

¿PARA QUÉ SIRVE LA TEORÍA DEL DELITO?

Prof. Dr. Gustavo Chan Mora¹

Al Prof. Dr. Daniel González Álvarez, maestro de quien tanto aprendimos, con respeto y agradecimiento.

Resumen: Se desarrollan algunos conceptos básicos de “la” teoría del delito, con el fin de dejar en evidencia que aquellos objetivos o fines trazados para la misma, no necesariamente coinciden con lo que realmente se “hace” con esos componentes en las prácticas de un sistema penal. Esos componentes van dirigidos esencialmente a una “clase jurídica”, de técnicos en derecho, para que valoren, de una manera más o menos uniforme, si los comportamientos de las personas pueden definirse o no como delitos en estricto sentido jurídico-penal. La historia de la (s) teoría (s) del delito, no es otra cosa que la discusión acerca de cuantos componentes se requieren con ese fin, y de cuáles requisitos se les deben asignar. Las distintas propuestas teóricas sobre esos componentes y sus significados deberían ser analizadas siempre desde su congruencia o incongruencia frente a ciertos principios constitucionales, que pretenden dotar de cierta racionalidad el Poder de castigar del Estado. Nada de lo anterior responde la pregunta que titula este aporte. Esa cuestión solamente puede responderse desde los métodos y las investigaciones empíricas de la sociología del derecho que permitan dilucidar cuál(es) teoría(s) del delito viven realmente en las prácticas del sistema penal y sus subsistemas, y si en esa dimensión real, son congruentes o no con principios elementales de una democracia liberal.

Palabras Clave: Teoría del delito. Componentes esenciales. Objetivos dogmáticos de la teoría del delito. Congruencia o incongruencia de la(s) teoría(s) del delito con principios constitucionales. Análisis socio-jurídico sobre la vigencia real de la(s) teoría(s) del delito.

Abstract: Some basic concepts of "the" crime theory are developed, in order to show that those objectives or ends set for it do not necessarily coincide with what is actually "done" with those components in the practices of the legal system. These components are essentially aimed at a

¹ Catedrático de Derecho Penal. Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

“legal class”, of legal technicians, so that they can assess, in a more or less uniform way, whether or not people's behavior can be defined as crimes in the strict legal-criminal sense. The history of the crime theory (s) is nothing more than the discussion about how many components are required for that purpose, and what requirements should be assigned to them. The different theoretical proposals on these components and their meanings should always be analyzed from their consistency or incongruity with respect to certain constitutional principles, which seek to provide a certain rationality to the State's power to punish. Nevertheless, none of the above answers the question that this contribution titles. Actually, this question can only be answered from the methods and empirical research of the sociology of law that make it possible to elucidate which crime theory (s) actually live in the practices of the legal system and its subsystems, and if in that real dimension, they are congruent or not with elementary principles of a liberal democracy.

Keywords: Crime theory. Essential components. Dogmatic objectives of the theory of crime. Congruence or incongruity of the theory (s) of the crime with constitutional principles. Socio-legal analysis of the actual validity of the crime theory (s).

1.- Una introducción.

¿Para qué sirve la Teoría del delito? La respuesta a esta pregunta adquiere una connotación diferente cuando se le plantea desde una dimensión real. Es decir, cuando no se formula respecto de las funciones u objetivos que deberían cumplir o supuestamente cumplen la o las teorías del delito. De estas, casi hay tantas como autores existen. En Iberoamérica, por ejemplo, hay una formulación original del profesor Zaffaroni, y muchas tomas de partido o posición respecto de construcciones teóricas alemanas. La cuestión aquí, por el contrario, se plantea en relación con aquello para lo cual es utilizada la teoría del delito en la práctica real de un sistema penal dado, por distintos actores como fiscales, o quienes pertenecen al cuerpo de la judicatura².

² Se asume la propuesta realista según la cual, el derecho debe ser entendido como un hecho social. Con ello, también se puede indagar el grado de aplicación que tienen, o no, los planteamientos teórico normativos de la o las teorías del delito. Sobre el derecho como hecho social: Albert, Hans. *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das*

Cuando se habla de teoría del delito, se debería saber que se hace alusión directa a un *concepto técnico-jurídico de delito*. Este concepto forma parte de un *sociolecto*, es decir, de un lenguaje especializado³, utilizado por algún sector de la población, pero no por toda. Uno de los rasgos característicos más importantes de este concepto, y de sus componentes, es que su contenido de significado no concuerda (o al menos no debería concordar) con el que tiene en su uso coloquial.

En el derecho penal “delito”, es un concepto compuesto por varias categorías de análisis, que representan requisitos o exigencias para que un comportamiento humano específico se considere como tal. Estos son conocimientos básicos para cualquier profesional en derecho: el concepto técnico-jurídico de delito, según se acepta de manera más o menos generalizada, está compuesto por tres elementos esenciales: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Se trata entonces de un *topos*, de un contexto de argumentación, regido por algunos principios, utilizado para determinar si un comportamiento humano real cumple con una serie de requisitos ineludibles, sin los cuales no podrá ser considerado delito en sentido penal.

En palabras del profesor alemán Wolfgang Naucke, con la estructura de la teoría del delito se quiere:

*“(…) lograr un orden que realice una uniformidad del manejo de preceptos penales
(…) La aplicación de cada precepto penal se procura mediante el sistema del hecho punible [la teoría del delito]. Esto sucede para elevar la uniformidad y la*

Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz. Baden-Baden, Nomos Verlag, 1993, p. 13 y sgtes. Kunz, K.L/ Mona, M. Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie. Vern, Stuttgart, Wien, Haupt Verlag-UTB, 2006, p. 112 y siguientes.

³ En el Código Penal alemán, por ejemplo, esto se hace evidente. El título segundo de ese cuerpo normativo se denomina y refiere expresamente al uso del lenguaje (Sprachgebrauch), o al significado de las palabras en ese contexto específico. En los comentarios del Schönke-Schröder al Código Penal alemán se presenta un resumen de definiciones de vocablos que aparecen en esa ley, con el objetivo de que se asocie obligatoriamente un significado a esos vocablos, y que se descarten otros significados, precisamente por el contexto legal en que se les utiliza. Así, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, München, Verlag C.H. Beck, 2006, §11, Rn. 1-3.

