir que: *“La imputación es la conexión, realizada en base a una norma, entre un hecho (objeto de la norma) y una persona (sujeto de la norma)”*⁴. En síntesis, según Kelsen se trataba de la atribución de un hecho a una persona con fundamentos normativos.

Más tarde se retoma la antigua concepción hegeliana y kantiana, cuando Larenz afirma que *“la imputación no significa otra cosa que el intento de diferenciar el propio hecho de los sucesos casuales. Cuando afirmo que alguien es el autor de un suceso, quiero decir que este suceso es su propio hecho, con lo que se quiere decir que para él no es la obra de la casualidad, sino de su propia voluntad”* y *“el hecho es la autorrealización de la voluntad y la imputación es el juicio que relaciona el hecho con la voluntad”*⁵. Claramente, el concepto de fin debe ser considerado objetivamente, o sea que no solo se imputa lo sabido y lo querido, sino *“lo sabido que pudo ser alcanzado por la voluntad”*. En esto reside la noción de imputación objetiva, destinada a remarcar que la imputación del hecho objetivo no se refiere a la voluntad psicológica de su autor, sino a la voluntad objetiva de un autor en general.

Más tarde otros autores volvieron sobre el concepto afianzando esta teoría de la imputación objetiva. Honig dice: *“Dado que la intervención final en los sucesos naturales constituye la esencia de la conducta humana, la finalidad objetiva es el criterio para la imputación de un resultado y, a la vez, para su delimitación respecto de los hechos casuales. Imputable, de acuerdo con ello, es aquel resultado que puede ser pensado como finalmente realizado”*⁶.

¹ Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2003

² Berner, *Imputationslehre*, 1843

³ Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797

⁴ Kelsen, *Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911

⁵ Larenz, *Hegels zurechnungslehre*, 1927

⁶ Honig, *Festgabe für Frank*, 1930

En resumen podemos afirmar que la teoría de la imputación conservo su concepto inicial identificándose con la teoría de la acción. La objetividad se introduce en la teoría cuando se reemplaza la vinculación del hecho objetivo con la voluntad real, por una vinculación del hecho objetivo con una voluntad también objetivada, o sea generalizada por la experiencia.

Sin embargo, la dogmática actual ha revisado la teoría de la imputación otorgándole un concepto mas cercano al de Kelsen. Se establece que se debe penar a un sujeto que ha obrado de manera contraria a la norma y en forma culpable. La teoría de la imputación utiliza los conceptos de conducta del sujeto, quebrantamiento de la norma y culpabilidad.

Función de la Teoría del Delito

La teoría del delito, como ya hemos dicho, constituye un instrumento destinado a permitir una aplicación racional de la ley a un caso determinado; en consecuencia podemos decir que la teoría del delito es una teoría de la aplicación de la ley penal. Como instrumento, esta teoría será utilizada tanto por el legislador, cuanto por el operador jurídico.

Debemos considerar distintos conceptos o categorías que hacen a la composición de la teoría del delito y que se originan en una selección y generalización de los elementos que se repiten en la aplicación de cada disposición legal que establece un delito. Para ello, debemos verificar:

- Que alguien se comportó de la manera prevista por la ley.
- Que este comportamiento no estaba autorizado en las circunstancias en que tuvo lugar.
- Que su autor tenía las condiciones personales requeridas para ser responsabilizado por la conducta ejecutada.

El planteo de estos tres problemas de aplicación nos enfrenta con las cuatro categorías de la teoría del delito:

- Acción
- Tipicidad
- Antijuridicidad
- Culpabilidad

Elementos del Delito

Si bien no existe discusión acerca del orden de estas categorías, en cuanto este orden se basa en el fundamento lógico – normativo de la ley penal, existe sin embargo una discusión referida a la mediación entre la ley y los hechos que son objeto de juicio. Aplicar la ley a un determinado caso, significa poner en relación el pensamiento abstracto constituido por la ley, con un suceso real determinado. Aquí es donde surge el problema, que consiste en como se debe establecer el material de

hecho a considerar para la comprobación de cada una de las categorías, y como este material debe ser configurado.

La función del sistema de la teoría del delito esta determinada por los principios del Estado de derecho, por lo que la fundamentación de sus conceptos no puede ser jamás abstracta y requiere de una base objetiva.

