

Injusto penal Por Adrián Maximiliano Gaitán

I- INTRODUCCIÓN

En sus primeras contribuciones a la dogmática penal, especialmente con sus trabajos en la década del treinta, como por ejemplo con *Kausalität und Handlung*, (Causalidad y Acción) y su monumental obra, *Das Deutsche Strafrecht* (Derecho Penal alemán), y posteriormente el *Das neue Bild des Strafrechtssystems Eine Einführung in die finale Handlungslehre* (Nuevo Sistema de Derecho Penal, Una introducción a la doctrina de la Acción Finalista), Hans Welzel,[1] realizó una fundamentación teórica de un sistema nuevo, basado en el concepto de injusto personal, sentado sobre los pilares de su concepto final de acción, con lo cual las concepciones causalistas, de acción y por consiguiente la teoría del injusto en ella basada, que hasta ese entonces era doctrina dominante, había entrado en crisis, y por ello no eran ya defendibles, al menos, por un sector de la doctrina.

Sin embargo, en los primeros años del innovador y copernicano sistema expuesto por Welzel, al igual que su postulado fundamentador, la acción final, era aun mayoritariamente rechazado en la doctrina alemana, en el cual la sustitución del sistema *Liszt-Beling*, cuyo predicado principal era un injusto causal, y todo el sistema se ordenaba en base a una causalidad y la producción de un resultado, como consecuencia de esa causalidad, fue, producto de las concepciones *welzelianas*, puesto en crisis, con lo cual se produjo un verdadero quiebre en la dogmática del delito en los años treinta, dando un paso gigante al reformar las distintas categorías que conforman al verdadero ilícito penal, elaborando nuevos conceptos en cada una de ellas y haciendo estragos a las ya existentes, que tanto han servido al momento de interpretar las etapas del delito, pero que han sido superadas con un alto valor dogmático, hasta hoy vigentes. El reconocimiento dado por la doctrina a estas nuevas concepciones del injusto personal, están dadas especialmente por modificar el concepto de Acción como un ejercicio de actividad final, y a partir de ahí, las demás categorías del delito, por ejemplo, el tránsito de ubicar al dolo como uno de los elementos del tipo, formando parte del injusto de los delitos dolosos, al igual que la distinción que realizó en la teoría

del error, al distinguir entre dolo y conciencia de la antijuricidad, como categorías distintas, y la contraposición de la teoría de la culpabilidad a la teoría del dolo hasta entonces imperante en la doctrina.

I- a: INJUSTO PERSONAL

Por ello es que a la hora de comenzar el presente trabajo, quisiera exponer algunos conceptos centrales del profesor Hans WELZEL, con el objeto de brindar una mejor interpretación a las categorías del injusto personal por el elaborado.

Welzel diagrama su teoría de injusto como una infracción de la conducta a la norma, una relación de contradicción entre la acción y la norma jurídica, basado en su concepto de acción final. Él, pone en claro que el injusto es esencialmente una acción humana y final, y que esta acción debe ser típica y antijurídica, por ello es que si se realiza la acción descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva, esta entra en contradicción con lo que exige la norma, por ello afirma que, de esta contradicción deriva la “antinormatividad de esa conducta”. Es en ese momento que el profesor alemán elabora nuevas categorías o conceptos que formaran parte del Injusto Penal.

Las normas jurídicas, no mates, no defraudes, no te apoderes ilegítimamente de cosas ajenas, son mandatos imperativos que el poder estatal ordena, dirige a las personas, y estas, en virtud de sus capacidades intelectuales entran en contradicción con estas normas, por ello es que el esquema del finalismo del injusto penal se ha construido básicamente como infracción de la norma, es decir una conducta que entra en contradicción con la norma, una contradicción que nace necesariamente en la cabeza de su autor, tomando a esto como dato central, la contradicción va a nacer en la cabeza del autor, pero ineludiblemente debe ser objetivizada en el mundo real, entonces Welzel rezaba, el estado crea la norma, que tiene una estructura imperativa donde, en algunas oportunidades manda y en otras prohíbe, entonces a través de una acción final se introduce en el mundo el mensaje antinormativo que se plasma en la contradicción existente entre la conducta y la norma, la finalidad de la conducta, va dirigida a quebrantar la norma penal. Sobre estos elementos Welzel sienta la antinormatividad, existe una infracción, de la acción como expresión de voluntad e inteligencia (finalidad), que entra en estricta contradicción con la norma jurídica, que va dirigida a quebrantar la norma, a esta manifestación de contradicción Welzel lo llamo antinormatividad.

En todo tipo penal, como enseña el profesor Pessoa, encontramos la materia prohibida, (la acción), el que defraude, el que lesione a otro, esa es la materias prohibida, esa es la conducta, detrás del tipo esta la norma, cuando una conducta es típica es esencialmente antinormativa, porque la conducta se adecua al tipo que prohíbe, y así contradice el mandato de la norma, por eso es que la esencia del tipo penal esta dada por la norma penal. Una conducta es típica porque se subsume dentro del tipo penal y así entra en una contradicción con la exigencia de la norma jurídica.

Sin embargo, es cierto que toda infracción de la norma con el tipo penal genera la antinormatividad de esa conducta, pero nada mas, como destaca el maestro de Bonn, el orden jurídico no se compone solamente de normas, sino también de preceptos permisivos, o como el los llama, “autorizaciones”, y son estos preceptos permisivos los que en ciertos casos, permiten la realización de una conducta antinormativa, la justifican, y es en estos supuestos cuando la realización de un tipo prohibitivo se torna conforme a derecho, por ello es que, como Antijuricidad, entendemos a la contradicción de una conducta antinormativa, con todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, y no solo con una norma aislada. De esta

manera, Welzel elabora el concepto de ANTIJURICIDAD que no es lo mismo que la antinormatividad.

Antinormatividad: es la contradicción de la conducta con normas que prohíben u ordenan hacer algo determinado, después hay que analizar si esta misma conducta entra en contradicción con todo el sistema jurídico, que esta integrado tanto por normas y por permisos, cuando esta conducta entra en contradicción con todo el sistema jurídico, con las normas y con las reglas que autorizan, entonces recién ahí, técnicamente estaríamos hablando de Antijuricidad.

La antinormatividad es la esencia de la tipicidad y no al revés (como muchos confunden), pero como el sistema jurídico esta integrado por normas y por permisos, cuando la conducta se vuelve antinormativa, pero no tiene una autorización o una causa que la justifique por parte del orden jurídico, entonces esta deviene antijurídica, y de esta manera Welzel elaboraba ya tres categorías conceptuales: Antinormatividad, Tipo y Antijuricidad. Teniendo como base estos elementos, que a su vez, se refieren a la conducta, Welzel elabora el último concepto, que es el INJUSTO o ilícito penal, (“Unrecht”, negación al derecho o contrario a derecho) y realiza una distinción entre este y la antijuricidad, la cual el la considera de trascendental importancia, diciendo lo siguiente, la Antijuricidad, es una mera relación (una contradicción), el Injusto, por el contrario, es la Conducta Antijurídica misma, es la conducta de matar, de estafar, de hurtar, etc.

Por ello, cuando la conducta o materia de prohibición entra en contradicción con el orden jurídico, esa conducta es Antijurídica, Welzel decía la Antijuricidad es un juicio de valor OBJETIVO, de esta manera determina que es el orden jurídico el que genera las reglas (normas) en virtud de las cuales una conducta es lícita o ilícita, el hecho de que el sujeto sepa o no sepa, crea o no crea sobre la licitud o ilicitud de su conducta, no es de mayor interés, porque es el orden jurídico el que determina lo correcto o incorrecto, lo bueno y lo malo, jurídicamente hablando, por ejemplo si yo tengo la creencia de que mi conducta es lícita, cuando en realidad estoy cometiendo un delito mi conducta deviene antijurídica porque es el ordenamiento jurídico el que determina la licitud o ilicitud de las conductas, es por eso que el maestro, al referirse al error de prohibición, destacaba que este no elimina la antijuricidad de la conducta, sino que eliminaría la culpabilidad, la reprochabilidad del injusto, porque es el orden jurídico el que determina sobre la licitud o no de una conducta. Destacaba con gran sutileza el profesor de Bonn, haciendo eco de las críticas que le habían formulado al presentar sus trabajos iniciales, las cuales llevaban a una errónea comprensión del finalismo, que el concepto objetivo puede ser utilizado en una variedad de sentidos, por ello es que han surgido en la doctrina la creencia errónea de que el elemento Antijuricidad, puede referirse solamente al lado objetivo de la Acción, por ser este un juicio desvalorativo objetivo, sin embargo aclara, que al referirse a un concepto objetivo lo utiliza en dos sentidos distintos: -La Antijuricidad es objetiva solo en un juicio

de valor general, (por que el orden jurídico es objetivo, es la norma la que determina la ilicitud de una conducta) -mientras que su objeto, la acción, es a este respecto una unidad, de elementos objetivos y subjetivos (exteriorización de voluntad y finalidad).

