

TEORÍA DEL DELITO. EVOLUCIÓN. ELEMENTOS INTEGRANTES.

Rosario Barrado Castillo.

Abogada ejerciente del ICAM.

Junio 2018.

RESUMEN.

En el presente trabajo hacemos una exposición de la evolución de la teoría del delito, conforme los autores de la época hasta llegar a nuestros días, configurándose como una integración de las directrices de la teoría causalista y la finalista, viniendo a coexistir las directrices más relevantes de sendas instituciones jurídicas.

I. INTRODUCCIÓN.

Históricamente los dogmáticos penalistas han elaborado diferentes sistemas de la teoría del delito ordenando diferentemente sus diversos elementos. Actualmente, coexisten los dos sistemas básicos, el **finalista** y el **causalista**.

Estos dos sistemas se configuran de forma similar a la hora de conceptualizar el delito como conducta típica, antijurídica y culpable, como una concatenación de elementos, en los que existiendo ausencia de alguno de ellos, ya no puede hablarse de la existencia de los siguientes. Así ocurre en el caso de que una conducta determinada no resulte ser una conducta típica, ya que si no lo es, difícilmente nos hallamos ante la existencia de un delito. Es decir, ya no resulta necesario verificar si se trata de una conducta antijurídica y culpable.

1. Sistema causalista de la teoría del delito.

Tiene su origen a finales del siglo XIX, donde surgen las ciencias experimentales y se trata de adaptar la teoría del delito al método a las mismas, si bien ha ido perfilando su propia evolución. Sus autores precursores son Franz Von Liszt¹ y Ernst Von Beling².

Este sistema cataloga la acción humana como el hito causal que desencadena un resultado. Así, se determina que una conducta es típica y antijurídica cuando la acción y el resultado se hallan contenidos en un tipo penal, por ejemplo la acción de matar y el resultado causado de muerte. Dicha conducta se encuentra recogida en un precepto penal (en nuestro caso, en el art. 138 del Código Penal) y por tal motivo, concurre dicha conducta es típica y antijurídica.

¹ FRANZ RITTER VON LISZT. (1851-1919) Jurista y político alemán experto en derecho penal, precursor de corriente causalista naturalista, en la que la acción es la causación de un resultado. Destaca entre otras obras *El Tratado de derecho penal alemán*, 1881.

² ERNST LUDWIG VON BELING. (1866-1932) Relevante jurista alemán, en el ámbito del derecho penal, seguidor de la corriente causalista. Destaca entre sus obras *La doctrina del crimen* en la que conceptúa el tipo penal como fundamento de la dogmática en la ciencia penal.

El resultado causado de la muerte, determina una vulneración del bien jurídico protegido en el homicidio, que es la vida humana, encontrándose regulado penalmente el atentado contra dicho bien jurídico.

En este sistema, el examen de la conducta del sujeto activo no se determina hasta alcanzar el elemento de la culpabilidad, en el que se analizará si aquel quería y sabía lo que hacía (encontrándolo dentro del ámbito del dolo o de la imprudencia, según casos) así como si el sujeto se hallaba en pleno estado psíquico de conciencia o no (grado de imputabilidad) siendo consciente o no de la ilicitud de la acción (conocimiento de la antijuricidad) encontraba en una situación psíquica normal (imputabilidad), si era consciente de que su comportamiento es ilícito (conocimiento de la antijuricidad del hecho) y si el ordenamiento le podía exigir que se comportara de un modo ilícito (exigibilidad).

Es una teoría que explica al delito en función de las leyes de la naturaleza, todo lo encuadra como una relación de causa efecto, dicho de otra forma la acción es un fenómeno causal y/o natural que trae como consecuencia un resultado que puede consistir en un delito. Se caracteriza por su sencillez para ubicar la culpabilidad, ya que para atribuir la responsabilidad a la persona solo se requiere la comprobación de la causa, tomándose al efecto como consecuencia que una persona siempre será culpable cuando se acredite su acción como causa del resultado.