Las referencias objetivas del sistema están constituidas, por un lado, por la esencia del delito y, por otra parte, por la teoría de los fines de la pena. Según sea la teoría de la pena que se adopte, se elegirá uno u otro punto de vista.

De acuerdo a la teoría absoluta de la pena:

Según esta teoría, la sanción es un fin en si mismo y no es posible considerar los fines de la pena como un punto de referencia. En este caso, el sistema de la teoría del delito se deberá apoyar en la esencia del delito, en la acción humana que infringe la norma y requiere una pena justa.

De acuerdo a las teorías finalistas de la pena:

Estas teorías asignan a la pena la función de alcanzar determinados fines (Prevención, reeducación, etc), estableciendo una conexión entre el sistema dogmático y el sistema social. Esto da base a los sistemas funcionalistas en los que el contenido de las categorías del sistema dogmático se seleccionará en función de las necesidades del sistema social. Llamamos funcional a todo aquello que sirva para el mantenimiento del sistema social.

Actualmente se proponen dos modelos funcionalistas que describimos a continuación.

1 - Modelo funcionalista de la unidad sistemática entre política criminal y derecho penal

Se trata de un sistema adecuado a la prevención especial, es decir a una teoría de la pena que privilegia la finalidad de impedir la reincidencia mediante su incidencia en el autor del delito.

2 - Modelo funcionalista de la teoría de sistemas

En este caso, la visión se fundamenta en la teoría de la prevención general positiva, que sostiene que la finalidad de la pena es el mantenimiento estabilizado de las expectativas sociales de los ciudadanos. Estas expectativas constituyen los fundamentos de las normas, o sea de los modelos de conducta orientadores del contacto social. La pena, en consecuencia, tiene la función de contradecir y desautorizar la desobediencia a la norma.

Conducta o acción

En líneas generales podemos definir al delito como una conducta humana que se halla prohibida por la ley y a la que esta le asocia una pena como consecuencia. No existe delito cuando la conducta de un hombre no se halle adecuada a alguno de estos dispositivos legales.

Tipicidad

Llamamos tipos a los elementos de la ley penal que sirven para individualizar las conductas que se prohíben con relevancia penal (Tipo de homicidio; tipo de violación; tipo de hurto; etc) Al hallarnos frente a una conducta que se adecua a alguno de los tipos legales, decimos que se trata de una conducta típica. La conducta típica es un género de conducta.

Antijuridicidad

Sin embargo, pese a lo dicho, podemos afirmar que no toda conducta típica es un delito. El Art.34 CP, enumera circunstancias en que se hallan permitidas determinadas acciones típicas:

Art.34 CP: No son punibles:

1) El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

.....

2) El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente.

3) El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño.

4) El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo.

5) El que obrare en virtud de obediencia debida.

6) El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a - agresión ilegítima;

b - necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla;

c - falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

.....

7) El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a y b del inciso anterior

En todos estos casos, opera una causa de justificación que excluye el carácter delictivo de la conducta típica.

Cuando la conducta típica no está permitida, esta se halla también contraria al orden jurídico, por lo que diremos que se trata de una conducta antijurídica.

Culpabilidad

La conducta típica y antijurídica es llamada doctrinariamente “un injusto penal”. Sin embargo, no bastan aún estas dos características para que haya delito. Es el caso del demente que realiza una conducta típica y antijurídica que, aún así, no es delito porque no puede comprender la antijuridicidad de su obrar.

Por ello para ser delito, además de la tipicidad y la antijuridicidad, la conducta debe poder serle reprochable al autor, en razón de que no tuvo la posibilidad exigible de actuar de otra manera. Esta característica de reprochabilidad del injusto penal al autor es lo que se denomina culpabilidad.

Llegamos de esta manera al completo concepto del delito como: conducta típica, antijurídica y culpable.

Criterio Sistemático para el análisis del concepto de delito

La elaboración del concepto de delito como conducta típica, antijurídica y culpable, responde a un análisis que va de la consideración de la conducta a la consideración del autor.

