

Revista Portuguesa de
CIENCIA CRIMINAL

Diretor: Jorge de Figueiredo Dias | Ano 33 N.º 1 | Quadrimestral | janeiro - abril 2023

SEPARATA

De los sistemas visibles y el sistema invisible del delito

José Luis Guzmán Dalbora *

*Profesor titular de la Universidad
de Valparaíso (Chile)*

1. Las especies de delito y el concepto de delito

La obra del profesor doctor Luis Rodríguez Collao comprende un amplio espectro de asuntos, que van desde las relaciones del Derecho penal con el Derecho constitucional, a través de los accidentes del delito y los factores de commensuración de la pena, hasta el terreno más recorrido por este criminalista, la Parte especial.

Aunque no sea su objetivo medular, el estudio de los delitos singulares y su correspondiente penalidad suele ser un banco de prueba de las elaboraciones abstractas sobre delito y pena. Si está bien logrado, puede corroborar que las últimas, o algunas de ellas, se adecuan al Derecho vigente en un país, porque descansan en enunciados que éste proporciona, o, al contrario, develarlas como especulaciones cerebriñas o importadas de sistemas foráneos. Por cierto, el valor de comprobación científica de la Parte especial es menor para el sistema de penas, que está en la Parte general ¹, comparado con el sistema de los

* Profesor titular de Derecho penal y de Introducción a la Filosofía moral y jurídica de la Universidad de Valparaíso. Investigador del Centro de Investigaciones de Filosofía del Derecho y Derecho penal (CIFDE-UV). Este estudio aparecerá en el libro de homenaje al profesor Luis Rodríguez Collao, que preparan sus discípulos chilenos y se publicará en el curso de 2023.

¹ Siquiera este sistema puede sufrir complementos, correcciones y, en definitiva, desmentidos en disposiciones de la Parte especial, mediante penalidades no contempladas

delitos, mitad del cual yace en las especies delictuosas y la otra, en las formas de aparición del hecho punible ². Es más, todo el catálogo de delitos puede ser contemplado como una serie de modalidades precisas de aparición, estampas de delitos ³ cuya peculiaridad radica en la actividad criminosa, pero a cada una de las cuales sirven de basamento, como el atril en que se sostiene una pintura, los elementos del delito en general. Recordamos así una distinción elaborada por los antiguos conceptualistas: no son lo mismo, aunque el segundo incluye al primero, el concepto de delito y el concepto de especie de delito. Mientras el concepto de delito expresa que una serie de sucesos de la vida tienen elementos coincidentes que los distinguen de todos los demás — los requisitos esenciales del delito —, el concepto de especie de delito indica que una serie de sucesos criminosos de la vida se distinga de otros sucesos, criminales o no, en el doble sentido de ser delitos en general y, además, una clase de delito ⁴.

en el sistema general (que en Chile está contenido en el artículo 21 del Código penal), facultades cercenadas o dilatadas al juez en la adaptación legal o concreción judicial de las puniciones, regímenes anómalos en la aplicación, substitución o ejecución de las de prisión, libertad condicional, etc. De estos fenómenos tratamos en JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA, *La pena y la extinción de la responsabilidad criminal*, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2009, pp. 109-113, y *La anomalía de la adaptación de la penalidad en los delitos contra la propiedad según la Ley N.º 20.931*, en el folleto *Agenda corta antidelincuencia. Expansión del Derecho penal en América Latina*, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública (colección “Extensión”), Santiago de Chile, número 7, octubre de 2017, pp. 17-25.

² O sea, las disposiciones sobre la tentativa y la participación, tipos inconcretos que extienden los tipos concretos de la Parte especial. Cfr. GUSTAV RADBRUCH, *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, traducción y notas de J. L. Guzmán Dalbora, Estudio introductorio de Gonzalo D. Fernández y J. L. Guzmán Dalbora, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2011, p. 100.

³ Por lo demás, “especie” y “especial” expresan la idea de una visión que tiene por objeto las formas, los aspectos a través de los cuales se manifiesta la realidad, en nuestro caso, la realidad de los delitos, imaginativa, incluso iconográficamente representados en los tipos, como explica MICHELE PAPA en su hermoso libro *Fantastic Voyage. A través de la especialidad del Derecho penal*, traducción y adaptación al Derecho español de Bárbara San Millán Fernández, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, cfr. pp. 38-39.

⁴ KARL BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, publicado, 1 vol., Scientia Verlag, Aalen, 1991 (reimpresión de la edición de Leipzig, 1885), cfr. p. 500.

El carácter fragmentario de la Parte especial y los fines eminentemente prácticos de sus tipificaciones singulares, con su factor clasificatorio en el acto delictuoso, explica que el manejo en ella de los restantes elementos del delito, que dentro del sistema de la Parte general cumplen la función de formar clasificaciones más amplias — delitos de lesión y de peligro, dolosos y culposos, tentados y consumados, unisubjetivos y plurisubjetivos, etc. —, no puede ser idéntico al que se efectúa con el concepto de delito. De ahí que, *u. gr.*, la exposición del homicidio diverja de la descripción dogmática de la violación o del robo, y no digamos de los que ofenden al Estado o la sociedad indiscriminadamente considerada. En algunos crímenes puede ser de enorme importancia detenerse en las condiciones de la imputación del resultado al autor y en otros, no; el error de tipo será clave en el femicidio vincular, digno de nota en el estupro, no esencial para la estafa; el deslinde entre dolo y culpa interesa en la prevaricación, no para el secuestro; la accesoriedad de la participación es de mayúscula dificultad en el cohecho, menos compleja en el asesinato, insignificante en el hurto. Así se podría seguir a voluntad, pasando revista al juego de los elementos típicos, el movimiento de las eximentes, etc.

En resumen, para la presentación científica de los delitos en particular no es necesario repasar toda la teoría del delito, sobreabundancia que, por lo demás, produciría un efecto contraproducente para el atractivo de su estudio. Basta que el dogmático guíe la atención del lector hacia los caracteres que distinguen a cada especie de las demás. Con todo, este es un arte que no está al alcance de cualquiera. El jurista ha de tener maduro el sistema del delito, dominio de las clases delictuosas y agilidad mental para ir del uno a las otras y viceversa, por modo que la ilustración de los rasgos distintivos de cada clase procrastine los requisitos superfluos, sin eliminar los componentes en torno a los que rotan todos los elementos del delito en general.

En este ejercicio pluridimensional descuella el profesor homenajeado. Los libros en que aborda familias de infracciones dejan trasparecer un sistema abierto, basado en el bien jurídico ofendido, con sus conexiones criminológicas y evaluación político-criminal. Además, observamos en sus páginas que el análisis de los delitos aduaneros privilegia las conductas típicas y su objeto material, que son realmente lo decisivo en estos hechos, amén de sus relaciones concursales aquende y allende la

Ordenanza de Aduanas ⁵; el volumen de los delitos en la función pública despliega su profuso panorama en una ordenación clasificatoria precisa, dentro de la cual reciben un examen pormenorizado la calidad del sujeto activo ministerial, que varía en cada figura, y los problemas de la intervención de particulares ⁶; en fin, el texto escrito en solitario sobre los delitos sexuales, a continuación de la estructura de los tipos, acomete sus singularidades en la antijuridicidad y culpabilidad ⁷.

