

DOCUMENTOS

PRESENTACIÓN

El trabajo que hoy aparece en nuestra sección "Documentos", pertenece al Dr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI¹, profesor titular en las universidades Católica de La Plata y El Salvador de la República Argentina, bastante conocido en el ámbito latinoamericano por su extensa producción y por sus notables aportes a la teoría del delito.

Es ZAFFARONI uno de los discípulos aventajados del imperecedero maestro JIMÉNEZ DE ASÚA, cuyas prolíficas enseñanzas recogió en la Universidad Nacional de Buenos Aires donde se graduó como abogado, para doctorarse posteriormente en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe en 1964, con el trabajo de tesis intitulado "La embriaguez en el derecho penal".

Fruto de su tesonera labor investigativa son numerosos trabajos aparecidos no solo en publicaciones de su país sino en México, donde profesó la cátedra en la Universidad de Veracruz en 1970, así como en publicaciones de Perú y Ecuador, país este último para el cual elaboró un Anteproyecto de Código Penal en 1969; no sobra decir que *Nuevo Foro Penal* se ha honrado en haberlo tenido como colaborador en otras oportunidades. En el campo estrictamente dogmático su primera obra de conjunto fue la *Teoría del delito*, que en 1973 publicó la editorial argentina Ediar, la cual, posteriormente refundida y adaptada, ha visto la luz en 1977 como *Manual de derecho penal*, con una segunda edición en 1979, obra que debe destacarse por el descomplicado y sistemático tratamiento de la Parte General y que la hace instrumento imprescindible en la enseñanza. En la actualidad se edita su *Tratado de derecho penal*, que comprende varios volúmenes, infortunadamente poco conocidos aún en nuestro país.

Para nosotros el mayor mérito de ZAFFARONI, aparte de su gran información filosófica, es el haber difundido ampliamente el pensamiento de WELZEL, el cual ha prohijado no sin hacerle valiosas aportaciones, valiéndose de su

¹ Este escrito fue publicado por primera vez en *Doctrina Jurídica*, publicación periódica del Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica de La Plata, agosto 20 de 1971. Con el mismo título que aparece aquí, lo publicó la *Revista Jurídica Veracruzana* de Veracruz, México, en los núms. 1 y 2, enero a junio de 1973; también puede verse en la *Revista Criminología*, órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, en su número correspondiente a octubre 31 de 1971, aunque con un título diferente: "Síntesis de algunas implicaciones del concepto finalista de la conducta en la Teoría General del Delito".

amplio dominio de la bibliografía germana, adquirido en diversas estadias en aquel país, auspiciadas principalmente por el Instituto Max Planck de Friburgo de Brisgovia. Téngase además en cuenta, que fue el primer tratadista latinoamericano, aún antes que BACIGALUPO publicara sus breves *lineamientos*, en escribir una obra completa, en la cual se afrontan todas y cada una de las consecuencias que supone la concepción del delito sustentada por el finalismo.

El artículo que encontrará en seguida el lector, por su carácter didáctico, por su sencillez, se constituye en valiosa herramienta para el esclarecimiento de los más intrincados problemas de la moderna teoría del delito; esto hace que sus destinatarios inmediatos sean los estudiantes universitarios, muchos de los cuales ya lo conocen, sobre todo en la ciudad de Medellín, donde ha sido utilizado por el Dr. NÓDIER AGUDELO en su cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Antioquia, así como por nosotros en la Universidad de Medellín en el curso que dictáramos en el año lectivo de 1981.

Una advertencia cabe hacer a este trabajo: para la época de su aparición aún seguía candente en Alemania, aunque en menor medida, la disputa entre causalistas y finalistas, por lo que la refleja fielmente; el panorama es hoy bien distinto, después que por la vía legislativa se han zanjado las disputas con la puesta en vigencia del nuevo Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*, de 2.1. 1975), y que se ha dado un impulso definitivo a la política criminal —verdadera media naranja del derecho penal—. Haciéndose eco de estas transformaciones y respondiendo a algunas censuras en el sentido de que el finalismo está terminado, ha dicho ZAFFARONI: “lo que está «terminado» en Alemania es el debate. Es verdad que los alemanes discuten hoy otras cuestiones —particularmente políticocriminales y metodológicas— pero porque estas las han superado en el sentido que indicó el finalismo”².

Ojalá que el esfuerzo que hacemos al impulsar esta sección, dando a conocer al lector documentos que han marcado un hito importante en la teoría del delito, nos permita superar muchas disputas estériles y avanzar, sin pretender cerrar el camino a las nuevas aportaciones, que o bien se aceptan pero se echa de menos la evolución del sistema del derecho penal, o bien se rechazan manifestando sus detractores su “peligroso carácter extranjerizante”, como si las caducas teorías defendidas por la mayoría no lo fueran; o porque se hacen algunos reparos de “índole política”, válidos a la hora de tachar los nuevos aportes, mas no al momento de evaluar las vetustas teorías, cuyo mérito no se desconoce, pero que ya no pueden ser sostenidas; o bien porque se afirma, haciendo gala de la pereza y tal vez de la ignorancia, que la moderna teoría del delito “está en plena evolución”, afirmación válida hace cincuenta años pero insostenible hoy. No han faltado también algunos detractores, que alegan razones de “política criminal”, sin que se sepa a qué razones acuden, pues si algo es cierto, es que nuestro país no ha pensado en despertar a las elaboraciones propias de la política criminal.

Nuestra nueva legislación penal, quizás la más moderna de Latinoamérica, hace indispensable que se abra paso a nuevas elaboraciones, con las consecuencias que como es obvio ello supone.

