

## **La dogmática penal y el contexto (resumen)**

**~Prof. Dr. Juarez Tavares~**

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Rio de Janeiro, Brasil. Socio FICP

Desde el nacimiento de la moderna dogmática penal, la preocupación de la doctrina fue establecer un elemento común, que pudiera servir de base a su elaboración. Conforme los ideales de la ilustración, se ha establecido que el delito constituía una lesión de derecho subjetivo, que, por su turno, estaba también vinculado, inicialmente, a la idea de *actio* del derecho romano.

Más tarde, bajo la influencia del hegelianismo y del positivismo, se vuelve más nítida la búsqueda por ese elemento común, y la noción de delito centraliza su atención, respectivamente, o en la voluntad y su manifestación externa, o en la causalidad. Ese proceso de concebir al delito sobre la base de una acción instrumental, resultante de la relación entre causa y efecto o de medio y fin, que podría ser tanto abstracta como material, ha impregnado toda la ciencia posterior del derecho penal hasta nuestros días. La metodología es muy sencilla: la conducta individual constituye el elemento básico de estructuración del delito. Eso ocurre en el causalismo, en la efectiva alteración del mundo externo y también en el finalismo con la orientación de la ejecución de los medios hacía un determinado objetivo. Eso no ha cambiado en el funcionalismo, que solo altera las designaciones lingüístico-analíticas, de una conducta comisiva para una conducta omisiva, para transformar todas las personas en garantes de los bienes o intereses ajenos.

La estructura del delito sobre la base de un elemento instrumental, como lo es la causalidad o la finalidad, excluye la posibilidad real de cuestionarse la propia legitimidad de la norma incriminadora y sus condiciones de validez, que le son antecedentes. Por esa metodología, una vez afirmada la causalidad, todo lo demás será obra de interpretación normativa, aunque que referente a elementos subjetivos, como lo es la voluntad.

Pero las conductas humanas no son reducibles a esquemas empíricos tan simples, no tampoco a datos puramente normativos. Las conductas humanas no pueden ser alejadas del contexto en que nacen, se desarrollan y llegan a su destino u objetivo final. Las conductas humanas no pueden ser tratadas simplemente como acciones fuera del

mundo de la vida, del Lebenswelt, de lo que habla HABERMAS. Cuando un autor decide ejecutar una acción está, desde luego, comprometido con sus razones, que conducen a esa decisión conforme a la orientación de las reglas que disciplinan el contexto. Una causalidad sola, una finalidad sola o un juicio de lo que sea evitable o inevitable no es suficiente para comprender y explicar la realidad de la conducta. La proposición correcta debe ascender del razonamiento de que las explicaciones racionales de las conductas son diferentes de las explicaciones causales y finales ordinarias. Para afirmar que un factor A ha causado un evento B tenemos que admitir también que A é suficiente para causar B, pero eso no es posible de afirmarse sin tener en cuenta el contexto de la formación del factor A y de la producción de B. Solo la relación de causa y efecto, o solo la relación de finalidad, no explica como el factor A tuvo que ser puesto en marcha para producir B, como su efecto o como su objetivo. Hay necesidad de agregarse a eso también un autor racional, que ha impulsado A para producir B.

ROXIN ha percibido muy bien eso, cuando propone que la acción no es solo causalidad o finalidad, sino la manifestación de la personalidad del sujeto. Esa es una idea muy importante, que puede abrir la dogmática penal a incorporar las lecciones de la filosofía y de la sociología, y llevar, incluso, a solucionar una cuestión empíricamente no resuelta, que es la presunción del dolo de los inimputables. Si el inimputable no sabe conducir racionalmente su conducta según las orientaciones del contexto, porque no puede ser admitido en el discurso racional establecido como presupuesto por la norma incriminadora a todos sus destinatarios, tampoco puede actuar con dolo. Entonces, la imputabilidad, en esos casos, no será un elemento de la culpabilidad, sino presupuesto de la propia acción. Con eso se alteran también los otros elementos del delito, que deben ajustarse a las condiciones del discurso racional.