Delito es conducta humana individualizada mediante una norma legal (tipo) que revela su prohibición;	<u>TIPICIDAD</u>	CONDUCTA
que al no estar permitida por ningún precepto jurídico (causa de justificación) es contraria al orden jurídico;	<u>ANTI JURIDICIDAD</u>	
y que por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable (culpable)	<u>CULPABILIDAD</u>	AUTOR

Como vemos, el primer análisis es el de la conducta en cuanto al disvalor que el derecho hace recaer sobre ella; mientras que el segundo análisis se detiene en la condición del autor en cuanto a la culpabilidad (reprochabilidad de la misma).

Evolución de la Teoría del Delito

Injusto objetivo – Culpabilidad

A fines del Siglo XVIII e inicios del Siglo XX, la dogmática del delito consideraba un elemento objetivo constituido por el injusto y un elemento psicológico constituido por

la culpabilidad. El injusto era considerado como el hecho de causar físicamente un hecho socialmente dañoso o lesión del “bien jurídico” o “interés protegido jurídicamente”⁷. La culpabilidad era la causal psicológica del hecho dañoso; y esta podía ser por dolo, en el caso en el que se quería causar el resultado dañoso, o por culpa cuando este resultado era consecuencia de imprudencia o negligencia.

Para determinar la existencia de delito se debían tener en cuenta dos nexos causales: uno físico y otro psíquico. ¿Causó la conducta el resultado? (Físico) ¿Hay una relación psicológica entre la conducta y el resultado? (Psíquico).

No existía una distinción entre conducta típica y conducta antijurídica, y por consiguiente existían una variedad de conductas antijurídicas y culpables que no se consideraban delitos. Para evitar esto, se agregaba luego de la antijuridicidad y de la culpabilidad, un elemento constituido por la “punibilidad”.

El concepto de delito quedaba definido como: conducta antijurídica, culpable y punible.

Voluntad exteriorizada puesta en marcha por la causalidad.	<u>CONDUCTA</u>
El hecho de causar un resultado socialmente dañoso.	<u>ANTI JURIDICIDAD</u>
La relación psicológica entre la conducta y el resultado en forma de dolo o culpa.	<u>CULPABILIDAD</u>
Sometimiento a pena.	<u>PUNIBILIDAD</u>

Injusto objetivo y Tipicidad

La Teoría del Tipo Penal fue enunciada por Beling en 1906, quien distinguió dentro del injusto objetivo los dos elementos de “tipicidad” y “antijuridicidad”. La “tipicidad” estaba dada por la prohibición de causar el resultado (típico) y la “antijuridicidad” estaba dada por la ausencia de todo permiso legal para causar el mismo resultado.

Voluntad exteriorizada puesta en marcha por la causalidad.	<u>CONDUCTA</u>
Prohibición de causar un resultado.	<u>TIPICIDAD</u>
Ausencia de todo permiso legal para causar el mismo resultado.	<u>ANTI JURIDICIDAD</u>
Relación psicológica entre la conducta y el resultado en forma de dolo o culpa.	<u>CULPABILIDAD</u>

⁷ Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1921

Teoría Finalista de la Acción

En contraposición con las teorías anteriores, Weber y Graf zu Dohna, observaron que la “culpabilidad” entendida como reprochabilidad no podía incorporar el contenido de la voluntad del actor, y que contenido constituido por el dolo y la culpa, debían ser incorporados al “tipo” en la forma de estructuras típicas diferenciadas. Welzel, basándose en un esquema aristotélico, afirma que la voluntad no puede ser escindida de su contenido, es decir, de su finalidad, puesto que toda conducta debe ser voluntaria y toda voluntad tiene un fin. De esta manera, enuncia la Teoría Finalista de la Acción.

Hacer voluntario.	<u>CONDUCTA</u>
Prohibición de conducta en forma dolosa o culposa.	<u>TIPICIDAD</u>
Contradicción de la conducta prohibida por el orden jurídico.	<u>ANTI JURIDICIDAD</u>
Reprochabilidad.	<u>CULPABILIDAD</u>

LA CONDUCTA

Definición

El ser humano despliega constantemente una variedad de procederes o comportamientos; algunos conscientes o reflexiva y deliberadamente decididos y otros inconscientes o fruto de una preferencia irreflexiva. Cuando hablamos de un comportamiento consciente nos estamos refiriendo a una conducta.