Digamos, finalmente, que hemos cotejado las disposiciones citadas en el texto, con las de nuestro Código Penal, para efectos de mejor ubicación del mismo.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Medellín, setiembre de 1982.

² *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1979, pág. 266.

ACERCA DEL CONCEPTO FINALISTA DE LA CONDUCTA EN LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO*

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Profesor de Derecho Penal en la Universidad Católica de La Plata

I. ANTECEDENTES

La teoría finalista de la acción fue anunciada en Alemania por el actual profesor de la Universidad de Bonn, HANS WELZEL, en artículos aparecidos en la década del treinta¹, y desarrollada por él mismo en ulteriores trabajos parciales y de conjunto. La difusión de la misma provocó una división en la dogmática alemana que perdura hasta ahora, entre *causalistas* y *finalistas* y que se ha reflejado en el desarrollo doctrinario de otros países: en Europa, particularmente en Italia y España. En América ha tenido destino variado; en los Estados Unidos, el profesor MUELLER adopta el concepto, pero, curiosamente, sostiene una teoría psicológica de la culpabilidad, lo que resulta contradictorio², criterio parecido al sostenido por el profesor CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP en México y por el profesor ETCHEBERRY en Chile, en tanto que el profesor JUAN BUSTOS RAMÍREZ —también en Chile— ha desarrollado con sentido finalista una interesantísima monografía sobre la culpa y CURY URZÚA un esquema de *teoría* del delito. En México, el modelo lógico matemático del derecho penal fue elaborado sobre base finalista. En la Argentina, similar criterio es sostenido por ENRIQUE BACIGALUPO y por nosotros, que lo habíamos postulado ya en México.

* El presente trabajo no persigue otro propósito que proporcionar una somera y sintética idea de la teoría finalista de la acción, siendo los estudiantes de la parte general del Derecho Penal sus principales destinatarios. De allí que prescindamos de detallada bibliografía, por un lado, y de desarrollos ulteriores por otro, todo lo cual excedería, naturalmente, el límite que nos hemos fijado ahora. Además, entre los autores finalistas se aprecian diferencias a veces bastante fundamentales. Su análisis no hace al objeto de este trabajo, por lo que nos limitamos a seguir lo expuesto fundamentalmente por WELZEL, su iniciador y principal expositor. Cuando nos referimos al causalismo, igualmente, hacemos referencia a lo que de común suelen tener los autores no finalistas, sin entrar en los múltiples matices que han dado lugar a las tan dispares teorías del delito elaboradas sobre la base causal de la conducta. En el desarrollo de esta síntesis usamos las notas del curso que dictáramos en la Universidad Veracruzana, en marzo de 1970.

¹ "Kausalität und Handlung" y "Studien zum System des Strafrechts", ambos en los *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núms. 51.073 y 58.491, respectivamente.

² *Infra*, IV.

II. CONCEPTOS CAUSAL Y FINAL DE CONDUCTA

Toda construcción dogmática del delito admite que, ante todo, *el delito es una conducta humana*, que puede denominarse 'conducta', 'acción', 'acto', 'hecho', 'evento', etc. En torno a la afirmación de que la conducta es la base sobre la que se elabora el concepto de delito hay unanimidad, pese a observaciones no fundamentales y disidencias aisladas. Allí comienza el acuerdo, pero también termina: *¿qué es conducta humana?* Aun esta respuesta puede darse casi unánimemente, si tratamos de armonizar opiniones parcialmente encontradas: *conducta es un hacer* (o no hacer) *voluntario*. La "voluntariedad" implica necesariamente una finalidad, porque no se concibe voluntad de nada o para nada.

Hasta aquí parece seguir el acuerdo relativamente unánime pero ahora se impone la pregunta fatal de la discordia: *¿la conducta, como hacer voluntario (y por consiguiente, final), es la conducta tal cual la concibe el derecho penal?* Para los finalistas, sí; para los causalistas, no.

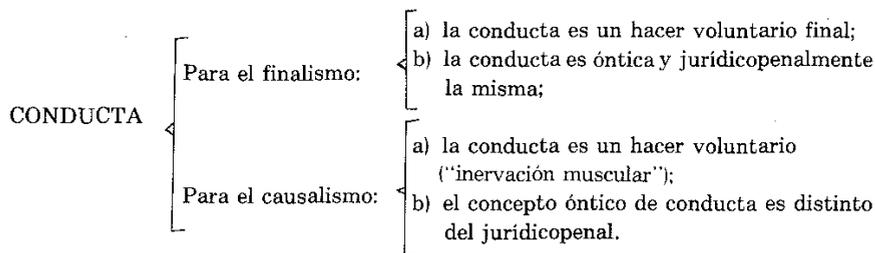
Para el finalismo hay dos fases de la conducta: una externa y otra interna. La interna se produce en el pensamiento del autor y consiste en: a) proponerse el fin (v. gr. matar al enemigo); b) seleccionar los medios para su realización, proceso mental que se realiza a partir de la representación del fin (el enemigo muerto: *¿cómo lograrlo?* Con una bomba), y c) consideración de los efectos concomitantes que se unen causalmente al fin (destrucción de la casa del enemigo). La segunda fase (externa) consiste en la puesta en marcha de los medios seleccionados conforme a la normal y usual capacidad humana de previsión³.