Sin embargo, por encima de las facetas acentuadas o silenciadas en la exposición de los delitos como unidad técnica, Luis Rodríguez jamás deja sin nombrar sus sujetos y objeto. Al contrario, esta pareja de conceptos brinda ensambladura y tono al análisis dogmático, convertido en una unidad arquitectónica. Detrás del sistema visible del delito, que el penalista muestra u oculta con aquellas facetas, se yergue un sistema invisible, la ordenación interna de los conceptos, indispensable para articular exteriormente una teoría del delito aplicada a la Parte especial.

Del sistema invisible del delito versa este trabajo. Lo ofrecemos al homenajeado con un sentimiento de admiración por su saber jurídico, talento pedagógico y bonhomía natural. Dado que el rótulo “sistema invisible” sonará a ocurrencia enigmática de su compañero porteño, hemos de abocetar primero las organizaciones visibles del sistema del delito en general al hilo de las coordenadas filosóficas con que desarrollan sus elementos fundamentales.

2. El sistema del delito y sus organizaciones visibles

En filosofía, la palabra sistema, “la unidad de diversos conocimientos bajo una idea” ⁸, designa el conjunto ordenado, coherente y

⁵ LUIS RODRÍGUEZ COLLAO y MARÍA MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010.

⁶ LUIS RODRÍGUEZ COLLAO y MARÍA MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la función pública*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 3.^a ed., actualizada, 2021.

⁷ LUIS RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 3.^a ed., actualizada, 2022.

⁸ MANUEL KANT, *Obras selectas. Crítica de la razón pura y Crítica de la razón práctica*, traducción de Manuel Fernández Núñez, E. Miñana y Villagraña, y Manuel

total de conocimientos sobre un objeto o una especie de objetos homogéneos. En la metodología de las ciencias particulares, donde cobra indudable importancia ⁹, el sistema configura los elementos que lo integran y la posición respectiva de sus componentes, ordenándolos, no según una simple analogía o aplicaciones contingentes a objetos empíricos, sino “en razón de la afinidad de las partes y de su derivación de un único fin supremo e interno” ¹⁰.

La realización de la idea configuradora opera en el sistema a través de un esquema global, equivalente a la ordenación completa de las partes esenciales del conjunto, o mediante esquemas parciales referidos a grupos conceptuales determinados. En la ciencia jurídico-penal nos valdremos del ejemplo del sistema del delito en general y, en honor a nuestro homenajado, los sistemas de los delitos aduaneros, ministeriales y sexuales. Además de su propio esquema parcial, éstos albergan un esquema global. El esquema global puede estar en germen dentro del esquema parcial, lo que sucederá cuando el investigador de la Parte especial no es todavía plenamente consciente de la idea sistemática. Pero puede también traslucir claro y armónicamente diseñado, si el investigador acometió el esquema parcial poseyendo de antemano la idea del conjunto. Esta posesión se acredita en el equilibrio interno de los elementos del sistema parcial, que reproducen compendiosamente el sistema global, tarea coronada con el éxito en los libros del profesor Luis Rodríguez.

Así como existen diferentes sistemas del Derecho penal, así también los hay sobre el subsistema de la teoría del delito. La diversidad se explica porque cada sistema está presidido por ideas distintas. En cualquier caso, éstas imponen a los miembros del sistema ciertas relaciones generalísimas que, “en calidad de típicamente trascendentes, incorporan el conocimiento a lo no conocido e invitan a una

García Morente, El Ateneo, Buenos Aires, 2.^a ed., 1961, p. 677 de la *Crítica de la razón pura*.

⁹ En cambio, los filósofos no están seguros de la necesidad de un sistema filosófico, por la apertura de toda organización del conocimiento en este campo. Cfr. JOHANNES HESSEN, *Tratado de Filosofía*, 3 vols., Editorial Sudamericana, Buenos Aires, t. I (*Teoría de la ciencia*), traducción de Juan Adolfo Vásquez, 1957, p. 61.

¹⁰ KANT, *op. et ed. cits.*, p. 678.

formación de conceptos proyectiva”¹¹. Dependiendo de que la idea prescinda de los contenidos del objeto o bien atienda a ellos y procure unificar su multiplicidad bajo una común representación material, en otras palabras, según que el criterio lógico que los inspira sea formal o trascendental, se tendrá otros tantos sistemas del delito.

Formales son los sistemas deductivo y clasificatorio. El sistema deductivo es un sistema de juicios (axiomas o principios) y de su desarrollo a través de un proceso de conclusiones o teoremas. Su metodología — que tiene un paradigma en la Matemática — es de síntesis o determinación. El clasificatorio — cuyo prototipo lo ofrece la Biología — es un sistema de conceptos y de su inducción. Mediante una serie de juicios divisorios de subsunción, se subordina a un concepto un grupo de otros conceptos como sus especies y subespecies, hasta alcanzar clasificaciones sistemáticas, enhebradas en conceptos asimismo sistemáticos¹², y, finalmente, un concepto supremo, mínimo en contenido, pero máximo en extensión, desde el cual se puede admirar todos los conceptos específicos del sistema, convenientemente clasificados y coordinados¹³. Ambos sistemas son lógico-formales, porque se limitan a ordenar el pensamiento según fundamento y consecuencia, género y especie. Por otra parte, existe un sistema

¹¹ NICOLAI HARTMANN, *Metafísica del conocimiento*, 2 vols., traducción de J. Rovira Armengol, Editorial Losada, Buenos Aires, 1957, t. I, p. 365. Conste que esta declaración procede de un filósofo enemigo de los sistemas en Filosofía, que para Hartmann son esencialmente irracionales. En cambio, KANT., *op. et ed. cits.*, cfr. p. 677, pensaba que la idea del sistema es un concepto racional, por tanto, un conjunto orgánico que puede crecer por dentro, pero no por fuera.

¹² MARIO BUNGE, *La investigación científica. Su estrategia y su filosofía*, Traducción castellana de Manuel Sacristán, Editorial Ariel, Barcelona, 5.ª ed., 1976, cfr. pp. 97 y 111.

¹³ La clasificación opera en los conceptos que se vinculan en una relación lógica de subordinación, como lo están el particular frente al específico y éste frente al genérico; la coordinación, en cambio, atañe a los conceptos individuales pertenecientes al mismo concepto específico, o a los varios conceptos específicos pertenecientes a un mismo concepto genérico. Ambas disposiciones lógicas se observan todavía, respectivamente, en la relación de los tipos delictivos especiales respecto del básico (clasificación de las especies subordinadas a un género), y la de aquéllos entre sí (coordinación por subsidiaridad). Este es uno de los muchos sectores de la Dogmática penal en que continúa funcionando la división en sentido lógico.

categorial o lógico-real, ceñido a las cosas mismas, sólo que las descompone en categoría y material, entendiendo por categorías, no modos de ser de un ente, como en la metafísica de Aristóteles, sino maneras de ordenación de nuestro entendimiento, cual hizo la lógica trascendental de Kant. Luego, se tiene el sistema teleológico, que ordena los conceptos según fines y medios, siendo los primeros determinantes de los segundos. Cuando los fines no son puras causas psicológicas, sino fines valorados, aparece el sistema valorativo, en que la unidad de los conocimientos, dada en los sistemas anteriores por una idea pura, una categoría o algún peldaño lógico de supina abstracción, descansa en un valor, desplegado arquitectónicamente en objetos valorados ¹⁴. En fin, el sistema didáctico procura hacer perceptible la idea que gobierna el sistema interno, el engranaje íntimo de los conocimientos, exponiéndolo al profano gradual y parcialmente, en la forma de un esquema expositivo.