Esta doctrina ha recibido críticas en el sentido de imputarle que solo se fija en la materialidad del acto realizado representada por el elemento objetivo del tipo sin importarle el ánimo (dolo o culpa) ni la finalidad o destino de la acción, que pudiera haber motivado al sujeto que realiza la acción. Estudia a la voluntad en la culpabilidad, a diferencia de la finalista que estudia la voluntad en la acción.

2. Sistema finalista de la teoría del delito.

El sistema finalista surge con posterioridad a mediados del siglo XX como consecuencia de la teoría de la "acción final" elaborada por Welzel³: la conducta humana no se configura como una simple premisa del resultado, ya que las personas actúan con una específica finalidad en sus hechos, y esa finalidad es precisamente la que debe ser examinada tanto a la hora de encuadrar la conducta en el contenido del tipo, es decir en la tipicidad (por ejemplo, a la hora de determinar si el sujeto realizó una conducta típica de homicidio, debe averiguarse si actuó con dolo -tipo de homicidio doloso, artículo 138 del Código Penal- o al menos con imprudencia -tipo de homicidio imprudente, artículo 142 del Código Penal-; tanto si su comportamiento no fue ni doloso ni imprudente, en cuyo caso deberá afirmarse que no fue típico, y por tanto ya no será necesario plantearse si es antijurídico y culpable).

De otro lado, los diversos fines que orientan la conducta del sujeto diferencia al que lo realiza de forma consciente y dolosa (que sabe lo que hace y decide hacerlo) frente al que actúa imprudentemente (no quiere producir el resultado e incluso puede no saber lo que hace). Ello debe suponer una distinta valoración de la conducta y por ello, los elementos de la antijuricidad son también diferentes en el tipo doloso y en el tipo imprudente. En los dos

³ HANS WELZEL. Derecho penal alemán, p. 140 y El nuevo sistema del Derecho Penal, Ariel, Barcelona, 1964, p. 83.

existe un desvalor de resultado que es la muerte, pero el dolo supone un desvalor mayor que la imprudencia.

En este sistema, la culpabilidad consiste en determinar si el comportamiento típico y antijurídico es atribuible y reprochable al sujeto, porque en el momento de actuar era plenamente capaz de entender la ilicitud de dicho comportamiento (imputabilidad), actuó conociendo dicha ilicitud (conocimiento de la antijuricidad del hecho) ya que cabe la posibilidad de realizar la acción en legítima defensa, y el sistema legal le podía exigir que actuara de otro modo (exigibilidad). Que ésta no concurre si actúa con miedo insuperable por ejemplo –art.20.6 CP-).

La doctrina de la acción finalista se introduce en España por el profesor Rodríguez Muñoz en diversos artículos jurídicos, y eminentemente en su monografía “La doctrina de la acción finalista”⁴.

Con todo, lo cierto es que el concepto final de acción en su sentido más purista ponía de manifiesto la dificultad de explicar la forma de conducta humana relevante común como es la acción imprudente, ya que en ésta la finalidad aparece completamente desconectada del resultado causado (la finalidad del sujeto que actúa con culpa no va claramente destinada a la producción del hecho típico).

En un intento de dar un paso más a la evolución del concepto de la acción, el autor Jescheck⁵, trata de superar los problemas que suscita tanto el causalismo como el finalismo con su concepción social de la acción, que viene a constituir un complemento de la teoría finalista. *De acuerdo con la teoría social, es acción "todo comportamiento humano socialmente relevante", y poseen dicha relevancia tanto las conductas verdaderamente finales (dolosas) como aquellas otras que se aparten de la finalidad socialmente esperada: en la imprudencia, porque el hecho causado podría haberse evitado mediante la conducción final del proceso; en la omisión, porque un comportamiento activo podría igualmente haber evitado el resultado.* En definitiva, en la acción dolosa se desvalora por lo que se ha hecho, mientras que en la acción imprudente y en la omisión se desvalora por lo que se debería haber hecho.