Este concepto de conducta, que denominamos *óntica*, porque es el que se da en la realidad, es para el finalismo el concepto que de la misma debe manejarse en derecho penal. Ello se debe a que el derecho regula conducta y por eso, como cualquier técnica que quiere dominar algo, no puede desconocer la "naturaleza" de lo que pretende regular. De allí que el legislador se encuentre vinculado necesariamente al concepto óntico de conducta (esto es lo que WELZEL llama "estructuras lógico-objetivas").

Los causalistas, por su parte, no desconocen este concepto de conducta, pero dicen que en tanto que el concepto óntico de conducta nadie lo discute como tal, hay un concepto jurídicopenal de conducta que difiere de él (MEZGER y, entre nosotros, muy claramente, NÚÑEZ). Para el concepto jurídicopenal de conducta le basta con que la conducta sea voluntaria, pero prescindiendo del fin. La conducta es voluntaria para los causalistas cuando hubo voluntad de encender la mecha de la bomba (sin que el nivel de la voluntad interese para qué; eso, para el causalismo, es problema de culpabilidad); se ha dicho (BELING) que la conducta es voluntaria cuando hay "inervación muscular". Habrá conducta, pues, cuando se hayan inervado voluntariamente los músculos para

³ En español, cfr. HANS WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, 1964, págs. 26-27; *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, 1970, págs. 54-56. El concepto está tomado de NICOLAI HARTMANN: puede verse *Introducción a la filosofía*, México, 1969, págs. 22-23.

encender la mecha y del encendido de la mecha haya resultado (por un vínculo causal) la muerte del enemigo. La relación psicológica entre el encendido de la mecha y el resultado muerte, será problema de la culpabilidad.



III. CONSECUENCIAS PARA EL INJUSTO

Ninguna teoría jurídica reviste importancia si no se traduce en consecuencias en cuanto a la interpretación de los textos. Nos ocuparemos breve y sucesivamente de las consecuencias que esta teoría tiene en cuanto al injusto y a la culpabilidad.

Llamamos "injusto" a la conducta típica antijurídica. "Injusto" —que en este sentido no tiene nada que ver con el derecho natural—, es la traducción convencional de la expresión alemana *Unrecht* y no debe confundirse con anti-juridicidad (*Rechtswidrigkeit*)⁴: la antijuridicidad es la característica de contradicción de una conducta con el orden jurídico (que se comprueba por la falta de permiso para realizar esa conducta típica); el injusto es la conducta típica que presenta la característica de ser antijurídica. La diferencia funciona de la misma manera cuando decimos "maldad" y le atribuimos a Juan esa condición: Juan es malo (en nuestro caso el injusto) no es lo mismo que la maldad de Juan (en nuestro caso la antijuridicidad).

Identificado así el concepto de injusto (conducta típica y antijurídica) veamos cómo lo concibe el finalismo.

Cuando nos hallamos con una conducta humana que tiene por fin matar al enemigo y que lo ha logrado mediante una bomba, hallaremos que esa conducta es "típica" porque se adecua a un tipo legal (el art. 80, inc. 5*, por ejemplo). Para que una conducta se adecue a un tipo es necesario que se haya llevado a cabo con la finalidad típica (el dolo); cada tipo doloso —de los culposos nos ocuparemos luego— requiere un dolo determinado (no se puede violar a una mujer con dolo de traicionar a la patria). Consecuentemente, el tipo penal presenta dos aspectos: uno *objetivo* (al que pertenece la característica humana de la víctima —sujeto pasivo—, su muerte —resultado—, la explosión de la bomba —el medio— y la causalidad) y otro *subjetivo* (al que pertenece el fin de matar al enemigo —el dolo—). El dolo, que es el núcleo central de la parte subje-

tiva del tipo, comprende también dos aspectos: uno *intelectual* y otro *volitivo* (el intelectual consiste en saber que lo que se arrojaba era una bomba, que ella era capaz de matar, que a quien se la arrojaba era a su enemigo, etc.; el volitivo, en la voluntad de dar muerte al enemigo). Dolo es, pues, el querer del resultado típico abarcando —y siendo dirigido u orientado— por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Consecuentemente, para que una conducta pueda calificarse de dolosa se requiere que haya una armonía en cuanto a los dos aspectos de la tipicidad (el objetivo y el subjetivo), que llamaremos "congruencia típica".

Una conducta será típicamente dolosa cuando se realice la congruencia típica, mas nunca podrá serlo cuando no se produzca (el sujeto cree que está disparando sobre un oso y lo está haciendo sobre su enemigo). Hay incongruencia típica cuando el sujeto desconoce los elementos del tipo objetivo: es un caso de error. A este error le llamaremos *error de tipo*, que puede ser *vencible* o *invencible*. Es vencible cuando el sujeto, poniendo el cuidado debido, podía salir de él (podía darse cuenta que no era un oso); es invencible cuando ha puesto el cuidado debido y no puede salir de él (el enemigo estaba disfrazado de oso en una zona en que abundan). Cuando el error de tipo es invencible, la conducta es atípica.