Como explica Radbruch, estos sistemas pueden combinarse entre sí y dar vida a un sistema clasificatorio y categorial, deductivo y teleológico, etc., y presentarse, además, revestidos de un sistema didáctico. Según el énfasis que se ponga en las tareas clasificatoria, deductiva y categorial, por un lado, o en la teleología y valoración de los conceptos, por otro, se tendrá sistemas de predominio formalista, finalistas o valorativos ¹⁵.

El sistema del delito de la Dogmática clásica fue clasificatorio y categorial. Su base era el concepto genérico de acción, calcado de las ciencias naturales, desde el que avanza hacia las notas que la distinguen como acción punible. La visión naturalista del acto defendida por el líder de esta tendencia, Franz von Liszt, se condice con la asignación de

¹⁴ Este sistema puede presentar contradicciones cuando su objeto muestre valoraciones incompatibles entre sí; pero estas mismas contradicciones, con el esfuerzo que requiere el intento de resolverlas, garantizan la apertura del sistema a nuevos conocimientos. En cambio, es imposible formar un sistema a partir de un entramado de problemas. Un sistema tal sería “una contradicción en sí mismo”. CLAUS-WILHELM CANARIS, *El sistema en la Jurisprudencia*, traducción de Juan Antonio García Amado, Fundación cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 39.

¹⁵ Cfr. *Sobre el sistema de la teoría del delito*, anexo de *El concepto de acción*, etc., *cit.*, pp. (177-197) 178-179.

lo injusto a la parte externa u objetiva del delito, mientras que la culpabilidad aparece en su faz subjetiva o interna ¹⁶. El tránsito desde tal sistema hacia otro de corte teleológico se cumple con Ernst von Beling y la noción de tipo, cuyo reconocimiento debía reemplazar al acto en su papel de piedra angular del delito ¹⁷; pero Beling trepidó en dar este paso, contrariamente a los neokantianos Max Ernst Mayer y Gustav Radbruch, a quienes debemos el inicio del estudio de la infracción penal desde el punto que aquél sugirió ¹⁸. El sistema neoclásico inaugurado por éstos es categorial y valorativo. En su segmento categorial, desarrolla el Derecho penal como parte del concepto de Derecho y de los conceptos fundamentales contenidos en él. En particular, el concepto de lo antijurídico es obtenido merced a una precisión cada vez más fina del concepto general y unitario de lo antijurídico en la Filosofía del Derecho. A su vez, la elaboración según fines valorados busca comprender el Derecho penal como un intento de realización de la idea del Derecho.

Aquí, empero, surge una división entre los secuaces del sistema neoclásico. El neokantismo buscó la construcción teleológica de conceptos desde la noción de bien jurídico. Como los bienes jurídicos poseen siempre un substrato material, y dado que tampoco existe una separación radical entre los planos del ser y el deber ser, los penalistas de esta corriente filosófica desistieron de aspirar a una normativización radical de los conceptos jurídicos. Antes bien, admiten que la materia de la ciencia jurídica es una realidad preformada por conceptos precientíficos o traídos de ciencias distintas de la Dogmática,

¹⁶ Cfr. FRANZ VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 3 vols., traducción de Luis Jiménez de Asúa y adiciones por Quintiliano Saldaña, Reus, Madrid, t. II, 1917, pp. 252-254.

¹⁷ Cfr. ERNST VON BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr, Tübingen, 1906, pp. 8-10, 20-21 y, sobre todo, 113 (en la que distingue netamente el tipo de delito, que forma parte de una proposición jurídica, de la acción típica, que es la subsunción de un hecho de la vida real en la ley penal).

¹⁸ Cfr. MAX ERNST MAYER, *Derecho penal*. Parte general, traducción de Sergio Politoff Lifschitz, con revisión general y prólogo de José Luis Guzmán Dalbora, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2007, pp. 113-114 y 144-145, y RADBRUCH, *Sobre el sistema de la teoría del delito*, *cit.*, pp. 181-183.

cuya tarea consiste en realizar con ellos una elaboración conceptual de segundo grado, lo que significa referirlos a algún valor. Así se explica la naturaleza del acto delictuoso en estos autores, quienes le asignan la valoración propia de la tipicidad, pero sin restarle su base psicofísica. Por eso, además, asumieron elementos normativos en los tipos, componentes subjetivos en la antijuridicidad e ingredientes objetivos en la culpabilidad, aunque sin desleír la última, ahora abierta hacia la realidad social que rodeó al sujeto actuante, del dolo y la culpa, única vía para preservar la raíz psicológico-emocional y volitiva del obrar humano.

En cambio, el posterior sistema teleológico-funcional, que se auto-proclama continuador del neokantismo, normativiza de cabo a rabo la estructura del delito, empleando para el efecto la teoría penal preventiva, a la que atribuye el papel de decidir si en un caso dado se presentan los elementos del delito y, por ende, responsabilidad criminal ¹⁹. Esta tendencia, bastante generalizada en la Dogmática presente, tiene como lógico desenlace una transformación del sistema, pasar del sistema teleológico a otro categorial cifrado en las condiciones mentales necesarias para poder imputar un hecho a su autor, en lugar de las condiciones reales de lo que éste hizo. En otras palabras, le preocupa más el juez que el autor.

En fin, el sistema finalista es categorial, pero invertido. No ya la materia regulada por el Derecho debe adecuarse al pensamiento jurídico, sino que el pensamiento tiene que plegarse ante la materia. Esta materia tampoco consiste en un substrato físico o psíquico. Su sitio es ocupado por categorías mentales, esencias, estructuras lógicas de la realidad, como la índole finalista de la acción, la diferencia entre autor y cómplice y la culpabilidad entendida como conciencia de la antijuridicidad ²⁰. Estas categorías permitieron al sistema finalista

¹⁹ Cfr. CLAUS ROXIN, *Derecho penal*. Parte general, T. I., Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, traducción de la 2.^a ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Editorial Cívitas, Madrid, 1997, pp. 216-231.

²⁰ Cfr. HANS WELZEL, *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*, versión castellana y notas bibliográficas de Ernesto Garzón Valdés, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina),

subjetivizar la antijuridicidad, normativizar la culpabilidad y, en el fondo, presentarnos una ordenación permanente, cerrada y de valor universal, parecidamente a la teoría de la imputación de los iusnaturalistas de los siglos XVII-XVIII ²¹.

Prescindiendo de las diversas ideas que los gobiernan, el elemento común a estos sistemas es ser organizaciones formadas por conceptos, no por enunciados normativos ²². Dichos conceptos, de creciente abstracción, son obtenidos mediante generalizaciones sucesivas que se construye desde los enunciados del sistema externo, esto es, la organización técnica del Derecho positivo y el contenido de sus normas. Únicamente el sistema categorial-valorativo escapa a este condicionamiento por la atención que presta a un concepto jurídico fundamental, la antijuridicidad. Sin embargo, tampoco esta corriente dogmática es capaz de explicar las evidentes contradicciones o paradojas de su sistema visible, anomalías que en verdad concurren en todos los sistemas visibles del delito.