De esta manera el genio de Bonn, como lo llaman algunos profesores, trazo lineamientos que son considerados claves en la historia del pensamiento penal, a partir de Welzel se entiende toda la teoría del injusto de una manera diferente, por que la teoría del injusto no retrocedió mas al modelo causal, se produjo un quiebre a partir de sus investigaciones, donde ya nadie entiende que matar es solo un proceso causal físico, con esto se supera el modelo Lizst – Beling, e incluso el modelo Mezger y se sientan las bases para la nueva teoría del injusto penal.

De esta manera, Welzel explicaba la teoría del injusto personal que nos va a conducir a la comprensión de muchos otros conceptos esenciales de la teoría del delito. Va armando una estructura teórica, distinta a los modelos anteriores, para explicar el mundo del injusto penal, estructura que tiene dos pilares fundamentales, básicos, a partir de los cuales se construye todo el esquema central del injusto personal, la ACCION, en un sentido Final y la NORMA, es decir, una conducta que entra en contradicción con la norma.

Esta acción que a lo largo del pensamiento penal fue variando de fisonomía dogmática, pasando de ser un mero proceso causal, a un ejercicio de actividad final, hasta llegar a las modernas concepciones funcionalistas que aun no terminan por convencer a los teóricos del derecho Penal, modelos estos que fueron de gran utilidad al momento de interpretar y comenzar a analizar la teoría del delito. Y la Norma, fuente central en la teoría del Injusto Personal, cuya evolución iremos partiendo del pensamiento de Welzel, siguiendo su análisis especialmente con dos de sus discípulos mas destacados, Armin Kaufmann y Dierthart Zielinski, cuyas investigaciones fueron completando las ideas desarrolladas por su maestro, que como destacan algunos profesores, estas escuelas terminaron siendo mas welzelianas que el propio Welzel.

Por ello es que quisiera dedicar las líneas iniciales del presente trabajo a esbozar parte del pensamiento dogmático de Hans Welzel, como padre del finalismo, como mentor de las modernas concepciones normativistas y subjetivistas, como creador de las modernas bases de la teoría del delito, como celebre dogmático del derecho penal cuyos trabajos produjeron un inesperado giro metodológico, un quiebre fundamental en el pensamiento penal, aun hoy no superado.

II- ESTRUCTURA DE LA ACCION

A- TEORIA CAUSAL DE LA ACCION

Entrando ya en los albores del siglo XIX, y bajo las influencias de corrientes filosóficas positivistas, donde la confianza depositada en las ciencias naturales, era la base para formular todo tipo de construcciones dogmáticas, el derecho penal no escapó a dichas concepciones, y se fueron elaborando las primeras categorías o estratos para la creación de un concepto teórico del delito, de la mano de un teórico alemán llamado Franz von Liszt (1851 – 1919) con su Tratado de Derecho Penal y posteriormente fueron completados dichos trabajos con aportes de Ernest von Beling (1866 – 1932), Edmund Mezger, y Gustav Radbruch.

Von Liszt, al hablar del primer elemento del delito, realizaba una distinción en la acción y la separaba en dos partes, en la primera, un proceso causal externo u objetivo, y por otro lado ubicaba el contenido de la voluntad como un dato meramente subjetivo. De esta manera, entendía a la acción como un movimiento corporal, o una enervación muscular, impulsado por un acto de voluntad, como un mero proceso causal desencadenado por la voluntad (aspecto exterior, efectos) que produce un resultado, una modificación en el mundo exterior, todo con independencia de que el autor lo haya querido o al menos podido preverlo.

De este modo, la acción se presentaba solamente como una relación de causalidad entre la voluntad y el resultado, remitiendo el aspecto interno de la acción o el contenido de la voluntad al plano de la culpabilidad, donde era analizado.

Entonces, acción para el sistema de von Liszt, era todo movimiento corporal causado por un acto voluntario, es decir por todo acto libre de presiones mecánicas y psicológicas.

Dicho en sus propias palabras: “acto es la conducta (Verhalten) voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediendo de un cambio en el mundo externo”[2]... “El acto de comisión (Thun) consiste en causar (o provocar) un resultado. La manifestación de voluntad aparece, aquí, como movimiento corporal voluntario; es decir, motivado por representaciones. El resultado debe ser causado (provocado) por un movimiento corporal; el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa a efecto (en relación de causalidad). Existe relación causal entre el movimiento corporal y el resultado, cuando éste no hubiera tenido lugar sin aquél; es decir, cuando no se puede suponer suprimido el movimiento corporal sin que deba dejar de producirse el resultado ocurrido (conditio sine qua non)”[3]

Von Beling, por su parte, compartiendo este criterio, estimaba que la acción era la voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de la causalidad. Voluntad que podía ser activa (movimiento corporal) u omisiva (en la omisión hallaba esa voluntad en la contención de los nervios motores), pero cuyo contenido no importaba, puesto que lo único trascendente era a que el sujeto haya actuado voluntariamente[4].

Este panorama se completaba con una tipicidad (recién aportada por Beling en su obra *Die Lehre vom Verbrechen* de 1906) neutra, acromática o avalorada (puesto que nada decía acerca de la antijuridicidad) y objetiva (ya que no admitía elementos subjetivos); una antijuridicidad objetiva y formal, donde lo importante era la contradicción de la conducta con el orden jurídico[5] y una concepción subjetiva de la

culpabilidad, según la cual ésta se presentaba como la relación psicológica que existe entre la conducta del sujeto y el resultado y que puede asumir la forma de dolo o culpa (imprudencia). Así el dolo y la imprudencia constituían formas del estrato culpabilidad[6].

B- TEORIA FINAL DE LA ACCION

La estructura del comportamiento humano, es un componente necesario para las normas del Derecho Penal, la norma jurídica, en sus diversas manifestaciones como prohibitiva u ordenadora, no puede ir dirigida a meros procesos causales “ciegos”, sino, solamente debe ir dirigida a acciones, por ello es que Welzel rezaba, “las normas solo pueden mandar o prohibir una conducta final” [7].

I- “La acción humana, es ejercicio de actividad final. La acción es un acontecer final, y no solamente causal”. [8] Con esta frase Welzel comienza hablando de acción,[9] destacando uno de los elementos centrales en la construcción de su concepto, la “Finalidad”, diciendo lo siguiente, que el hombre, se representa o puede prever las posibles consecuencias de su actuar, y en base a este saber, lleva adelante una selección de fines al igual que los medios para su realización, orientándolos, gobernándolos hacia la consecución de la finalidad propuesta. En pocas palabras se podría afirmar que para Welzel, Acción es Dominio final. Dominio final, porque el sujeto se representa la producción de fines, al igual que sus consecuencias incluso las concomitantes, porque gobierna los medios elegidos y los dirige hacia el fin según su voluntad, manejando el control de la causalidad.

Esta finalidad tiene dos sustratos que la caracterizan, por un lado la capacidad de “prever” las consecuencias del proceso causal que pretende poner en marcha, y por otro lado la capacidad de “dirigir”, ese mismo proceso causal, conforme al plan escogido. Todo esto se lleva a cabo por otro de los elementos centrales en la estructura welzeliana, “la Voluntad”, que impera como rectora del acontecer causal. a través de esta voluntad, se puede dirigir o dominar el suceder causal, y es, en esta dominabilidad de procesos causales que encontramos a la acción final del hombre, sino hay voluntad que domine finalmente un proceso causal, éste se reduciría a un mero mecanicismo causal ciego.

Cuando Welzel habla de voluntad, nos preguntamos respecto a que tipo de voluntad se refiere, o que se entiende por voluntad para el esquema welzeliano. Cuando el profesor alemán refiere al dominio final, como producto de la voluntad, refiere a un control intersubjetivo que impulsa al sujeto a hacer o no hacer una determinada causación, en el cual interrelacionan, una facultad del querer y desear algo de manera intensa, con la ejecución precisa de un esfuerzo necesario para lograrlo. Este control intersubjetivo, debe estar encausado hacia el dominio o la dirección de un proceso de causas sucesivas, a la realización de una concatenación de los factores escogidos previamente por el sujeto (plan), hasta llegar, a su fin primero.