Cada instante de nuestras vidas, posee un repertorio ilimitado de posibilidades contenidas en el futuro de la situación en cuestión. Estas posibilidades constituyen la libertad metafísica de la voluntad en cuanto a poder hacer o no hacer algo. La libertad consiste en presentar el futuro como posibilidades y en la necesidad de que el hombre asuma una como propósito para hacerla realidad. La libertad metafísica como tal es un puro deber ser existencial. Ahora bien, la libertad metafísica de la voluntad por si sola no llega a ser una conducta mientras no se haga realidad. No alcanza con la elección de un fin, es necesario el tránsito de lo posible a lo real mediante una ocupación eficiente, empleando el hombre los medios mas idóneos para alcanzar el fin proyectado. Solo así, la posibilidad consciente y libremente

elegida se transforma en un fenómeno. Podemos definir a la conducta como: libertad metafísica fenomenalizada⁸.

Acto de voluntad y Acto de conocimiento

Llamamos acto de voluntad a aquel que se dirige al objeto alterándolo. Acto de conocimiento es el que se limita a proveer de datos al observador, sin alterar el objeto en cuanto material del mundo⁹.

Esta diferenciación responde a una postura realista, y no tendría lugar el contexto de la teoría idealista en la que las ideas son primarias y el conocimiento es el que crea al objeto.

Conducta y Derecho

Cuando el derecho considera a una conducta disvaliosa, esta realizando con respecto a esta conducta un acto de conocimiento, y este acto no modifica en nada al ser de la conducta. El derecho se limita a ser un orden regulador de conducta. En particular el derecho penal, se limita a agregar un disvalor jurídico a ciertas conductas, sin cambiar en absoluto lo óntico (el ser) de las mismas.

Cuando hablamos de delitos estamos refiriéndonos a conducta, ya que el delito es necesariamente una conducta. Esta afirmación apoya al principio de *nullum crimen sine conducta* (No hay delito sin conducta). Sin el sostén de este principio, podría considerarse delito a cualquier cosa, y por ende podría penalizarse el pensamiento, la forma de ser, las características personales, etc.

Terminología de la Conducta

Los términos “**acto**” y “**acción**” deben ser considerados sinónimos utilizados en forma genérica para designar conducta. Si bien algunos autores tienden a separar la acción entendiendo que esta se refiere al hacer activo, de la omisión entendida como el no hacer lo debido; preferimos decir que *la acción puede asumir la forma de una comisión, es decir, la realización de una actividad; o de una omisión, es decir, una abstención por inactividad*¹⁰.

El sentido de la palabra “**hecho**” es el que se halla establecido en el Código Civil: *Son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones*¹¹. Sin embargo, el Código Penal utiliza la palabra “hecho” en un sentido muy amplio para determinar un detalle particular del delito, una conducta, una conducta típica, un injusto penal o un delito; por lo que se hace necesario determinar en el caso concreto cual es la acepción que debe darse a la palabra.

⁸ Ginés García, *Apuntes de Teoría del Derecho*, 2002

⁹ Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2003

¹⁰ Ginés García, *Apuntes de Teoría del Derecho*, 2002

¹¹ Art.896 del Código Civil

Partiendo de la clasificación de los hechos, podemos decir que cuando hablamos de conductas nos referimos siempre a hechos humanos voluntarios.

HECHOS	De la naturaleza	
	Humanos	Involuntarios
		Voluntarios (Conductas)

Voluntad

Aceptamos que, sin voluntad, no hay conducta; sin embargo, debemos precisar cuales son los contenidos de esta voluntad que son requeridos en la conducta. Inicialmente, debemos distinguir la voluntad (el querer) del deseo (el desear). Voluntad debe entenderse como postura activa destinada a producir una acción; mientras que el deseo es una postura pasiva en la no hay movimiento. La voluntad actúa para obtener el resultado, mientras el deseo solo espera el resultado. Puede existir voluntad sin deseo (alguien que actúa coaccionado) o deseo sin voluntad (desear pero no hacer nada por alcanzar lo deseado).