En efecto, los elementos de este último concepto, sea que se los organice en una secuencia tripartita, cuatripartita o pentapartita, muestran

2.^a ed., 1970, pp. 35-42, y *La teoría de la acción finalista*, Depalma, Buenos Aires, 1951, pp. 17-24.

²¹ Con todo, la pretensión de que existiría sólo una ciencia penal “correcta” no es patrimonio exclusivo de los acérrimos de la teoría de la acción finalista, como el recordado profesor HANS JOACHIM HIRSCH, *¿Existe una ciencia del Derecho penal nacionalmente dependiente?*, traducción de Miguel Ángel Boldova Pasamar, en sus *Obras completas*, 5 vols., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, t. II, 2000, pp. 41-60. El dogmatismo, la creencia en una supuesta superioridad de la ciencia penal doméstica, maculan también a otras escuelas. Más adelante veremos que es precipitado descartar como anticuada o sin valor la concepción bipartita del delito, todavía defendida en Italia y abrumadoramente mayoritaria en los países anglosajones. Véase, empero, BERND SCHÜNEMANN, *La función de delimitación de injusto y culpabilidad*, traducción de Carlos J. Suárez González, en sus *Obras*, 2 vols., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, t. I, 2009, pp. (327-376) 336-338.

²² Es un fenómeno que se observa en toda la ciencia del Derecho, no sólo en la Dogmática penal. Véanse KARL ENGISCH, *Sentido y alcance de la sistemática jurídica*, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, Nueva época, tomo III, 1986, pp. (7-40) 28-29, y BERND SCHÜNEMANN, *El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática*, traducción de Jesús-María Silva Sánchez, en *Obras, op. et vol. cit.*, pp. (259-326) 260-261.

solapamientos estructurales que desmienten la coherencia íntima del conjunto. Esto es sabido de antiguo. Franz von Liszt, uno de los fundadores del moderno método analítico del estudio del delito, reconoció hidalgamente que sólo para conservar la coherencia de su propio sistema, con el lugar preeminente concedido al acto delictuoso, examinó allí la posición de garante del autor en los delitos omisivos, a sabiendas de que la cuestión pertenece a la teoría de la antijuridicidad ²³. Todavía hoy se siente el eco del debate acerca de la relación general entre tipo e injusto, en el sentido de si el primero sólo indica o derechamente constituye segmentos del segundo (antijuridicidad tipificada) ²⁴. Ahí están, demostrándolo, entre otras manifestaciones del problema y de los intentos de resolverlo, la teoría de la imputación objetiva, que se ofrece como criterio para atribuir un resultado típico al sujeto activo del delito, pero entra de cuerpo entero en la doctrina de la ilicitud ²⁵; la teoría de la tipicidad conglobante, inquieta por reducir en el tipo las antinomias solubles del ordenamiento jurídico ²⁶; el concepto de riesgo permitido y el consentimiento del interesado, que transitan indistintamente entre tipicidad y antijuridicidad, y, en general, la relación entre el bien jurídico o la norma y los tipos penales. Por otra parte, los elementos subjetivos de lo injusto figuran en los sistemas como componentes subjetivos de los tipos, ingredientes personales de la antijuridicidad, retazos de la culpabilidad o valencias de dolo “específico” ²⁷.

²³ *Op. et vol. cits.*, cfr. p. 304.

²⁴ Cfr. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, publicados, 7 vols., Losada, Buenos Aires, 2.^a ed., t. III, 1958, pp. 753-756 y 771-773.

²⁵ O, mejor dicho, en el objeto del juicio de antijuridicidad, si por éste se entiende bienes jurídicamente protegidos. Véase un resumen crítico de este extremo en VOLKER HAAS, *La doctrina penal de la imputación objetiva*. Una crítica fundamental, traducción de Héctor García de la Torre, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, enero de 2016 (número 1), pp. (1-31) 11-17.

²⁶ Cfr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, Parte general, 5 vols., Ediar, Buenos Aires, t. III, 1981, pp. 233-234, y *Derecho penal*, Parte general, con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Ediar, Buenos Aires, 2.^a ed., 2002, pp. 496 y ss. (cumplimiento de un deber como causa de atipicidad).

²⁷ Particularmente interesante es la discusión de estos elementos en la doctrina italiana, tomando en cuenta el sello objetivo con que acuña la antijuridicidad el Código penal de 1930. Cfr. GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto penale*, 12.^a ed., a cargo de

Luego, las circunstancias concretas en que el sujeto actuó, que pueden ser decisivas para formular a su respecto el juicio de culpabilidad, en realidad no tienen que ver con ella y, curiosamente, tampoco con las descripciones típicas, salvo aquellas que incluyen referencias a la ocasión, como el hecho de delinquir durante una calamidad, desgracia o conmoción popular. En fin, la imputabilidad sigue siendo un quebradero de cabeza en los muchos ordenamientos que prevén medidas de seguridad para individuos inimputables, pese a que éstos son incapaces de realizar acciones adecuadas a la faz subjetiva de los tipos o, si así se prefiere, son sujetos por principio inculpables²⁸.

Podríamos abundar en ejemplos de conceptos contradictorios o yuxtapuestos de los sistemas visibles, pero es innecesario para evidenciar el fracaso de su afán de presentar conocimientos de contenido homogéneo, lógicamente ordenados en una secuencia lineal de compartimentos estancos. No sólo eso. Sucede que los mismos sistemas, una vez que se elevaron sobre el Derecho positivo, caen inopinadamente sobre éste pretendiendo que los enunciados del sistema externo se ajusten a la cadena de conceptos del sistema interno. Aquí el último deja francamente de ser un sistema científico y nos pasa de contrabando su idea básica como fuente de un sistema filosófico-jurídico. En los accidentes del delito se hallará arremetidas de esta inversión epistemológica, *v. gr.*, el emplazamiento sistemático de las circunstancias atenuantes y agravantes, pues ya no sabemos si son modulaciones de antijuridicidad y culpabilidad o, al contrario, han transmigrado a la conmensuración de la pena; la participación punible, que algunos sitúan en las formas de aparición del hecho y otros en el hecho directamente típico; el concurso de delitos, que tiene un pie en las bases de la responsabilidad penal y otro en sus consecuencias penales.

Luciano Pettoello-Mantovani, Cedam, Padova, 1986, pp. 334-339, y GIOVANNI FIAN-DACA y ENZO MUSCO, *Diritto penale*, Parte generale, Zanichelli, Bologna, 5.^a ed., 2007, pp. 183 y 365-366.

²⁸ Véase el interesante artículo de FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ, “Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito”, *Icade, Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, número 74, mayo-agosto de 2008, pp. 113-144.

Ahora, la coherencia aparente y las incoherencias reales de los sistemas visibles no son necesariamente imputables a la idea que los inspira, siempre que ésta sea una sola y no una combinación heterogénea de ideas, ocurrido lo cual el “sistema” tampoco será una unidad cognoscitiva que permita reconocer de antemano el lugar que ocupan sus componentes y el ámbito correlativo de su operatividad ²⁹. Más bien, suele ocurrir que la estratificación conceptual de los sistemas tiende a perder de vista la unidad sistemática del concepto estudiado. Olvidando que su tarea consiste en prescindir de todo lo que no pertenece esencialmente al objeto, el análisis puede crear esencias y, con ello, conflictos donde no existen ³⁰.