Para el causalismo, el tipo capta la conducta de una manera totalmente distinta. El tipo carece de un aspecto subjetivo —o si lo tiene está reducido al mínimo— porque el dolo no pertenece al tipo, sino a la culpabilidad. El causalismo tiene su origen en la tentativa de estructurar en forma simplista la teoría del delito: dividirla enviando todo lo objetivo a un lado (el injusto) y todo lo subjetivo a otro (la culpabilidad). De este modo el tipo se concibió como puramente objetivo. Ello marchó hasta que se reparó en que hay tipos que requieren elementos subjetivos (el art. 80, inc. 3º*, por ejemplo, o sea, el que mata a otro por precio o promesa remuneratoria). Fue entonces cuando, después de buscar distintos remedios tuvo que admitirse que el tipo no es totalmente objetivo, sino que presenta aspectos subjetivos, pero no va más allá: el dolo, para el causalismo, es una forma o un componente —según sean la teoría y el autor— de la culpabilidad. El tipo capta lo exterior, lo objetivo de la conducta, como hijo del *corpus delicti* procesal —que históricamente lo es, ya que es traducción convencional de *Tatbestand*—, cuya más aproximada traducción literal sería "supuesto de hecho". Cabe observar que la circunstancia de que sea hijo procesal de "cuerpo del delito" —recuérdese que BELING era un extraordinario procesalista penal— evolución histórica que explica muy bien JIMÉNEZ HUERTA en México, no significa que de ello se deriven argumentos sobre la objetividad: "los chicos crecen" y los conceptos evolucionan.

Al mantener al dolo en la culpabilidad, el causalismo obra con un concepto de dolo que es diferente al del finalismo. Hemos dicho que el dolo, para el finalismo, abarca un contenido intelectual al lado del volitivo. Para el causalismo también, pero su extensión es mayor: en tanto que para el finalismo el dolo

⁴ En contra. MEZGER y JIMÉNEZ DE ASÚA.

* Equivalente al art. 324; num. 3º del C. P. colombiano.

* Norma equivalente al art. 324, núm. 4 de nuestro Código Penal.

abarca el conocimiento del aspecto objetivo del tipo, para el causalismo comprende el conocimiento *del tipo* (que para ellos es objetivo), aunque también abarca el de los elementos subjetivos cuando se dan, y de la *antijuridicidad*, o sea, de la contradicción efectiva de la conducta con el orden jurídico. Así, para el finalismo hay una conducta dolosa cuando el sujeto sabe que está matando a su enemigo; para el causalismo habrá dolo cuando sepa que está matando antijuridicamente a su enemigo.

El dolo típico del finalismo no abarca el conocimiento de la antijuridicidad: una conducta, para el finalismo, es dolosa aunque sea justificada (si la bomba se arroja al enemigo para evitar que este mate a su homicida, habrá legítima defensa, la conducta estará permitida, pero no por ello dejará de haber conocimiento y voluntad de matar al enemigo).

El conocimiento del aspecto objetivo del tipo y de la antijuridicidad —observa el finalismo— permanece a dos niveles psicológicos diferentes: el sujeto que mata al enemigo sabe que está prohibido, pero no tiene por qué —y por lo general no lo hace— actualizar ese conocimiento. Lo sabe de la misma manera que sabe el Padre nuestro, o sea, que es un conocimiento actualizable, pero no actual como requiere el dolo⁵.

De allí que en tanto que el finalismo obra con un concepto de dolo *avalorado* (que no abarca el conocimiento de la antijuridicidad, que para el finalismo pertenece a la culpabilidad y, por ende, al reproche del dolo), que quizá fuera más exacto llamar “dolo no reprochable” o “dolo no culpable”, el causalismo obra siempre con un dolo culpable.

A la posición causalista (la conciencia de la antijuridicidad pertenece al dolo) se la conoce como *teoría del dolo*; al postulado finalista (la conciencia de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad) como *teoría de la culpabilidad*.

Para el finalismo

- a) *el tipo* es mixto: subjetivo y objetivo;
- b) *el dolo* es voluntad final típica y conocimiento del tipo objetivo;
- c) *el dolo* está en el tipo subjetivo;
- d) *el conocimiento de la antijuridicidad* pertenece a la culpabilidad y no al dolo.
- e) la incongruencia entre tipo objetivo y subjetivo genera el error de tipo.

Para el causalismo

- a) *el tipo* es objetivo;
- b) *el dolo* es voluntad del fin, conocimiento del tipo y conocimiento de la antijuridicidad,
- c) *el dolo* está en la culpabilidad;

⁵ HANS WEIZEL, *Derecho penal*, Buenos Aires, 1956, pág. 174; *Derecho penal alemán*, cit., págs. 224-225.

- d) *el conocimiento de la antijuridicidad* pertenece al dolo;
- e) no hay razón práctica para distinguir entre error de tipo y de prohibición (cfr. *infra*, IV).

Como el causalismo ubica al dolo en la culpabilidad, dolo y culpa son dos formas o grados o dos componentes distintos —según autor y teoría— de la culpabilidad. Para el finalismo, a su vez, hay dos grandes estructuras típicas: los tipos dolosos y los tipos culposos. De los dolosos nos hemos ocupado hasta ahora. Veamos, pues, cómo explica el finalismo la estructura de los tipos culposos.

La conducta culposa también es conducta final, nadie duda que quien conduce un automóvil realiza una conducta final de conducir, pero el derecho exige que cualquiera que realice esa conducta lo haga guardando un deber de cuidado. Si el conductor viola el deber de cuidado y su conducta causa la muerte de alguien, su conducta será típicamente culposa (art. 84)*. Consecuentemente, el tipo culposo exige una conducta dirigida a un fin distinto del resultado lesivo al que está causalmente unida, pero que en su modo de realización haya violado un deber de cuidado. Si esta última característica no se presenta, la conducta será atípica.

Es inexacto afirmar, pues, que la conducta culposa no es final. Todas las conductas son finales, solo que la culposa no se dirige al fin típico de que se trata, aunque puede ser a otro (el que queriendo dañar la casa lesiona al morador).