II- Uno de los elementos de la finalidad es la capacidad de prever las consecuencias de ésta, es decir, que el sujeto tiene un conocimiento, una aprehensión de esas consecuencias posibles, que se dan, de una manera sensitiva e intelectual, por el cual el sujeto se representa de manera abstracta y universal una idea determinada, y de esta manera elabora su plan delictivo, representándose la visión intelectual de su fin. Esto tiene mayor importancia al momento de diferenciar el elemento voluntad con voluntariedad, en el cual no existe la capacidad de prever dichas consecuencias, lo que excluye a esta última como elemento de la acción, tornándola incapaz de caracterizar una finalidad, ya que es esencial, para ésta, la referencia a determinadas consecuencias queridas.

Este dominio final que una acción lleva a cabo, tiene dos fases, la primera se desarrolla plenamente en la esfera del pensamiento[10], y a su vez tiene tres etapas, que van sucediéndose de una manera inversa, a esto Welzel lo llama Proceso de Retroceso, porque se suceden de la siguiente manera: En primer lugar, el autor se propone fines, objetivos que quiere causar en el mundo real, escogiendo su punto de acción, luego efectúa una selección de medios que son aquellos factores causales que cree idóneos para la realización de sus fines, y por último haciendo uso de su dominabilidad pone en marcha la cadena causal, ejecuta su acción en el mundo real orientado a la finalidad

propuesta. “La segunda fase de la dirección final se desarrolla en el mundo real, es un proceso causal en la realidad dominado por la determinación del fin y de los medios en la esfera del pensamiento. Si no se logra el dominio final en el mundo real, la acción real solo quedaría intentada.”[11]

De esta manera Welzel sienta las bases centrales para un nuevo y revolucionario concepto de acción[12], y de injusto penal, sin embargo quedarían algunas cuestiones todavía por resolver[13], como por ejemplo hay autores que preguntan si para fundamentar una teoría del injusto personal es necesario tener que recurrir a un concepto de acción[14]. Hay autores en Alemania que niegan esta necesidad, dando mayor interés a la valoración del tipo penal como eje central del injusto personal, quedando esto demostrado con la inclusión del dolo y la culpa en este estrato de la teoría del delito. Si tenemos en cuenta que los tipos penales describen sustancialmente una infracción encausada como una prohibición o como un mandato, donde las primeras van dirigidas a la no realización de una determinada conducta, y los segundos, si van dirigidos a la realización de una determinada conducta, de esta manera se podría afirmar que los tipos penales dan el significado central de un concepto de acción al describir por un lado acciones y por otro omisiones. Por ello es que para determinar las consecuencias positivas o negativas de un tipo penal, resultaría necesario efectuar un análisis de la estructura de la acción para poder concluir en que una conducta finalmente dirigida, se adecua a lo descrito por cada tipo de injusto. Por

el contrario, se estaría dejando de lado aquellos elementos centrales de la estructura típica, a los cuales van dirigidas las prohibiciones y los mandatos legales.[15]

III- Al ser modificado el concepto de acción al igual que el fundamento y esquema central del Injusto Penal, netamente causal a un nuevo Injusto Personal, también implicó una serie de cambios en el modo de analizar el resto de los elementos categoriales de la teoría del delito, como por ejemplo, en lo que respecta a que en el tipo se debía describir la conducta relevante, y para hacerlo no podría limitarse a un mero acontecimiento causal externo, sino que debía contener la descripción de elementos procedentes de una estructura final de acción. A raíz de este fenómeno, Welzel propuso que tanto el dolo como la imprudencia, que tradicionalmente estaban ubicados por las teorías causalistas en la culpabilidad, se trasladaran al estrato del tipo subjetivo como elemento integrante del tipo penal y por lo tanto ya no serían considerados como formas de culpabilidad, sino modos de infringir una norma y, por ende, modos de ilicitud. Uno de los fundamentos de semejante cambio en la estructura del delito fue lo que Welzel llamo el argumento de la Tentativa, aprovechando que el sistema causal tenía problemas para explicar correctamente este instituto puesto que en éste lo primero que interesa es el contenido de la voluntad y para dicho modelo explicativo el dolo se encontraba recién en la culpabilidad, lo que implicaba que cuando el delito era consumado el dolo se ubicaba en la culpabilidad y solo cuando era tentado se producía un salto directo al injusto, lo que constituía una consecuencia sistemáticamente inaceptable. Por ello es que el profesor de Bonn, se preguntaba “¿Cómo puede depender del hecho de que el disparo dé o no en el blanco, que

el dolo sea un elemento del injusto o de la culpabilidad?”. Luego de poner en evidencia esta incongruencia afirmaba que el estrato jurídico en el cual se tendría que analizar el dolo era en el tipo subjetivo y no la culpabilidad.

III- ESTRUCTURA DE LA NORMA

I- Decíamos al comienzo del presente trabajo que Welzel estructuró su teoría de injusto como la infracción de una conducta a la norma, creando de esta manera una relación de contradicción entre la acción y la norma jurídica. Hemos estudiado ya el concepto de Acción por el cual se lleva a cabo este quebrantamiento del derecho penal sustantivo, y hemos aceptado como válido para este esquema dogmático un concepto de acción, entendido como ejercicio de actividad final, de esta manera se sientan los elementos básicos para el desarrollo de concepto de Injusto Personal, comenzando por

destacar que este es esencialmente una acción humana y final, y que esta acción debe ser típica y antijurídica, prohibida y no permitida por la norma.

En esta segunda parte del trabajo, trataremos de analizar otro de los elementos claves para configurar penalmente a una acción final como ilícita, la norma jurídica, donde se plasma esta contradicción existente con la conducta final, dirigida a quebrantar la norma penal. Sin embargo hay otros datos centrales que analizar, como por ejemplo, ¿cuál es el objeto de esta norma?, o ¿cuáles sus consecuencias?, o el carácter jurídico de estas, y otros tantos que analizaremos a continuación.

II- “El delincuente, realiza el tipo penal de la ley, es decir, no viola para nada la ley penal”. [16] Con esta frase, propuesta por Binding como resultado de su monumental obra a fines del siglo XIX, comienza una larga polémica en la dogmática penal alemana, de si efectivamente el delincuente actúa conforme o no a la primera parte de la ley penal, ya que esta lo que hace es describir una acción que es merecedora de pena, por ello es que la ley que el delincuente transgrede, procede de la ley que conceptualmente dispone la forma de su condena. El profesor Binding llama a estas proposiciones jurídicas, Normas, porque el delincuente solo puede transgredir la proposición que prescribe el modelo de su conducta. [17]

Kaufmann, citando a Binding, propone como único camino correcto para la demostración de las normas lo siguiente: Sostiene derivar el imperativo de la norma únicamente de la primera parte de la ley penal, donde de esta manera, la prohibición o mandato satisfarían totalmente la exigencia de ser una norma de formas de acción, porque el delincuente haría

exactamente aquello que la prohibición quiere que se omita, y de esta manera su acción y la acción que le fuera ordenada, se encontrarían en una relación contradictoria, ya que la norma ha sido dictada precisamente para prohibir esa acción descripta. Teniendo en cuenta este pensamiento, es que estos profesores concluyen que “Norma, es una orden pura, no motivada, especialmente no motivada por la amenaza de la pena”. [18]

Analizando el contenido de esos pensamientos, podríamos hacer algunas consideraciones al respecto. En primer lugar destacar que habrían en un principio, tres categorías distintas, a saber, por un lado encontraríamos al tipo penal, en la primera parte de la ley penal, este describiría aquellas acciones prohibidas por el derecho, esto sería lo que el delincuente transgrede, y nada más, es la descripción de una acción cuya

realización implicaría violar el tipo, pero no la ley en su conjunto, porque esta acción prohibida estaría amenazada con un castigo, una pena, establecida en la segunda parte de la misma ley, como consecuencia impuesta por el derecho para impedir la realización de acciones contrarias a este, encontrándose precedida por el tipo penal de una manera conceptual. Por último tenemos la ley penal como comprensiva de ambos elementos, el tipo y la pena. A estas categorías, Binding distingue una más, la norma, que se encuentra en un ámbito paralelo y subyacente al tipo, es decir a la acción prohibida, e independiente y alejada de su consecuencia jurídica, la norma es aquella orden o mandato de no realizar las acciones descriptas conceptual y literalmente en el tipo, es el sentido de la prohibición, es la razón de ser del tipo penal y el juicio de deber ser de la acción prohibida. La norma, va detrás del tipo, puntualizando su alcance y su valor como proposición jurídica. Por ejemplo, “...el que mate a otro...” es el tipo penal de homicidio, pero “no mates, o no destruyas la vida de otro” sería la norma jurídica del homicidio, es lo que va detrás de lo que propone el tipo, es lo que da sentido valorativo al enunciado prohibitivo, esta norma de homicidio se vería lesionada por quien efectúe una acción que sea peligrosa para la vida de otro hombre o bien cuando no haga nada para evitarlo. Si tomáramos por ejemplo el Art. 85 del C.P. que prescribe “El que causare un aborto...”, y lo entenderíamos de una manera literal, encontramos que no estaría prohibiendo ninguna conducta no querida, simplemente estaría enunciando un predicado sin contenido prohibitivo. Las partículas que utiliza la ley, “...el que...”, darían lugar al reconocimiento solo de un enunciado legal, pero no a una orden pura, por ello es que, el delincuente haría solo aquello, que la ley enuncia, porque el tipo tiene la función de “indicar”, “el que” de la prohibición, enunciando de esta manera la conducta prohibida, pero en cambio, la norma de este delito, diría “no mates a un feto, o no interrumpas una gestación”, da valor al enunciado legal, impartiendo una orden sin condiciones.