Para salir del atolladero no es indispensable el recurso a otro motor filosófico, como la lógica paraconsistente y su ambición de atenuar las contradicciones mediante el manejo controlado de la información contradictoria ³¹. El camino que sugerimos es más sencillo e intrasistemático, reconsiderar en la elaboración del delito una pareja de conceptos jurídicos fundamentales.

3. Noción y modalidades del sistema invisible. El delito como relación jurídica

El sistema visible del delito se estructura según los elementos de la infracción penal en cada Derecho positivo. Como éstos, es contingente, relativo, por lo cual tampoco podría existir sólo uno para todos los ordenamientos, ni siquiera los pertenecientes a una misma familia jurídica.

En cambio, el sistema invisible desarrolla el concepto de delito en sus componentes iusfilosóficos, cuya naturaleza le brinda carácter

²⁹ Semejante, ZAFFARONI, *Derecho penal*, ed. cit., cfr. p. 376.

³⁰ “Hay en la teoría del delito muchas paradojas. Las paradojas constituyen situaciones de conflicto, generadas por estructuras que buscan tratar del mismo objeto, pero desde perspectivas diferentes”. JUAREZ TAVARES, *Fundamentos de Teoría do delito*, Prefácio de Eugenio Raúl Zaffaroni, Tirant lo Blanch, Río de Janeiro, 2018, p. 109.

³¹ Según propone el autor citado en la nota anterior, ídem, pp. 108-113.

único y alcance absoluto. Con todo, los miembros de este sistema poseen un contenido muy simple. Su función es también acotada, orientar la armazón interna de los elementos positivos del delito así como las relaciones recíprocas de las eximentes de la responsabilidad criminal, tarea que pueden satisfacer recién al entrar en contacto con la materia prima de un Derecho penal dado. En otras palabras, los conceptos del sistema invisible sirven de adjutores categoriales de la idea sistemática. En consecuencia, de ellos cabe aguardar, no la respuesta a algún problema interpretativo, para lo que son mudos, sino únicamente la posición y las relaciones generales de los conceptos jurídicos condicionados, como son prácticamente todos los conceptos generales y especiales de los sistemas visibles conocidos.

Aquí se abren a la consideración del estudioso dos caminos. La primera modalidad de sistema invisible toma como vectores los elementos fundamentales del delito en la Filosofía del Derecho, antijuridicidad y punibilidad, que representan su género próximo y diferencia específica, respectivamente ³². A este criterio obedece, en parte, la distinción de delito (*Delikt*) y crimen (*Verbrechen*) en la mente de Karl Binding, donde el primero designa la infracción culpable de la norma, y el segundo, la misma contravención, sólo que punible, conminada por la ley con pena pública ³³. Esta primera variante, empero, suscita algunos inconvenientes que la tornan desaconsejable para el criminalista. Por lo pronto, el concepto de delito alberga un lado objetivo y otro subjetivo, enlazados en la fórmula de que el hecho antijurídico tiene que ser una realización culpable del autor. Con esto, determina de entrada un sistema visible bímembre, pese a que el ordenamiento pudiera reflejar una

³² Lo explicamos en JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA, *Elementos de Filosofía jurídico-penal*, Prolibros Ediciones, Valparaíso, 2021, pp. 135-137.

³³ KARL BINDING, *op. cit.*, cfr. pp. 499 y 503; véase también, del mismo autor, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4 vols., Scientia Verlag, Aalen, 1991, t. I, 1991 (reimpresión de la edición de Leipzig, 1922), pp. 133-134 y 195-196, y *Compendio di Diritto penale (Parte generale)*, prefazione, note e traduzione di Adelmo Boretini, Athenaeum, Roma, 1928, p. 153. Sobre esta distinción, entre la nutrida bibliografía disponible, recomendamos en castellano la síntesis de RICARDO ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 19-24.

estructura diferente, tripartita, cuatripartita o la que fuere. En segundo lugar, el mismo concepto de delito se presta indistintamente a una elaboración clasificatoria o categorial, mientras que el concepto de crimen, anclado en la punibilidad, es más adecuado a una elaboración deductivo-teleológica³⁴. Sobre todo, la punibilidad inserta el crimen en el marco de la relación jurídica en que consiste el *ius puniendi*. La *relación jurídico-penal* nace con la perpetración de un hecho punible, es cierto, sólo que sus sujetos y objeto difieren de los del delito. Sujeto activo es el Estado o la comunidad de Estados; sujeto pasivo, la persona del reo. El objeto de esta relación son las múltiples obligaciones (activas y pasivas) de la entidad estatal frente a inculpados, acusados y condenados, y los muchos derechos del reo en esas tres posiciones, además del deber único, si es condenado, de someterse a la pena³⁵.

En cambio, visto en sí mismo, el delito en general se produce en otra clase de relación jurídica. De hecho, la dogmática penal continúa empleando la bipartición sujeto activo y sujeto pasivo, pero para aludir a otra pareja, distinta de la que conforma la relación jurídico-penal. En la *relación jurídico-criminal* sujeto activo es el agente de la infracción, y sujeto pasivo, la persona o el conglomerado de personas que sufren la ofensa. El objeto de esta relación participa del carácter originario del vínculo trabado entre sus sujetos. Consta de un haz de facultades activas del paciente y de deberes pasivos del agente determinados por el obrar ilícito o, para seguir el gusto de los amantes de la teoría de las normas, la conducta anti-normativa del último.

Hasta algunas décadas atrás la dogmática penal tuvo presente la relación jurídico-criminal. Esta comprensión eligió examinar los sujetos y objetos del delito en la introducción a su teoría general³⁶, una

³⁴ Y ésta ordenará los componentes visibles del delito con arreglo al sentido de la pena, comenzando su análisis por la manifestación directa de lo injusto punible en la ley penal, la tipicidad, con lo que impone al dogmático un sistema visible triembre. RADBRUCH, *Sobre el sistema de la teoría del delito*, cit., cfr. p. 180.

³⁵ Séanos permitido remitir al lector nuevamente a GUZMÁN DALBORA, *Elementos de Filosofía jurídico-penal*, cit., pp. 111-115.