Estructura de la Conducta

Si bien no podemos hablar de conducta como una suma de elementos, podemos efectuar un análisis de sus dos aspectos: “interno y externo”. El “aspecto interno” de la conducta estaría conformado por dos etapas: una primera que resulta de la proposición de un fin a alcanzar; una segunda en la que se seleccionan los medios para alcanzarlo. En esta etapa de selección de medios, es necesario que nos representemos los resultados. Superadas esta etapas, pasaremos a lo que constituye el “aspecto externo”, que es la exteriorización de la conducta y consiste en la puesta en marcha de la causalidad a fin de producir el resultado.

Conducta	Aspecto Interno	1 - Proposición de un fin a alcanzar. 2 - Selección de medios para alcanzar el fin.
	Aspecto Externo	3 - Exteriorización , puesta en marcha de la causalidad a fin de producir el resultado.

La conducta entendida en base a esta estructura, sirve de base a todas las formas típicas, ya que los tipos prohíben conductas respetando esta estructura. Clasificados estructuralmente, los tipos penales se distinguen como “dolosos” y “culposos”. En los tipos dolosos se prohíbe la puesta en marcha de la causalidad a

fin de producir el resultado. En los tipos culposos se prohíbe la conducta respecto a la forma de seleccionar los medios para alcanzar el fin, y no en razón del fin mismo. Como vemos, la prohibición en el tipo doloso esta referida a la “proposición del fin” y a la “exteriorización a fin de alcanzarlo”. Mientras la prohibición de tipo culposo se refiere a la “selección de medios”.

Zaffaroni dice¹²: *La selección de los medios para la obtención de un fin debe hacerse de acuerdo a un cierto deber de cuidado, que resulta violado cuando, pudiendo preverse que la causalidad puesta en movimiento puede afectar a otro, no se lo prevé, o cuando, habiéndolo previsto, se confía en que la lesión no habrá de sobrevenir.*

LA TIPICIDAD

Definición

La tipicidad es la coincidencia del hecho cometido con la descripción abstracta, que es presupuesto de pena, contenida en la ley¹³. El hecho típico es aquel que viola la norma y, por ende, coincide con el supuesto de hecho del delito. A partir de esta violación, surge la cuestión en cuanto a su antijuridicidad o su eventual justificación. Se tratará de saber si el autor realizó el hecho típico contando con autorización por parte de la ley o no. Si careció de tal autorización (*autorización que puede ser, por ejemplo, una legítima defensa*) el hecho típico será también antijurídico.

Tipo Penal

El tipo penal constituye un instrumento legal que tiene por objeto la individualización de conductas humanas penalmente relevantes, por estar penalmente prohibidas. Tipos son las fórmulas legales que nos sirven para individualizar las conductas que la ley penal prohíbe.

El tipo pertenece a la ley porque es en ella donde los hallamos; es lógicamente necesario porque sin el tipo nos encontraríamos con numerosas conductas que aún siendo antijurídicas y culpables, no revisten relevancia penal; finalmente el tipo es predominantemente descriptivo, porque la descripción es lo más importante para individualizar una conducta.

No debemos confundir tipo con tipicidad. El tipo es la fórmula de ley, mientras la tipicidad pertenece a la conducta. Podemos definir tipicidad como la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal (prohibida por un tipo penal).

Tipos Legales y Tipos Judiciales

Nuestro orden jurídico se basa en el sistema de tipos legales, en cuanto el legislador es el único que puede crear, suprimir o modificar los tipos penales.

¹² Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2003

¹³ Bacigalupo, *Derecho Penal Parte General*, 1999

Sin embargo, existen otros sistemas en los que es el juez el que se halla facultado para crear los tipos penales, y a estos sistemas se los denomina de tipos judiciales. Sin embargo, estos últimos sistemas ya casi no son utilizados en el mundo.

Ambos sistemas tienen carácter ideal, en razón de que ningún sistema es absolutamente puro. No podría ser puramente de tipos legales, porque requeriría de una casuística imposible de prever; y tampoco podría ser puramente de tipo judicial, porque jamás una ley penal podría decir que el juez puede declarar delito lo que le parezca.