Independientemente de que lo diga o no un cuerpo normativo, en la práctica judicial se hace evidente que numerosos conceptos, morfológicamente idénticos, tienen significados muy diferentes a los que poseen el uso coloquial.

*racionalidad de la aplicación del derecho penal.*⁴

Lo expuesto hasta ahora, sigue versando sobre aquello para lo que se supone debería servir el concepto de delito y sus componentes: debería servir para determinar de manera sistemática, más o menos coherente y uniforme, si un comportamiento humano es o no delito, en estricto sentido jurídico penal⁵.

Sin embargo, con esto que se ha dicho, todavía no se dice nada nada acerca de para qué sirve la teoría del delito en realidad.

2.- Sobre los componentes del concepto de delito como normas de valoración. Hablemos de “botellas de colores”.

Se puede ir más allá, e indicar que todos o casi todos los componentes del concepto técnico jurídico de delito, no son otra cosa que *estipulaciones o postulados normativo-valorativos*, que no van dirigidos a los miembros de la colectividad en general (no son normas orientadas a la *determinación* de los comportamientos de todos); sino que son esencialmente *normas para la valoración* de comportamientos.

Esto quiere decir, como ya adelanté, que dichas estipulaciones, van dirigidas principalmente a ciertos sectores de la población, preponderantemente técnicos del derecho, para que valoren si acciones o comportamientos de la vida real, cumplen ciertos requisitos, como para concluir que son delitos, en estricto sentido penal.

⁴ Naucke, Wolfgang. Derecho Penal. Una Introducción. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006, pp.283-284. Lo escrito entre corchetes se adiciona.

⁵ Propuestas al respecto, por ejemplo: Roxin, C. Strafrecht Allgemeiner Teil Band I. München, C.H. Beck Verlag, 2006, § 7, Rn. 1, Rn. 2 y Rn. 3. En español: Roxin, C. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Madrid, editorial Civitas, 1997, 7, Nm. 1, N.m. 2.; Wessels, Johannes/Beulke, Werner. Strafrecht Allgemeiner Teil. Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2008, pp. 29-30.; Jescheck, Hans- Heinrich/Weigend, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. Berlin, Duncker und Humblot Verlag, 1996, pp. 194-199. Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz. Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I. Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1992, pp. 166-184. Lenckner, Theodor/Eisele, Jörg, en el Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar. München, Verlag C.H. Beck, 2006, pp.154 y sgtes. Schmidt, Rolf. Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen der Strafbarkeit. Methodik der Fallbearbeitung. Grasberg bei Bremen, RS Verlag, 2010, pp. 47 y siguientes. Zaffaroni, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, editorial Ediar, 2008, pp. 372 a 377. En la literatura costarricense más autorizada: Castillo González, Francisco. Derecho Penal Parte General. Tomo I. San José, editorial Jurídica Continental, 2009, p.225 y siguientes, pp. 321 y siguientes.

Uno de los objetivos para los que debería servir la teoría del delito y sus componentes, es para la resolución de casos prácticos y, mejor aún, para la resolución más o menos uniforme de casos similares. Si eso se cumple o no, si la teoría del delito sirve para ello en la realidad práctica de los sistemas penales, es otro tema, que dependerá siempre de las múltiples variables a las que haré referencia más adelante.

Volvamos a algo que acabo de decir, para subrayarlo: las categorías de análisis o componentes de la teoría del delito son normas para la valoración de comportamientos humanos. Estas tienen la estructura de explicaciones o enunciados *nomológico-deductivos*. Es decir, usualmente asumen la forma de una proposición “*si- por lo tanto*”, en la que la primera parte expresa una condición antecedente, que viene a explicar la existencia de una consecuencia descrita en la segunda parte (*explanandum*)⁶.

Expuesto de esta manera, los componentes que integran el concepto técnico jurídico de delito indican, más o menos, lo siguiente:

A. Si un comportamiento real ejecutado, encuadra de manera exacta en aquello que el legislador eligió prohibir o mandar, mediante una norma de la ley penal, por lo tanto, deberá concluirse que ese comportamiento puede ser valorado como objetivamente típico (tipicidad objetiva).

Si sumado a lo anterior, quien ejecuta el comportamiento sabía que lo realizaba y quería hacerlo (dolo), o al menos aceptó la posibilidad de ello (dolo eventual), o pudo prever que sucedería más confió en que no (previsibilidad en la imprudencia), también será típico desde el punto de vista subjetivo.

B. Si ese comportamiento típico (en el doble sentido indicado), además lesiona o al menos pone en peligro, de manera relevante, el objeto y el bien jurídico protegidos en un tipo

⁶ Al respecto: Opp, K.D. *Methodologie der Sozialwissenschaften*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 6. Auflage, 2005, p. 122 y siguientes. Volk, K. *Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit*, in: A. Kaufmann u.a. (Hrsg.) *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, C.H. Becks Verlag, München, 1979, p.75 y siguientes.

penal, y ello no está autorizado por una causa de justificación, entonces debe concluirse que ese comportamiento es contrario al ordenamiento jurídico, es antijurídico o ilícito.

C. Si ese comportamiento ilícito (típico y antijurídico) puede vincularse a un sujeto actuante concreto, con ciertos atributos mínimos de autonomía mental (capacidad de culpabilidad), de conocimiento del carácter prohibido y penado de su acción (conocimiento/error de injusto), y ese sujeto actuó libre de condicionantes externos como coacción, o un estado de necesidad exculpante (evitabilidad/inevitabilidad); por lo tanto, dicha acción ilícita es culpable.

Seguramente no estoy diciendo nada nuevo para quien lee esto.