Sin embargo Binding, considera que en determinados casos particulares, el análisis de la norma a partir de la primera parte de la ley penal se tornaría un tanto insegura, teniendo en

cuenta que no a todo tipo le correspondería una norma, ya que habría tipos penales que remiten a diversas normas, y viceversa, a varias leyes penales correspondería una sola norma,[19]por ejemplo, lo que sucede con las leyes penales en blanco, donde la descripción final de una conducta estaría sujeto a remisión de otras leyes distintas.

III- Al partir de esta premisa general, que las normas infieren de la primera parte de la ley penal, es que se puede advertir también su contenido, las normas solo deben contener dentro de sus ordenes, mandatos o prohibiciones de determinadas acciones, tendientes a producir o evitar, respectivamente, toda modificación indispensable en el orden jurídico, producto de la acción humana.[20]

La norma solo puede prohibir o mandar la conducta enunciada en un tipo penal, prohíbe o manda el sentido del enunciado a través de una orden dirigida a los receptores de las normas. La prohibición se concreta porque la acción, objeto de esta, cuando no se encuentra amparada por algún permiso del orden jurídico, resulta inadmisibles y no tolerada por el derecho, en cambio cuando una norma manda es porque considera que el realizar la acción mandada resultaría indispensable para la vigencia del orden jurídico, este juicio de rechazo o aceptación de determinadas acciones, actúa como presupuesto motivacional de toda norma, es decir, mantener la vigencia intacta del derecho y desterrar todo efecto perjudicial para este. Por ello es que Binding afirma que Norma es la forma conceptual de toda proposición jurídica que fundamenta su efecto obligatorio, por lo tanto, toda proposición jurídica de las cuales surgen deberes jurídicos concretos es una Norma, en otras palabras, la Norma, es la forma de pensamiento y de expresión de las proposiciones jurídicas obligatorias, es un juicio de deber ser.[21]

De la misma manera que la Norma se halla en la primera parte de la ley penal, en forma paralela al tipo, esta se encuentra precedida lógicamente por un juicio de valor, como presupuesto existencial y motivo de toda razón de ser de la norma, es un juicio sobre la inadmisibilidad jurídica de determinadas acciones y omisiones. Con todo esto se pretende dejar en claro que todo aquello prohibido por la norma, es inadmisibles para el derecho, y en cambio lo que se encuentra ordenado, resultaría indispensable para el orden jurídico.

IV- ¿Pero prohibido o permitido para quien? Teniendo en cuenta estas consideraciones, Binding afirma que el sujeto de la norma es el hombre como persona humana, pero solo a lo que esa persona le fuera posible realizar, porque el efecto obligante de la norma, solo estaría condicionado por la posibilidad de su cumplimiento, bajo la premisa ¡tu debes, solo si puedes!, todo esto porque la norma va dirigida, a un elemento central de la persona como ser racional, es decir, a la capacidad que posee para poder receptarla y obedecerla, a la capacidad de decisión, de discernimiento, de voluntad, solo las acciones voluntarias en un sentido final, son los objetos de la Norma. Solo a través del elemento volitivo, el hombre es capaz de decidir su actuar conforme a la prohibición o dirigir su voluntad a la evitación del resultado prohibido. La acción, como ejercicio de actividad final, actúa como límite a la prohibición, agotando su alcance ya que esta no puede ir más allá de lo meramente posible a una acción final.

Sin embargo, volviendo a la pregunta anterior, ¿a quienes les esta prohibido o permitido la realización de una acción determinada?. Siguiendo con el pensamiento anterior, para poder ser receptor de una norma, y de esta manera obligado a su realización o evitación, es necesario, tener “capacidad de voluntad”, o como lo determina el mismo Binding, gozar en algún momento de una determinada “capacidad de acción” con respecto a una prohibición o mandato.[22] La Norma es la forma ideal de la obligación de los hombres, y su objeto es una acción final, ella se dirige a todos los que, en algún momento entran en consideración como sujetos del acto o como partícipes de el, y a los que ella prohíbe y manda algo, es decir a todos, por ello afirma Kaufmann, “todos son destinatarios de las normas”, en cambio, son “obligados por las normas”, solo aquellos que de alguna manera o en algún momento determinado se encuentren, en una relación de subordinación con la norma, se vean de algún modo obligados por ella[23], para este tipo de supuestos, es necesario tener capacidad de voluntad, como facultad de motivación de cada hombre para adecuar su conducta a la norma o poder decidir infringirla, por ello, estos que la poseen, son obligados concretamente por las normas, no así por ejemplo los incapaces de voluntad, a quienes ni siquiera se les puede reprochar su no cumplimiento, por carecer justamente del elemento volitivo. Pero a más de considerar lo anterior, cabría el interrogante de que se entiende por capacidad de acción, ésta esta dada básicamente por la representación que el autor tiene de las circunstancias reveladas por la norma, es decir que, si la norma ordena no realizar una acción de matar a otro y entonces el sujeto se representa en su cabeza, los elementos ordenados por la norma (los elementos revelados por ésta...) y además tiene la capacidad física para realizar o para no realizar esa acción que

se ha representado, es ahí cuando técnicamente estaríamos ante la presencia de la capacidad de acción, exigida para la configuración del injusto, y que a través de esta representación de las circunstancias de hecho relevadas por la norma y la correspondiente objetivización en el mundo de esa acción gobernada por la finalidad, se da técnicamente la antinormatividad de esa conducta final, que al entrar en estricta contradicción con la norma, daría paso a la presencia de un injusto penal.

La Norma, tenida en cuenta como idea de obligatoriedad del derecho, se encuentra dirigida hacia todos, de allí la afirmación de que todos son destinatarios de la norma, sin embargo el problema consiste en determinar quien seria el obligado por la norma en el caso concreto, para ello es necesario que quien sea en primer lugar destinatario de la norma posea capacidad de voluntad (o de acción), para hacer lo que establece la norma en forma de mandato o prohibición, por ello es que no todos los destinatarios son concretamente obligados por la norma, sino únicamente aquellos “capaces de realización del delito” y que puedan motivarse mediante la norma.[24]

V- La Norma esta compuesta por Prohibiciones y por Mandatos, en cuanto a los primeros, se efectivizan mediante la concreción de un deber de omitir la conducta debida, que se lleva a cabo con la realización de la conducta no deseada por el derecho, es la acción realizada la que va mas allá de los limites impuestos por el orden jurídico a través de la norma, es esta conducta la que finalmente resulta desvalorada por el derecho, y es nuevamente esta acción la que, al infringir los mandatos o realizar las prohibiciones impuestas por las normas, se torna de esta manera, Antinormativa, y que, si a su vez, no se encuentra permitida por el orden jurídico en su conjunto se volvería también Antijurídica.

En el ámbito del injusto, las normas tienen un rol fundamental a la hora de efectuar una evaluación en su relación con la conducta y con el derecho, el disvalor del acto surge primeramente, como un juicio jurídico de valor sobre un determinado hecho que se manifiesta de una manera anterior a la norma jurídica, por ello es que no se puede pensar en un posible tratamiento jurídico sobre el disvalor de un acto sin hacer ninguna referencia a la norma, de este modo la antijuricidad podría fundarse a partir de una valoración jurídica concreta, pero la contrariedad al deber es indispensable y esta conectado estrechamente con la norma, por eso, solo partiendo de la norma misma, considerada como elemento central de la antijuricidad, es posible deducir el juicio de valor posterior que formaría parte del disvalor personal.