³⁶ Véase, por ejemplo, JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. vol. et ed. cits.*, pp. 84-122.

herencia de los sistemas bipartitos del siglo XIX ³⁷. Más tarde, sin embargo, el desarrollo de la teoría de la tipicidad absorbería a los sujetos en el sistema visible, con lo que dejaron de ser conceptos filosófico-jurídicos y quedaron reducidos a elementos descriptivos del tipo. Por su parte, el objeto de la relación jurídico-criminal fue escindido entre tipicidad e injusto, dependiendo de cómo los sistemas visibles conciben el contenido del juicio de antijuridicidad y sus relaciones con la adecuación típica. En breve, el progreso de estos sistemas ocurrió en desmedro del sistema invisible, que es ignorado o, si se le presta atención, malentendido en nuestros días. Por ejemplo, la crítica de que los conceptos de sujeto y objeto del delito constreñiría a un análisis dogmático que empieza en el primero y acaba en el segundo, con lo que los inimputables no realizarían conductas anti-jurídicas ³⁸, puede que haga mella en la primera modalidad del sistema invisible — basada en antijuridicidad y punibilidad —, mas no en la segunda, que se apoya sobre un vínculo en que la consideración del sujeto interviene únicamente si existe el objeto. Tampoco acierta la objeción de que desenlace de la relación criminal sería un sistema bipartito en que todo lo objetivo pertenece a la acción antijurídica, lo subjetivo integra la culpabilidad y la antijuridicidad carece de independencia sistemática ³⁹. Estas tres cuestiones interesan a los sistemas visibles, que por lo demás las han entenebrecido con sus propias aporías. Para el sistema invisible, en cambio, cuenta únicamente el delito como relación jurídica, cuyos componentes o “fuerzas”, en la

³⁷ Berner, nada menos que el penalista que colocó la acción como punto arquimédico del delito, de la que antijuridicidad y culpabilidad serían sólo predicados, fue un arquetipo. Cfr. ALBERT FRIEDRICH BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*, Verlag von Bernhard Tauschnitz, Leipzig, 17.^a ed., 1895, pp. 66-68, 73, 89-90 y 112-113. Al respecto, JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar: Albert Friedrich Berner y sus contribuciones a la dogmática del delito, la teoría de la pena y la legítima defensa”, in: ALBERT FRIEDRICH BERNER, *La teoría de la legítima defensa*, traducción y notas de José Luis Guzmán Dalbora, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2020, pp. (9-64) 40-42.

³⁸ ZAFFARONI, *Tratado*, op. et vol. cit., cfr. pp. 19-21.

³⁹ Así, empero, ZAFFARONI, *idem*, cfr. pp. 21-25, Fiandaca y Musco, *op. et ed. cit.*, cfr. p. 175, y SCHÜNEMANN, *La función de delimitación de injusto y culpabilidad*, *cit.*, cfr. pp. 329-330 y 336-337.

nomenclatura de los clásicos toscanos ⁴⁰, atañen a las posiciones de sus sujetos y sólo mediatamente influyen en la ordenación íntima de la estructura del delito como teoría de la imputación al sujeto activo.

Antes que generador de la relación jurídico-penal, que se expresa en la pretensión punitiva del Estado, el delito conforma una relación jurídica en sí, independiente de las sanciones penales. Por paradójica que pueda sonar, en la Filosofía del Derecho es corriente la constatación de que existen relaciones jurídicas producidas por conductas anti-jurídicas, lo que quiere decir asociadas a un supuesto de hecho que el ordenamiento desapruueba como transgresión ⁴¹. Otro tanto se lee de antiguo en la Parte general del Derecho privado ⁴². Esta relación primigenia no es un vínculo jurídico-privado, porque su objeto interesa a la sociedad en general, pero tampoco se confunde con el derecho jurídico-público de castigar ⁴³. Produce consecuencias normativas directas entre sus sujetos, en el sentido de que sus conductas reciben

⁴⁰ Cfr. GIOVANNI CARMIGNANI, *Elementos de Derecho criminal*, traducción de Antonio Forero Otero, revisada por Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1979, pp. 41-62, y FRANCESCO CARRARA, *Programma del Corso di Diritto criminale. Del delitto, della pena*, Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 85-122.

⁴¹ Cfr., entre otros, ADOLFO MERKEL, *Enciclopedia jurídica*, traducción de W. Rocés, Reus, Madrid, 1924, pp. 126-127; LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 4.ª ed., 1975, p. 711, y EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 48.ª ed., 1996, pp. 181-182.

⁴² Cfr. PAUL OERTMANN, *Introducción al Derecho civil*, traducción de Luis Sancho Seral, Editorial Labor, Barcelona, 1933, pp. 177 y 324; FEDERICO PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, 5 vols., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, t. I, vol. II, 1958, p. 706 (“el acto ilícito no deja de ser *jurídico* en el amplio sentido de la palabra”), y JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 7 vols., Instituto Editorial Reus, Madrid, t. I, vol. II, 1955, p. 478 (“los actos ilícitos son jurídicos en el sentido que producen consecuencias de derecho”).

⁴³ Insistimos en ello, para precaver del error en que incurrió Arturo Rocco en su cruzada contra la doctrina que divisa en el delito una ofensa a derechos subjetivos. Juzgamos equivocado que la transgresión de la prohibición o el mandato subyacentes a un precepto penal *no* produzca en el sujeto activo del delito una obligación jurídica a la que corresponda una facultad del sujeto pasivo de la infracción. En cambio, Rocco pensaba que el único derecho nativo de la violación de la ley penal contra la persona del reo es un derecho particular del Estado (a castigarle). Cfr. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Contribución a las teorías*

calificaciones jurídicas precisas. Tales conductas materializan las facultades que el Derecho reconoce al sujeto pasivo y a la simple víctima de un delito, y los deberes pasivos que impone al autor de la transgresión correlativamente a aquellas facultades. En su mayoría, éstas coinciden con la autoayuda, permisos que habilitan al paciente para protegerse de un ataque o conjurarlo ⁴⁴. Podemos llamarlas indistintamente facultad jurídica — a posibilidad de actuar concedida a una persona por formar parte del contenido de una relación jurídica, un fenómeno secundario respecto de los genuinos derechos subjetivos ⁴⁵ — o poder jurídico de disposición, frente al cual coexiste una situación de sujeción jurídica, en vez de un deber en el sentido técnico de esta expresión ⁴⁶.

La relación jurídica y sus componentes relevantes para la relación jurídico-criminal constan en el escueto catálogo de los conceptos jurídicos fundamentales. En su estructura más simple, la relación jurídica “es una comunidad especial, obtenida por abstracción, en la cual dos o más personas que tienen intereses interferentes se presentan

generales del delito y de la pena, traducción, prólogo y notas de Gerónimo Seminara, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2001, pp. 529 y 531.

⁴⁴ Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio legítimo de un derecho de auto auxilio, como la detención del sujeto que acaba de consumir un delito. Estos medios operan antes del auxilio del Derecho, esto es, la protección jurídica formalizada mediante los tribunales y su aparato de sanciones contra lo ilícito. Cfr. OERTMANN, *op. cit.*, pp. 177 y 367-375.

⁴⁵ Cfr. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Parte general, 2 vols., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, t. I, 3.^a ed., 1955, pp. 672-673, en que enseña que estas facultades son poderes jurídicos inconcretos cuyo contenido es siempre una actuación libre y garantizada por el Derecho, carecen de independencia de la relación jurídica que los origina y su ejercicio no requiere una titularidad específica, como los derechos y acciones.