Tipos Abiertos y Tipos Cerrados

Existen casos en los que el tipo no individualiza totalmente la conducta prohibida, exigiendo que sea el juez quien lo haga acudiendo a pautas y reglas generales que quedan fuera del tipo penal. Cuando en el Art.84 CP (homicidio culposo) se dice:..."*el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro la muerte*"....., se está exigiendo al juez que determine cual era el deber de cuidado que tenía a su cargo el autor, para poder "cerrar" el tipo. Estos tipos que requieren acudir a una norma de carácter general, se denominan "tipos abiertos". Los "tipos cerrados", por el contrario, son aquellos en los que no es necesario salir de los elementos de la propia ley penal, pudiéndose individualizar perfectamente la conducta prohibida.

Ley Penal en Blanco

Se denominan "leyes penales en blanco" a aquellas que establecen una pena para una conducta que resulta individualizada en otra ley. En estos casos, la norma no puede deducirse del tipo de la ley penal sino que habrá que acudir a otras disposiciones, leyes, decretos, resoluciones, etc.

Sin embargo, el poder que contempla la ley penal en blanco debe cuidar de respetar la naturaleza de las cosas porque, de lo contrario, esta podría servir para enmascarar una delegación de facultades legislativas penales.

La ley formal o material que completa a la ley penal en blanco integra el tipo penal; por lo que la ley penal en blanco no podrá remitir a una ley que aún no existe y, si así lo hiciese, no tendría vigencia hasta que se sancionase la ley que la completa.

LA ANTIJURIDICIDAD

Definición

La antijuridicidad es el choque de la conducta con el orden jurídico, entendido no solo como orden normativo, sino como el conjunto de orden normativo y preceptos permisivos.

Las normas jurídicas configuran el orden normativo. Sin embargo, a este orden normativo se integran también los preceptos permisivos. El orden jurídico se compone del orden normativo completado con los preceptos permisivos.

La presencia de antijuridicidad se comprueba cuando la conducta antinormativa (típica) no está permitida por ninguna causa de justificación en ninguna rama del orden jurídico (penal, civil, comercial, administrativo, laboral, etc.)

Antijuridicidad Formal y Material

Dos fueron las ramas del positivismo que dominaron el campo jurídico a principios del Siglo XX: el positivismo jurídico y el positivismo sociológico. El positivismo jurídico concebía la antijuridicidad como un concepto legal o formal, mientras el positivismo sociológico lo consideraba como un concepto sociológico al que denominaba antijuridicidad material.

Esta antijuridicidad material estaba constituida por lo socialmente dañoso, posición defendida por Von Liszt¹⁴. No obstante, se sostenía que la antijuridicidad material solo podía ser descubierta analizando previamente la antijuridicidad formal.

Cualquiera sea la forma de contemplarlas, estas formas de estructurar lo antijurídico a partir de valoraciones sociales, llevan generalmente a la creación de lo que sería un “delito natural” que se construye de acuerdo a la óptica del intérprete.

Tanto para la determinación de la tipicidad, cuanto de la antijuridicidad, los legisladores no tienen frecuentemente más remedio que apelar a valoraciones de carácter social. Sin embargo, esto no significa que toda determinación de antijuridicidad deba basarse en criterios sociológicos de precaria objetividad.

La antijuridicidad no puede tener otro fundamento que la ley misma, aunque para su determinación en los casos concretos se deba eventualmente recurrir a valoraciones sociales.

El Injusto Penal

Existe una clara diferencia entre antijuridicidad e injusto: antijuridicidad es la característica de la conducta al ser contraria al orden jurídico; mientras injusto penal es la conducta que presenta la característica de ser penalmente típica y antijurídica. Por lo que podemos decir que la antijuridicidad es una característica del injusto. En otras palabras: el injusto puede o no ser antijurídico.

El injusto no es de manera alguna objetivo. En cuanto a la antijuridicidad, dado que se trata de una desvalorización de la conducta efectuada por la ley o el orden jurídico y traducida por el juez a través de su juicio, podremos decir que debe forzosamente ser objetiva, o que siempre se intentará que sea lo más objetiva posible a fin de afianzar la seguridad jurídica.

Cuando decimos que la antijuridicidad es objetiva, estamos al mismo tiempo indicando que el injusto no es personal y se halla separado de toda característica

¹⁴ Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1921

personal o dato subjetivo del autor. Debe existir una división del delito en un criterio subjetivo – objetivo, recayendo la antijuridicidad solo sobre el aspecto objetivo de este, y dejando lo subjetivo en relación con la culpabilidad.