Como podrá apreciarse con facilidad, se trata de proposiciones teoréticas. Estas pueden considerarse como aceptables desde el punto de vista analítico, en el tanto que (i) sean lógicamente correctas (no tengan contradicciones internas, ni se contradigan con otros componentes del concepto de delito), (ii) tengan un ámbito de aplicación irrestricto y no se trate de afirmaciones singulares, (iii) permitan una vinculación entre causa y efecto, y esencialmente (vi) posibiliten una deducción correcta sobre un acontecimiento singular, sobre un caso concreto⁷.

Pues bien, las distintas teorías del delito existentes - ¡debe recordarse siempre que no hay una sola! -, se debaten fundamentalmente acerca del contenido de significado que se asigna a esos conceptos centrales y de si estos bastan, o se requieren más componentes, para el concepto de delito. Para decirlo más gráficamente, sabemos que, en la historia de la teoría del delito alemana, se ha propuesto, por así decirlo, que el concepto de delito está compuesto por varios “envases” (pensemos en varias botellas de cristal, de distintos colores).

La historia de la *teoría del delito* no es otra cosa que la discusión acerca de cuantos envases deben componer aquel concepto de delito (los tres citados, o más: acción, atribuibilidad, reprochabilidad, proponen algunos autores); y acerca de qué se debe colocar

⁷ Así, Opp, Op. Cit, p. 16 y siguientes.

(cuáles criterios se proponen) dentro de ellos, con el fin de que ciertos actores judiciales los utilicen para valorar si un comportamiento real es o no un delito, en sentido jurídico penal.

Todos podemos recordar, por ejemplo, las larguísimas discusiones acerca de la ubicación del dolo en el tipo, o en la culpabilidad; o los planteamientos acerca de su doble ubicación.

En este punto, es bueno subrayar además este dato interesante: en la historia de la teoría del delito alemana, usualmente se hace énfasis en lo anterior, es decir, en la discusión acerca de cuántos “envases” deben componer el concepto de delito, y “qué” se debe colocar en ellos. Gran parte del desarrollo de la teoría del delito es la historia de los “movimientos” “traslados”, o distintas ubicaciones que se han hecho de esos criterios de análisis, en los “envases” o categorías más usualmente aceptados como componentes del concepto técnico jurídico de delito.

Sin embargo, se le ha dado una importancia mucho menor a otra cuestión, esto es, si el contenido de significado de esos componentes del concepto de delito es o no *operacionalizable*. La operacionalización de los componentes del concepto de delito consiste en vincular dichos constructos teóricos con elementos empíricos constatables, o al menos con indicios de estos últimos.⁸

Siendo así, bien puede aceptarse que la historia de la teoría del delito también tiene que ver con las discusiones acerca de si los componentes de aquel concepto deben tener o no algún contenido empíricamente constatable (operacionalizable), y acerca de cuál debe ser ese contenido; o de si solamente deben tener un contenido meramente normativo. Esto puede

⁸ La concepción operacionalicista extrema exige conceptos o definiciones que se vinculen con atributos o hechos directamente observables mediante los cinco sentidos. Esto conduce a graves problemas en relación con los denominados *conceptos de disposición*, extensamente utilizados en las ciencias sociales, ya que en ellos se designan atributos que solamente pueden averiguarse bajo ciertas circunstancias, que no son observables directamente. Para solucionar ese problema se recurre a las definiciones operacionales explícitas o enunciados bilaterales de reducción (*bilaterale Reduktionssätzen*). Con ellas se integran como componente de la definición las condiciones bajo las cuales se muestra un atributo, es decir, que para un atributo no observable directamente se crea una situación de medición en la cual este atributo se vuelva observable. Así, Schnell, R./ Hill, P.B./ Esser, E. *Methoden der empirischen Sozialforschung*, München- Wien, R. Oldenbourg Verlag, 7. Auflage, 2005, p. 76 y siguientes.

quedar más claro, mediante algunos ejemplos, sobre las líneas más generales planteadas desde distintas propuestas de teoría del delito⁹.

En esta dirección, si nos remontamos a la propuesta de la **escuela clásica** (Von Liszt, Beling) del derecho penal, sabemos que los componentes del concepto de delito fueron formulados bajo la fuertísima influencia del método positivista de las ciencias naturales. Esto significa que su contenido de significado estaba asociado esencialmente a fenómenos naturales, susceptibles de ser verificados; así, se entendía que el concepto de delito solo tenía un elemento normativo valorativo, la antijuridicidad.

La tipicidad y la culpabilidad eran definidas, por el contrario, esencialmente como elementos naturales, datos del ser, carentes de valoración: la primera era la mera descripción objetiva de una conducta en la ley, y la conducta era un mero movimiento corporal voluntario; la culpabilidad era comprendida como una mera relación psíquica del autor con su conducta contraria al ordenamiento, verificable empíricamente y supuestamente libre de toda valoración.

Si se parte de aquel concepto clásico del delito, las construcciones subsiguientes se caracterizan por asignar a estos componentes centrales, más o menos elementos normativos, más o menos elementos empíricamente constatables, o por excluir del todo estos últimos.

Los neokantianos redefinieron la tipicidad, que pasa de ser mera descripción objetiva del comportamiento punible, a ser una categoría normativa valorativa; en tanto se integró con la antijuridicidad para conformar el concepto de injusto penal, como primer juicio disvalioso respecto de la conducta ejecutada. Y lo propio propusieron con el concepto de culpabilidad, para el cual se superó la definición psicológica, como mera relación psíquica, y se le asignó contenido normativo valorativo, como un segundo juicio de desaprobación basado en el

⁹ Sobre la evolución de “la Teoría del Delito”, en todo: Vornbaum, Thomas. Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte. Berlin-Heidelberg, Springer Verlag, 2009. Muy claros: Jakobs, Günther. Strafrecht Allgemeiner Teil. Berlin, de Gruyter Verlag, 1993, pp. 123 y siguientes. Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General. Op. Cit. pp. 323 y siguientes. Roxin, Claus. Derecho Penal. Op.Cit. pp.193-206.