En esa evolución se incluye el dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos. Se acoge no solamente por los finalistas, sino también otros muchos penalistas. La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos se deriva no solo de la estructura finalista de la acción humana, como dato óntico⁶, sino también de argumentos sistemáticos (los conocidos argumentos de la existencia de otros elementos subjetivos de lo injusto, la punición de la tentativa, la existencia en algunos tipos de verbos de significado inequívocamente finalista), de la concepción de la antijuricidad como infracción de una norma de determinación (prohibiciones o mandatos)⁷ y de la función de motivación de los tipos penales.

⁴ RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La Doctrina de la acción finalista*, Universidad de Valencia, 1953. Anteriormente había publicado los artículos *La acción finalista en el Derecho Penal*, 1944 y *consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, 1953, fas. 2º.

⁵ HANS HEINRICH JESCHECK. (1915-2009) Rector de la Universidad de Freiburg. Autor entre otras muchas obras de un destacable tratado de derecho penal alemán. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Bosch S.A. 1981.

⁶ GARCÍA MARTÍN, Luis. «Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal», pp.102-103.

⁷ CERZO MIR, José. «Curso de Derecho Penal Español, Parte General», II, pp. 124 y ss.

3. Teoría del delito desde el punto de vista de su aplicabilidad.

Desde el punto de vista de su aplicabilidad, cabe decir que la teoría del delito constituye una "**herramienta**" de la que se sirve el penalista para resolver, a partir de ese sistema, los problemas específicos que plantea la aplicación de los concretos delitos. En el caso concreto de valorar si se ha cometido un homicidio, conforme al precepto del artículo 138 del Código Penal, no resulta suficiente con el hecho de que "A mate a B", porque resulta necesario constatar cómo es el comportamiento de A (acción y omisión), cómo se produjo la muerte de B (relación de causalidad e imputación objetiva), con qué intención actuó A (dolo e imprudencia), si el hecho es antijurídico (causas de justificación), si A es culpable (imputabilidad, conocimiento de la antijuricidad del hecho) etc.

4. Elementos que conforman el sistema de la teoría del delito.

Todos esos elementos (acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, etc.) constituyen los pilares desde los que se erige el sistema de la teoría del delito, que debe ser coherente para cumplir adecuadamente su función principal en la práctica jurídica: resolver problemas específicos de aplicación. Por ello, la teoría del delito debe construirse desde los cimientos que proporcionan las mismas normas penales, pues de nada serviría el sistema si entrara en contradicción con lo expuesto en los textos legales. Por ello, no debe haber contradicciones internas al propio sistema, pues éstas podrían aniquilar el sistema.

El concepto legal de delito en nuestra legislación se encuentra preceptuado en el artículo 10 del Código Penal que tras la última reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo⁸, define que "son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley". Dicha reforma elimina la referencia a las faltas, al haber sido erradicadas éstas, tras la referida reforma penal.

a) La acción.

La **acción y omisión** es el elemento básico del delito conforme a la teoría finalista. Comprende dicha acepción tanto la acción positiva, como la acción omisiva, es decir, la acción que origina el delito bien sea de forma comisiva; bien lo sea de forma omisiva.

Siguiendo a MUÑOZ CONDE⁹ es un elemento independiente y de carácter apriorístico con respecto a los restantes elementos del delito. Comporta el presupuesto básico para la existencia de los demás elementos del delito y obviamente su inexistencia, conlleva la exclusión de valorar los ulteriores elementos configurativos del delito. Es la premisa inicial para poder contemplar la existencia del delito.

Esa característica apriorística, se traduce en que la acción supone la exteriorización de la voluntad humana como consecuencia del pensamiento previo que toma su materialización en la realidad. No requiere de la libertad de la persona y de hecho, si falta ésta, conculca

⁸ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito, 2.º ed., Tirant to Blanch, Valencia 1989, pg. 119 y ss.

el elemento de la culpabilidad. Lo relevante es que la acción manifestada como consecuencia de la voluntad del sujeto, no ya el contenido de dicha voluntad.

Para que la conducta sea constitutiva de delito, debe ser típica, antijurídica y culpable.

b) **La tipicidad.**

Es preciso que la acción llevada a cabo se encuentre castigada legalmente, esto es, penada por la ley. Esa regulación legal es precisamente la que comporta la **tipicidad** de la acción.