Podemos afirmar que el injusto es personal, mientras la antijuridicidad de una conducta depende de características y datos objetivos y subjetivos. Dos actores, ante la misma situación objetiva, pueden actuar: uno antijurídicamente, y el otro conforme a derecho. Dependerá de las circunstancias, intenciones y calidades.

Tipos Permisivos

Partiendo de la base de que la naturaleza última de las causas de justificación es la del ejercicio de un derecho, podemos afirmar que no por ello cualquier ejercicio de derecho es una causa de justificación o tipo permisivo. Los ejercicios de derecho a los que apuntan los tipos permisivos están enumerados en el Art.34 CP, no siendo necesario mencionar en el código a aquellos derechos que surgen de la Constitución Nacional, bastando para contemplar estos últimos la observancia del principio de reserva consagrado por el Art.19 CN: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exenta de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

El fundamento común a todos los tipos permisivos estaría determinado por la teoría del fin, según la cual la conducta que constituye un medio adecuado para alcanzar el fin de convivencia que el Estado regula, no sería antijurídica. De acuerdo a este postulado, la teoría establecería un límite común a los permisos, y este límite sería el fin de convivencia o coexistencia. El fin de coexistencia requiere que se concedan derechos a realizar conductas antinormativas ante ciertas situaciones conflictivas.

LA CULPABILIDAD

Definición

El concepto general de culpabilidad es la reprochabilidad del injusto al autor. Al respecto, digamos que una conducta típica y antijurídica, o sea un injusto, es culpable cuando al autor le es reprochable la realización de esa conducta porque no haberse motivado en la norma, siéndole exigible en relación a las circunstancias en que actuó, que se motivase en ella. En consecuencia, al no haberse motivado en la norma cuando podía y le era exigible que lo hiciese, el autor muestra una disposición interna contraria al derecho.

Debemos distinguir entre la antijuridicidad y la culpabilidad, analizando los efectos producidos por su ausencia, y esta será la diferencia entre justificación e inculpabilidad. En la justificación existe una situación de conflicto que el derecho resuelve otorgando un permiso, porque de lo contrario se perjudicaría el objetivo

general de fomentar la coexistencia. En la inculpabilidad existe una situación en la que solo se excluye el reproche por no poder serle exigida otra cosa al autor (*el caso del demente*), pero reconociendo que su conducta afectó los fines del orden jurídico.

Evolución

La Teoría Psicológica de la Culpabilidad

Esta teoría fue ampliamente defendida por el positivismo. El concepto era entonces el del injusto entendido como una relación física entre la conducta y el resultado (conjunto de componentes objetivos del delito), y la culpabilidad entendida como una relación psicológica entre conducta y resultado (conjunto de componentes subjetivos del delito). El conjunto final integrado por ambas relaciones constituía el delito. Este concepto muestra a la culpabilidad como la descripción de una relación psicológica, vacía de toda norma y de toda valoración.

Este concepto de culpa vista como relación psicológica, no serviría de ninguna manera para determinar la culpa “inconsciente” entendiendo al delito por impericia, negligencia o imprudencia, tal como describe el Art.84 CP. Además, en el caso del demente, al actuar este con una relación psicológica, también nos encontraríamos en presencia de delito en su conducta. Respecto de este último supuesto, se ha afirmado que la ininputabilidad sería simplemente una causa de exclusión de pena, pero sin excluir al delito mismo.

En fin, la teoría psicológica denomina culpabilidad a lo que en realidad se debe considerar el aspecto subjetivo del tipo, y excluyendo toda norma respecto al reproche al autor. Sus bases se encuadran en el esquema filosófico positivista, excluyendo totalmente la autodeterminación por parte del sujeto y sosteniendo un fundamento absolutamente determinista.

La Teoría Compleja de la Culpabilidad

Las falencias que mostraba la teoría psicológica de la culpabilidad, y la necesidad de explicar claramente la culpa, la imputabilidad y otros temas, llevo a señalar la culpabilidad como una parte normativa de la teoría del delito, definiéndola como la “reprochabilidad del injusto”. A principios del Siglo XX, aún incluyendo al dolo y a la culpa dentro de la culpabilidad, Frank describía la culpabilidad como el conjunto de una relación psicológica y un juicio de reproche al autor de esa relación psicológica.