(*andershandelnkönnen*).

El finalismo, fundamentalmente el primer Welzel, rechazó esta propuesta, bajo la convicción de que los componentes del delito no pueden construirse únicamente mediante criterios normativos, sino que deben apoyarse en los que él consideraba eran ciertos datos esenciales de realidad. Lamentablemente, en su intención se inventa las denominadas estructuras lógico objetivas fundamentales, como supuesto “átomo fundante” de la realidad, desde el cual pretendió reconstruir todos los componentes del delito.

Ya conocemos entonces que, desde su perspectiva, toda acción humana es acción voluntaria dirigida a un fin como principal estructura lógico-objetiva que debía ser considerada para definir el contenido de los componentes estructurales del concepto de delito.

Son harto conocidas y repetidas como letanías, las consecuencias que esto tuvo para el traslado del dolo, desde la culpabilidad a la tipicidad subjetiva, y las consiguientes exigencias de que, para poder afirmar esta última, se debe valorar el conocimiento y la voluntad que tenga el sujeto actuante respecto de los elementos objetivos del tipo.

En la síntesis del **neoclasicismo y finalismo** que domina el panorama de la dogmática penal en Alemania, por ejemplo, en la propuesta de Jescheck, se acepta la inclusión del dolo en el tipo, pero se rechaza que esto sea el producto de condicionamientos derivados de la vinculación a presuntas estructuras lógico-objetivas.

Por otra parte, -de nuevo solo como ejemplo-, ese mismo profesor mantiene que el concepto de tipo injusto tenga componentes valorativos, pero propone la doble ubicación del dolo tanto en aquel componente, como en la culpabilidad; difumina el concepto de acción, que tiende a ser sustituido por el de realización del tipo; se da prevalencia a un concepto ético social de culpabilidad, con el que finalmente se hace responsable

penalmente a una persona, por el deficiente ejercicio de su capacidad ética, por no ejercitar su conciencia sobre el derecho, que se supone es inmanente a todo ser humano

Con todo, lo más importante: en esta propuesta dominan componentes y

consideraciones valorativas, en atención a exigencias éticas

En la **propuesta racional final de Roxin**, este renuncia a aquellas supuestas estructuras lógico objetivas indemostrables (la voluntad libre, libre albedrío, dirigida a un fin, como base de la acción humana); y propone en su lugar el concepto de asequibilidad normativa, es decir la posibilidad real del sujeto actuante de haber conocido o no la norma, como presupuesto del reproche penal.

Pero en lo que más interesa, propone que todas las categorías que componente el concepto técnico jurídico de delito, deben ser integradas con consideraciones político-criminales, en específico, con los fines asignados a la pena.

Expuesto de otra manera, los criterios para decidir acerca de la tipicidad, la antijuridicidad y esencialmente la culpabilidad, cada uno de ellos, son complementados con consideraciones o variables, relacionadas con los requerimientos preventivo general positivos y preventivo especial positivos asignados a la pena.

Para el inimputable (enfermo mental), por ejemplo, no se excluye responsabilidad únicamente debido a no puede motivarse por la norma, sino fundamentalmente porque respecto de él no hay una necesidad de prevención general positiva de sanción.

A los componentes tradicionales del delito, este autor adiciona el de responsabilidad penal, cómo último estrato en el que precisamente -junto a las consideraciones personales sobre la culpabilidad - debe valorarse si en el caso concreto existe o no una necesidad de imponer una sanción conforme a los fines asignados a la pena. Se trata de una propuesta en la que se complementan componentes de base real, y normativos.

Para cerrar, este breve ejemplo, **con la propuesta funcionalista radical de Jakobs**, se renuncia a la protección de bienes jurídicos como objetivo central del derecho penal, y en lugar de ello, se constituye como ese fin el mantenimiento de la estructura social vigente, y los distintos roles o papeles asignados a las personas, mediante las normas jurídicas.

En lugar de proteger bienes jurídicos asociados a personas, lo que se propone es conservar, mantener la vigencia de las normas que permiten organizar la sociedad, y que aseguran ciertos estándares de seguridad, frente a perturbaciones que alteren o modifiquen esa estructura social. Esta posición genera consecuencias radicales en la teoría del delito, y en cada una de sus categorías de análisis. O, dicho de otra manera, aunque los frascos del concepto se llamen igual, ni por asomo tienen el mismo contenido, el mismo significado.

En adelante, el fin esencial del Derecho Penal, es mantener o restituir la vigencia de normas, que permiten la permanencia del status quo. Así, un comportamiento es penalmente relevante no tanto por su adecuación al tipo penal, sino en atención a que la acción origina un resultado que pone en entredicho la vigencia de la norma y el rol que esta impone a los sujetos.

Ese mismo comportamiento es injusto penalmente, no porque lesione o ponga en peligro un bien jurídico sin que exista justificante para ello; sino porque esa acción lesiona la vigencia de la norma frustra un rol que la ha sido asignado y afecta la organización de la comunidad.

El fundamento de la culpabilidad deja de ser la necesidad de vinculación de un injusto penal, con un sujeto concreto, y pasa a ser la estabilización de la confianza en el ordenamiento jurídico alterado por el comportamiento delictivo. Según el propio Jakobs: “el fallo de culpabilidad nos se refiere al individuo en su propio ser, sino a una persona social, esto es, que los sistemas sociales tienen determinadas condiciones de subsistencia”.

En sentido muy general, podríamos decir que estas, y todas las propuestas de teoría del delito existentes en Alemania, y que presentan distintos contenidos o significados para los componentes del concepto de delito podrían clasificarse bajo dos grandes líneas: bien como propuestas idealistas, o como propuestas realistas, en tanto se basen respectivamente en ciertas exigencias meramente trascendentes, o en requisitos reales (constatables de alguna manera), para el análisis de la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad.

Es obvio que no se pretende hacer un recorrido detallado por aquello que está

sobradamente descrito en los manuales de derecho penal más importantes, acerca de las modificaciones sufridas por esos componentes del delito, en las distintas escuelas o posiciones que se fueron construyendo a lo largo de la historia.

