

MARQUARDT

TEMAS BASICOS DE DERECHO PENAL

Prólogo de
SEBASTIAN SOLER

ABELED0-PERROT

**TEMAS BASICOS DE
DERECHO PENAL**

EDUARDO H. MARQUARDT

TEMAS BASICOS DE DERECHO PENAL

Prólogo de
SEBASTIAN SOLER

ABELED - PERROT

BUENOS AIRES

Todos los derechos reservados
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723
© by Editorial ABELEDO-PERROT S.A.

Lavalle 1280-1328 - Buenos Aires - Argentina
Adherida a la Cámara Argentina de Editores de Libros

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene facultad a ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2, 9, 10, 71, 72 ley 11.723).

IMPRESO EN LA ARGENTINA

PROLOGO

Uno de los rasgos más acusados del carácter del autor de este libro fue el de poseer un sentido de autocrítica muy agudo. El precepto de Plinio el Joven que nos manda ser implacables con nosotros mismos e indulgentes con los demás, tenía en Marquardt un adepto fiel. En verdad, más que fiel, hasta extremoso era en cuanto a lo que de sí mismo exigía.

Ya en esto se distinguía del común. Dotado de una inteligencia a un tiempo sutil y profunda, de una inagotable capacidad de análisis y de un sentido de responsabilidad intelectual llevado hasta el escrúpulo, nunca le llegaba el momento de abandonar a su suerte como obra conclusa el fruto de su reflexión y de su trabajo. El era el antípoda del seudointelectual apresurado y del genio engolado en perpetua pose autoadmirativa.

Sólo los inaplazables deberes de la cátedra impusieron su ley. No hay más remedio: la clase debe ser comenzada, explicada y terminada, y todo ello debe ocurrir en no más de una hora. Todavía recuerdo la que puede considerarse la clase inicial en la carrera universitaria de Marquardt: la que dió en la prueba del concurso de oposición. Pocas veces he escuchado exposición tan clara, ordenada y fluyente de un tema cuya elaboración demanda una tarea paciente y compleja de absorción, ordenación y crítica de materiales.

Pues bien, a las urgencias inaplazables de la cátedra

debemos el presente desarrollo de diez temas básicos de la parte general de derecho penal.

En cada una de esas exposiciones está explicado el problema con notable claridad, lo cual da a esta obra un valor pedagógico grande. Además, el conjunto de la obra, al abarcar los temas de la acción, de la adecuación típica, de la antijuridicidad, de la justificación, de la imputabilidad, de la culpabilidad y del dolo, constituye, en realidad, el desarrollo de la teoría del delito.

La exposición, en todos los casos técnicamente impecable, siempre destaca las conexiones que los temas especiales guardan con valores humanos fundamentales. Justamente el olvido de ese vínculo suele ser la causa de discusiones y virtuosismos vanos muy corrientes hoy en la literatura penal. “No todos los que profesan determinada teoría penal —dice Marquardt— alcanzan a percibir totalmente cuáles son sus presupuestos filosóficos y políticos, qué consecuencias puede traer aparejadas fuera del campo técnico para el que ha sido primariamente concebida, o en qué medida puede ser eventualmente utilizada como instrumento de opresión”.

He ahí puesta la base sobre la que la obra se levantará. Ya en el primer tema sobre el concepto del delito no se trata de reeditar un índice de definiciones destinadas a ser memorizadas por el alumno y a hacer ingresar a éste, con ese bagaje, al campo de una erudición barata, superficial e indiferente. La conexión vital que se establece aquí es la que media entre el concepto de delito que se trata de establecer y la seguridad jurídica. Emplea para ello una forma dialéctica de exposición, consistente en explicar las consecuencias derivadas de los puntos de vista que se adopten, como antinomias inevitables, que ponen en evidencia lo que en la definición es solo virtual e implícito y que por ello puede pasar inadvertido.

Ese mismo mismo método mostrará en todos los temas el problema de sus entronques humanos, y a tal exa-

men serán sometidas también algunas modernas teorías que suelen ser acogidas con cierta apresurada superficialidad, especialmente en las cuestiones de la acción, la culpabilidad y el error, capítulos a los cuales el autor aporta puntos de vista originales, observaciones afortunadas, y críticas muy certeras, presentadas siempre con una repetuosa modestia que contrasta con el dogmatismo orgulloso y estrecho a que han venido a parar en estas latitudes algunas teorías más o menos felices en su origen.

Esa actitud del autor ante los problemas y ante el propio punto de vista acerca de ellos, es un rasgo difícil de definir. Sería, en efecto, muy errado interpretarlo como proveniente de un escepticismo radical, abarcante del propio pensamiento. Me parece que, por el contrario, Marquardt sentía intensamente que a pesar de los límites, topes y dificultades a que todo pensamiento está sometido, la capacidad de autocorrección y de enriquecimiento, insita en el espíritu humano, señala al intelecto una tarea irrenunciable. Queriendo o sin querer, hemos de seguir su curso, por fortuna, inagotable e inconcluso. El perfeccionismo de Marquardt arraigaba en la convicción de que ninguna palabra es la última palabra. Lo que hay que decir está siempre más allá de lo que podemos decir.

Pero esa distancia entre lo dicho y lo debido, ese desequilibrio, sólo lo siente el que vitalmente cree en esa verdad externa y lejana, a un tiempo elusiva e irresistible.

Esa fe ciertamente no es escéptica. Es la piedra sillar sobre la que se asienta la historia del pensamiento occidental. Solo quien sabe, como Sócrates, que no sabe, transita por la senda de la sabiduría, porque sabio es solamente el que quiere conocer.

El autor de este libro nos ha dejado así, pues, sin proponérselo, el fruto depurado de un espíritu agudo, reflexivo y exigente.

SEBASTIAN SOLER

Buenos Aires, agosto de 1976.

EL CONCEPTO DEL DELITO Y LA SEGURIDAD JURIDICA

I

Entendemos por seguridad jurídica la resultante de un complejo normativo que permite establecer y delimitar, de manera clara y precisa, las atribuciones de los órganos del Estado y los derechos y deberes de cada uno de los súbditos del ordenamiento jurídico.

Podemos pensar, como Sauer¹ que la seguridad es la ley jurídica fundamental, la encarnación de la justicia concreta. O podemos en cambio creer, con Radbruch², que justicia y seguridad son distintas exigencias, ambas integrantes de la idea del derecho, que pueden llegar, en ocasiones, a oponerse mutuamente. Sea ello lo que fuere, lo cierto es que si bien cabe concebir seguridad sin justicia, no es por el contrario posible imaginar justicia sin seguridad. La seguridad jurídica significa, en efecto, la negación de la arbitrariedad, del “*hoc volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas*”, que es la raíz misma de la injusticia.

¹ Filosofía Jurídica y Social, versión castellana de Luis Legaz Lacambra, Madrid 1933, página 221.

² Filosofía del Derecho, versión castellana de la Revista de D. Privado, Madrid 1944, página 95 y siguientes.

Si volvemos ahora la mirada al concepto del delito, comprobaremos que el pensamiento científico se halla dividido, en este punto, por ciertas oposiciones fundamentales.

Estas oposiciones no se deben sólo a discrepancias de orden sistemático. En lo profundo, ellas reposan sobre concepciones divergentes del mundo y de la vida, sobre ideales políticos contrapuestos.

No todos los que profesan determinada teoría penal alcanzan a percibir totalmente cuáles son sus presupuestos filosóficos y políticos, qué consecuencias puede traer aparejadas fuera del campo técnico para el que ha sido primariamente concebida, o en qué medida ella puede ser eventualmente utilizada como instrumento de opresión. Porque el derecho penal, que comporta la máxima intromisión del Estado en la esfera de libertad del individuo, es frecuentemente desviado de sus finalidades legítimas y puesto al servicio de las tiranías, para las que constituye un arma indispensable.

El objeto de esta exposición es mostrar esquemáticamente el significado de dichas antinomias conceptuales sobre el delito, en conexión con las exigencias de la seguridad jurídica.

* * *

II

La primera antinomia nos pone frente a frente con el problema de si es posible llegar a un concepto universalmente válido de delito, superando el relativismo propio de una concepción que podríamos llamar puramente política de la infracción delictiva para la cual es delito la acción prohibida bajo amenaza de pena por un orden jurídico positivo, y, como tal, cambiante.