IV- DISVALOR DE ACCION

I- Explicaba nuevamente el profesor Welzel, el Injusto, no es objetivo, porque el objeto de la antijuricidad no es objetivo, la acción, es una unidad de elementos, tanto objetivos como subjetivos, y es precisamente esta acción la que actúa como núcleo central del injusto, porque Welzel entendía a la acción, como finalidad, donde por ejemplo, matar no es simplemente causar una muerte sino querer causar la muerte

de una manera determinada, por ello es que el orden jurídico al momento de desvalorar la conducta, desvalora tanto la finalidad de esta como su objetivización en el mundo, no desvalora resultados aislados producto de causalidades, desvalora conductas, porque son estas las que contradicen la norma, y la norma es objetiva, desvalora su finalidad por ser el elemento central de la acción, la finalidad es la desvalorada por el derecho, no los resultados que pueden o no objetivarse en el mundo, un resultado es o no valioso, según si su finalidad sea o no valiosa para el derecho, para la norma, no hay resultados valiosos o disvaliosos por sí mismos, en cambio, si hay conductas valiosas o disvaliosas, finalidades valiosas o disvaliosas, por eso Welzel dijo que el Injusto era mixto, es una unidad compleja, es objetivo – subjetivo, por que la acción contiene elementos objetivos y subjetivos.

Por lo tanto, una acción se convierte en delito, cuando infringe de un modo determinado, el orden de la comunidad, cuando contradice la norma jurídica, esta acción, tiene que ser antinormativa y antijurídica, y ser por consiguiente reprochable a su autor como persona responsable.

II- Pero, ¿cuál sería la finalidad de la norma?. Decíamos al analizar la estructura de la norma, que esta tiene por finalidad prohibir o mandar, la realización ciertas acciones que resultarían perjudiciales o indispensables, respectivamente, para la vigencia del derecho, es decir, reprueba la conducta descrita conceptualmente por el tipo, sin embargo, hay autores que entienden que la finalidad de la norma es reprobado resultados producto de esas acciones, y que son los resultados los que prohibiría también el tipo penal, por ejemplo reprueban “la muerte” de otro, y no “la acción de matar” a otro, entonces cuando un sujeto escoge su finalidad, elige los medios para llevarla a cabo y pone en marcha la causalidad orientada a obtenerla, pero por circunstancias ajenas a su voluntad como producto de un acto del destino no ha podido concretar esa finalidad, el derecho tendría que excusar y decir que como no hay resultado, no se ha dañado ningún bien jurídico, no se ha quebrantado la norma, y por lo tanto no se podría habilitar la reacción del derecho penal, porque este solo estaría habilitado para la protección de bienes jurídicos, que aquí no se han afectado.

Ahora bien, siguiendo por ahora este entendimiento, la norma vendría a proteger bienes, pero si ésta actúa una vez que han sido lesionado estos bienes, que clase de

protección daría el derecho penal, esta afectación es producto de acciones, y ¿qué sucedería con estas acciones?, ¿acaso no serían alcanzadas por la norma?, ¿quedarían al margen del reproche penal?, parecería ser que todo dependería de un juego del destino para la impunidad de estas acciones reprobables, si como producto de la casualidad no se lesionan bienes, no habría porque reprochar a la acción que intento lesionarlos, de todos modos, el derecho penal, no serviría demasiado porque no salvaría a ningún bien jurídico.

III- Todo este razonamiento, a mi entender erróneo, tiene relación con la falsa creencia de que al no producir lesión alguna a un bien jurídico, se estaría resguardando el principio Constitucional de Lesividad, esencial en un estado de derecho, pero no cuando se es mal interpretado.

Haciendo una etiología de nuestra dogmática penal, encontramos que un gran número de autores[25] siempre han seguido con firmeza esta postura, y adoptan un derecho penal de lesión oponiéndose a un derecho penal de puesta en peligro, tomando al daño como eje central de la responsabilidad penal, porque acreditaban como finalidad de la norma, aquellas conductas que eran solo perjudiciales para terceros, es decir, aquellas que causaban un daño, y consideraban a las que no lo producían, como carentes de tipicidad, dejando de lado, el valor que impone la norma como mandato o prohibición de realizar acciones contrarias a estos, porque la norma no manda o prohíbe objetos o bienes, prohíbe conductas desviadas del derecho, intenta inculcar la confianza en la sociedad de que han de respetar a determinados bienes e impone sanciones a las acciones que no lo hacen, que no cumplen con ese mandato de respeto o realizan las prohibiciones impuestas. Por ello es que la gravedad de la lesión a un bien jurídico, no legitima la aplicación de una norma, lo que si lo haría es la desobediencia de acciones a esos mandatos y prohibiciones, entonces podríamos afirmar, junto a otros autores[26], que adopte que para acreditar la legitimidad de una norma, no correspondería analizar la repercusión de la infracción en el mundo externo, sino que dependería de la decisión de voluntad el autor para dirigir su acción.

Esto parecería ir en contra del principio legado por el derecho romano “Cogitationis poenam nemo patitur”, (los pensamientos están exentos de pena), sin embargo esto no sería tan así en el sentido que nadie discutiría en un estado de derecho, como decimos que estamos, que se impongan sanciones por el solo hecho de pensar, por ejemplo la muerte de otro, o en algún pensamiento impuro respecto de alguien, no queda dudas

que si fuera así, esto sería un caos aun mas grande, y queda claro que esta totalmente prohibido, en cambio lo que si estaría en juego serían aquellas situaciones donde su autor se representa que con su acción puede lesionar algún bien jurídico y la lleva a cabo, con independencia de que en el mundo real se concrete efectivamente esa lesión, no basta con pensar para legitimar la norma, sino representarse una lesión y llevar a cabo esa representación.

Precisamente esto les llevo a los discípulos de Kauffman, Diethart Zilinski y a Eberhard Strüense a sostener que en el momento de decisión de la acción lo que se convierte en materia del juicio de antinormatividad, esta determinado por lo que el autor se representa de aquellos elementos ordenados o prohibidos por la norma, por que la norma valora la conducta en el momento en que se tomó la decisión, no por lo que el autor conoce de ellos, así por ejemplo, si tengo en frente a un maniquí pero creo que es mi enemigo, técnicamente, y desde el punto de vista psicológico, aquí no existe conocimiento, si por conocimiento entendemos la aprehensión intelectual de algo, en ese momento no estoy conociendo, sino que estoy bajo un error, por que creo que es mi enemigo cuando en

realidad es un maniquí, sin embargo, la pregunta central sería ¿que pasa cuando yo me represente que ese es mi enemigo y efectúo el disparo?, ¿estaríamos ante un injusto penal o no?. Analicemos someramente la cuestión, en ese momento, en la cabeza del autor, hay una aprehensión intelectual incorrecta de la realidad, hay un error, pero sin embargo, la representación actual que tiene frente a sí, da lugar a una concepción de los elementos de la norma, que le permiten decidir la realización de la prohibición o no del contenido de la misma, para lo cual esa capacidad de decisión es suficiente para orientar los pasos hacia la construcción de un injusto, cuya configuración quedaría supeditada a la exteriorización objetiva de su representación.

Por ello es que, comparto esta concepción, y creo realmente que el injusto es básicamente una infracción de contradicción entre una acción y la norma, creo que es técnicamente la mas correcta desde el punto de vista de un derecho penal liberal, la norma va dirigida a la cabeza del autor, a la capacidad intelectual y volitiva que este posee, a su capacidad de acción, por que el derecho nos concibe a nosotros como seres inteligentes y con libertad suficiente para adoptar decisiones, por eso es que entro en contradicción con la norma, cuando en mi cabeza se programa precisamente una conducta gobernada por la finalidad de por ejemplo, matar, y pongo en marcha una cadena causal de muerte gobernada por la finalidad.

Así como la norma va dirigida hacia el ámbito interno del sujeto, a su voluntad, no significa que esta sea una norma subjetiva, sino al contrario, y siguiendo a Welzel, la norma es objetiva, el fuero interno del autor, o su representación, jamás podría reemplazar al contenido de la norma, a su mandato o su prohibición, es decir que si un

sujeto se representa una acción que erróneamente la cree prohibida, no estaría violando ninguna norma, por que esta no prohibiría ese tipo de acciones, por lo tanto no se volvería ilícita su conducta por su sola representación, porque los sujetos no poseemos la capacidad para crear derecho, la norma es objetiva, porque es el ordenamiento jurídico el que determina que conductas están prohibidas y cuales no, jamás la sola representación del autor por mas violatoria que el crea que sea. De esta manera se mantiene intacta la garantía constitucional de legalidad, como uno de los pilares de un estado de derecho.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, quisiera hacer eco de las palabras de von Ferneck:[27] “En verdad, el derecho prohíbe la acción con el fin de que no se produzca el resultado, ya que la acción no se prohíbe por si misma. Pero fuera de ello, el resultado mismo no es como tal, antijurídico. Lo prohibido no es el, sino la acción, el derecho no puede prohibir el resultado, ya que el no tiene por única causa la acción, el agente solo completa una serie infinitas de condiciones que conducen al resultado. Solo este completar es lo prohibido. En verdad, el resultado le resulta indiferente al derecho...”