Simplemente se busca destacar que, en ese viaje – por la escuela neokantiana, pasando por el finalismo, en las tesis eclécticas entre neoclasicismo y finalismo, hasta llegar a las propuestas del funcionalismo racionalista de Roxin, o el funcionalismo radical de Jakobs -; en el fondo lo que ha habido siempre fue “un estira y encoje” acerca de cuanto (¡y cuál!) contenido real empírico o meramente valorativo debía asignarse a los distintos componentes de la teoría del delito. Y para quien esto escribe, lo que se indica, es más importante que discutir, por ejemplo, si el dolo está en el tipo o en la culpabilidad, o si tiene una doble ubicación y no se “gasta” en ninguno de los dos.

Desde este ángulo, o matriz de la discusión, es decir, ¿Cuánto y cuál contenido real o normativo debe asignarse a los componentes del delito?; me parece que pueden quedar más en claro los objetivos o fines reales (no los declarados) que logra la teoría del delito en la práctica punitiva de los estados, ya sea como instrumento habilitador o como instrumento limitador del Poder de Castigar.

Desde mi perspectiva, esa función limitadora podría cumplirse de mejor manera mediante una teoría del delito de base realista, cuyos componentes contengan, al menos en parte, requisitos empíricamente constatables o falseables. Ello, según lo considero, permitiría mayor apreciación y mejor valoración de la *capacidad de rendimiento real* que tienen las personas de carne y hueso, frente a las exigencias que se plantean desde el Derecho penal, desde de las normas penales¹⁰.

Voy a dejar de lado una explicación amplia respecto de los fundamentos que considero pueden darse para la construcción de un concepto realista de delito, que permita realizar siempre la valoración de datos reales para determinar si hay tipicidad, antijuridicidad y

¹⁰ Esta idea la he desarrollado más ampliamente. Así: Chan Mora, Gustavo. El error de prohibición culturalmente condicionado. San José, Editorial Jurídica Continental, 2013, pp. 31 y siguientes.

culpabilidad. Por ahora diré, que sí, que tal fundamentación puede realizarse en comunicación con otras disciplinas de conocimiento, desde numerosas bases teóricas desde las ciencias naturales y humanas; que esos datos pueden incorporarse en los conceptos jurídicos mencionados, y que para ello se puede echar mano de los que se denominan como *conceptos de dos niveles*.

La ventaja de los conceptos de dos niveles, es que permiten vincular, mediante reglas de asignación, conceptos normativos valorativos a datos de realidad empíricamente verificables, y que según entiendo, ello permite una mejor vinculación de las normas con sujetos reales, de carne y hueso; y una mejor valoración de su capacidad de rendimiento frente a las exigencias del derecho penal.

Ahora bien, aparte de lo expuesto, interesa señalar que aquella especie de *atracción obnubilante* que nos genera la compleja formulación de las diversas teorías del delito, no debería impedirnos entender que siempre debemos someterlas -a todas ellas y a cada uno de sus constructos teóricos - a una valoración desde ciertos principios básicos de la filosofía política y del Derecho de la Constitución, y a una revisión crítica sobre sus efectos o aplicación real, desde la Sociología del Derecho.

4.- Sobre el marco filosófico político de la Constitución, y su relación con la(s) teoría(s) del delito.

Lo que se sugiere, es bien simple. Siempre se deben analizar las consecuencias políticas -en particular sobre el ejercicio del Poder Punitivo- que se hacen más o menos plausibles desde uno u otro planteamiento de teoría del delito. Con ello, siempre se debe reflexionar si una teoría, y dentro de ella si un concepto, o el significado asignado a un componente del delito, es congruente o no, contradice o no, principios elementales del derecho de la Constitución, desde el cual se ha dibujado un mapa con claros límites para el Poder de Castigar en las democracias liberales formales.

Frente a las teorías del delito que a veces nos “hipnotizan” con toda la complejidad de su entramado conceptual, pues resulta importante, sí, entenderlas; pero más aún, es

absolutamente fundamental discernir, si posibilitan en mayor o menor medida, o si del todo impiden la materialización de ciertos principios limitadores del Poder de castigar, heredados de la tradición liberal, y presentes en nuestras constituciones.¹¹

Expuesto de mejor manera: Si aceptamos que los componentes de la teoría del delito, son en realidad normas de valoración, creadas para orientar y dar cierta uniformidad a la actividad de investigar, perseguir y castigar penalmente, que realizan ciertos funcionarios y funcionarias del Estado respecto de las personas, ¿No deberíamos preguntarnos primero que todo, si ese arsenal conceptual con el que cuentan y deberían utilizar, es congruente o no con los principios más elementales que heredó el proyecto filosófico-político de la Ilustración, y que forman parte de nuestras Constituciones?

Desde la filosofía política que inspira la Constitución Política de la República de Costa Rica, por ejemplo, sabemos que la función esencial de la ley, del principio de legalidad, es limitar las acciones del Poder, para que este solamente pueda hacer lo que les es permitido por este medio. Por ello, deberíamos hacernos además otra pregunta: ¿Cuáles teorías del delito hacen más plausible la consecución del objetivo limitador del poder punitivo que se evidencia en tal principio?

Lo propio puede indicarse en relación, por ejemplo, con el principio de culpabilidad en sentido material (como imputación subjetiva). Uno de los axiomas esenciales del derecho liberal de base continental, representa justamente la superación de meros criterios objetivos, de base natural causal o también normativa, como fundamento exclusivo de la declaratoria de responsabilidad penal.

El principio de culpabilidad en sentido material, cumple también un papel central para limitar las actuaciones sancionatorias del Estado. Busca que los castigos más gravosos para los derechos de las personas, solamente puedan imponerse cuando hay algún

¹¹ Sobre esos principios esenciales, para todo: Llobet Rodríguez, Javier. Cesare Beccaria y el Derecho penal de hoy. San José. Editorial Jurídica Continental, 2005.

vínculo de conocimiento y voluntariedad para realizar un comportamiento prohibido y penado, y no con base en meras consideraciones causales o de imputación objetiva. ¿Existen teorías, o conceptos dentro de ellas, que se oponen a esta exigencia y potencian criterios de mera responsabilidad objetiva en el derecho penal?