⁴⁶ “Las relaciones jurídicas [...] muestran en su estructura más simple un aspecto activo y un aspecto pasivo: un aspecto de poder jurídico, otro, de sujeción jurídica [...] El primero se corresponde con la función de protección y garantía en el Derecho, el segundo con su función imperativa y restrictiva”— Merkel, *op. cit.*, p. 102. En el deber jurídico, la restricción de la libertad exterior de una persona se corresponde con el derecho subjetivo de otra a exigir que haga u omite algo, cuyo no es exactamente el caso de los poderes en palabra. EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 6.^a ed., revisada, 1989, cfr. p. 398.

para la acomodación legal de sus intereses”⁴⁷. La abstracción de que se deduce este concepto es la nota de alteridad, característica de todo Derecho, así como de su personalidad proviene el concepto de sujeto jurídico y de la vinculación que él establece entre personas deriva el concepto de objeto de derecho⁴⁸. Por este último, mirado en general, entendemos la materia social a que se refiere la relación, cuyo contenido denota la posición correlativa en que quedan los distintos sujetos, de preferencia o subordinación, y “se manifiesta en titularidades, derechos subjetivos, facultades y deberes especiales”⁴⁹. Ahora, en la relación jurídico-criminal el objeto está prefijado por un componente lógico-abstracto del concepto de Derecho, su autarquía, y también por dos conceptos desprendidos del fundamental de la juridicidad a saber, la prohibición y el mandato jurídicos⁵⁰, que siempre responden a valoraciones, del mismo modo que su infracción presupone un juicio negativo de valor⁵¹. Luego, el concreto comportamiento antijurídico del sujeto activo del delito dará contornos netos a la transgresión y señalará su posición frente al sujeto pasivo.

Aunque el objeto del delito, llámeselo derecho, bien, interés o norma lesionada, y el sujeto activo son piezas del mismo valor en esta peculiar relación jurídica, por lo cual el comercio de sus componentes podrá circular entre todos los elementos de un sistema visible, salvo la punibilidad, su apreciación sistemática no puede ir del segundo al primero, sino exactamente al revés, del objeto al sujeto. El fundamento de la prioridad sistemática del objeto en el sistema invisible yace en que es

⁴⁷ THEODOR STERNBERG, *Introducción a la ciencia del Derecho*, traducción de la segunda edición alemana por José Rovira y Ermengol, Editorial Labor, Barcelona, 1930, p. 260.

⁴⁸ Cfr. RUDOLF STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho*, traducción de la segunda edición alemana por W. Roces, Reus, Madrid, 1930, pp. 292-293.

⁴⁹ DE CASTRO Y BRAVO, *op.*, vol. et ed. cit., p. 624.

⁵⁰ STAMMLER, *op. cit.*, cfr. pp. 294 y 296.

⁵¹ Objeto de derecho es todo aquello que puede constituir materia de relaciones o de protección jurídicas para realizar o asegurar la convivencia, lo que incluye bienes materiales o inmateriales, hechos jurídicos, valores adscriptos a la personalidad y valores institucionales. Cfr. ARTURO ORGAZ, *Introducción enciclopédica al Derecho y las Ciencias sociales*, Editorial Assandri, Córdoba (Argentina), 3.^a ed., 1959, pp. 139-140.

él, no la subjetividad del individuo actuante, aquello que delimita el campo de la intervención jurídica. Existe todo un piélago de exigencias culturales que, por diferentes razones, bien conocidas en la Filosofía del Derecho, quedan al margen de la ordenación objetiva, coercible y bilateral que éste establece entre las personas. En particular, las demandas religiosas y los imperativos de la moral son por principio inidóneas para que el Derecho formule su apreciación⁵². Ellas escapan a las conexiones de actividad de los supuestos de hecho de las relaciones jurídicas en general, y son extrañas al supuesto de hecho de los delitos. Por consiguiente, los requisitos lógico-abstractos del sujeto activo, importantísimos para la construcción del sistema visible, según diremos enseguida, deben ser evaluados después que se hubiere establecido el objeto de la ofensa. Alterar este orden es una invitación a invadir el Derecho penal con elementos de la moral^{53 54}.

4. Proyecciones del sistema invisible en la estructura del sistema visible

Basado en algunos conceptos jurídicos fundamentales, el sistema invisible del delito revela su importancia y puede desplegar sus

⁵² En el mismo sentido, PUIG PEÑA, *op. et vol. cits.*, cfr. p. 3.

⁵³ En particular, los fines del autor y su disposición interna pueden denotar su moralidad o inclinaciones nocivas, “pero desde una perspectiva material, centrada en la lesividad del bien jurídico, no parece que hayan de tener importancia”, advierte FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, prólogo de Gonzalo Rodríguez Mourullo, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 3.^a ed., 2021, p. 835. Esto vale con mayor razón a la hora de calibrar la justificación de una conducta aparentemente delictuosa, según explicamos en nuestro estudio preliminar *Rudolph von Jhering y la concepción objetiva de la naturaleza de lo antijurídico*, a la obra del autor *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2013, pp. 1-54, especialmente pp. 49-51.

⁵⁴ “La pregunta sobre la *culpabilidad del autor* puede ser planteada sólo una vez que se haya establecido la *ilicitud de su hacer*”, escribió Maurach. Al contrario — apuntemos por nuestra cuenta —, la ética, particularmente la ética deontológica, rebusca en la culpabilidad independientemente de que haya o no una ofensa. Cfr. REINHART MAURACH Y HEINZ ZIPF, *Derecho penal*, Parte general, 2 vols., traducción de la 7.^a ed. alemana por Jorge Bofill Gensch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea, Buenos Aires, t. I, 1994, p. 225.

posibilidades de desarrollo al anudarse con las informaciones positivas con que se edifica los sistemas visibles, ordenando y jerarquizando sus peculiaridades según el punto de vista unitario que entrega la trilogía relación jurídica, objeto y sujeto de derecho ⁵⁵. Sabemos que es solamente una orientación categorial. Por ende, no es incompatible con la idea teleológica o valorativa que inspire a cada ordenamiento y, por otra parte, puede compatibilizarse con los sistemas visibles de la dogmática, asumiendo que reverencien la distinción de objeto y sujetos del delito, la diferencia que media entre antijuridicidad y culpabilidad ⁵⁶.

El sistema invisible solicita considerar a propósito de los elementos visibles adecuados al sujeto, todas las cuestiones que atañen a la economía psíquica del individuo actuante como agente o paciente del delito; no, pues, en la antijuridicidad ⁵⁷. Las consecuencias de esta recomendación categorial se aprecian particularmente en la justificación, que en todas sus expresiones normativas debiera quedar reducida a un juicio objetivo de valor. Y como en el binomio licitud o ilicitud tienen la palabra únicamente las calificaciones que el Derecho asigna a la conducta del sujeto activo y a la acción opuesta contra su obrar, el sistema invisible dispondrá las causas excluyentes de lo injusto en una secuencia que prefiere el empleo de facultades de desempeño unilateral (consentimiento del interesado y ejercicio de un

⁵⁵ Las funciones de ordenación y jerarquización lógico-abstractas fueron señaladas por STAMMLER, *op. cit.*, cfr. pp. 334-335. Véase, también, ENGISCH, *op. cit.*, pp. 26-27.

⁵⁶ Aquí se presenta un problema para algunos sistemas bipartitos, a lo menos aquellos que recusan a la antijuridicidad el carácter de elemento independiente por estimarla un juicio de valor o la esencia del delito. En cambio, si el sistema bipartito concede cierta individualidad dentro del elemento objetivo a la ofensa aneja a todo delito, puede desenvolverse en armonía con el sistema invisible. Observamos esta diversidad en el pensamiento de FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, Parte generale, 10.^a ed., actualizada por Luigi Conti, Giuffrè, Milano, 1987, p. 180, por un lado, y, por otro, FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte generale, Cedam, Padova, 4.^a ed., 2001, pp. 109-110 y 192-239 (dedicadas al principio de ofensividad y su valor dogmático).