Por ello es que si queremos analizar la conducta de los hombres en relación a una norma jurídico penal, hay que tener en cuenta dos aspectos: a- La norma debe tener por objeto acciones, porque a través de ellas el hombre fija sus metas (fines), b- La norma tiene que, además, describir estas acciones de un modo que sea de fácil comprensión, y así de esta manera, el destinatario de la misma pueda motivar su conducta conforme a ella.[28]

El profesor de Hannover, siendo uno de los máximos sostenedores de esta posición, afirma que, el desvalor de resultado no constituye un elemento a sumar al desvalor de acción y así aumentar el injusto, por el contrario vendría a formar parte del propio desvalor de acción, por lo que resultaría ya cumplido en la constitución del injusto, por ello es que de la efectiva producción del resultado no deviene un aumento del injusto, por ello es que al resultado, no le cabría ninguna función dentro del ilícito penal, y que solo si la pudiera cumplir sería siempre y solamente dentro del ámbito de punibilidad, porque él sostenía, que el merecimiento de pena de una tentativa acabada, tendría el mismo alcance que en un delito ya consumado, y que por ello al resultado podría caberle una función en un marco estricto de punibilidad, porque la necesidad de pena

de un delito tentado podría llegar a ser un tanto menor que a la del delito consumado, pero nada más.[29] Asimismo y conforme lo anterior el desvalor de acción agota el injusto.

Con una postura similar, el profesor Strunensse, afirma, que a la finalidad del sujeto se extienden las circunstancias que fundamentan el injusto, el cual las denomina como "finalidad jurídicamente desaprobada", la que en su pensamiento constituyen los delitos imprudente, de manera tal que lo injusto del dolo y de la imprudencia muestran una estructura idéntica.

El crea una denominación interesante, para una clase de delitos culposos, los delitos conscientemente imprudentes donde el ilícito en estos, consiste en una acción final contraria a la norma, (al deber), y el resultado producido tiene sobre el ilícito tan poca influencia como la que tiene en los delitos dolosos entre los cuales deben ser incluidos esta categoría de delitos.

-Teorías Duales:

Se ha desarrollado en doctrina, otro tipo de postura a la cual se la ha denominado como "Dual", en el sentido que consideran, a diferencia de la recientemente analizada, como elementos constitutivos del injusto tanto el desvalor de acción, como el desvalor de resultado, creando nuevas categorías donde se ha postulado, que existen en el injusto -un desvalor de intención- una serie de elementos objetivos que describen la forma y clase de realización del hecho, que en la posición anterior se encontrarían en el ámbito de la esfera de un desvalor de resultado.

Dentro de esta corriente doctrinaria encontramos a profesores como Claus Roxin, Hans Jeschek, y Maurach, siendo estos sus máximos exponentes.

Así por ejemplo afirma el profesor Roxin, "en derecho penal no hay injusto de resultado sin injusto de acción." Estructurando de este modo el injusto sobre la base de la unión de ambos. El profesor de Munich, asevera "si por ejemplo dos personas disparan con ánimo homicida a un tercero y una de las balas le alcanza mortalmente, mientras que la otra no acierta a dar a la víctima, según la teoría que acepta al desvalor de acción como único fundamento del injusto, ambos habrían realizado el mismo injusto, incurriendo así, en la misma culpabilidad." Roxin se opone enfáticamente a esta concepción del injusto, en la que habría que equiparar en punición el hecho consumado y el intentado – o al menos la tentativa acabada-. Por ello es que la frase que indica que en las malas acciones rige la voluntad y no el resultado, resulta correcta en

cuanto que los resultados no se pueden prohibir independientemente de las acciones humanas.

Por otro lado, y siguiendo con este entendimiento dual, el profesor Hans-Heinrich Jescheck, sin duda uno de los máximos pensadores alemanes cuya obra ha tenido gran influencia en los teóricos de habla hispana, participa de la importancia de ponderar dentro de la dogmática actual del injusto, al desvalor de acción y al desvalor de resultado conjuntamente para la configuración del injusto, al sostener la inviabilidad de las ideas de quienes sobre una dogmática del injusto entendido de modo final, defienden la posición, de que únicamente la voluntad de acción configura el injusto, dejando relegado el desvalor de resultado como carente de toda relevancia en tal ordenación.

En tal sentido critica que "está concepción monosubjetiva debe ser rechazada, porque el injusto no consiste solo en la relación entre la voluntad de la acción y la norma jurídica, sino que radica igualmente tanto en la realización de la voluntad de la acción como en ese daño social que el lesionado y la comunidad sufren por el hecho y debe ser evitado conforme a la valoración normativa, (resultado), siendo que tan solo en la acción se materializa el riesgo para el bien jurídico protegido, y la voluntad de esta acción no es más que una parte del injusto de la acción, pero no todo.

Teniendo en cuenta estos pensamientos es que estos profesores no aceptan defender la eliminación del desvalor de resultado del injusto, porque esto conduciría a consecuencias político criminalmente inaceptables. Así en el hecho doloso habría que equiparar la tentativa acabada a la consumación (obviamente por idéntico desvalor de acción) y en el hecho imprudente habría que conminar con pena todo comportamiento considerablemente contrario al deber de cuidado"[30], centrándose así en aspectos meramente objetivos.

Siguiendo con este pensamiento el profesor Maurach[31], afirma la necesidad de evitar posiciones extremas en la construcción del injusto, reconociendo que tanto la acción como el resultado resultan componentes de igual

jerarquía en la fundamentación del injusto, por tal motivo se debería considerar uno al lado del otro, ya que una posible retirada del desvalor de resultado del injusto, tendría consecuencias poco felices, en un sentido político-criminalmente hablando, ya que según este autor, conduciría al reemplazo de los delitos de resultado por tipos de peligro y la equiparación de la tentativa al delito consumado, lo cual lo creen como inaceptable.

En cuanto al elemento “resultado”, existe entre varios autores la creencia errónea de que con la producción del resultado, el autor actuaría con un mayor grado de injusto, e incluso con una mayor culpabilidad, respecto de un acto que solo ha quedado en el estrato de la tentativa, y es por ello que incluso imponen un castigo aun mayor que en este último caso.

De este mismo modo, también la jurisprudencia, adopta en algunos supuestos semejante solución, y aun más, el resultado muchas veces, facilitaría la concreción de sus fallos, porque lo utilizan como reemplazo al momento de probar la existencia del dolo de una conducta, porque si el autor pudo lograr el resultado propuesto, entonces habría actuado con dolo de ese resultado, o al menos una presunción rayana en la certeza de que así fue. En cambio, cuando el resultado no se ha podido concretar, por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, entonces este, no habría obrado con dolo, o al menos se presume de que no lo ha hecho o no ha querido el resultado, así por ejemplo, en un hecho en el cual se hiere de muerte a un sujeto, y que tras un tiempo en rehabilitación ya no corre peligro su vida, la acción por la cual se le imputa al autor, sería la de lesiones (leves, graves o gravísimas), y no la de tentativa de homicidio, por considerar erróneamente tanto los Jueces o Fiscales, que al no haber resultado muerte, el autor no ha obrado con dolo de homicidio. Por lo tanto el pensamiento jurisprudencial concluye, que no es necesaria probar la existencia de dolo, si ni siquiera hay resultado imputable, lo cual considero tal razonamiento como absurdo e incorrecto, sin dejar de reconocer lo cómodo de tal razonamiento.

IV- Sin embargo, existe otra problemática que se plantea la doctrina alemana, y consiste en dilucidar ¿qué posición ocuparía el resultado dentro del injusto penal?, y teniendo en cuenta este interrogante, ¿cuál sería el límite existente entre el disvalor de acción y el disvalor de resultado?.[32]

Algunos autores, en especial Armin Kaufmann, consideran que el resultado que en su desarrollo es abarcado por el dolo, formaría parte también del injusto penalmente relevante, y que este solo se extendería hasta una tentativa acabada, y que luego formaría parte de una condición objetiva de punibilidad, por esto es que consideran totalmente indispensable la presencia del disvalor de acción, entendido como todo lo necesario para que el autor realice el plan propuesto. A esta postura se le reprocha de que no se puede apreciar con claridad el porque, por medio de una posterior aparición del resultado, se produce un agravamiento en el disvalor de acción y luego sobre la culpabilidad en el hecho, sino que la tentativa acabada y la consumación deberían tratarse en igual medida.

Para entender de una manera mas clara la cuestión, se recomienda volver a los postulados welzelianos y observar las dificultades que se suscitaron en torno al concepto de acción.

La teoría final de la acción, parte de la existencia del resultado abarcado por la voluntad de acción, así Welzel solo trataba de demostrar que la acción exige un elemento mas que la mera producción de un resultado, implica de este modo, una voluntad, encargada de dominar finalmente el acontecer causal, de este modo, y por ser la voluntad la que guía dicho acontecer, la acción se convierte en una manifestación de voluntad que se objetiviza en el mundo. Por ello en los trabajos de Welzel, se concluye que como la acción es producto de la voluntad de un sujeto, también ha de ser considerado todo resultado descrito típicamente, que ha sido intencionalmente causado por su autor, y que el disvalor de acción, abarca también el disvalor de los hechos (cuando el delito sea de resultado). Agregaba Welzel, que la lesión a un bien jurídico (como disvalor de resultado) solo es relevante dentro de una acción personalmente antijurídica, (dentro del disvalor de acción), así como para la mayor parte de los delitos es de trascendental importancia la lesión a un bien jurídico o su puesta en peligro, pero esto se produce solo como un momento parcial de una acción antijurídica, porque el disvalor personal de acción es el disvalor de carácter general de todos los delitos en un derecho penal liberal.

Sin embargo, encontramos que hay supuestos en donde hay disvalor de acción sin que exista disvalor de resultado, por ejemplo, cuando un hecho doloso no va mas allá del estadio de la tentativa o bien cuando una acción imprudente no conduce al disvalor de resultado, este disvalor de resultado, (entendido como lesión a bienes jurídicos), es aceptable tanto si lo encontramos como un elemento dependiente del disvalor de acción, es decir cuando éste se encuentra abarcado por el dolo, o bien cuando se manifiesta como un hecho independiente.

En lo que respecta a las consideraciones que sostienen que el resultado abarcado por el dolo actuaría como parte de la acción, se observan algunas objeciones, como por ejemplo, en el problema de la participación, en el cual, de entender que la acción se agota en una tentativa acabada, esto no daría lugar a participación en un estrato intermedio restante hasta la producción del resultado, ya que esta iría referida a una acción aun no concluida.

Después de estas consideraciones, se podría confirmar que el resultado típico abarcado por el dolo, pertenece a la acción, y por lo tanto al disvalor de acción y a su injusto de acción.[33]

Todas las desavenencias que se suscitaron en torno al disvalor de acción y disvalor de resultado, se encuentran de algún modo ceñido al desarrollo histórico dogmático, así, partiendo de las concepciones causales, que se apoyaban solo en la acusación objetiva de resultados, y la teoría final, en la cual se daba preeminencia al contenido de la voluntad, se fue desarrollando la idea de antagonismo entre un disvalor de acción, entendido como finalidad, y un disvalor de resultado, entendido como lesión a bienes jurídicos, todo esto se debió en parte a la mala interpretación que se dio, por algunos autores a los conceptos de Welzel, ya que su concepto de acción, expone que cada acción esta formada por la conjunción de un aspecto subjetivo y objetivo. De ahí la necesidad de considerar al disvalor de acción, en relación con el contenido de voluntad de cada acción, y que si se considera que el resultado abarcado por el dolo, forme parte de la correspondiente acción prohibida, no significa que solamente se diera el disvalor de acción cuando el resultado se produzca, sino que solo se da un disvalor de acción de la acción ya consumada y nada mas, en cambio, en tanto aun no se haya producido el resultado tan solo existiría un disvalor de acción de una acción lesiva intentada.

V- Por el contrario a lo antes expuesto, la problemática de la ubicación del resultado quedaría enmarcada exclusivamente en la imprudencia, donde la voluntad no esta dirigida hacia el resultado, en los delitos imprudentes el resultado no pertenece a la acción, y por lo tanto al disvalor de acción, surge en doctrina, dentro de los sostenedores del injusto personal, la necesidad de efectuar una distinción en los delitos imprudentes, entre la acción contraria al deber de cuidado y la acusación del resultado condicionado por esta. Por ello es que en esta clase de delitos, el resultado solo constituye una modalidad de condición objetiva de punibilidad, por que en esta clase de delitos, ni con la producción del disvalor del resultado podría el injusto ser aumentado, ni por no concurrir este disminuido, de esta manera el disvalor de resultado no es mas que un componente accidental, cuya función solo se agota en una selección de aquellas acciones de carácter culposo contrarias al deber de cuidado.

V- CONCLUSION

El injusto penal, ha mutado de fisonomía dogmática a lo largo de la evolución jurídica penal, desarrollada principalmente en Alemania, hasta mediados de la década del 30`, con la aparición de la monumental obra del profesor Welzel, donde enunciaba las bases

para un Injusto distinto, con elementos distintos, de carácter estrictamente Personal, en el cual se destacaban dos ejes centrales, por un lado la Acción y por el otro la Norma, donde encontrábamos a la primera en estricta contradicción con la segunda. Esta acción en cuya

base se distinguía una finalidad guiada por la voluntad, que tras la elaboración de un plan de tinte final, se dirigía hacia el quebrantamiento de las descripciones prohibidas, desvaloradas, enunciadas en una preposición jurídica determinada, violando de algún modo su esencia, es decir la Norma.

La dogmática moderna de la teoría del Delito, encuentra uno de sus ejes centrales, precisamente en la monumental obra de Kart Binding, “Die Normen und Ihre Ubertretung”, que a pesar de los ataques sufridos por gran parte de la doctrina alemana, su influencia aun hoy persiste entre los seguidores de la doctrina del Injusto Personal, no solamente por los estudios del maestro Welzel, sino especialmente, por las investigaciones realizadas por uno de sus principales discípulos, Armin Kaufmann, que ha destinado gran parte de su vida académica a la revisión de los textos de Binding, para lograr la reformulación de un sistema de la teoría del delito que coloque en su centro al disvalor de acción.

Así, una acción, que al ir en contra de la prohibición o mandato de la norma, y que a su vez producía un resultado en el mundo, era dejada de lado por algunos autores que fijaban su atención en el daño efectivamente producido por dicha acción, e iniciaban una campaña dogmática tendiente a erradicarla del mundo jurídico, e intentaban aplicar penas a todos los responsables de aquellos resultados dañosos a bienes jurídicos.

De este modo, se puede afirmar que, el disvalor personal de la acción es el disvalor que actúa de modo general respecto a todos los delitos descritos por la ley penal, en cambio, el disvalor del resultado, es un elemento carente de independencia en muchos de estos delitos, es decir que, el disvalor de resultado podría faltar en el caso concreto, sin que por ello desaparezca el disvalor de acción, lo que sucede por ejemplo en una tentativa inidónea. Del mismo modo, el disvalor de acción, tampoco podría ser ampliado o disminuido por la producción o la ausencia, respectivamente, del disvalor de resultado.

Debido a la extensión y alcance del presente trabajo, es que han quedado al margen del mismo algunos temas centrales y secundarios de la Teoría del Injusto Penal, que me he visto en la imposibilidad de poder desarrollarlos adecuadamente, en virtud de la extensión y dedicación que requieren los mismos, que si Dios quiere, serán tratados en trabajos posteriores al presente de una manera mas apropiada.

BIBLIOGRAFIA

- HIRSCH, Hans Joachim, La polémica en torno de la Acción y de la teoría del Injusto en la Ciencia Penal Alemana, Edit. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1993.-
- JAÉN VALLEJO, Manuel; El concepto de acción en la dogmática penal, Madrid, Colex, 1994.-
- JESCHECK Trat. Derecho penal Pág. 216 cuarta ED. Comares.-
- KAUFMANN, Armin, teoría de las Normas, Versión en castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdez, Editorial Depalma, Bs. As. 1977. pag. 3, con cita de Binding, Kart, Die Normen und ihre Ubertretung, Vol I.-
- KELSEN, HANS, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tubinga, 1.911.-
- MAURACH- Zipf- Derecho Penal parte general ED. Astrea.-
- NINO, Carlos, Los Limites de la Responsabilidad Penal, Capitulo IV, Bs. As. 1980.-
- ROXIN, Claus; Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 2003, Tomo I.-
- SANCINETTI, Marcelo, ¿Responsabilidad por Acciones o por Resultados?, Universidad Externado de Colombia, 1996.-
- SOLER, Sebastián, Bases ideológicas de la Reforma Penal, Bs. As. 1966.-
- VON BELING, Ernest; Esquema de Derecho Penal, traducción de Sebastián Soler, Buenos Aires, 1944.-
- Von FERNECK, Hol, Rechtswidrigkeit, I
- VON LISZT, Franz, Tratado de Derecho Penal, Traducción de la 20ª edición alemana de Luis Jiménez de Asua, Madrid, Reus, Tomo II.-
- WELZEL, Hans, Derecho Penal alemán, 12ª edición, 3ª edición Castellana, Traducción Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Editorial jurídica de Chile.-

- WELZEL, Hans, El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Traducción por Cerezo Mir, Edit. B de F, Colección Maestros del derecho penal, Bs. As, 2002.-
- ZIELINSKI, Dierthart, Handlung ... Disvalor de Acción y Disvalor de Resultado en el concepto de Ilícito, análisis de la Estructura de la Fundamentación y Exclusión del Ilícito, Traducción castellana de Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Bs.As. 1990

Notas:

[*] Profesor Adscripto, Cátedra "B", Derecho Penal Primer Curso, Facultad de Derecho U.N.N.E, Profesor Titular Dr. Nelson Ramón Pessoa. Trabajo Presentado En "Curso de Posgrado en Derecho Penal", Resolución N° 3124/05, Facultad de Derecho UNNE, con calificación N° 10.- E-mail: estudiopenal@hotmail.com

[1] Numerosas son las obras de este eximio penalista. Recibido a sus veinticuatro años de doctor con una tesis intitulada La teoría iusnaturalista de Samuel Pufendorf (1928), su pluma nunca dejó de agitarse. A esto sucedieron trabajos como: Causalidad y acción (1930), Sobre los valores en el Derecho penal (1932), Naturalismo y filosofía de los valores en el Derecho penal (1935), Estudio sobre el sistema del Derecho penal (1939), La parte general del Derecho penal alemán en sus fundamentos (1940), de la cual se hicieron sucesivas publicaciones hasta la decimocuarta con el título El Derecho penal alemán en 1969-, etcétera.

[2] VON LISZT, Franz, Tratado de Derecho Penal, Traducción de la 20ª edición alemana de Luis Jiménez de Asua, Madrid, Reus, Tomo II, pag. 297.

[3] VON LISZT, Franz, Idem... pag. 304.

[4] VON BELING, Ernest; Esquema de Derecho Penal, traducción de Sebastián Soler, Buenos Aires, 1944, pág. 38.

[5] No obstante, en ediciones posteriores, Liszt considera que la antijuridicidad no sólo es formal sino también material (aquí incluye la dañosidad o nocividad social). En este sentido dicho autor sostuvo que "el crimen, en cuanto constituye una fracción -sic- (Unrecht), es, como el delito civil, un acto culpable contrario al derecho. Esa reprobación jurídica que recae sobre el acto es doble. 1. El acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que

es trasgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. 2. El acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad” (VON LISZT, Franz; op. cit., Tomo I, pág. 279).

[6] En este sentido expresa Jaén Vallejo que “Este sistema clásico se caracterizaba, aparte de por la concepción puramente naturalística o causal de la acción, por un concepto de tipicidad objetivo, desprovisto de toda valoración; por una antijuridicidad objetiva y formal, caracterizada por la contradicción de la acción con el orden jurídico, y por una concepción psicológica de la culpabilidad” (JAÉN VALLEJO, Manuel; El concepto de acción en la dogmática penal, Madrid, Colex, 1994. pág. 25). En cuanto a la tipicidad objetiva y neutra de Beling véase también: ROXIN, Claus; Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 2003, Tomo I, pág. 279.

[7] WELZEL, Hans, Derecho Penal alemán, 12ª edición, 3ª edición Castellana, Traducción Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Editorial jurídica de Chile, pag. 59.

[8] WELZEL, Hans, El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Traducción por Cerezo Mir, Edit. B de F, Colección Maestros del derecho penal, Bs. As, 2002, pag. 42

[9] Según Welzel la acción humana es un concepto ontológico (puesto que proviene de la realidad) y prejurídico (porque existe antes que toda valoración que pueda hacer el Derecho).

[10] WELZEL, Hans, Nuevo Sistema... , pag. 42.

[11] WELZEL, Hans, El Nuevo... pag. 44.

[12] Welzel partía de un concepto de acción con estructuras lógico-objetivas. Son lógicas, porque su inobservancia conlleva contradicción interna y falta de unidad en el orden jurídico y objetivas, porque existen independientemente de todo rechazo o aceptación posterior.

[13] En este sentido existe una corriente que intenta explicar la acción a partir de la mera evitabilidad. En esta concepción se engloban distintos pensadores. Así, mientras que para Kahr, es un principio de imputación propio del tipo (al autor se le imputa un resultado si no lo ha evitado aunque podía evitarlo y el Derecho se lo exigía), para Herzberg es un principio de la acción que abarca la comisión y la omisión (la acción del Derecho penal es el no evitar lo evitable en posición de garante). Para mayor información cfr.: ROXIN, Claus, Derecho penal...op. cit., págs. 247 y ss.

De igual manera el profesor Roxin expone lo siguiente que “el concepto de acción debe ser neutral frente al tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad. Por tanto, no puede incluir en su seno ningún elemento de los que sólo se le deben añadir como atributos en los ulteriores escalones valorativos, ya que el ‘significado sistemático’ que le corresponde a la acción como ‘elemento de unión’ resulta perturbado si el concepto que produce la unión es

caracterizado con predicativos valorativos que lo que precisamente tiene que hacer es unir entre sí... Así pues, el concepto de acción no debe invadir el campo del tipo...” (ROXIN, Claus; Derecho penal... op. cit., pág. 234).

[14] HIRSCH, Hans Joachim, La polémica en torno de la Acción y de la teoría del Injusto en la Ciencia Penal Alemana, Edit. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1993, Pag. 21

[15] HIRSCH, Hans Joachim, La polémica en torno de la Acción y de la teoría del Injusto en la Ciencia Penal Alemana, Edit. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1993, Pag. 25

[16] KAUFMANN, Armin, teoría de las Normas, Versión en castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdez, Editorial Depalma, Bs. As. 1977. pag. 3, con cita de Binding, Kart, Die Normen und ihre Ubertretung, Vol I P. 4

[17] KAUFMANN, Armin, teoría ... Pag. 4.

[18] KAUFMANN, Armin, teoría ... pag 7.-

[19] KAUFMANN, Armin, teoría ... pag 7.-

[20] Hay autores que niegan este contenido a las normas, diciendo lo siguiente: “... ordenar y prohibir son actividades que presuponen una relación de supra y subordinación. Ordenar es una función de señorío, el resultado de una relación factica de poder. El estado impera, solo en la medida en que el orden jurídico ejerce efectivamente un poder motivador general..., ... Por esta razón es incorrecto revestir a la proposición jurídica con la forma de un imperativo, pues para el imperativo se expresa precisamente esta relación que para el derecho ha de carecer de toda significación : la supra y la subordinación. La proposición jurídica que solo establece las condiciones a las cuales se vincula una voluntad del estado, aparece como juicio hipotético: si te comportas de tal o cual manera, el estado actuara de tal o cual manera.

KAUFMANN, Armin, teoría... Pag. 56, citando a Kelsen, Hans, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tubinga, 1.911, pag. 226 y ss.-

[21] KAUFFMANN, Armin, teoría... pag 64

[22] KAUFMANN, Armin, teoría... pag. 166.-

[23] Idem,.. pag. 175.-

[24] KAUFMANN, Armin, teoría... pag. 376.-

[25] Por todos ... SOLER, Sebastián, Bases ideológicas de la Reforma Penal, Bs. As. 1966.-

NINO, Carlos, Los Limites de la Responsabilidad Penal, Capitulo IV, Bs. As. 1980.-

[26] Por todos ... SANCINETTI, Marcelo, ¿Responsabilidad por Acciones o por Resultados?, Universidad Externado de Colombia, 1996.-

[27] Von FERNECK, HOLA, Rechtswidrigkeit, I, pag. 387, (cito a travez de Sancinetti, Marcelo, teoría del Delito y Disvalor de Acción, pag. 20)

[28] ZIELINSKI, Dierthart, Handlung ... Disvalor de Acción y Disvalor de Resultado en el concepto de Ilícito, análisis de la Estructura de la Fundamentacion y Exclusion del Ilícito, Traducción castellana de Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Bs.As. 1990, pag 121.

[29] ZIELINSKI, D. Disvalor ... Cap. A IV, pag. 200

[30] Jescheck Trat. Derecho penal Pág. 216 cuarta ED. Comares. Con variantes critican la teoría monosubjetiva Maurach/ Ziff.; Stratenwerth; Rudolphi y Schönke/ Scböder.

[31] Maurach- Zipf- Derecho Penal parte general ED. Astrea

[32] HIRSCH, Hans, La Polemica... pag. 40.-

[33] HIRSCH, Hans, idem... pag. 47.-