Cada una de las propuestas teóricas brevemente expuestas al inicio, difiere en sus respuesta acerca de para qué debería servir la teoría del delito en un caso concreto: debe servir para considerar estructuras lógico objetivas supuestamente inherentes a toda acción humana, dirán algunos; debería servir para introducir valoraciones ético sociales para la delimitación de la culpabilidad penal; debería servir para incorporar consideraciones político criminales de los fines de la pena, para la delimitación de lo que es o no delito; y finalmente con Jakobs, se propone que debe servir para la estabilización o mantenimiento de la vigencia de una norma jurídica.

Pero, para lo que más interesa -de esto se tiene menor conciencia, y justamente por eso lo quiero subrayar-, todas estas teorías, algunas veces de manera explícita, las más de manera implícita o latente, siempre encierran una respuesta sobre el papel que deben cumplir los componentes del concepto de delito, frente a principios fundamentales del Derecho de la Constitución. Siendo así, resulta bastante nocivo entender la (s) teoría (s) del delito, y cualquiera de sus componentes, de manera separada, de aquellos principios fundamentales diseñados para contener y dotar de cierta racionalidad al ejercicio del Poder de castigar.

Cada uno de esos componentes, en su formulación concreta desde una u otra teoría del delito, debería ser confrontado con axiomas fundamentales: ¿Cumple o permite el significado o contenido propuesto para la tipicidad por una u otra teoría, con el principio de última ratio?; ¿La tipificación creciente de ciertos comportamientos con base en la mera consideración de una clase específica de víctimas, oculta el surgimiento de un nuevo derecho penal de autor?; ¿Las exigencias o requisitos fijados por una u otra teoría, para las causales de justificación, conllevan un trato discriminatorio para las mujeres que atenta contra el principio de igualdad?; ¿Permite uno u otro significado para el concepto de conocimiento de injusto o de

error de prohibición la vigencia del principio de igualdad, como trato igual de lo igual, y diferenciado de lo diferente?; Encierran ciertas clases de tipos penales la eliminación de criterios para la imputación subjetiva de resultados lesivos, y entronizan criterios de mera responsabilidad objetiva?

Con lo dicho, debo advertir que, lamentablemente, sigo sin explicar para qué sirve en las prácticas reales del sistema penal, el concepto técnico jurídico de delito. Para saberlo, no nos servirán las construcciones de la dogmática penal, ni la mera adecuación de los conceptos a axiomas del derecho penal liberal, sino que se requieren algunos criterios de la sociología del derecho.

5.- Sobre la eficacia real de las normas de valoración que subyacen en las categorías que componen el concepto técnico jurídico de delito.

Adelanté que las categorías que componen la teoría del delito son estipulaciones, en el fondo, normas para la valoración de comportamientos. Como tales, podemos afirmar para ellas, lo que Theodor Geiger sostenía para cualquier norma social: podemos entender mejor como funcionan en la realidad si partimos de la idea de una *cuota de efectividad*, o de la imagen de una parábola de efectividad para las mismas. Dicho de manera simple, esos conceptos que integran el concepto de delito, esas normas para la valoración de comportamientos, sin importar el contenido o significado que se les asigne, en la práctica real de los sistemas penales siempre tienen una *cuota o grado de eficacia* que puede ir desde su desaplicación absoluta, hasta su aplicación reiterada y generalizada¹².

Parto de la distinción entre eficacia o vigencia formal y eficacia o vigencia material¹³ de esos postulados normativos, de todos esos componentes, en cualquiera de sus significados,

¹²Al respecto: Geiger, T. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Neuwied am Rhein und Berlin, Luchterland Verlag, 1970. Existe versión en español: *Estudios preliminares de Sociología del Derecho*. Geiger, Theodor. Granada, editorial Comares, 2001, p. 208 y sgtes. Agradezco a David Fallas Redondo por poner en mis manos esta última versión.

¹³ Sobre esos conceptos: Rehbinder, Manfred. *Rechtssoziologie*. München, C.H. Beck Verlag, 2007, pp. 1-4, 105-118.

que integran el concepto técnico jurídico de delito. Se puede hablar entonces de una *vigencia jurídica o formal* de una u otra teoría del delito, en el tanto sus propuestas conceptuales, sus significados para cada uno de sus componentes, estén recogidos en preceptos legales (leyes en sentido estricto), debidamente aprobados, según el trámite establecido para que pasen a formar parte del ordenamiento jurídico de un país.

Pero también es necesario entender que a diferencia del anterior, con el vocablo de *vigencia real o material*, se hace alusión al grado de aplicación real que tienen, en este caso, en la práctica de un sistema penal dado, los componentes del concepto técnico jurídico de delito, y los significados asociados a ellos.

Expuesto de una manera más cruda: ni la mera existencia de la o las distintas teorías del delito, y ni siquiera su recepción en un código penal (es decir su vigencia formal); determinan de manera preponderante la eficacia material, el grado de uso o aplicación real que se hace de las mismas, de los componentes, o significados que proponen para el concepto de delito, ni mucho menos su congruencia o no con principios constitucionales elementales.

Esa vigencia material, no puede inferirse de la mera vigencia formal o jurídica de una u otra teoría del delito, sino que debe indagarse, mediante el estudio de las prácticas reales, de las acciones y decisiones que realizan las autoridades encargadas de aplicarlas, en un sistema penal determinado. Para muestra podría tomarse cualquier período de la jurisprudencia de la Sala Tercera de Costa Rica, en cualquiera de sus conformaciones a lo largo de los años; en donde podrán encontrarse notables y evidentes variaciones en la aplicación de conceptos tan básicos como el de tipicidad objetiva, el de antijuridicidad, o sobre los requisitos de las causales de justificación, para el análisis de culpabilidad, o aún más, también para la teoría de la autoría y participación o para la teoría del concurso de ilicitudes, por decir algo.