Una vez constatada la existencia de la acción, seguidamente debe valorarse la relevancia penal de la misma, comprobar si encaja en un posible delito. A tal efecto, el ilícito penal únicamente puede estar establecido por la ley, en cumplimiento del principio de legalidad. No cabe definir una conducta punible si no es en la ley, denominándose tipos penales que constituyen una forma específica del ilícito susceptible de castigar con la pena correspondiente.

El tipo penal cumple con una función motivadora al señalar a los ciudadanos cuáles son las conductas prohibidas legalmente, conminándoles a que se abstengan realizar dichas conductas.

Las leyes formulan tipos según diferentes técnicas de prohibición, lo que da lugar a distintas estructuras típicas. Las conflictivas y el consiguiente campo de prohibición de la conducta puede llevarse a cabo mediante la individualización de la conducta bien atendiendo al fin propuesto por el agente, en cuyo caso concurre un tipo doloso, bien puede optarse por señalar la acción prohibida atendiendo a que ésta se realice de un modo erróneo al deber objetivo de cuidado, imprudentemente, concurriendo así un tipo imprudente. E igualmente, puede el tipo referir la conducta prohibida ocasionando así un tipo activo, o bien referir la conducta debida, resultando así un tipo omisivo de conducta.

La valoración de **tipicidad** la lleva a cabo el Juzgador para determinar si la conducta particular y concreta encaja en el tipo penal; lo que necesariamente lleva a examinar si la conducta encaja en la descripción del **tipo penal**. Es la subsunción de la aquella en el supuesto descrito en la norma legal. Los diferentes delitos se catalogan en función de la estructura del tipo. Las clasificaciones de los delitos atienden a los diversos elementos de la estructura del tipo de injusto y por otra parte a la conexión o relación con otros tipos.

Conforme establece MAYER¹⁰, La tipicidad actúa como indicio de la antijuricidad, Mayer desde un enfoque más valorativo, entiende que la tipicidad no es completamente independiente de la antijuricidad, sino que está unido a ella por un vínculo indiciario, y que su función no es meramente descriptiva sino indicadora de una contrariedad entre la conducta y el derecho (indicadora de un desvalor). Es claro que el indicio de antijuricidad que el tipo penal contiene puede destruirse cuando se demuestra que el comportamiento, a pesar de ser típico, no es antijurídico (matar a otro en legítima defensa

¹⁰ ERNST MAYER, Max. *La acción culpable y sus tipos en el derecho penal*. Hirschfeld Verlag: Leipzig, 1901; Tesis de habilitación Strasbourg 1900.

es típico, pero no contrario a derecho). Mayer expone el caso de unos ingenieros que, para evitar el avance del enemigo, destruyen el puente por el que podría pasar éste; en este caso la conducta realizada es típica, en cuanto que penalmente descrito (en el tipo de daños), pero carece de antijuricidad porque está justificada.

c) **La antijuricidad.**

En cuanto a la antijuricidad va ínsita en el concepto del delito, supone el desvalor que posee un hecho típico contrario a las normas del derecho en general (no sólo al ordenamiento penal). Es lo contrario a derecho, por lo tanto, no basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se precisa que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por el ordenamiento, no protegida por causas de justificación. La antijuricidad precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica.

Para que sea delictuosa, la conducta ha de ser típica, antijurídica y culpable. La antijuricidad es otro de los elementos estructurales del delito. Se le puede considerar como un "elemento positivo" del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito. Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir el derecho, esto es, debe ser antijurídica. Se considera un concepto jurídico que supone la comparación entre el acto realizado y lo establecido por el ordenamiento y que denota como ésta es una conducta contraria a derecho, aunque en realidad la conducta antijurídica no esté fuera del derecho, por cuanto éste le asigna una serie de consecuencias jurídicas.