⁵⁷ La fuerza moral subjetiva del delito, en la nomenclatura de CARRARA, *op. cit.*, cfr. pp. 90-91.

derecho), a las actuaciones condicionadas por requisitos de urgencia (legítima defensa y estado de necesidad) y, sobre todo, a los actos realizados por imposición jurídica (cumplimiento de un deber) ⁵⁸.

El sujeto activo del delito captura todas las características del acto y su atribución a la culpabilidad. Lo primero se debe a que el Derecho en general se inmiscuye en la vida de las personas en la medida que exteriorizamos nuestra voluntad mediante conductas con consecuencias o significado intersubjetivos. Sin embargo, toca a cada Derecho en particular, según el mérito que en él asuma el *nullum crimen sine lege*, mantener en el acto, distribuir entre acto y tipo o asignar a la tipicidad las formas, los medios y demás circunstancias de la conducta ⁵⁹. Por lo que hace a la culpabilidad, derivada asimismo de la característica de personalidad del Derecho, el sistema invisible coloca las causas de exculpación de acuerdo con las facultades cognitivas, afectivas y volitivas del ser humano, base empírica del concepto de persona, la que conoce, siente y, finalmente, quiere. De consiguiente, alzaprimará su imputabilidad. En el sistema invisible la inimputabilidad torna al sujeto incapaz de sufrir las consecuencias coactivas del supuesto de hecho de la regla sancionadora. Esto parece tanto más exacto cuanto que si los fundamentos particulares de las situaciones de inimputabilidad no son idénticos, el resultado es igual, incapacidad de pena ⁶⁰; pero, como quiera que en los Derechos penales bipartitos

⁵⁸ La jerarquía reseñada no tiene por qué implicar que las causas de justificación preferentes precluyan necesariamente a las demás, ni que las últimas de la serie puedan llevar la voz campante en ciertos grupos de casos. El denominado efecto oclusivo de las causas de justificación es un problema de lógica jurídica cuya solución depende de lo que disponga cada Código penal, del mismo modo que en algunos de éstos, que regulan el cumplimiento de deberes o el uso legítimo de armas por uniformados, el policía que actúa oficialmente no obra en legítima defensa, sino que cumple con su deber cuando protege a los particulares o a sí mismo de una agresión en curso. VÉASE CARMEN TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 36-39.

⁵⁹ En la antigua doctrina penal ministra un modelo de la primera postura BERNER, *op. et ed. cit.*, cfr. pp. 112 y ss.; de la tercera, MAYER Y RADBRUCH, *supra*, nota 18.

⁶⁰ RADBRUCH, *Sobre el sistema de la teoría del delito*, *cit.*, cfr. pp. 192-193. Sos-tuvimos este punto de vista en JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA, “Derecho penal y minorías étnicas: planteamiento y liquidación criminalista de un problema político”,

la persona es incardinada en la teoría del delito, su imputabilidad será condición de la culpabilidad del hecho. A continuación, el error y las eximentes putativas, que rompen o alteran el vínculo cognitivo entre el sujeto y el acto prohibido o jurídicamente reprochado. En seguida, el ímpetu de afectos que obnubilan la capacidad de determinarse conforme a deberes jurídicos reconocidos como tales, siendo digno de nota que el sistema invisible mienta emociones a secas, no unas asténicas y otras esténicas, y todas pueden tener valor exculpante ⁶¹. Sólo si no están dados estos fundamentos de inculpabilidad podrán terciar las causas de inexigibilidad de otra conducta en sentido estricto, como la coacción moral, cuando el sujeto conoce y quiere lo que hace, pero actúa en condiciones ambientales que, determinando anormalmente su voluntad, impiden al ordenamiento pronunciar un reproche ⁶².

Como los sistemas visibles trabajan con la multiplicidad de datos de cada Derecho positivo, cuyos sistemas externos evidencian yuxtaposiciones, incoherencias e irregularidades ⁶³, es natural que un mismo concepto o enunciado aparezca en lugares diferentes de la organización dogmática ⁶⁴. Lo importante es que el científico esté consciente de que el riesgo permitido, las posiciones de garante y los deberes de cuidado, pongamos por caso, pertenecen al objeto jurídico del delito, y que dolo, culpa o error son cuestiones que conciernen al sujeto actuante. Dicho de otra manera, en los sistemas visibles estos conceptos pueden legítimamente figurar en varios sitios, no así en el sistema invisible, que les señala solo uno.

in: Revista de Derecho penal y Criminología, de Madrid, 3.^a Época, número 11, enero de 2014, pp. 93-118.

⁶¹ Vieja enseñanza de los clásicos a propósito de la ira. Cfr. CARRARA, *op. cit.*, pp. 216-218, en las que se limita a excluir el odio. Nosotros añadiríamos el resentimiento, que es también una suerte de ira envasada o reconcentrada, fuente de agravantes, como la discriminación, no de motivos de disculpa.

⁶² Nada nuevo hemos descubierto con la presente secuencia, huellas de la cual anticiparon los clásicos que se guiaban por el sistema invisible. Véanse CARRARA, *op. cit.*, pp. 161-225 (del grado del delito en su fuerza moral), y BERNER, *op. et ed. cits.*, pp. 73-88 y 116-119.

⁶³ Incluso aberraciones, inquietante fenómeno de la reforma penal de nuestros días.

⁶⁴ Con razón precave de la manía de asignar un punto determinado y preciso a cada parte del sistema visible ENGISCH, *op. cit.*, pp. 34-35.

Por último, el delito como relación jurídica recomienda elaborar científicamente una sola teoría de este concepto, en lugar de tantas cuantas modalidades generales de conducta (por acciones, omisiones, expresiones, estados, posiciones, dolosas o culposas, etc.) pueda producir el agente. El afán de desmenuzar hasta lo inverosímil el delito arriesga hacer ingrátidos los resultados de la operación y, en lo que aquí incumbe, soslayar las ideas fundamentales del concepto, extrañadas en análisis alambicados. Por idéntica razón, al sistema invisible se adecua otro visible en que los accidentes del delito son analizados al interior de sus elementos auténticos: la unidad y pluralidad de acciones, en el acto delictuoso; la tentativa y la participación, en la tipicidad, y las circunstancias agravantes y atenuantes, según la naturaleza de cada cual, en la antijuridicidad o culpabilidad ⁶⁵.

El precedente es apenas un bosquejo de la proyección del sistema invisible en la teoría general del delito. Habría que animarse a aventurarlo a velas desplegadas en el mar de la Parte general del Derecho penal, emulando el rendimiento de nuestro homenajeado en el océano de la Parte especial.

⁶⁵ Sobre las formas de aparición del delito como aditamentos típicos (*tatbeständige Zusätze*), BELING, *op. cit.*, cfr. pp. 287-291. Un logrado tratamiento sistemático de las circunstancias agravantes y atenuantes en el papel de factores de mensuración de lo injusto o la culpabilidad, dos magnitudes graduables, JOSÉ CEREZO MIR, *Derecho penal*, Parte general, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2008, pp. 671-728 (circunstancias relativas a la antijuridicidad) y 869-898 (*ídem*, a la culpabilidad).



GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt