

La Causa Final de la conducta humana como Delito

Introducción:

El presente trabajo pretende realizar una revisión de la noción de delito a partir de una filosofía realista, y ver si ello coadyuva a despejar algunas de las incertidumbres que, de la mano de la moderna dogmática penal, viene cuestionando al derecho penal contemporáneo; desde el *ius puniendi* del Estado, a la necesidad de la pena misma.

Desde los ámbitos intelectuales vienen tomando volumen, al menos desde el siglo pasado, distintas corrientes de pensamiento que con un aparente sentido humanista como presupuesto, critican la pena y su administración por parte del Estado, concibiéndola como un “mal” que no se condice con la condición y dignidad humanas. Sin embargo, estas doctrinas bajan la voz, cuando la sociedad se conmociona con un hecho grave y reclama castigo, o cuando determinados “colectivos” adquieren relevancia; negativa o positiva, dando lugar a puciones incuestionadas sea en su merecimiento o su proporción, o por el contrario, soslayando el contenido del injusto marginando la la justicia del caso.

El común denominador de estos movimientos pendulares, está dado porque el derecho penal termina siendo un medio de fines de variado tenor político, ideológico o social, perdiéndose de vista su condición de objeto de la Justicia; la que también pareciera ser usada para aquellos mismos fines perdiendo así su entidad de virtud que como tal, es el medio entre dos extremos, equilibrando así las relaciones interpersonales de los individuos entre sí y ente estos y el Estado.

Así parecería prudente, repasar desde una ontología realista lo que el delito es, y trazar de allí su relación con la pena, para en definitiva poner en valor el derecho penal como objeto terminativo de la justicia en materia penal, que como tal y en definitiva, propender al bien común del Estado, restaurando el orden roto por el delito.

El idealismo jurídico y sus consecuencias:

Podemos encontrar dos actitudes básicas del hombre ante la realidad, ante las cosas, y en definitiva en ellas adscribir todas las corrientes filosóficas o del pensamiento: el realismo o el idealismo. Resultan dos modos antagónicos que carecen de síntesis, ya

que uno analiza a la cosa, al objeto como una realidad existente que el sujeto conoce a través de sus sentidos y la experiencia; mientras que el otro pone el sujeto por delante del objeto, donde aquel construye la cosa con su pensamiento y discurso.

El derecho penal no escapa a esta disyuntiva, y dado que el realismo jurídico no viene teniendo un rol protagónico -al menos- del siglo pasado a la actualidad, deberíamos indagar si el discurso penal de la modernidad tiene su génesis en distintos tipos de idealismos que; en base a sus construcciones, terminan siendo –en definitiva- la causa de la interpelación en la que se encuentra el derecho penal.

A los fines meramente enunciativos e ilustrativos, recordaremos aquí algunas de estas corrientes doctrinarias con algún referente, haciendo la expresa salvedad, que el encuadre de cada una de ellas en el idealismo filosófico y jurídico merece un detenido estudio que excede el objeto de esta ponencia, aunque sí podemos afirmar que cada una de ellas individualmente y en forma conjunta, referencian la situación de cuestionamiento al que hicimos referencia:

“garantismo” (Luigi Ferrajoli);

“abolicionismo” (Michel Foucault);

“derecho penal mínimo” (Alessandro Baratta);

“criminología crítica” (Alessandro Baratta – Taylor Walton y Young)

“nueva criminología” (Taylor, Waltoy y Young)

“funcionalismo” (Niklas Luhmann – Jürgen Habbermas – Günter Jakobs)

“derecho penal del enemigo” (Günter Jakobs)

“política criminal conglobante del derecho penal” (Claus Roxin) donde los bienes jurídicos “normativos” pueden surgir de cualquier autoridad.

“corrientes ius privatistas” (Christie, Hulsmann y Mathiesen)

- Adversarialidad de los procesos
- Empoderamiento de la víctima
- Justicia penal restaurativa

Bajo la autodenominación de “realismo latinoamericano”, el profesor Eugenio Zaffaroni según su última versión, nos servirá de paradigma del problema que estamos planteando, al enseñar que el derecho penal es una herramienta de “control social” de la clase dominante, mediante la construcción de los tipos penales “criminalización primaria”

y de la imputación “criminalización secundaria”, la que se realiza a través de las distintas “agencias” de persecución y represión penal -policía, Ministerio Público, Jueces, Servicio Penitenciario etc.-. Entonces, “...*el derecho penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho.*”¹

Si el delito carece de una entidad real, y pasa a ser una “construcción criminalizante”, derecho penal no sea la ciencia que estudie aquel fenómeno y su justicia, sino este “sistema orientador de decisiones” que procure “contener y reducir el poder punitivo mediante la interpretación de las leyes penales” donde la crisis resulta evidente porque tendremos una “ciencia” con vocación a operar sobre los efectos y no sobre las causas.

Vemos en la práctica diaria la aplicación de esta “doctrina”, donde marginando la realidad ontológica que describen las leyes, se minimizar su consecuencia jurídica, como por ejemplo -y motivo de una comunicación anterior- se vio en el delito de robo con arma, donde para su configuración se exigió que cuanto se tratara de un arma de fuego, ésta se encuentre en condiciones inmediata de uso, y si ello no ocurría o no se podía acreditar -aún cuando el arma no fuese incautada en el hecho- no aplicaba el agravante, quedando más levemente penado el hecho que si se tratara de un arma blanca o un arma impropia como un palo o una piedra.

Lo propio ocurrió con “derogación jurisprudencial” de ciertos delitos, como fue el caso del aborto luego del fallo C.S. F.A.L.; o la tenencia de estupefacientes para consumo personal luego de “Bazterrica” o “Arriola”.

De otra parte cuando cierto “colectivo” requirió mayor punitivismo, vimos aquí operar el funcionalismo Roxiniano, donde esta vez la interpretación vino a “normativizar” el bien jurídico a tutelar, entendiendo que la tutela judicial efectiva de la mujer impedía la suspensión de juicio a prueba como en C.S. *in re* “Góngora”, o bien mediante la incorporación de los protocolos de la C.E.D.A.W. para el trato e interpretación de la mujer en causas judiciales y penales específicamente, como lo viene haciendo -en lo que a mí me consta- la S.C.B.A. en los últimos años, produciendo una prácticamente irreversible inversión de la carga de la prueba en su favor.

¹ (Zaffaroni, Alagia y Slokar, “Derecho Penal, Parte General”, Ediar, 2000, pág. 4)

En busca del realismo perdido.

Desde un punto de vista realista, la justicia legal se ordena al bien común y en cuanto tal, es principio en el orden de la intención, donde el derecho penal será su objeto como reacción y contrapeso al delito. Si ello es así, el delito no podrá ser una construcción discrecional con una respuesta de igual tenor, sino que poseerá una entidad, será una “cosa” que la justicia contrarrestará con “otra cosa”, conforme a una cierta relación de igualdad; que en el caso del derecho penal será la pena y la relación de proporción².

Concretada así justicia con la pena; en tanto virtud será entonces un hábito que ordenará al individuo a su fin último y en el orden político a la sociedad toda al bien común. De la interrelación entre justicia, derecho, ley y bien común se desprende la politicidad del derecho conforme a la naturaleza de las cosas. Pero si esto es así, la pena debería constituir un bien, aún para el que la padece -lo que parece difícil de afirmar si se concibe como un mal- además que para la sociedad.

Si el derecho es una cosa, la propia cosa justa *-ipsa res iusta-*; lo injusto será otra cosa con un déficit, una privación de derecho, que en algunos casos será delito. Y así como el derecho en el orden particular es lo suyo de cada uno y en el general la adecuación de la conducta al bien común. Ese déficit o lo injusto, dará lugar a un derecho subjetivo, que en el ámbito privado será la acción y en el político el *ius puniendi*.

Pero no todas las injusticias son delito, sino que lo serán aquellas que además de afectar a otro -la parte-, compromete a la sociedad política -al todo-, que además

²Aristóteles en la “Ética Nicomaquea” Libro V “*De la Justicia*” dice que esta virtud trata de acciones a diferencia de las anteriores virtudes que son pasiones.- En cuanto virtud es el “...hábito que dispone a los hombres a hacer cosas justas y por el cual obran justamente y quieren las cosas justas.”- Para determinar lo justo, toma las distintas acepciones que poseen tanto lo justo como lo injusto, siendo que por esto último se entiende al transgresor de la ley, al codicioso y al inicuo o desigual, mientras que por justo pasa lo legal y lo igual, llegando así al primer concepto.-

Lo justo legal: siendo que el transgresor u observante de la Ley es respectivamente injusto o justo, “...todas las cosas legales son de algún modo justas.” Los actos prescritos por las leyes se conforman con los del valiente, el manso, el temperante y demás virtudes, proscribiendo los vicios, y así protegen la felicidad de la comunidad política, por ello, todo lo legal es un modo de justicia. -

Alteridad: “La justicia así entendida es la virtud perfecta, pero no absolutamente, sino con relación a otro ... porque el que la posee puede practicar la virtud con relación a otro ... parece ser la única de las virtudes que es un bien ajeno, porque es para otro...”

La Justicia Particular: Si justicia se refiere a lo legal y lo igual según lo dicho, lo igual es la parte y lo legal el todo. Esto es así porque la Ley ordena las acciones de todos los hombres conforme las virtudes educándolas para el bien común, mientras que lo igual es aquello que se da en el intercambio interpersonal, en cada acto. Por otro lado un mismo acto puede resultar injusto por atentar contra el orden establecido, o bien por procurar para el que lo realiza un lucro indebido. Así existen dos tipos de justicia, la general y la particular.

preestableció mediante la ley, aquellas conductas que deben evitarse o realizarse. Así la tipicidad opera especificando el género de antijuridicidades.