A esa pregunta han respondido afirmativamente dos

corrientes de ideas opuestas en irreductible discrepancia, aunque ambas, sin embargo, tal vez, igualmente representativas de lo que se ha dado en llamar el pensamiento moderno, para distinguirlo por una parte del pensamiento escolástico medioeval y por otra, de los irracionalismos contemporáneos.

Esas dos corrientes de ideas: la de la llamada Escuela Clásica y la del positivismo, aparecen, en efecto, ante un análisis profundo, como expresiones de aquel racionalismo mecanicista que floreció en los siglos XVII y XVIII, pero cuyas últimas manifestaciones se encuentran todavía a lo largo del siglo XIX.

Podrá parecer extraña la ubicación que damos a la manera de pensar de los positivistas italianos, que inscribieron en sus estandartes la lucha contra la metafísica. Pero si recordamos los argumentos con los cuales Ferri creyó demostrar, con toda la ingenuidad de las obras juveniles, la para él indiscutible verdad del determinismo, advertiremos que su actitud tiene mucho más de común con la de Carrara, al proclamar su firme convicción en el libre albedrío, que con cualquiera de las formas con que el pensamiento contemporáneo enfoca el eterno problema de la libertad. Frente a Kant, cronológicamente anterior, los tipos de pensamiento de Carrara y Ferri son todavía representantes del siglo de las luces, superado ya por el idealismo trascendental ³.

Tanto en la concepción positivista como en la llamada clásica, aparece el delito como un ente sustentado sobre relaciones de carácter mecánico. Carrara opone a las fuerzas del delito, físicas y morales, las fuerzas de igual carácter de la pena. La fórmula del ente jurídico, que debía contener en sí "il germe di tutte le verità", no es más que la resultante de una contraposición de fuerzas

³ En fait, la doctrine positiviste n'est encore qu'un moment de l'âge métaphysique... Comte prolonge la tradition des penseurs du XVIII^e siècle bien plutôt qu'il ne s'oppose à elle... (Georges Gusdorf, "Introduction aux sciences humaines", París 1960, página 483).

mecánicas, y la pena tiene toda la invariable certeza de las leyes matemáticas que rigen aquellas fuerzas.

Desde las filas adversarias, Rafael Garófalo crea también otro ente, esta vez no jurídico sino natural, animado de igual virtualidad mecánica. Es cierto que ahora las fuerzas del delito no se hallan en una relación constante de contradicción con las de la "ley eterna del orden", pero en cambio lo están con los igualmente imperecederos sentimientos de humanidad y justicia; y la sociedad reacciona contra las fuerzas del delito con la necesidad propia de un organismo concebido al modo mecánico de la filosofía cartesiana. Recuérdesse que Ferri también hablaba de "la gran ley de acción y de reacción que domina tanto en el mundo físico como en el mundo moral".

Desde ambos campos se postuló, pues, la formulación de un concepto intemporal de delito, libre de relativismo. Mas la diferencia sustancial entre las dos posiciones se traduce en una muy distinta actitud frente a las exigencias de la seguridad jurídica. Carrara pone la esencia del delito en la infracción a la ley. El principio "nullum crimen nulla poena sine lege", baluarte de la seguridad, no es sólo, para Carrara, un imperativo de carácter político. Ese principio está, por decirlo así, ontológicamente presente en la idea misma de delito. Para el positivismo, por el contrario, la norma jurídica viene a resultar un cuerpo extraño en esa idea. Ni Garófalo ni Ferri (recuérdesse la definición del delito llamada de Ferri-Berenini) mencionan la ley entre las notas de su concepto. El delito es un fenómeno social, no un ente jurídico. Cómo este último pensamiento lleva en definitiva a un Código Penal sin parte especial, con la consiguiente anulación de la seguridad jurídica, no sólo lo demostró claramente el proyecto Krylenko, sino que lo preanunciaron los proyectos sobre estado peligroso sin delito que vieron la luz en nuestro país en la tercera década de este siglo.

No se crea que el peligro para la seguridad ha pasado con la superación del positivismo en el campo del de-

recho penal. La criminología, sobre todo en los países anglo-sajones, se inclina a no distinguir entre las diversas formas de la que llama "conducta social anómala", con lo cual se va creando un estado de opinión que no ve diferencia esencial entre la violación de la ley penal y otros comportamientos que se reputan socialmente perjudiciales. Si a ello se agrega que en el derecho penal mismo han aparecido nuevas direcciones, como la "defence sociale nouvelle", dirigida por autores de tanto renombre como Marc Ancel y Paul Cornil, que parten de principios semejantes, se comprenderá hasta qué punto esta oposición conceptual a que nos venimos refiriendo pone en juego permanentemente la subsistencia misma de las más importantes garantías individuales.

* * *

III

Es también necesario aludir aquí a la oposición entre dos distintos conceptos de la antijuricidad, como elemento o característica del delito, que han sido sustentados, sobre todo, en la doctrina germánica: antijuridicidad formal y antijuridicidad material.

El concepto de una antijuridicidad material responde a los pensamientos básicos de ciertas doctrinas, como la jurisprudencia de los intereses o la teoría sociológica del derecho, por una parte, y las corrientes fundadas en la filosofía de los valores, por otra, que se opusieron a la llamada jurisprudencia conceptual, propia del positivismo jurídico.

En el campo del derecho penal, el concepto de la antijuridicidad material fue sostenido por destacados autores alemanes, en gran medida, indudablemente, por la necesidad de subsanar notorias deficiencias en el sistema.

normativo vigente en aquél país. Esas deficiencias, que se manifiestan principalmente en un inadecuado e incompleto tratamiento de las causas de justificación, condujeron a dichos autores a sostener que una acción es verdaderamente antijurídica, no sólo por hallarse en relación de contradicción con las normas del derecho, sino por la efectiva lesión que cause a ciertas instancias extra-legales de valoración. Así, la antijuridicidad consistiría, esencialmente, ya en la lesión de intereses socialmente importantes —esto es en el carácter antisocial del acto (Von Liszt); ya en la contradicción de ese acto con las normas de cultura (Mayer), ya en su oposición al bien común (Sauer), ya en su negación de la idea del derecho, concebida a la manera de Stammler, como lo sostiene el conde de Dohna.

Por cierto que estas teorías se hallaban enderezadas prácticamente a que se declararan lícitas, y en consecuencia impunes, ciertas acciones que aparecen como intrínsecamente justas, aun cuando debido a la insuficiencia de la legislación fueran formalmente opuestas a una norma jurídica.

Desgraciadamente, la concepción de una antijuridicidad material, estructurada con tan loables propósitos, al concluir que la verdadera “ratio essendi” del delito no estriba en la contradicción de la acción con el derecho sino en su característica de ser realmente antisocial o contraria al bien común o a las normas de cultura, se presta a ulteriores e imprevistos desarrollos que pueden conducir en definitiva a la destrucción de la seguridad jurídica.

En efecto, tal vez por una especie de necesidad dialéctica derivada de su propia esencia, tal vez por otras razones menos puras, estas doctrinas, que en un comienzo constituyen sólo un método más flexible de interpretación de la ley, pueden ser llevadas, y de hecho lo fueron, a la negación final del principio “nullum crimen nulla

poena sine lege" ⁴. Se sustituye entonces este principio por el de la analogía, y la sanción se aplica, no en virtud de la ley anterior al hecho del proceso, sino a raíz de la captación intuitiva de la antijuridicidad material de la conducta, sea que se considere a ésta contraria a las supremas exigencias de la sangre y de la raza, o a los igualmente supremos intereses de la clase obrera y campesina. Las consecuencias nefastas de este criterio, por todos conocidas, no necesitan ser puestas aquí de manifiesto.

Huelga señalar que los reparos a una concepción material de la antijuridicidad no implican afirmar que la dogmática deba esterilizarse en una mera comprobación, ciega a los valores, de la contradicción formal entre una acción humana y una norma jurídica. Como lo ha puesto de manifiesto Soler, "la punibilidad de un hecho concreto no sólo depende de esa norma particular, sino también de toda otra disposición jurídica que contribuya o pueda contribuir a determinar la licitud e ilicitud de un hecho, porque un hecho es lícito cuando es conforme con el derecho como totalidad".

La realidad jurídica es, sin duda, de esencia valorativa, pero sus valores están dados por el ordenamiento jurídico, y hemos de someternos a ellos, cualquiera sea nuestra particular opinión sobre la concordancia que pueda existir entre determinada acción y ciertos intereses o valores sociales a los que el derecho no haya dado su espaldarazo normativo.