Podemos distinguir entre la antijuricidad formal y la antijuricidad material. Tradicionalmente se ha distinguido entre la antijuricidad formal, que es aquella que viola lo señalado por la ley, y la material, cuando se trata de una conducta antisocial. En realidad una antijuricidad material sin la antijuricidad formal no tiene ninguna relevancia para el derecho. Por otro lado la antijuricidad material sirve de fundamento para la formal, de tal modo que aquella conducta prohibida por la Ley debe serlo porque protege un bien jurídico (antijuricidad material).

La antijuricidad formal determina que un acto que es "formalmente antijurídico", cuando a su condición de típica se une la de ser contrario al ordenamiento, es decir, no ésta especialmente justificado por la concurrencia de alguna causa de tal naturaleza (por ejemplo la legítima defensa). Por lo tanto, la antijuricidad formal no es más que la oposición entre un hecho y el ordenamiento jurídico positivo, juicio que se constata en el modo expuesto.

La antijuricidad material supone que una acción es "materialmente antijurídica" cuando, habiendo transgredido una norma positiva (condición que exige el principio de legalidad)

lesiona o pone en peligro un bien jurídico que el derecho quería proteger, así lo expresa el autor LÓPEZ MESA¹¹.

En virtud del principio de legalidad y de seguridad y jurídica, sólo los comportamientos antijurídicos que son típicos pueden dar lugar a una reacción jurídico penal. La tipicidad, para algunas corrientes doctrinarias, se considera indicio de que el comportamiento puede ser antijurídico (*ratio cognoscendi*). Para éstas, el tipo y la antijuricidad son dos categorías distintas de la teoría del delito. El tipo puede desempeñar una función indiciaria de la antijuricidad, pero no se puede identificar con ella. Para otros, existe una cierta identificación entre tipo y antijuricidad, es decir, existe una directa relación entre éstas (*ratio essendi*). Se critica esta posición, pues conduce a considerar las causas de justificación como elementos negativos del tipo. Se añade que en la cotidianidad, es difícil equiparar una conducta atípica (por ej. matar un insecto) con una conducta típica, pero realizada en una causa de justificación (matar en defensa propia). Las consecuencias de identificar o diferenciar claramente tipo y antijuricidad se reflejan en la teoría del error (error de tipo y error de prohibición).

d) **La culpabilidad.**

Es el elemento de la teoría del delito en el que se agrupan las circunstancias específicas que determinaron en el sujeto autor de la acción en el momento de la comisión del hecho ya calificado como típico y antijurídico. Se trata del elemento del delito en el que la persona del autor se relaciona dialécticamente con el detentador del *ius puniendi*.

La culpabilidad actúa como la reprochabilidad de un acto típico y antijurídico, fundada en que su autor, en la situación concreta, lo ejecutó pudiendo haberse comportado de otra forma diferente. No contraviniendo el derecho.

La doctrina española pone de manifiesto como el término reprochabilidad se asocia al reconocimiento de la existencia del libre albedrío, algo imposible de probar en el caso concreto (ENRIQUE GIMBERNAT), por lo que desde teorías preventivas de la pena se propugna su sustitución por la idea de motivabilidad (M. UÑOZ CONDE) o de exigibilidad (DE LA CUESTA AGUADO).

La imputabilidad Establece la capacidad de conocer lo injusto, su "maldad" o inconveniencia para la sociedad, o simplemente, que esta no es apropiada; así como de reconocer la posibilidad de actuar de otra manera. Un imputable es capaz de comprender el elemento de reproche que forma parte de todo juicio penal, y por lo tanto, si se le hallare culpable, se haría acreedor a una pena; si no lo puede comprender, será un inimputable, no le será reprochada su conducta, y el juez, eventualmente, lo podía someter a una medida de seguridad.

¹¹ LÓPEZ MESA, Marcelo J. y CESANO, José Daniel. La antijuricidad y causas de justificación contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal. *Ed. Edisofer*. Buenos Aires. Argentina. pg. 17 y ss.

En relación a este elemento de culpabilidad, conviene reseñar las exigencias en la configuración de ésta, en la teoría del delito. Así, la personalidad de las penas supone impedir que se castigue a alguien por un hecho ajeno. Solamente se pueden imponer penas o medidas de seguridad a quien haya realizado un hecho típico y antijurídico.