Aparece así que el delito viene a ser una conducta injusta que como tal priva del derecho al todo y a la parte, que debe ser reparada en el orden subjetivo y en el orden general político (bien común), pero que tiene una entidad propia y ontológica, y como tal convendrá analizar en qué consiste y si en función de su naturaleza aparece justificada la pena.

El principio de Causalidad

Las cosas, los fenómenos, la realidad, no existen fortuita y arbitrariamente de la nada, ni las construimos con el pensamiento; sino que tienen el ser por algo que los causa. Si es así, entonces las causas son los principios reales del ser. Ahora bien, si la realidad es el objeto de la inteligencia; y el ser, es la raíz de la inteligibilidad del ente; luego, las causas son principio y raíz de la inteligibilidad del ser, del ente y de la realidad. En palabras de Aristóteles -en el capítulo primero del libro V de la Metafísica³-, las causas son *“lo primero a partir de lo cual algo es, o se produce o se conoce”*. De allí se desprende que no se tiene un conocimiento perfecto; es decir, no se tiene un saber sobre algo -ciencia- si no se conocen las causas⁴.

En el capítulo segundo del libro V de la Metafísica, Aristóteles distingue cuatro causas como principios entitativos del ser: causa **material** *“aquello de lo cual se hace algo, siendo aquello inmanente en esto”*, **formal** *“la forma y el modelo, es decir la definición de la esencia”*, **eficiente** *“aquello de donde proviene el inicio primero del cambio y del reposo...lo que produce el cambio”* y **final** *“para lo cual o fin”* de una cosa⁵.

Para analizar qué cosa es el delito a partir de estos principios entitativos, partimos de la premisa que lo múltiple se relaciona entre sí en base a un orden y aquí la causa final resulta principio de ordenación, ya que el fin o para qué (causa final), es lo que genera el

³ Aristóteles “Metafísica” Gredos, Madrid, 2007 pag. 152 y sgte.

⁴ Puesto que creemos tener ciencia cuando sabemos la causa, y puesto que las causas son cuatro, a saber, una el qué es ser, otra el que tal cosa sea necesariamente al ser ciertas cosas, otra la que de qué movió primero tal cosa y cuarta el para qué. Aristóteles Segundos Analíticos LII C.11 94a 20.

⁵ Lo repite Aristóteles, Física L.II c.3 194b 15

movimiento (pone en acto la causa eficiente) que le da forma (causa formal) actualizando a la materia (causa material) que estaba en potencia.

El delito es una conducta voluntaria que priva de un bien al todo y a la parte, por lo que conviene analizar bajo dichos principios entitativos dicha “cosa”.

Santo Tomás le dedica en su suma teológica un tratado a los actos humanos, donde disecciona el voluntario, contabilizando doce momentos en los que las dos facultades de la razón -inteligencia y voluntad- interactúan hilemórficamente actualizándose recíproca y sucesivamente, desde la idea o aprehensión del fin general -por la inteligencia-, donde todo lo demás está en potencia, hasta la goce y reposo donde la voluntad posee en acto el bien querido.

Ocho momentos competen al orden de la intención -de los cuales cuatro refieren al fin y cuatro a los medios-; y cuatro a la ejecución⁶.

No podemos en esta breve exposición extendernos sobre el iter del voluntario, pero si podemos decir que en el hombre se da lo que Santo Tomás llama “voluntario perfecto”, porque a partir de sus facultades racionales puede conocer la verdad y querer el bien, y así definir sus actos a partir de la determinación de los fines, objeto y medios de su obrar (a diferencia de los animales donde el fin les es dado y por ende tiene predeterminado el objeto de sus actos -el perro come carne y no come pasto- y sólo tienen cierta capacidad de operar sobre los medios).

Pero en la facultad de autodeterminarse los fines, que constituye la libertad del hombre, tiene también la capacidad de no quererlos o incluso contrariarlos mediante acciones que siguiendo bienes de inferior jerarquía -siempre un acto humano persigue un bien-, contrarían el bien mayor o fin último -libre albedrío-.

Así un acto humano se define por su objeto, que es determinado por el fin. Cuando éste se ordene fin último será loable y cuando se desordene de aquél será reprochable.