* * *

⁴ "Alles was dem Volke nutzt ist Recht, alles, was ihm schadet ist Unrecht", palabras de R. Frank, presidente de la Academia del Derecho Alemán, citadas por A. Baratta, "Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza", Milán 1963, pág. 46.

IV

Otra antinomia conceptual se manifiesta en la oposición al tradicional criterio lógico, con que fue estudiada la infracción delictiva desde el siglo pasado, y al que se pretendió sustituir mediante una captación intuitiva de la esencia del delito.

Ello no fue sino la reproducción, en este especial sector del pensamiento, del ataque frontal desencadenado contra el predominio de la forma lógica del pensar por todas las corrientes irracionalistas, que podrían ostentar como lema común el de representar la rebelión de la vida contra la idea, la afirmación de que sólo es posible captar la esencia de las cosas mediante procedimientos inefables y no a través del conocimiento discursivo; en síntesis, para usar una expresión cara al existencialismo, la proclamación de que la existencia precede a la esencia.

Podemos pues parificar, en el aspecto que nos interesa, la concepción analítica del delito con el predominio de una consideración lógica de las normas jurídicas, y por el contrario, una consideración unitaria del delito con un modo irracionalista de aprehensión del derecho.

Conviene recordar que los representantes científicos del derecho penal liberal, a quienes luego se denominó clásicos, habían construido ya un concepto dicotómico del delito, que se manifestaba en la distinción entre el elemento material u objetivo y el elemento moral o subjetivo de la acción delictiva, que, en su conjunto, se presentaba como infracción de la ley penal. Tal fue, según pensamos siguiendo a Antolisei, la concepción de Carrara, pese a que algunos juristas italianos han pretendido encontrar en su conocida referencia a la "disonancia armónica" el germen de la moderna idea de la antijuridicidad, señalando así a Carrara como precursor de la idea tricotómica de los elementos del delito.

Esta última idea fue sistematizada, como es sabido, por la ciencia jurídica alemana, que distinguió tres elementos esenciales en el concepto de delito: acción, anti-juridicidad y culpabilidad, elementos que encontramos, con diversas variantes que fuera aquí imposible señalar, en las definiciones dogmáticas de destacados penalistas alemanes: Beling, Mayer, Mezger, para no citar sino a los más prominentes. A tales elementos conceptuales, integrantes de la idea del delito, uniósse explícitamente, a partir de 1906, fecha de aparición de la obra de Beling, "La teoría del delito", la tipicidad, considerada en definitiva como la adecuación que debe existir entre el hecho y una bien delimitada descripción esquemática contenida en la figura legal.

El concepto de delito así estructurado se ha mantenido sustancialmente hasta en las más nuevas orientaciones de la ciencia jurídico-penal, inclusive en la llamada teoría de la acción finalista, uno de cuyos sostenedores: Maurach, agrega todavía un nuevo elemento: el de la llamada responsabilidad por el hecho.

La claridad y eficacia de la construcción analítica para el estudio científico del delito son innegables, puesto que permite ir examinando en ordenada sucesión cada característica del objeto como un prius lógico de la siguiente, aunque no implique por cierto suponer dividido en la realidad lo que sólo por razones metodológicas es estudiado separadamente.

Ello no obstante, el criterio que acabamos de exponer fue combatido por una corriente de pensamiento que postula una concepción intuitiva del delito, suponiendo que quienes practican el método lógico "disponen de los elementos pero se les escapa el vínculo espiritual", para usar las palabras que Goethe pone en boca de Mefistófeles en el acto primero de Fausto.

Esta concepción, que se presenta bajo diversas formas, desde las atenuadas posiciones de Carnelutti o de

Maggiore o aún de Antolisei, hasta el exacerbado psicologismo de los autores nacional-socialistas, es particularmente adecuada a las ideas totalitarias, para las cuales el delito, como voluntad individual rebelde a la voluntad colectiva, es un acontecimiento unitario y orgánicamente homogéneo que no se deja aprehender en partes singulares⁵.

La concepción unitaria del delito tuvo cierto eco en nuestro medio científico, a través de una paradójal unión entre el irracionalismo y la teoría pura del derecho de Kelsen. Pero es justo advertir, ante todo, que muchos de quienes la sostuvieron se hallaban lejos de compartir las razones que la hicieron particularmente aceptable para ciertas ideologías políticas. Entre esos sostenedores debe citarse a Landaburu, quien construyó elegantemente una teoría del delito como estructura, trasladando al campo jurídico la noción de forma o "Gestalt", que, empleada por un grupo de psicólogos alemanes opuestos a la psicología de la asociación, fue extendida luego a diversos campos del saber, entre ellos, el sociológico.

El delito, objeto estructural, no podría ser captado en su verdadera esencia como una mera suma o superposición de elementos, sino como una totalidad inescindible, que escapa al conocimiento analítico y sólo sería accesible a lo que esta teoría, sin precisarlo demasiado, llama la comprensión del objeto, que revelaría la esencia de éste.

No puede caber aquí una más detallada consideración de la posición que comentamos, ni la enumeración de los motivos en cuya virtud la estimamos inadmisibles. Pero fuera de las razones de carácter práctico que deja-

⁵ Maurach alude a "aquellas tentativas de construcción típicamente nacional socialista que, por iniciativa de la llamada dirección de Kiel (a partir de 1935), propugnaron una consideración unitaria del delito, previo repudio del "malsano pensamiento divisionista" (ungesundes Trennungsgedenken) tradicional". (Evolución de la dogmática del Delito en el más reciente Derecho Penal Germánico, en Riv. Ital. di D. P., 1949, pág. 637).

mos expuestas al señalar las ventajas del procedimiento lógico, razones que no deben ser menospreciadas si se tiene en cuenta el carácter eminentemente pragmático del derecho, debemos señalar que, a nuestro juicio, la base del que podríamos llamar “estructuralismo jurídico”, su consideración inicial del derecho como conducta, es lo que torna a esta teoría particularmente peligrosa para la seguridad jurídica. Si el derecho es conducta, vale decir una realidad natural, su comprensión no puede circunscribirse a un limitado número de notas (contrariamente a lo que ocurre con un objeto ideal, el triángulo, por ejemplo).

En el proceso de conocimiento de la realidad natural siempre aparece algo nuevo, porque esa realidad es inagotable. Pero si admitimos que lo mismo debe ocurrir con el Derecho, si aceptamos que la solución de las cuestiones jurídicas no se encuentra ya de alguna manera prefigurada por el conocimiento del sistema normativo, entonces las decisiones de los órganos del Estado, las sentencias judiciales, podrían aparecer fundadas en razones totalmente imprevistas e imprevisibles, ante los asombrados litigantes, como surgieron ante los ojos absortos de Loewenwoeck, a través de su lente rudimentario, los primeros microbios conocidos.

* * *

V

Hay otra antinomia que ha colmado la historia más cercana del pensamiento jurídico penal.

La concepción tradicional del delito reposa fundamentalmente en el hecho humano, en la acción humana, que aparece como objetivamente lesiva de los bienes tutelados por las normas jurídicas. Comenzando con un criterio crudamente basado en la sola producción del re-

sultado, criterio característico del derecho primitivo, según lo acepta la generalidad de la doctrina con la destacada excepción de Binding, la idea del delito fue subjetivándose paulatinamente, por la exigencia de la culpabilidad, a través de la evolución histórica del derecho penal. Más no por ello, y pese a la merecida importancia que debe darse a la culpabilidad, perdió el concepto de delito su característica más relevante, esto es, la de consistir siempre en un hecho externo que lesiona o pone en peligro ciertos bienes ⁶.

No es necesario insistir sobre el aspecto garantizador de la seguridad jurídica que reviste este criterio. La exacta descripción legal de la acción se combina con la exigencia de que dicha acción debe afectar concretamente un bien jurídico, para poner un límite a las posibles arbitrariedades de los órganos de aplicación del derecho.

Los ataques contra esta concepción han provenido de distintos campos. Uno, de aquella idea bismarkiana del derecho penal, sostenida principalmente por Binding, que hacía radicar la esencia del delito en la violación de un deber de obediencia al Estado. Este punto de vista, después de haber cedido ante la teoría de la lesión de bienes, reapareció, como veremos, animado de un sentido sustancialmente diverso, con la nueva concepción autoritaria del estado nacional-socialista.