Igualmente, la Prohibición de la responsabilidad por la conducción de la vida. Conforme al principio de responsabilidad por el hecho, sólo las condiciones personales presentes en el momento de realización de la conducta típica y antijurídica deben ser tenidas en cuenta en la elaboración del juicio de culpabilidad. Y de conformidad con la atribuibilidad, reprochabilidad o motivabilidad, para que un sujeto sea declarado culpable es necesario que el hecho típico y antijurídico le sea atribuible y jurídicamente reprochable.

El principio de culpabilidad no se encuentra recogido expresamente en la Constitución Española, pero algunos penalistas¹² consideran que se encuentra implícito en el concepto de legalidad recogido en el artículo 25 de la misma, cuando refiere que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito... según la legislación vigente en aquel momento”.

Otros autores, consideran que esta idea resulta discutible, ya que la culpabilidad es necesita la conciencia actual o posible de la antijuridicidad, pero no de la punibilidad de la conducta. Por tal motivo, la encuadran más en el artículo 10 de la CE al proclamarse en este precepto que la dignidad de la persona humana es el fundamento del Orden político y la paz social. El principio de culpabilidad es una exigencia del respeto a la dignidad de la persona humana. La imposición de una pena sin culpabilidad, o si la medida de la pena rebasa la medida de la culpabilidad, supone la utilización del ser humano como un mero instrumento para la consecución de fines sociales, en este caso preventivos, lo cual implica un grave atentado a su dignidad¹³.

CONCLUSIONES.

La teoría del delito clasifica los elementos comunes a todos los delitos. Desde la óptica **causal** del delito, la acción es un hecho voluntario, bien sea de carácter físico o mecánico, que produce un resultado regulado por la norma penal sin tener en cuenta la finalidad de la acción cometida. La doctrina causalista fija su atención en los elementos del desvalor del resultado (lesión del bien jurídico) mientras que la corriente **finalista** del delito entiende que cualquier tipo de conducta de la persona se mueve por una voluntad exterior que no se puede omitir en el momento de valorar el hecho delictivo.

Esta corriente atiende, principalmente, a los elementos referidos al desvalor del resultado, es decir, a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; en cambio, la teoría finalista del delito considera que cualquier conducta humana se rige por una voluntad

¹² Véase M. COBO DEL ROSAL-T.S. VIVES ANTÓN, Derecho Penal, Parte General, 3.º ed., Tirant to Blanch, Valencia, 1990, p. 414, nota 31 y J. CÓRDOBA RODA, *Principio de legalidad penal y Constitución*, En Gedachtnisschrift für Armin Kaufmann, Carl. Heymans Verlag, 1989, pp. 92-93.

¹³ CEREZO MIR, José. Derecho Penal y derechos humanos: experiencia española y europea, en Actualidad Penal, 1993, n.º 14, p. 194.

cuya manifestación exterior no puede dejar de ser tenida en cuenta a la hora de valorar el hecho delictivo. Este punto de vista presta más atención al desvalor de la acción, es decir, al reproche sobre el comportamiento del sujeto, sea este intencionado (dolo) o negligente (culpa).

En el derecho penal español, la teoría del delito toma su esencia de los rasgos de la doctrina del dominio finalista del hecho, como en la mayoría de países de nuestro entorno. Así por ejemplo, en la determinación de la autoría en los delitos de acción dolosos. En nuestra doctrina, la definición legal de delito comporta el fundamento positivo del que debe partir la elaboración del concepto dogmático de delito.

En los últimos años no obstante, se está abriendo paso a la teoría denominada funcionalista, relegándose el concepto del injusto personal de la corriente finalista, por la teoría de la imputación objetiva del delito, que traslada la causalidad natural a una causalidad jurídico penal relevante. Así, se introduce el concepto de riesgo en la tipicidad del delito, consiguiendo atemperar el amplio elenco de conductas que pueden ser concebidas a priori como causas, con la regulación normativa de supuestos en los que no se puede fundamentar la causalidad (como por ejemplo en el caso de delitos omisivos, o delitos de riesgo).