IV. CONSECUENCIAS PARA LA CULPABILIDAD

A la concepción causalista le correspondió —y en rigor lógico sigue correspondiéndole— concebir a la culpabilidad (o sea al aspecto subjetivo del delito) como una relación psicológica entre el sujeto y su acto (*teoría psicológica de la culpabilidad*).

La imposibilidad que tuvo la teoría psicológica para explicar la culpa inconsciente, y especialmente los delitos de olvido (el individuo que sale de su casa olvidando abierta la llave del gas), en que no puede concebirse ninguna relación psicológica, determinó que fuera reemplazada por las *teorías normativas de la culpabilidad*, que tienen en común la afirmación de que *la culpabilidad es un reproche personal que de un injusto se le hace a su autor (culpabilidad es reprochabilidad)*.

Ahora bien, el causalismo es normativista —ya que hoy quedan pocos sicólogos en el mundo y pese a que su origen y coherencia lógica es sicologista— pero sigue sosteniendo que el dolo está en la culpabilidad, o sea que, si bien la culpabilidad es reprochabilidad, igualmente sigue formando el dolo parte del reproche mismo.

* Cfr. art. 329 del C. P. colombiano.

El finalismo, por su parte, como ubica al dolo en el tipo, deja a la culpabilidad reducida a su categoría de reproche y pasa, de este modo, el dolo al objeto del reproche (al injusto). La culpabilidad es el reproche que se basa en que el sujeto pudo hacer otra cosa, pudo actuar de modo no antijurídico, en el "hacer en lugar de..." (*dafür können*).

A la culpabilidad pertenece la imputabilidad y la posibilidad de conocimiento del injusto. Las teorías normativas causales reconocen los mismos elementos, pero pretenden que también está el dolo⁶.

Para el causalismo

Sicologista

- a) *culpabilidad* es relación psicológica entre conducta y resultado;
- b) por lo tanto, *el dolo* es la esencia de la culpabilidad;
- c) a él pertenece la *conciencia de la antijuridicidad*;
- d) y la *imputabilidad* es su presupuesto.

Normativista

- a) *culpabilidad*, es reprochabilidad personal de un injusto a su autor;
- b) el *dolo* pertenece al reproche;
- c) al *dolo* pertenece la *conciencia de la antijuridicidad*⁷;
- d) la *imputabilidad* es elemento de la culpabilidad (para algunos, presupuesto).

Para el finalismo

- a) *culpabilidad* es reprochabilidad personal de un injusto a su autor;
- b) el *dolo* no pertenece a la culpabilidad (sino al tipo subjetivo);
- c) el *conocimiento de la antijuridicidad* pertenece a la culpabilidad y no al dolo;
- d) la *imputabilidad* es elemento de la culpabilidad.

Como la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad no pertenece al dolo, para el finalismo, el error que recae sobre la antijuridicidad de la conducta no afecta a la tipicidad dolosa de la misma. Este error se llama *error de prohibición* (el sujeto cree que su enemigo lo ataca y se defiende del ataque inexistente, cree que realiza una conducta típica permitida). Este error —al igual que el de tipo— puede ser vencible o invencible. Si es vencible no elimina la culpabilidad, sino que la reduce: el juez aplicará el mínimo de pena, pero el delito seguirá siendo doloso, porque el error de prohibición no elimina el dolo (ya que

⁶ La imputabilidad es considerada por los sicólogos presupuesto de la culpabilidad. Los normativistas causalistas difieren al respecto: unos la consideran presupuesto (GOLDSCHMIDT, JIMÉNEZ DE ASÚA) en tanto que la mayoría la toma como elemento de la culpabilidad (MEZGER).

⁷ Algún autor, como REINHART FRANK que fue el primer expositor de la teoría, sostiene que al dolo no pertenece el conocimiento de la antijuridicidad, sino que ambos están en la culpabilidad como componentes separados. Es excepcional la afirmación y no hace más que abrir paso a la reubicación del dolo, que en tiempo de FRANK no pudo llevarse a cabo, debido al estado de la teoría del tipo.

el error de prohibición se plantea en la culpabilidad y el dolo ya ha sido afirmado en la tipicidad). Si, en cambio, es invencible, tampoco eliminará la tipicidad dolosa de la conducta, sino que eliminará la culpabilidad de la misma; será, pues, un dolo típico no reprochable.

El error, para el finalismo, puede ser

De tipo

- a) recae sobre el conocimiento del aspecto objetivo del tipo;
- b) es, por tanto, un problema de tipicidad;
- c) elimina siempre el dolo;
- d) si es invencible deja atípica la conducta;
- e) si es vencible, resta una conducta culposa (siempre que haya tipo culposo).

De prohibición

- a) recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad;
- b) es, por tanto, un problema de culpabilidad;
- c) nunca elimina el dolo;
- d) si es invencible, la conducta típica y antijurídica será inculpable;
- e) si es vencible reduce el reproche.

Se ha sostenido que el error de tipo se identifica con el error de hecho y el error de prohibición con el de derecho (QUINTANO RIPOLLÉS, NÚÑEZ, etc.). No es correcto: el error de tipo es error de derecho cuando recae sobre un elemento normativo del tipo penal (por ejemplo, sobre el concepto jurídico de funcionario público; inversamente, hay errores de prohibición que son errores de hecho (como la legítima defensa putativa, cuando el que cree defenderse ha apreciado erróneamente la conducta del otro, tomándola por agresiva mata al amigo que le juega una broma).

Para el causalismo, por el contrario, esta distinción no tiene sentido: hay un único tratamiento para el error. Todo error elimina el dolo y todo error vencible hace culposa a la conducta.