Otro ataque contra la concepción objetiva del delito provino del positivismo, para cuyos partidarios el hecho tiene solamente un mero valor sintomático, que permitirá atrapar lo que es realmente la esencia del delito: la peligrosidad criminal del delincuente, descubierta a través de una indagación fundada en las ciencias biológicas y sociológicas.

Esta doctrina habría sin duda de llevar a la desaparición

⁶ Ver sobre este aspecto la clara exposición de R. Saleilles en "La individualización de la Pena", especialmente página 233 y siguientes de la versión castellana (Madrid 1914).

ción de la idea objetiva del delito. Apenas pretexto para una investigación profunda del carácter antisocial del individuo, la acción podría ser sustituida, como puro elemento sintomático que es, por cualquier otro dato que revelara la peligrosidad del autor. En efecto, la idea de que la acción antijurídica establece por sí sola la peligrosidad —idea central de Ferri— no es aceptada por otros, tales como Grispigni y Florian, en cuyo concepto, más adecuado a la verdadera esencia del positivismo, la ciencia deberá averiguar, en cada caso, si el individuo es o no peligroso. Así, no diremos que se prescinde totalmente de la acción delictiva, pero sí que se toma a ésta, como a cualquier otra de las que haya podido realizar el sujeto, sólo como uno entre tantos medios de llegar al diagnóstico de la personalidad peligrosa.

No hace falta destacar que si se sustituye el acto por la peligrosidad, como fundamento de la imputación, el principio de reserva “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, no obedece ya a una exigencia ontológica, sino que por el contrario, aparece como totalmente desvinculado del sistema. En efecto, la peligrosidad no puede ser tipificada en la ley. Así lo demuestra el fracaso del intento de encerrar en una única tipología biológica de delincuentes la multiforme variedad de la psiquis humana. Lo afirma Exner: “de las tentativas verificadas hasta ahora para llegar a una clasificación satisfactoria o a una tipología del delincuente debe sacarse, en todo caso, la enseñanza de que no hay ninguna clasificación única y absolutamente cierta, sino más bien muchos esquemas de clasificación completamente distinta”⁷.

A la subjetivización propiciada por el positivismo, cabe agregar la que propugnaron, en un momento particularmente sombrío de la historia del pensamiento europeo, los sostenedores del llamado derecho penal de autor, presentado como reacción contra el derecho penal liberal,

⁷ “*Biología Criminal*”, página 339.

ese derecho llamado “burgués”, al cual se reprochó desde ambos extremismos, según lo sintetiza Radbruch⁸, separar la consideración de la acción delictiva de la del hombre que la realiza, de la misma manera que en la regulación de las relaciones económicas privadas, ese mismo derecho “burgués”, separaría, a juicio de aquéllos, la “mercancía trabajo” de su propietario, desindividualizado y negado en su condición humana.

Estos penalistas (recordemos entre ellos a Dahm y Schaffstein) sustituyen el concepto objetivo de la infracción por otro exasperadamente subjetivo, proclamando que la esencia del delito está constituida por la voluntad rebelde del delincuente. El delito no está pues en el hecho del hombre, sino en un momento anterior: el momento en el cual la voluntad se rebela o “desfallece”, para usar la expresión de Wolff. De ahí que no sólo la tentativa, sino también los actos preparatorios —¿y por qué no la mera intención?— deban ser reprimidos con igual severidad que el delito consumado.

El mismo sentido tiene, en este intento de “personalización” del delito, como lo denomina Altavilla, la creación de los llamados “tipos de autor” con el propósito de reemplazar las tradicionales figuras delictivas: los tipos de delito. La ley no establecerá sanción para el que mate a otro con premeditación, sino para el asesino; para el que se apodere ilegítimamente de una cosa total o parcialmente ajena, sino para el ladrón, y así sucesivamente. El manifiesto peligro de arbitrariedad que trae esta concepción es mayor si se tiene en cuenta que, como lo afirma Mittermayer⁹, no hay uno sólo de estos tipos de autos que pueda ser científicamente caracterizado. ¿Cómo se llegará pues a establecer que una persona encuadra dentro de determinado tipo de autor? Solamente gracias al “sano

⁸ Op. cit., página 217.

⁹ W. Mittermayer: “Der Tätertyp im Strafrecht” en *Rev. Pen Suisse* 56 Jahr 1942 cit. por Juan del Rosal en “La personalidad del delincuente en la técnica penal”, Valladolid, 1953, páginas 56 y 64.

sentimiento del pueblo", especie de máscara por cuya boca dicta oráculos infalibles el partido gobernante.

Pasó el momento histórico que impuso estas teorías. Volvieron a su antigua circunspección científica viejos profesores que las aceptaron, tal vez en la medida exacta determinada por el instinto de conservación. Ahora, después de la terrible lección pasada, el mantenimiento de un concepto objetivo de delito aparece más que nunca necesario para la seguridad jurídica, presupuesto de esa libertad que, según parece demostrarlo la Historia, nunca debe considerarse definitivamente conquistada.

* * *

VI

No me es fácil apreciar en qué medida puede considerarse alcanzado el objeto que perseguía esta exposición. Quedan seguramente muchos cabos sueltos, algunas cuestiones fundamentales han sido meramente indicadas, y, tal vez, muchas afirmaciones aparecen presentadas de modo demasiado general o absoluto, debido a la necesaria brevedad de una disertación de esta naturaleza.

Pero si, por lo menos, he conseguido señalar, como merecedoras de una mayor profundización, ciertas conexiones que no suelen advertirse claramente o a las cuales no se da la debida importancia, habré obtenido mi finalidad principal.

PROBLEMATICA DEL CONCEPTO DE ACCION

Cuando nos referimos en una conferencia anterior a la tradicional concepción dogmática del delito, recordamos su esencia "polícroma", al decir del jurista alemán Engisch, su peculiar estructura, constituida por una serie escalonada de valoraciones, cada una de las cuales presupone una valoración anterior. Objeto de esa serie de valoraciones sucesivas es generalmente considerada la acción humana, a la cual se atribuyen las características de ser típicamente antijurídica y culpable. Llamamos problemática del concepto de acción, expresión que pertenece al penalista Edmund Mezger, al conjunto de problemas que suscita la pretensión de establecer la verdadera naturaleza de ese objeto de las valoraciones de antijuridicidad y culpabilidad, de ese sustantivo al cual se refieren las adjetivaciones que, al separarlo de otros de su mismo género, constituyen la especie denominada delito.

En realidad, esta problemática, que sólo podrá ser señalada aquí muy someramente, comienza ya desde antes del concepto de acción, pues se pregunta si efectivamente la realidad básica sobre la cual debe estructurarse la noción de delito ha de ser la acción humana, o si, en cambio, la piedra angular sobre la cual debe edificarse ese concepto no será otra realidad, más apta que la acción para señalar lo que es verdaderamente primario en el delito.

Esta es pues la primera cuestión que debemos examinar. La segunda consiste en decidir si el concepto de acción es un concepto prejurídico, esto es natural, o, en cambio, un concepto normativo que ya implica, por tanto, una valoración de primer grado, anterior a las de antijuridicidad y culpabilidad. La tercera cuestión está concretamente ligada con la más nueva teoría del delito, la teoría de la acción finalista, y se pregunta, en definitiva, si el concepto ontológico de la acción debe ser acogido con todos sus atributos por la dogmática, o si, contrariamente, la teoría del delito puede, como lo ha venido haciendo, en forma tradicional, separar el elemento esencial de la acción: la finalidad, para considerarlo tan sólo en el último momento del análisis, al apreciar la culpabilidad del autor.

Examinando, pues, estos problemas en el orden señalado, nos encontramos en primer término con ciertas teorías que no parten de la acción para constituir la en el eje de la concepción del delito. Sería tal vez posible dividir dichas teorías en dos grupos, según coloquen como centro del sistema a una realidad anterior o posterior a la acción.

En el primer grupo podríamos colocar a todos aquellos autores que comienzan por la consideración de algo que sin duda antecede a la acción misma, o sea, precisamente, el hombre que la realiza. Pero aún en este grupo cabe distinguir dos puntos de vista netamente diferentes, mejor dicho, opuestos.