Independientemente de los lineamientos o criterios más o menos uniformes, trazados desde los conceptos que componen la teoría del delito, una pregunta socio- jurídica fundamental, que también debería estimular nuestra reflexión, siempre debería ser la siguiente: ¿Cuál es el grado de aplicación que tienen en la práctica real del Ministerio Público

y de la Judicatura, los componentes o categorías de análisis de la teoría del delito? ¿Cuál significado se les asigna? ¿En su aplicación, esos conceptos convergen con principios constitucionales?¹⁴

Esta aplicación real, según lo entiendo, en la realidad del derecho que se vive día a día, más bien es dinámica, está en permanente modificación y cambio, según la interacción que se genere entre el Sistema Penal, sus actores y componentes, con otros factores o fenómenos sociales, como las posiciones de la doctrina especializada, la presión de la gente y los medios de comunicación, la influencia del legislativo, y la vinculación (desvinculación) que tengan los operadores judiciales con son otros sistemas normativos como la moral o la religión.

6. Como conclusión: pero entonces ¿Para qué sirve la teoría del delito?

Con lo expuesto hasta ahora, he delineado una idea central, acerca de aquello para lo que debería servir la teoría del delito y cada uno de sus conceptos: deberían servir para resolver casos prácticos de manera sistemática y más o menos uniforme, y decidir si un comportamiento real es o no delito en sentido penal; deberían servir servir para que se cumpla una función limitadora del poder de castigar, claramente delineada desde nuestras constituciones políticas heredadas de la Ilustración; deberían servir para que la determinación de la responsabilidad penal atienda la capacidad de rendimiento de las personas frente a las

¹⁴ Este es, ni más ni menos, uno de los problemas centrales de la Sociología del Derecho. Al hablar de vigencia fáctica de postulados normativos – y como se ha visto, los componentes de la teoría del delito lo son- se hace referencia a un *hecho social*. Si se afirma la vigencia fáctica de una teoría del delito, lo que se sostiene entonces es que los significados asociados a los componentes del concepto del delito, son aplicados en la realidad, para decidir si un comportamiento real puede ser tenido como tal. En ese tanto, también se puede indagar cuál es el grado de vigencia (aplicación-desaplicación) real de una teoría del delito en en el sistema penal. Sobre este problema, el de la vigencia fáctica de las normas jurídicas, la literatura especializada es inabarcable. En lo esencial, puede verse: Albert, H. Op. Cit., p. 19 y siguientes. Kelsen, Hans. / Ehrlich, Eugen, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Controverse (1915/17)*, Baden-Baden, 2003; Ehrlich, Eugen. *Soziologie und Jurisprudenz* (Czernowitz: Buchdruckerei Gutenberg, 1906), Aalen: Scientia Verlag, 2. Neudruckausgabe in einem Band, 1987; Rehbinder, M., *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin, 1986; Pound, R. *Law in the Books and Law in Action* [in American Law Review, vol. 44, 1910], reprinted in: Fisher, W.W. / Horwitz, M.J. / Reed T.A. (Hrsg.), *American Legal Realism*, Oxford: Oxford University Press, 1993, pp. 39-44.

exigencias del derecho. Debería servir...

Pero, ¿para qué sirve en la realidad?

Desde una perspectiva dinámica del Derecho (Gunther Teubner), tendremos que indicar que la aplicación real de esos conceptos que componen la teoría del delito, siempre está en constante modificación y cambio, dependiendo de la interacción que se suscita entre diversos factores o fenómenos sociales. De este modo:

A.- La eficacia real de la teoría del delito depende de la manera en que el legislador recepte y desarrolle aquellos conceptos en los cuerpos legales; pero no solo eso: depende también de la manera en que los legisladores, como cuerpo político, pretendan influir, e influyan, en las decisiones del cuerpo de la judicatura, de los jueces y juezas.

B.- La eficacia real de esos componentes, aquello para lo que servirá efectivamente en casos concretos, también depende de la influencia que ejerza, de la receptación que tenga una u otra posición de la doctrina penal, sobre los sujetos encargados de tomar decisiones en el proceso penal. Son estas personas quienes finalmente tienen la potestad de decir, de interpretar el contenido de significado y alcance de los componentes de la teoría del delito de una manera autorizada.

C.- Incide también la visión y la presión que los ciudadanos de a pie puedan ejercer sobre el intérprete del derecho, sobre el juez o la jueza, acerca de la aplicación o desaplicación de tales conceptos y categorías de análisis de la teoría del delito, dentro de un proceso penal en curso.

D.- Junto a aquello, también factores externos, como el juego de la política, las influencias de la religión, las presiones de la moral practicada en una sociedad, la incidencia de los medios de comunicación, afectan el grado de aplicación real que tiene la teoría del delito en la vida práctica de los Tribunales y otras entidades del sistema penal.

E.- Finalmente, y para lo que más importa, la eficacia real, la aplicación efectiva de una u otra teoría del delito, de uno u otro significado para sus componente, depende de

quienes integran la judicatura: seres humanos como otros, con distintos niveles de formación jurídica, gobernados por una visión de mundo y con ello, regidos también por prejuicios, estereotipos, valores, posiciones políticas y religiosas; a quienes les corresponde, en última medida, decidir **qué actitud tomar frente a la aplicación o desaplicación de la teoría del delito en la resolución de un caso específico**¹⁵.

La respuesta no puede ser otra: la teoría del delito **sirve para aquello para lo que los y las fiscales, los jueces y las juezas, quieran que sirva en la realidad**. Y esto, a muy grandes rasgos, significa que son ellos quienes deciden si no utilizarla del todo, si emplearla para limitar de cierta manera racional el poder punitivo o para habilitarlo y desatarlo de límites, incluso mediante el uso fraudulento de dicha teoría, lejos de los principios de una constitución liberal. **La teoría del delito sirve para lo que realmente se le utilice en las prácticas del sistema penal, independientemente de lo que estipule, o independientemente de lo que se añore.**

Bibliografía.