El error para el causalismo

- a) siempre elimina el dolo;
- b) si es invencible elimina también la culpabilidad;
- c) si es vencible hace culposa la conducta;
- d) no importa si recae sobre el conocimiento del tipo o sobre la antijuridicidad;
- e) es siempre un problema de culpabilidad⁸.

⁸ El causalismo distingue entre *error de hecho* y *error de derecho*, negando la relevancia al último por entender que así lo impone la ley, salvo respecto del error de derecho no penal, que lo asimila al error de hecho. Por nuestra parte, en lo que hace a la ley argentina, partiendo de la

V. ALGUNAS OBJECIONES DEL CAUSALISMO AL FINALISMO

a) *El finalismo no explica la culpa.* La crítica es infundada, porque tan final es la conducta dolosa como la culposa. Que la característica típica de la conducta culposa sea el modo de realización (violatorio de un deber de cuidado) no le quita su naturaleza final; que la ley, en ciertos tipos, no repara en el fin, sino en el modo de realización, no significa que presuponga que no hay finalidad en esa conducta (cuando un poeta canta a los ojos de su amada, puede no reparar en el cabello, pero ello no significa que presuponga que sea calva).

b) *El finalismo no explica el dolo eventual.* También esta crítica es infundada. Cuando explicamos el concepto final de conducta (*supra*, II), hemos dicho que el autor al seleccionar los medios considera los efectos concomitantes. Allí es donde cabe el tratamiento del dolo eventual que, si bien sigue presentando dificultades, estas son las mismas que tampoco logra superar el *causalismo*.

c) *El finalismo subjetiviza la antijuridicidad.* Se dice que las teorías de los penalistas alemanes del nacionalsocialismo "subjetivizaron" la antijuridicidad. En realidad, lo que hicieron fue confundir o mezclar antijuridicidad y culpabilidad, porque así negaban la estratificación misma de la teoría del delito, con lo cual el concepto del delito era "totalista". Se afirma que el finalismo hace lo propio.

Nada puede ser más inexacto. La antijuridicidad continúa siendo objetiva en el sentido de que para nada influye en ella la posibilidad de otra conducta por parte del autor (esta es contenido y esencia de la culpabilidad). En otro sentido, nadie puede pretender que la antijuridicidad no toma en cuenta al sujeto: el no funcionario no puede ser autor de una conducta típica que es antijurídica solo para funcionarios.

Lo mixto (objetivo o subjetivo) es el injusto, pero no la antijuridicidad. La distinción entre ambos conceptos es notoria (*supra*, III) (lo subjetivo es Juan y no la maldad de Juan).

d) *El finalismo vacía la culpabilidad.* Se suele afirmar que al quitar el dolo de la culpabilidad, esta queda hueca de contenido. Hemos visto que la misma no queda vacía, sino que hay un contenido de imputabilidad y de conocimiento de la antijuridicidad. Como veremos (*infra*, VI), no la deja hueca, sino que la homogeneiza al reducirla a sus correspondientes y adecuados límites, eliminando lo que sobra de su contenido.

consideración de que la expresión "de hecho" en el inc. 1° del art. 34 está solo referida a la ignorancia y no al error (lo que depende del sentido que se le dé a la "o" que separa ambos vocablos) y que es meramente aclaratoria (ya que no puede haber otra ignorancia que la de hecho, pues la de derecho inmediatamente se traduce en error), llegamos a la conclusión de que nuestro Código Penal no niega relevancia al error de derecho penal (Cfr. nuestro trabajo, "El art. 34, inc. 1° del Código Penal argentino", en *Mundo Jurídico*, Mendoza, 1971).

* *Nota complementaria:* El C. P. colombiano regula como causales de inculpabilidad el error de tipo (art. 40-4) y el error sobre causales de justificación (art. 40-3).

e) *La distinción entre error de tipo y de prohibición carece de importancia,* porque se identifica con el error de hecho y de derecho. Nos hemos ocupado de la inexactitud de la observación (*supra*, IV).

f) *El finalismo provoca una catástrofe sistemática.* El aserto se funda en que el finalismo niega el general criterio sistemático "objetivo-subjetivo". Pasando por alto que muchos causalistas también renuncian al criterio sistemático "objetivo (injusto) subjetivo (culpabilidad)", el replanteo sistemático del finalismo ofrece un concepto del delito mucho más diáfano, que prescinde de la simplista clasificación primaria, objetada ya por un amplio sector del propio causalismo.

El delito es una *conducta* que se adecua a un tipo (*típica*). El tipo abarca la conducta como tal (en sus aspectos tanto objetivos como subjetivos) fijándola, individualizándola, para someterla luego a una doble valoración (o mejor, desvaloración), la que es hecha por la ley (no por el juez, que no hace más que traducirla, declararla en el caso concreto). El primer desvalor se establece mediante la comprobación de que la conducta que está en general prohibida (contraria a la norma) no se encuentra amparada por ningún dispositivo permisivo (legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio de un derecho), con lo cual se concluye que la conducta antinormativa es también *antijurídica* (contraria al orden jurídico considerado en su totalidad). Afirmado que nos hallamos en presencia de una conducta típica y antijurídica (un injusto) debemos someterla a otro juicio de desvalor: por este se establece que le fue exigible al autor, en esa circunstancia, otra conducta conforme a derecho. El grado de exigibilidad será el grado de culpabilidad y solo frente a un injusto reprochable (*culpable*) podemos decir que hay un *delito*. Así entendido, *delito es conducta típica, antijurídica y culpable*. El concepto se determina por una individualización de la conducta mediante un dispositivo legal descriptivo (el tipo), una desvalorización que concluye en que la conducta típica es también contraria al orden jurídico (antijuridicidad) y otra, en que al autor le era exigible una conducta conforme a derecho, en esas circunstancias y atendiendo a sus características personales (culpabilidad).