El primero de estos puntos de vista era común en la antigua doctrina penal, que colocaba en lugar preeminente no al hecho delictivo, sino al agente o sujeto activo del delito. Es característica en este sentido la construcción de Ortolan, el célebre penalista francés, que en sus "Elementos de Derecho Penal", dice: "El orden lógico en el estudio de los elementos diversos del delito es pues aquél en el cual se suceden los acontecimientos: 1ro.) el agen-

te o sujeto activo del delito; 2do.) el paciente o sujeto pasivo del delito; 3ro.) el delito, producto de estos dos factores; 4to.) las reparaciones y las penas, consecuencias jurídicas del delito". Y, en el estudio del primer elemento: el agente o sujeto activo, considera en primer lugar la imputabilidad, concebida como una verdadera capacidad de acción desde el punto de vista jurídico. La imputabilidad del agente es también considerada como la base del delito por los criminalistas alemanes llamados Hegelianos del siglo pasado, discípulos de Hegel—entre ellos Berner— y, en tiempos muchos más modernos, por Carlos Binding, quien definió también a la imputabilidad como capacidad de acción, colocando por tanto la consideración del autor como previa a la del hecho por él cometido. Mezger atribuye a Von Hippel la misma idea, pero la verdad es que en la traducción italiana del Manual del Derecho Penal de Von Hippel, única obra de este autor que he podido consultar, aparece la imputabilidad como fundamento no de la acción sino de la culpabilidad (página 180), tal como lo hace la teoría generalmente aceptada en la actualidad.

Desde un segundo punto de vista, como antes dije, totalmente opuesto, ya que niega la existencia misma de la imputabilidad moral, reemplazándola por la de responsabilidad social o imputabilidad legal (que prácticamente abarca a todas las personas) y por lo tanto niega la diferencia entre imputables e inimputables, la Escuela Positiva de Derecho Penal puso al delincuente como base y punto de partida de su teoría, y, más precisamente, la peligrosidad de ese delincuente y no la acción realizada, como motivo y fundamento de la aplicación de sanciones criminales.

En el proyecto de Ferri de 1921 se procuró, según lo señala Jiménez de Asúa, que "el centro de las leyes penales pasara del delito al delincuente". La acción realizada es mero síntoma de la peligrosidad, y el agente es punible, no por la comisión de aquélla acción, sino por

la peligrosidad que ella revela. Grispigni lo dice claramente: "El que infringe una norma penal es punible a causa y según la cuantía de anormalidad físico-psicológica (peligrosa) que ha demostrado en el acto delictivo". ("La moderna ciencia criminal en Italia", *Scuola Positiva*, Junio 1909, pág. 337). Igual posición es mantenida por Florianí.

Dos autores alemanes: Tassar y Kolmann, han sostenido una teoría fundamentalmente similar a la del positivismo italiano. Mezger y Jiménez de Asúa, que sigue a aquél, llaman a ésta "la concepción sintomática del derecho penal". "La acción no debe formar la base propia de la pena, sino que ha de ser más bien un indicio, una señal, un síntoma de una situación determinada, y, desde el punto de vista jurídico-penal, significativa respecto del autor... No se castiga a uno porque haya cometido un hecho punible, sino porque es una persona socialmente peligrosa, como se desprende del propio hecho que ha cometido. Por tanto, el fundamento verdadero de la pena está situado en la peligrosidad personal del autor". He querido leer textualmente estas palabras de Mezger, porque son ilustrativas del olímpico desprecio con que tratan la mayor parte de los autores alemanes a las teorías ajenas a su país. Porque bien claro se vé a través de esta reseña, que Tassar y Kolmann no han inventado nada, ya que esos conceptos habían nacido a fines del siglo pasado por obra y gracia del positivismo italiano.

Recordemos ahora que también hemos hecho referencia a otro grupo de autores que a la inversa de estos a que acabamos de aludir, colocan como centro del sistema algo que es posterior a la acción misma, porque ya implica una tipificación o valoración de ésta por el orden jurídico. Entre estos autores citaremos en primer término a Gustavo Radbruch, el ilustre filósofo del derecho y penalista alemán, quien ha sostenido que la conformidad al tipo legal debe ser el punto de partida de la teoría del delito puesto que, en definitiva, el concepto de acción

que utiliza el derecho penal no es ni puede ser otro que el que resulta de los diversos tipos legales, es decir, de la descripción que hace la ley de ciertos acontecimientos en los que interviene el hombre, y a los cuales liga la aplicación de una pena. Según Radbruch, el concepto pasivamente naturalista, y por lo tanto prejurídico de acción no es apropiado para desempeñar la misión que le asigna la dogmática. Cualquier especie penal que se elija, afirma, como por ejemplo, el maltrato, la difamación, etcétera, no puede concebirse como una acción pensada extrajurídicamente sino como “un acontecimiento de la vida social adecuado a un tipo legal”. En el mismo sentido, niega Radbruch que exista un género de acción que abarque tanto la comisión como la omisión, y por ello arriba a la conclusión de que la única característica común a ambas es la de ser acontecimientos previstos en los tipos legales como presupuesto de la sanción punitiva.

La posición de Radbruch es compartida en lo esencial por Alexander Graf zu Dohna, distinguido jurista y discípulo del filósofo del derecho Rodolfo Stammler, dos de cuyas obras más importantes están traducidas al castellano: “La ilicitud” y “La estructura de la teoría del delito”. Dohna también piensa que corresponde comenzar con la teoría del tipo penal, y así efectivamente da principio a la obra que he citado en último término. Afirma que, sin duda, primordialmente todo delito es acción, pero añade: “Hasta qué punto esa afirmación debe ser rectificadora resultará de posteriores consideraciones”. Esas posteriores consideraciones se refieren, por ejemplo, a que no es esencial al delito un aspecto exterior perceptible por los sentidos, pues ello falta en los delitos de omisión propios, y, por otra parte, a que existen delitos en los cuales nos encontramos con un resultado, es decir, con una modificación del mundo exterior, sin que el autor haya realizado ningún movimiento corporal, como ocurre con los delitos de comisión por omisión. Por otra parte, si quisiéramos demostrar que lo que es característico de

la acción delictiva es la voluntad, nos encontraríamos con que hay casos en los cuales la pena se vincula a una actividad sin voluntad o también a una omisión involuntaria (madre que por dormir imprudentemente al lado de su hijo pequeño, al darse vuelta lo asfixia; vecino que en las mañanas de helada se olvida de echar ceniza sobre la acera para evitar accidentes). En estos casos, afirma Dohna, tenemos ciertamente delito, pero no acción. Estas consideraciones explican pues por qué debe partirse de la teoría del tipo legal, que es el que confiere significado jurídico a estos acontecimientos que, pensados desde un punto de vista estrictamente natural, no podrían ser calificados como acción.

En una corriente de pensamiento en cierto modo similar, debe colocarse a otro jurista alemán, Guillermo Sauer, cuyo Tratado de Derecho Penal, traducido al castellano por el penalista español Juan del Rosal, merecería ser más conocido por la originalidad y profundidad de sus conceptos, si bien a ello se opone el estilo particularmente confuso de su traductor. Comienza Sauer la parte de su Tratado concerniente a la teoría del delito no con la acción sino con la antijuridicidad. Considera al delito como "la puesta en peligro ético —socialmente reprochable de valores protegidos por el derecho". Inicia pues el tema con la consideración del delito como injusto, injusto material en cuanto se opone a la justicia, a la seguridad y al bien común, injusto formal en cuanto constituye el tipo legal al cual va ajena la pena. Señala con agudeza que si bien procesal y lógicamente la acción es anterior, en cambio, desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, la gradación inversa es la verdadera: antes, en primer lugar, debe establecerse la pauta de valoración y se ha de determinar y conocer en qué consiste la suprema adecuación al Derecho. Recién entonces podrá tomarse de la vida social un objeto: la acción, para valorarlo de acuerdo con aquellas pautas. Solamente así, afirma, se puede tratar jurídico-penalmente la omisión, que para

la consideración natural es una nada, y para la ciencia del derecho un objeto positivo.

También coincide en lo sustancial con los puntos de vista expuestos la opinión de Guillermo Gallas, profesor de la Universidad de Heidelberg y autor de una monografía titulada "La teoría del delito en su momento actual" (traducida al castellano) que ha cobrado merecido renombre, y en la que afirma que sólo puede servir de elemento primario en la construcción del delito el constituido no por la acción en general, sino por la acción típica, por la conducta concreta descripta en el tipo delictivo. El concepto general de acción tiene una función meramente negativa, pues sólo sirve para poner de manifiesto que no es acción el hecho determinado por fuerza física irresistible, actos reflejos, estado de inconsciencia, etc. (páginas 22 a 24).

Para resumir nuestras conclusiones acerca de estas teorías que colocan antes o después de la acción el elemento primario del delito, podemos afirmar que los autores que pretenden anteponer la consideración del agente a la de la acción no han conseguido modificar las bases tradicionales de la dogmática. Podemos felicitarnos por ello, puesto que en una conferencia anterior ya tuvimos ocasión de referirnos a los peligros que entraña una concepción del derecho penal basada no sobre el hecho sino sobre el autor.

En cambio, las razones de los que pretenden partir del tipo legal o de la antijuridicidad como conceptos centrales de la teoría del delito han conducido, no a cambiar totalmente la sistemática actual, pero sí a que se advierta mejor el peculiar sentido y significado que el concepto de acción tiene en el derecho penal.

A ello precisamente se refiere la segunda cuestión que nos habíamos propuesto como objeto, la de resolver si el hecho humano o acción que constituye la base del delito puede ser definido naturalmente, es decir si es una realidad perteneciente al mundo del ser, o si por el con-

trario su esencia es normativa, ello es perteneciente al mundo del deber ser, e implica por lo tanto ya un proceso de valoración previo a los necesarios para la calificación de antijuridicidad y culpabilidad.

La concepción naturalista de la acción podría ser vinculada con la teoría de Franz von Listz, el máximo representante de la escuela de la Política Criminal, que tanta influencia tuvo sobre nuestro código penal.

Para Von Listz, la acción es esencialmente la modificación del mundo externo como efecto de una voluntad humana. Esta modificación del mundo externo es una modificación de carácter físico: es no sólo la muerte de la víctima en el homicidio sino también la vibración de la atmósfera y los procesos fisiológicos del ofendido en los delitos de injuria verbal. El contenido de la voluntad, lo que en concreto el autor quería realizar, no pertenece al concepto de acción sino al de culpabilidad. Aparece pues la acción predominantemente como una realidad causal-mecánica, originada, es cierto, por un acto de voluntad, pero cuya esencia se manifiesta en el efecto que ella produce. Ese efecto, en el ámbito de la antijuridicidad, se manifiesta en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido.

La noción natural de la acción, libre de valoraciones, parecía especialmente apta para insertar luego en ella las características valorativas de la antijuridicidad y la culpabilidad. Como quiera que la antijuridicidad se consideraba, materialmente, como una mera causación de un resultado dañoso, este concepto de acción podía servir tanto para los delitos dolosos como para los delitos culposos. En tal aspecto, y sólo al llegar a la culpabilidad se resolvía si el autor había querido o había previsto ese efecto (dolo); si, en cambio no lo había previsto, siendo previsible (culpa) o, por último, si el autor era inculpa-ble por la presencia de error o coacción.

La evolución del pensamiento dogmático llevó sin embargo, sobre todo debido a la influencia de la filosofía

de los valores, a la inevitable conclusión de que un concepto natural de acción, libre de valoraciones no era más que una ilusión, una de las tantas ilusiones que produjo la tendencia de la filosofía positivista, a fines del siglo pasado y comienzos del presente, al pretender aplicar a la realidad que contemplan las ciencias sociales los conceptos extraídos de las ciencias de la naturaleza.

El tiempo no nos permite explayarnos sobre todas las razones que destruyeron aquella ilusión. Trataremos de esbozar sólo las que nos parecen más importantes para mostrar que el concepto de “acción”, “hecho” o “acto” que las leyes penales vinculan a la amenaza de la sanción, importa ya una valoración, y pertenece al dominio del Derecho, y tal vez en ciertos aspectos al dominio del Derecho Penal en particular. Veamos algunas de estas razones:

Primero: en el transcurrir del acontecer vital, la selección de ciertos aspectos de la conducta humana, constituidos tal vez por actos diversos, a fin de encerrarlos en una unidad dotada de sentido, llamada acción, implica ya una toma de posición exclusivamente jurídica. La acción castigada por el art. 208 del Código Penal: ejercicio ilegal de la medicina, se realiza sólo si existe repetición de ciertos actos (el que habitualmente recetare, etc...). La acción de robar está constituida por diversos actos totalmente dispares: apoderamiento de una cosa mueble total o parcialmente ajena, violencia en las personas, fuerza en las cosas. Hasta en la acción de matar está normativamente incluida la posibilidad de ciertos actos previos constitutivos de lesiones, según lo enseña la teoría del concurso de leyes al tratar la relación de consunción.

Segundo: la omisión, que se considera una de las especies de la acción, no es una realidad natural ni implica modificación alguna del mundo externo. Es solamente un juicio valorativo en cuya virtud afirmamos que alguien ha faltado a su deber de hacer algo, impuesto por el Derecho. La observación, frecuentemente repetida por los

autores, de que la omisión es un concepto natural porque también es conducta humana, es decir algo positivo, falla por su base y es una mera petición de principio ya que precisamente la llamamos conducta porque previamente la hemos calificado de omisión.

Tercero: ni siquiera la relación causal, es decir, la conexión que debe existir entre una conducta humana y un hecho para que pueda afirmarse que éste es resultado de aquélla, verbigracia, para que pueda decirse que "X" ha matado a un hombre o que "Y" ha causado un incendio, esa relación causal no es la relación causal de la ciencia física. Superada ya la teoría de la pura equivalencia de condiciones, todas las teorías de la causalidad se basan sobre puntos de vista estrictamente jurídicos. Tanto la teoría de la "causalidad adecuada" (adoptada en principio en nuestro Código Civil) como la de la llamada "relevancia jurídica", aceptada por Mezger, o la llamada de la "causalidad típica", sostenida por Beling, e inclusive la teoría de "la acción humana", propugnada entre nosotros por Soler, destacan la peculiaridad del proceso en cuya virtud el Derecho realiza la llamada "imputatio facti", y en el que debe privar sobre todo la comprensión del sentido y significado de los tipos legales. El criterio de causalidad con que trabaja el Derecho Penal es pues netamente jurídico y ajeno a la concepción puramente natural del nexo causal.

Cuarto: todavía guarda menos relación con un pretendido concepto natural de la acción la llamada relación causal en los delitos de comisión por omisión, es decir en aquéllos en los cuales se imputa determinado hecho dañoso a la persona que tiene el deber jurídico de evitarlo. La fórmula del artículo 40 del Código Penal Italiano: "No impedir un hecho que se tiene la obligación jurídica de impedir equivale a causarlo", demuestra claramente cómo el derecho crea un concepto propio de causalidad: "equivale a causarlo", que, en realidad, no es más que una forma de antijuridicidad. La muerte del niño faltó

de cuidado no es causada —en sentido natural— por el padre negligente o perverso, sino por la enfermedad; esa muerte es sin embargo imputada al padre porque éste se halla colocado por el orden jurídico en calidad de garante de que se han de prestar al niño los cuidados necesarios. El incumplimiento de la obligación que impone al padre esa condición de garante, es decir, la antijuridicidad de su conducta, resulta ser, así, el fundamento de la afirmación de un nexo causal, y no el nexo causal fundamento de la imputación delictiva. En otras palabras, la acción de matar sólo existe aquí en virtud del Derecho.

Quinto: Es común incluir en el concepto de acción, además del querer y de la actuación voluntaria, el resultado comprendido como la modificación del mundo producida por la voluntad fuera de la actuación voluntaria misma. Así Mezger, Jiménez de Asúa, Soler y Nuñez. Ahora bien, indudablemente, un concepto natural de la acción no puede incluir el resultado, porque éste es delimitado objetivamente y a veces artificialmente por el legislador. Desde un punto de vista estrictamente natural, la acción, dice poéticamente Maggiore (“D. Penal, I., pág. 357) “tiene efectos infinitos. Semejan los innumerables círculos concéntricos que se forman al caer una piedra en un estanque, siempre más amplios e indefinidos, hasta que se extingue su huella en el espejo trémulo del agua. La acción delictuosa no permanece encerrada en sí misma; realiza usurpaciones y conquistas, recae sobre el alma y sobre el patrimonio, no sólo de la persona inmediatamente agraviada sino de sus parientes y asociados; despierta reacciones y resentimientos, pero también imitaciones, ejemplos, proselitismos; de un hecho simple y singular, se transforma en una multitud, se propaga a todo el universo y se pulveriza en una infinidad de causas que se dispersan en efectos y de efectos que renacen como causas”.

Pues bien: de todos esos infinitos efectos de la acción, el legislador aísla uno o dos y construye con ellos una

figura legal de acción. Todo lo que pasa después de la muerte en el homicidio: el dolor de los deudos, el desamparo, la miseria, y los efectos que éstos a su vez producen, no pertenecen al concepto de acción para el derecho penal. En la causación de un incendio es, en cambio, recogido jurídicamente el resultado ulterior de peligro o muerte de una persona. El legislador elige soberanamente cuál es para el derecho el resultado de la acción, es decir, construye el concepto mismo de ésta.

Sexto: no sólo el concepto de acción es de naturaleza valorativa sino que el mismo puede ser distinto para las diversas ramas del derecho. Baste señalar, sin otro propósito que el meramente ilustrativo, que mientras en derecho privado se reconoce ampliamente la capacidad de acción de las personas jurídicas, es materia de la más ardua discrepancia el reconocimiento en derecho penal de que una persona jurídica pueda ser autora de una acción delictiva.

Debe considerarse pues definitivamente superada la posición que pretendía reconocer en la acción, base del delito, una realidad natural. Soler, que definía en las primeras ediciones de su tratado la acción como un "comportamiento humano voluntario", la define ahora como "el despliegue del poder específicamente humano de proyectar sobre el mundo las propias decisiones, transformando así la realidad" y agrega "que debiera decirse que una acción es acción en general solamente cuando es una acción específica", esto es, típica.

Mezger, que en su Tratado proclamaba: "El concepto de acción que he colocado a la cabeza del sistema es un concepto descriptivo, libre de valoración, natural", agregaba pocos párrafos después: "Preciso es conceder que el concepto de acción en un sistema de derecho penal es en última instancia un concepto-valor".

El tercer tema cuya consideración nos habíamos propuesto realizar, el referente a la llamada acción finalista, en parte se refiere efectivamente a la acción, pero sus

consecuencias más importantes tienen lugar, más que en el ámbito conceptual de aquélla, en el de los restantes elementos de la teoría del delito: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

El representante más destacado de esta teoría, Hans Welzel, basándose primordialmente sobre las teorías filosóficas de Max Scheller y Nicolai Hartmann, parte de la consideración primordial de que así como la categoría fundamental de la naturaleza es la causalidad, así también la categoría propia de la acción humana es la finalidad. El hombre, ser dotado de razón, se propone fines, y mediante su voluntad y el conocimiento de las leyes naturales sobredetermina el acontecer causal y emplea en su beneficio las fuerzas de la naturaleza.

Ontológicamente, la acción es pues finalidad, no mera causación de las modificaciones del mundo exterior. "La finalidad es vidente, la causalidad es ciega".

Estas características de la acción humana no han sido, por cierto, descubiertas por Welzel. Ya Aristóteles, en la *Ética a Nicómaco*, afirmaba que todo ser inteligente obra de acuerdo a fines. Ninguna de las teorías de derecho penal ha desconocido que la acción es un comportamiento humano voluntario, y la voluntad es siempre apetencia de algo que el hombre coloca como fin de su actividad. Voluntad es finalidad.

La originalidad de la teoría de Welzel, que es seguida con ciertas variantes por destacados autores alemanes, entre ellos Maurach, catedrático de la universidad de Munich que nos visitó en el año 1960, consiste en afirmar que aceptada por el derecho la base fundamental de la acción humana como presupuesto del delito, el legislador, y la dogmática sobre todo, no son libres de alterar la esencia ontológica de la acción, despojándola de esa categoría de finalidad que es precisamente lo que la hace ser tal acción.

Esto es sin embargo, según los finalistas, lo que ha

hecho la dogmática tradicional, puesto que sólo considera en el ámbito de la acción, y aún en el ámbito de la acción típicamente antijurídica, sólo los efectos de la Voluntad, es decir sólo la eficacia meramente causal de ésta. La finalidad, es decir la esencia misma de la acción, no es colocada dentro de la esfera de ésta, sino pasada a la culpabilidad, bajo el nombre de dolo.

De esta violación de la estructura finalista de la acción no resultan sólo incongruencias de carácter meramente teórico, sino una irrazonable construcción de todo el sistema, que se traduce a su vez en consecuencias prácticas de gran importancia, según sostienen los finalistas.

Sólo podemos aquí señalar algunas de las pretendidas inconsecuencias que Welzel y sus seguidores señalan en la sistemática vigente.

En primer lugar, en lo que atañe a la antijuridicidad, puesto que la esencia de la acción reside en la finalidad, y ésta a su vez es elemento de la conducta y no del resultado, la antijuridicidad no debe ser sólo disvalor del resultado, como lesión del bien jurídicamente protegido, sino también, y muy principalmente, disvalor de la acción misma, fundado en la mala finalidad perseguida.

En segundo lugar, la teoría finalista señala la defectuosa construcción del concepto de culpabilidad, integrado actualmente por dos elementos de naturaleza absolutamente distinta. El dolo es, en efecto, como voluntad del resultado, de carácter estrictamente psicológico; la culpa, en cambio, como omisión de la diligencia exigible, es de carácter exclusivamente normativo. En efecto, el negligente puede ser totalmente inconsciente de su negligencia: es el juez quien afirma la existencia de ésta como falta del cuidado debido. Esta incongruencia de reunir bajo una misma categoría dos entidades de naturaleza tan dispar debe ser remediada, según los finalistas, devolviendo la voluntad del resultado, es decir la finalidad, al lugar que naturalmente le corresponde. El dolo debe integrar el concepto

de acción, no el de culpabilidad. En ésta sólo debe quedar el juicio de reproche que, debido al conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, conocimiento real o posible, merezca quien obró finalísticamente.

Otra de las incongruencias que señala la teoría que estudiamos se refiere al concepto de tentativa. Indudablemente, la tentativa está constituida como acción relevante para el Derecho por la voluntad del resultado. Nuestro Código se refiere al que “con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución”. Si no hay voluntad del resultado la tentativa no existe. No ocurre lo mismo por ejemplo, con el homicidio consumado, el cual, aunque sea cometido por error, es igualmente antijurídico, si bien no culpable. En la tentativa, la finalidad es constitutiva de la antijuridicidad. Quien con el propósito de tirar al blanco, dispara desacertadamente el arma de modo que la bala pasa cerca de una persona, poniendo así a ésta en peligro, no realiza un acto antijurídico ni para el derecho penal ni para el derecho civil.

Ahora bien, se preguntan los finalistas: ¿por qué razón la finalidad, necesaria según hemos visto para integrar la acción en la tentativa, si llega a consumarse el delito desaparece como tal elemento de la acción y va a aparecer, como dolo, en la culpabilidad?

La objeción, como puede advertirse es de gran peso, y en verdad ha resultado difícil de contestar por los adversarios de esta teoría.

No podemos extendernos más sobre las características de la “acción finalista”, que es centro actual de todas las polémicas del derecho penal. Pero, como antes dijimos, sus consecuencias se manifiestan en las restantes características del delito, de manera que a medida que vayamos ocupándonos de ellas, iremos poniendo de relieve esas consecuencias.

Cada vez parece más difícil encerrar en los pocos minutos que dura cada conferencia temas de tanta complejidad como los que componen nuestro programa. Les pido pues que no crean encontrar en mis palabras la pretensión de mostrar todos los enfoques de que puede ser pasible la problemática de la acción, sino como meras incitaciones para profundizar el examen de ciertos aspectos de la teoría penal que en el estudio universitario, necesariamente elemental, aparecen por lo general ingenuamente despojados de toda dificultad.

ESTRUCTURA Y SIGNIFICADO DEL TIPO LEGAL

Suscita una cuestión difícil desde el punto de vista metodológico, el decidir si, al encarar el estudio de la teoría del delito, debe darse prioridad al análisis de la antijuridicidad o al de la tipicidad. Ontológica y lógicamente pareciera que la antijuridicidad debe preceder a la tipicidad, puesto que sólo algunas de las acciones antijurídicas son también típicas, es decir, se hallan descriptas en la ley penal como presupuesto de la aplicación de una pena. Pero también ocurre que, desde otro punto de vista, el concepto de acción típica parece más amplio que el de acción antijurídica, puesto que hay muchos casos en los cuales una conducta típica no resulta sin embargo antijurídica.

Así hay acciones típicas, como la privación de la libertad, que son realizadas en muchas más ocasiones legítimamente que ilegítimamente, y no hablemos de la acción típica de matar, porque en una sola guerra hay más muertes conformes a derecho que homicidios antijurídicos en toda la historia.