⁶ Acerca del fin: 1° idea o aprehensión del fin “simplex apprehensio” -INTELIGENCIA-; 2° primera volición del fin “simplex volitio” -VOLUNTAD-; 3° Juicio del bien como conveniente y posible “iudicium de possibilitate” -INTELIGENCIA- y 4° Intención del fin “intentio” -VOLUNTAD-.
Acerca de los medios: 5° la deliberación “Concilium” -INTELIGENCIA-; 6° complacencia o consentimiento de los medios “consensus” -VOLUNTAD-; 7° último juicio práctico de preferencia sobre el medio más apto “iudicium discretivum” -INTELIGENCIA- y 8° elección “electio” -VOLUNTAD-.
Acerca de la ejecución: 9° orden o mandato “imperium” -INTELIGENCIA-; 10° Uso activo de la voluntad “usus activus”; 11° Ejecución por actos del entendimiento y todas las potencias y miembros “usus pasivus” -INTELIGENCIA- y 12° goce y reposo “fruitio” -VOLUNTAD-.

El delito es una conducta humana y como tal, tiene dos causas intrínsecas (material y formal) y dos extrínsecas (eficiente y final), que se identifican con **el objeto de la acción**; de la cual, la causa material será el hecho en su exteriorización material -modo, tiempo, lugar y circunstancias-; la causa formal es su antijuricidad (causa formal intrínseca) y su tipicidad (causa formal extrínseca); la causa eficiente será la voluntad y los actos por ella imperada que realizan la conducta, y la causa final que es **el fin que determina al objeto de la acción**.

Ello es así porque en materia práctica, la causa final es un constitutivo de la causa formal. A diferencia de lo que pasa con las causas naturales, donde la causa final de -vgr.- de un perro -continuación de la especie- es distinta de la causa formal -alma-; en materia práctica, el fin es un constitutivo de la causa formal, porque junto con el objeto opera como principal especificante de la acción⁷.

La conducta como un todo unitario se idéntica en su esencia con su objeto, que es el objeto material (causa material) y es el objeto formal (causa formal), que en el caso del delito se especifica como privación del fin último (bien común – justicia) y desordenación de la norma (tipo penal). Como la ley constituye causa formal extrínseca del objeto en cuanto expresión racional del orden al fin; y a su vez el objeto formal es ordenativo respecto del fin, podemos concluir que **la causa final de la acción humana es constitutiva de esencia del acto definido por su objeto formal como delito**.

Bonus track.

Como indica Lamas en la explicación que realiza en el último capítulo de “El hombre y su Conducta” sobre el mismo tratado que comentamos del aquinate, “*el amor es el primero de los actos de la voluntad, origen y fuente de los demás ...*”⁸ con lo que esa causa final que determina al delito estaría constituido por una especie de “desamor”.

⁷ Salvo que la causa formal ya sea el fin, que ocurre cuando no existe objeto mediato, y el objeto es el fin, donde ya no lo llamo fin porque llamo fin al objeto mediato, pero si no tiene un objeto mediato, tiene simplemente objeto. Pero si tiene ambos y el objeto inmediato está ordenado al objeto mediato, y entonces el fin es el principal especificante de la acción junto con el objeto porque el fin opera como principio formal de la causa formal.

⁸ Lamas, Félix Adolfo; “*El hombre y su conducta*” Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino” colección Circa Humana Philosophia, Buenos Aires, 2013 p. 249.

Carnelutti principia su Derecho Procesal Penal⁹, diciendo que “...*la causa del delito consiste en una deficiencia de amor...*” y si el derecho es *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) donde el “*summ*” o lo suyo del hombre, tiene una doble dimensión, su ser y su haber, donde el ser lo integra al todo social, y el haber lo referencia con lo demás entre partes, “... *por tanto ... el derecho tiene la razón de ayudar al individuo a ser lo que no es pero debería ser ... y si pues, el delito es el síntoma de una deficiencia de ser en quien lo comete, la pena debería servir para colmarla ...*” por ello “...*el derecho tiene razón y posibilidad de ayudar al hombre, no tanto a tener lo que no tiene pero debe tener, cuanto a ser lo que no es pero debe ser...*”. La pena es retribución que es una forma de atribución, de “atribuir a cada uno lo suyo”, resultando así “...*un enriquecimiento del ser del individuo, incluso el verdadero y único enriquecimiento de su ser, el acrecentamiento de su capacidad de amar.*”

Conclusión:

Parece necesario retomar un realismo jurídico que revise la conducta humana y al delito a partir de sus causas, y sobre dicha base, reanalizar la teoría del delito, la pena y en definitiva el derecho penal a partir de su realidad causal, realizando verdadera ciencia, y buscando las respuestas substanciales a los problemas que nos plantea la realidad humana en su condición más deplorable y que mantiene perplejo al derecho penal contemporáneo.

⁹ Francesco Carnelutti, “*Derecho Procesal Civil y Penal - Principios del Proceso Penal*”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, traducción del volumen italiano *Principi del Processo Penale*”, publicado por Morano Editore, Nápoli, 1960, T.II. “Derecho Procesal Penal”, pág. 7 a 9.