El desastre sistemático se produce para el punto de vista del fracasado criterio "objetivo-subjetivo", pero se elabora un concepto de delito sobre otra base sistemática diferente: individualización y doble desvaloración de la conducta.

g) *El finalismo desarticula la teoría del delito.* Se ha dicho que, como el finalismo admite los tipos dolosos y culposos con diferente estructura y los activos y omisivos similarmente, destruye la unidad en la consideración teórica del delito (JUAN DEL ROSAL). No creemos que sea una verdadera objeción: si un fenómeno es complejo, más teoría o hipótesis científica es la que aspira a abarcarlo sistematizándolo en toda su complejidad, que la que pasa por alto particularidades importantes, tratando de simplificar lo complejo y fracasando por ello en su explicación.

VI. ALGUNAS CRÍTICAS FINALISTAS AL CAUSALISMO

a) *El causalismo desnaturaliza a la conducta.* Muy pocas teorías jurídicas desnaturalizan un fenómeno como el causalismo. Aquí la gravedad del caso es mayor, porque si los causalistas reconocen que *toda conducta ónticamente tiene una finalidad*, al suprimírsela en su consideración jurídicopenal, resulta que el derecho penal obra con una conducta que no es conducta.

Por supuesto, el legislador puede hacer lo que quiere. Alguna vez hemos dicho que también un mecánico puede volverse loco y suponer que el hierro es más liviano que el aire, solo que, partiendo de esa base, dudamos que nos pueda reparar eficientemente el automóvil, de la misma manera que dudamos que si el legislador pretende regular conducta, lo logre entendiendo que la conducta se integra con una voluntad incomprensiblemente huérfana de finalidad. Alguna vez se excomulgó a las sanguijuelas del Sena, pero creemos que estas nunca sintieron la *controsanita penale*.

No obstante, para concluir en el que el legislador ignora la estructura óntica de la conducta, esto debe emerger del texto legal, y en el Código Penal argentino no hallamos semejante criterio plasmado. Por el contrario, una reelaboración de la interpretación del inciso 1° del art. 34 y la clara fórmula final de la tentativa nos lleva a la solución exactamente opuesta: la ley penal argentina es respetuosa de la estructura óntica de la conducta.

b) *El causalismo hace recaer el desvalor sobre un proceso causal.* Si la conducta se configura con la inervación muscular y una cadena causal que une la transformación producida por efecto de esa inervación con el resultado (conducta sería la inervación que hace contraigamos el dedo sobre el gatillo, la cadena causal compuesta por la explosión de la pólvora que impulsa el proyectil, la perforación de la calota craneana por el proyectil, la penetración del proyectil en la masa encefálica, la destrucción del tejido nervioso y el resultado muerte de la víctima) y eso es lo que el tipo capta para someterlo al juicio desvalorativo de antijuridicidad, ninguna duda cabe que para el causalismo resulta antijurídico un proceso causal desencadenado por inervación muscular de un ser humano. Sostener que un proceso causal es antijurídico se nos ocurre carente de sentido común, a la luz de nuestras pautas culturales, al menos.

c) *El causalismo no explica la tentativa.* Si el tipo capta la conducta causalmente entendida, una inervación muscular que produce el choque de una bala contra una pared, a diez centímetros de la cabeza de un hombre, nunca sabremos si fue una conducta típica de disparo de arma, una conducta imprudente o negligente atípica o una tentativa de homicidio. Ahora en la culpabilidad lo puede afirmar el causalismo. A todo esto, cabe preguntarse cómo pasa por la tipicidad y la antijuridicidad. La única solución es un juego de "sube y baja" de la tipicidad a la culpabilidad y viceversa. Consecuentemente, como la tentativa es un dispositivo amplificador de tipos penales, nos hallaremos con que la referencia al fin se halla necesariamente en la conducta típica en grado de tentativa.

Se ha dicho que en la tentativa el fin pertenece al tipo y en el delito consumado a la culpabilidad. Parece ser que la circunstancia fáctica de que la bala dé en el blanco hace cambiar al dolo de ubicación sistemática, dependiendo de ello que se coloque en el tipo o en la culpabilidad, lo que nos parece por demás arbitrario.

Igualmente, se sostuvo que en la tentativa hay un elemento subjetivo del tipo. Los elementos subjetivos del tipo son, tradicionalmente, distintos del dolo. Aquí sería un elemento subjetivo tan hipertrofiado y alterado que configuraría el dolo mismo, con lo cual la afirmación se confundiría con el intento de explicación anterior.

d) *El causalismo no puede explicar los elementos subjetivos del tipo.* Si el tipo no es totalmente objetivo, sino que ocasionalmente contiene elementos subjetivos y el dolo de la culpabilidad abarca el contenido del tipo, o sea que, ocasionalmente el dolo debería abarcar el conocimiento de los propios elementos subjetivos —esto es, ciertos *animi*, particulares direcciones de la intención, etc.—, el dolo debe *replegarse* sobre la propia subjetividad del autor. Este conocimiento de los propios momentos subjetivos genera lo que BELING llama "figura atormentada". Si bien es posible, ya que se da en la reflexión —cuando el pensamiento se "enrosca" sobre sí mismo—, no puede pretenderse en el dolo, puesto que no habría dolo, cuando el tipo contiene elementos subjetivos, sin reflexión acerca de los elementos subjetivos.