Albert, Hans. *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz*. Baden-Baden, Nomos Verlag, 1993.

¹⁵ Quiero destacar entonces que la aplicación o no, el significado que se asigne o no a la teoría del delito y sus componentes, depende del *Poder de definición* que tienen los jueces y juezas (Bourdieu); es decir, del Poder para decirnos cuál es el alcance y significado que tienen esos conceptos en la vida real del proceso o de otras prácticas del sistema penal. Desde la teoría sociojurídica de Pierre Bourdieu se plantea que todo **grupo social** (y los sujetos individuales que lo integran) se ubica siempre en una determinada posición en las **relaciones de fuerza** de una sociedad (es decir *en* las diversas estructuras y contextos materiales de una sociedad), pero también está inserto en las **relaciones de sentido** que constituyen la cultura de dicha organización, es decir, tienen mayor o menor *poder de definición* en relación con situaciones y conceptos, lo cual determina también el rumbo de las relaciones políticas. Eso también sucede cuando definen u optan por un significado, o por la aplicación o desaplicación de los componentes de la teoría del delito. Para todo, Bourdieu, P. *Die drei Formen des Kulturellen Kapitals*, in: *Wie die Kultur zum Bauern kommt. Über Bildung, Schule, und Politik*, Hamburg, VSA Verlag, 2001. Del mismo autor: *Ökonomisches Kapital-Kulturelles Kapital- Soziales Kapital*, in: *Die verborgenen Mechanismen der Macht. Schriften zur Politik und Kultur*. Hamburg, VSA Verlag, 2005; *Die Feinen Unterschiede. Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft*. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1993; *La fuerza del Derecho. Elementos para una Sociología del Campo Jurídico*, en: *Poder, Derecho y Clases sociales*. Bilbao, Editorial Desclée de Brouwer, 2001, pp. 165-223; Fuchs-Heinritz W./König A. *Pierre Bourdieu*. Konstanz, UVK Verlagsgesellschaft, 2005.

Bourdieu, Pierre.

Die drei Formen des Kulturellen Kapitals, in: Wie die Kultur zum Bauern kommt. Über Bildung, Schule, und Politik, Hamburg, VSA Verlag, 2001.

Ökonomisches Kapital-Kulturelles Kapital- Soziales Kapital, in: Die verborgenen Mechanismen der Macht. Schriften zur Politik und Kultur. Hamburg, VSA Verlag, 2005.

Die Feinen Unterschiede. Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1993.

La fuerza del Derecho. Elementos para una Sociología del Campo Jurídico, en: Poder, Derecho y Clases sociales. Bilbao, Editorial Desclée de Brouwer, 2001, pp. 165-223.

Castillo González, Francisco. Derecho Penal Parte General. Tomo I. San José, editorial Jurídica Continental, 2009.

Chan Mora, Gustavo. El error de prohibición culturalmente condicionado. San José, Editorial Jurídica Continental, 2013.

Ehrlich, Eugen. Soziologie und Jurisprudenz (Czernowitz: Buchdruckerei Gutenberg, 1906), Aalen: Scientia Verlag, 2. Neudruckausgabe in einem Band, 1987.

Fuchs-Heinritz W./König A. Pierre Bourdieu. Konstanz, UVK Verlagsgesellschaft, 2005.

Geiger, Theodor. Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts. Neuwied am Rhein und Berlin, Luchterland Verlag, 1970.

Estudios preliminares de Sociología del Derecho. Geiger, Theodor. Granada, editorial Comares, 2001.

Jakobs, Günther. Strafrecht Allgemeiner Teil. Berlin, de Gruyter Verlag, 1993.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. Berlin, Duncker und Humblot Verlag, 1996.

Kelsen, Hans. / Ehrlich, Eugen, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft.

Eine Controverse (1915/17), Baden-Baden, 2003.

Kunz, K.L/ Mona, M. Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie. Vern, Stuttgart, Wien, Haupt Verlag-UTB, 2006.

Lenckner, Theodor/Eisele, Jörg, en el Schönke/Scröder, Strafgesetzbuch Kommentar. München, Verlag C.H. Beck, 2006.

Llobet Rodríguez, Javier. Cesare Beccaria y el Derecho penal de hoy. San José. Editorial Jurídica Continental, 2005.

Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz. Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I. Heidelberg, C.F. Müller Verlag.

Opp, K.D. Methodologie der Sozialwissenschaften, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 6. Auflage, 2005.

Pound, R. *Law in the Books and Law in Action* [in American Law Review, vol. 44, 1910], reprinted in: Fisher, W.W. / Horwitz, M.J. / Reed T.A. (Hrsg.), *American Legal Realism*, Oxford: Oxford University Press, 1993.

Rehbinder, Manfred.

Rechtssoziologie. München, C.H. Beck Verlag, 2007.

Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, Berlin, 1986.

Roxin, Claus.

Strafrecht Allgemeiner Teil Band I. München, C.H. Beck Verlag, 2006. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Madrid, editorial Civitas, 1997.

Schmidt, Rolf. Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen der Strafbarkeit. Methodik der Fallbearbeitung. Grasberg bei Bremen, RS Verlag, 2010.

Schnell, R./ Hill, P.B./ Esser, E. Methoden der empirischen Sozialforschung, München- Wien,

R. Oldenbourg Verlag, 7. Auflage, 2005.

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, München, Verlag C.H. Beck, 2006.

Volk, K. Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit, in: A. Kaufmann u.a. (Hrsg.) Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, C.H. Becks Verlag, München, 1979.

Vornbaum, Thomas. Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte. Berlin-Heidelberg, Springer Verlag, 2009.

Wessels, Johannes/Beulke, Werner. Strafrecht Allgemeiner Teil. Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2008.

Zaffaroni, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, editorial Ediar, 20