A partir de este presupuesto, era imposible definir que función cumplían el dolo, la culpa y el reproche en el mecanismo de la culpabilidad.

Algunos autores entendían que podía existir dolo sin culpabilidad; mientras que para otros el dolo era presupuesto imprescindible de la misma. Finalmente, también había quien sostenía que el dolo era siempre culpable por requerir conciencia de la antijuridicidad.

Teoría Normativa - La Culpabilidad como Reprochabilidad

Mientras en la teoría compleja, se mantenía al dolo y la culpa dentro del concepto de culpabilidad; la evolución llevó naturalmente a autores como Von Weber, Garf Dohna y Welzel a reestructurar el concepto llevando el dolo y la culpa a formar parte del tipo. A partir de esta reestructuración, surgió la teoría normativa de la culpabilidad, quedando esta última limitada a la pura reprochabilidad y depurada del dolo y la culpa.

En base a esta teoría, para que una conducta pueda ser reprochada a su autor, es necesario que este haya tenido la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta y que haya actuado dentro de cierta medida de autodeterminación. En el caso en el que la autodeterminación es tan exigua como para dejar solo la posibilidad física de actuar, nos encontramos en el caso de inculpabilidad.

Fundamento del Principio de Culpabilidad

El principio de culpabilidad puede enunciarse como “no hay pena si la conducta no le es reprochable al autor”. Este principio debe forzosamente fundarse en la plena aceptación del hombre como ente capaz de autodeterminarse, excluyendo de manera total cualquier referencia determinista. La libertad de la voluntad es absolutamente imprescindible. Al suprimir la autodeterminación del hombre, desaparece la culpabilidad. La culpabilidad es un concepto normativo de reproche.

Culpabilidad de Acto y Culpabilidad de Autor

Culpabilidad de Acto

Entendemos por culpabilidad de acto a aquella en la que lo que se reprocha al hombre es su acto en la medida de la autodeterminación con la que pudo actuar en el caso concreto. La reprochabilidad de acto es la reprochabilidad por lo que el hombre hizo.

Culpabilidad de Autor

En la culpabilidad de autor se reprocha al hombre su personalidad, no lo que hizo, sino lo que es y la forma como conduce su vida. Se entiende que el delito que comete es el resultado del modo en que el sujeto condujo y conduce su vida, siendo la culpabilidad el reproche a este modo de conducir la vida por parte del individuo.

Este concepto se fundamenta en la ética aristotélica (el hombre es condenable por haber elegido el camino del vicio) y, evidentemente se halla en absoluta colisión con el principio constitucional de reserva.

Otros conceptos

Co – culpabilidad

El Art.41 CP exige que para graduar la pena se tome en cuenta “la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos”, y esto constituye una aplicación de lo que denominamos principio de co-culpabilidad.

Este principio se funda en el hecho de que el hombre actúa en una circunstancia y un contexto determinados, y con una capacidad de autodeterminación también dada. La sociedad jamás puede brindar a todos los hombres las mismas oportunidades; por lo que la capacidad de autodeterminación se hallará condicionada por causas sociales. En el momento de tener que reprocharle sus actos, no será posible cargar al hombre con culpas que, de alguna manera, pertenecen a la sociedad misma. De aquí surge esta co-culpabilidad de la que debe ser hecha responsable la sociedad misma.

Culpabilidad e Inculpabilidad

Para que exista culpabilidad entendida como reprochabilidad, deben cumplirse dos requisitos: a) Que al sujeto le sea exigible la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta; b) Que las circunstancias de la acción no le hayan reducido su capacidad de autodeterminación por debajo de un umbral mínimo.

En el primer caso, la exigibilidad no se alcanza cuando el sujeto carece de la capacidad psíquica necesaria para comprender la antijuridicidad de sus actos, hallándose así excluida la culpabilidad y resultando el sujeto inimputable; o bien por hallarse el sujeto en un estado de error acerca de la antijuridicidad (denominado error de prohibición).

En el segundo caso, la exigibilidad no se alcanza por hallarse el sujeto en estado de necesidad inculpante, como aquella que describe el Art.34 CP: *...amenazas de sufrir un mal grave e inminente...*