e) *El causalismo confunde el reproche con su objeto.* Si la culpabilidad es reprochabilidad, ¿qué es lo que se reprocha? Una conducta humana voluntaria, claro está, pero aquí no se puede ya reprochar la voluntad prescindiendo de la finalidad, porque quedaría la finalidad directamente fuera del delito. Es por ello por lo que, precisamente, debe atenderse el reproche al efectivo contenido de la voluntad. Pero ¿dónde está ese contenido para los causalistas? No en la conducta voluntaria, sino en la culpabilidad, o sea, no está en el objeto reprochado, sino en el juicio de reproche. El dolo está en la culpabilidad (juicio de desvalor), y al momento de aplicarse o efectivizarse el juicio, pasa al objeto del juicio (al injusto). Se produce una nueva confusión entre valoración y objeto, esta más grave quizá que la anterior, porque aquí Juan pertenece a su maldad.

El finalismo, al reubicar al dolo en el tipo, elimina esta contradicción y deja a la reprochabilidad libre de este elemento que le es extraño.

f) *El causalismo debe admitir la tentativa de delito culposo,* que nuestra ley rechaza. En efecto, cuando, como resultado del concepto unitario del error, un sujeto dispara contra otro sin dar en el blanco, en situación de legítima defensa putativa en que el error es vencible, habría una tentativa de delito culposo (si A cree que su amigo B, que bromea con un calzador empuñado en forma de pistola, es un agresor que le va a dar muerte y dispara sobre B sin alcanzarle, suponiendo que su error fuere vencible, estaría incurso en una tentativa de homicidio culposo). Si cualquier error, cuando fuere vencible, da lugar a culpa, la admisión de la tentativa culposa es inevitable. Aparte de que nuestro Código no la admite, dicha solución es un engendro lógico: en el tipo culposo se

sanciona al autor de una conducta que ha producido un resultado distinto del propuesto y en la tentativa se sanciona al autor de una conducta que no ha logrado el resultado propuesto. Ambas figuras resultan, pues, lógicamente incompatibles.

VII. CONCLUSIONES

Creemos que el finalismo resulta más coherente (menos contradictorio o lógicamente más completo) que el causalismo. Nuestro punto de vista lo venimos sosteniendo desde algunos años, y en estas cuartillas no lo ocultamos ni pretendemos ponernos en posición equidistante. Habíamos pensado que sería posible exponer la síntesis de los aspectos más importantes en forma objetiva, pero luego creímos que era preferible seguir siendo parciales, porque de este modo resultaban mejor los argumentos y criterios señalados.

Una última advertencia, creemos menester: el finalismo no es una novedad que rompe con toda la tradición. El causalismo, considerado "clásico", no es tal, sino que data apenas desde fines del siglo pasado y comienzos del presente, como hijo dilecto en sede jurídicopenal del positivismo filosófico, en tanto que el finalismo entronca con los conceptos anteriores y, en cierto sentido, no puede negar su raigambre aristotélica (en lo que hace a la estructuración lógica empleada por el estagirita en su *Ética Nicomaquea*).

CARTAS AL DIRECTOR

Señor doctor
NÓDIER AGUDELO
Director de "Nuevo Foro Penal"
Medellín

Al perdido municipio en las montañas del Sur de Colombia donde ejerzo la judicatura me ha llegado, gracias a la mano generosa de un colega de la capital, la copia de algunas providencias de la Corte Suprema de Justicia, que me mueven a enviarle estos breves comentarios.

Conforme al mandato legal, reconocido universalmente por la doctrina y la jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia tiene como fin primordial, por medio de las salas de casación, unificar la jurisprudencia nacional.

Nuestro máximo tribunal de justicia, pleno de sabiduría y experiencia, unificaba los criterios jurídicos, interpretaba las normas, enmendaba los errores de los juzgadores de instancia, trazaba pautas a los abogados litigantes y era, por sí mismo, el supremo maestro del Derecho. Un cambio de doctrina, avalado por la Corte Suprema, a más de suscitar vivos debates, era saludado siempre como un paso adelante, como una superación saludable de lo que hubiese envejecido.

Desde hace años se ha planteado el problema de saber quién juzga a los miembros de la policía nacional por la comisión de delitos comunes, bien sea que el país se encuentre en normalidad jurídica o bajo el estado de sitio. Serios estudios fueron la base de las resoluciones de la Corte por más de una década.

Pero algo insólito ha ocurrido. El 9 de junio de 1982 la Sala de Casación Penal, al resolver un conflicto de competencia entre el Comando de la Tercera Brigada y el Comando de Policía Nariño, decidió, cambiando radicalmente su tesis tradicional, que el juzgamiento del agente de policía Sigifredo Montilla, corresponde a la justicia ordinaria, es decir a un Juez Superior de Pasto. Como hubo empate entre los magistrados, la nueva decisión se logró por el voto de un conjuer, en este caso el Dr. Antonio José Uribe Prada.

Si se trata de un cambio normal de doctrina, previos los estudios y debates pertinentes, ¡santo y bueno! Significaría que la Corte, para el futuro, señalaba nuevos criterios para la resolución de los casos similares.

Pero el tres de agosto de 1982, al desatar el recurso de casación interpuesto por el agente de policía Pablo Alfonso Olaya, con ponencia del magistrado Romero Soto, aprobada en acta núm. 054, retorna a la tesis anterior, gracias