Ante el problema, me he decidido por comenzar con el estudio del tipo legal, en parte por razones pedagógicas, pero sobre todo porque tal es el orden con que se presentan las cosas procesalmente. Lo primero, en efecto,

con que tropieza el Instructor es la acción típica, y sólo después de establecida su existencia corresponde comprobar si esa acción se encuentra o no permitida por algún precepto del derecho.

* * *

La casi totalidad de la doctrina más moderna, inspirada sobre todo en la dogmática alemana, incluye en las características del concepto del delito la nota de la tipicidad. Así, la infracción delictiva es definida como “acción típicamente antijurídica y culpable”, o “acción típica, antijurídica y culpable”, o “acontecimiento típico, antijurídico e imputable”. La nota de la tipicidad se halla siempre presente en estas definiciones, pero, por extraño que parezca, el concepto de lo que es tipo y lo que es tipicidad dista mucho de tener un significado unívoco en la doctrina. Muchas de las discusiones acerca de la naturaleza y alcance de estos conceptos se originan en razones de carácter semántico, pues, como digo, con esas mismas palabras se han designado objetos diversos.

Por lo pronto, la expresión tipicidad se suele emplear para caracterizar la exigencia, propia del derecho penal moderno, de que nadie debe ser penado, no sólo sin ley anterior al hecho del proceso: “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, sino también sin que esa ley haya determinado concretamente los elementos objetivos y subjetivos que constituyen la infracción. En este sentido, la referencia a los tipos de acción que deben hallarse descritos en forma precisa por la ley, no sólo tiene en cuenta la materialidad de la conducta, sino también la culpabilidad y la antijuridicidad de la misma, pues tan contrario sería a la cláusula garantizadora contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional condenar a quien no haya realizado alguna acción prevista en una ley penal, como a quien haya llevado a cabo el hecho sin el tipo de culpabilidad que la ley requiere: por ejemplo, a quien

se haya apoderado culposamente de una cosa ajena; o como condenar a quien no haya obrado antijurídicamente, por contar con una causa de justificación, como la legítima defensa o el estado de necesidad.

Por eso, cuando se afirma que la tipicidad es una exigencia constitucional, en realidad tal afirmación se refiere a la necesidad de que la acción se adecúe a una figura delictiva determinada. Llamo figuras delictivas a los distintos delitos, tal como se hallan concretados en los artículos de la parte especial del Código Penal. Son cuadros normativos, que representan ciertas formas de *conducta antijurídica y culpable*, y por lo tanto, merecedora de pena.

Así, la figura delictiva del artículo 79 del Código Penal, si bien aparece concebida solamente con la expresión: “el que matare a otro”, contiene además, implícitamente, como presupuesto de la aplicación de la pena de reclusión o prisión de 8 a 25 años, las siguientes condiciones: 1º): que la acción de matar a otro haya sido antijurídica; 2º): que la acción de matar a otro haya sido dolosa, es decir, que el autor haya dirigido esa acción, comprendiendo además su criminalidad.

Nuestros autores no han establecido diferencia entre los conceptos de: “figura delictiva” y de “tipo legal”. Soler afirma que “no reviste gran importancia para nosotros distinguir entre tipo y figura delictiva”. Tampoco Núñez efectúa la distinción, pues sostiene que “las figuras delictivas dan descriptivamente la noción de los hechos punibles, señalando sus elementos propios, y tienen la función de tipos (modelos) para establecer si desde el punto de vista descriptivo una conducta cae o no en alguno de los círculos cerrados de lo punible”.

Yo me atrevería a afirmar, aún en contra de tan autorizados maestros, que es necesario, desde el punto de vista técnico jurídico, llevar a cabo una cuidadosa distinción entre lo que es tipo legal y lo que es figura delictiva. Mas todavía, es el concepto de la figura delictiva, como

conjunto de todos los presupuestos para la aplicación de una pena determinada, el que no reviste mayor interés desde ese punto de vista técnico-jurídico. Si, efectivamente, los conceptos de tipo y figura legal fueran equivalentes, habría tenido razón Von Hippel, el gran tratadista alemán, al decir: "A partir de Beling, se agrega a menudo (a las notas conceptuales del delito) la llamada conformidad al tipo. Esto no es inexacto, pero es inútil. En realidad, que el hecho debe encuadrarse en un supuesto delictivo previsto en la ley resulta ya desde el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege". Además, la palabra tipicidad es equívoca. Ella puede referirse a todos los elementos de un delito en particular".

Lo que no advertía Von Hippel es que el tipo legal, en sentido técnico-jurídico, es y debe ser otra cosa que la figura delictiva, y que es sólo esta última la que se halla vinculada, como acabamos de recordar, con la garantía de la ley previa.

La doctrina alemana reconoce generalmente la diferencia entre tipo y figura delictiva, pero no obstante ello el concepto mismo de tipo da lugar a concepciones diversas.

Podríamos tal vez resumir las diversas opiniones, aún corriendo el riesgo de no traducir fielmente ciertas posiciones particulares, de la siguiente manera: para algunos el tipo legal es un esquema, una imagen conceptual, abstraída de las figuras delictivas, esquema al cual debe corresponder la parte objetiva de la infracción y al que debe también dirigirse la culpabilidad. Para otros, en cambio, el tipo legal es una parte de la figura delictiva que describe propiamente la acción antijurídica, con prescindencia, pues, de lo referente a la culpabilidad.

El primero de los criterios a que acabo de aludir es el concepto de tipo legal creado por el insigne tratadista alemán Ernesto Von Beling, a través de sus obras "La teoría del delito", que vió la luz en 1906, y "La teoría del delito-tipo", publicada en 1930, que fuera traducida

al castellano por Sebastián Soler. El segundo criterio es el que sostiene gran parte de la doctrina alemana, con Mezger y Sauer a la cabeza. Trataremos de explicar el alcance de ambos criterios, poniendo de relieve, en lo posible, su aplicación a nuestro derecho.

* * *

Previamente, es necesario señalar que lo que suele traducirse en nuestro idioma por tipicidad, expresión que según afirma Jiménez de Asúa fue introducida como neologismo por él en el lenguaje jurídico latinoamericano, no es para Beling conformidad con el tipo, sino con la figura delictiva, que él denomina “*delikt-typus*”. En cambio, la adecuación al tipo es calificada por Beling con la palabra “*Tatbestandmässigkeit*”, esto es, conformidad con el “*Tatbestand*”.

Conviene aquí aclarar que, por lo general, lo que nosotros llamamos tipo legal es denominado por los alemanes “*Tatbestand*”. Esta expresión era antiguamente usada en Alemania como equivalente a “*corpus delicti*”, esto es, a lo que nuestros antiguos tratadistas, en algunas de las acepciones del término, llamaban la materialidad o el elemento material del delito.

El vocablo “*Tatbestand*” fue luego introducido en el artículo 59 del Código Penal alemán, que dice: “Si alguien, al cometer una acción punible, no conoce la existencia de circunstancias de hecho que pertenecen al “*Tatbestand*” legal o elevan la penalidad no le serán imputadas esas circunstancias. En el caso de castigo de acciones cometidas culposamente, esta disposición rige sólo en tanto que la ignorancia misma no sea debida a culpa”.

Sobre la base de esta disposición legal, que se refiere, como se vé, al error como excluyente de la responsabilidad, la dogmática alemana ha construido buena parte de la teoría del delito, y, sobre todo, de allí ha extraído la noción de dolo, que no se encuentra definido en el código

penal alemán. Puesto que el error es, según el artículo 59 que acabamos de leer, ignorancia de las circunstancias de hecho que pertenecen al "Tatbestand" legal, y, eventualmente de las circunstancias que elevan la penalidad.

El dolo puede, pues, ser definido, en general; como voluntad de concreción del "Tatbestand", y la culpa, a su vez, como la falta del cuidado exigido por la previsibilidad del "Tatbestand". De aquí se deduce que la culpabilidad, cuyas dos especies son, según la doctrina tradicional, el dolo y la culpa, se halla necesariamente fuera del tipo, del "Tatbestand", puesto que debe referirse a él.

Para Beling, como hemos adelantado, el "Tatbestand", el tipo legal, es un esquema, una imagen; un "leit-bild" (cuadro constructivo), abstraído de la faz objetiva de las figuras delictivas, y formando con las notas esenciales de esa faz objetiva; porque es suficiente que el dolo se dirija a lo esencial, de la misma manera que sólo el error sobre lo esencial excusa.

El tipo no es pues, según Beling, una realidad normativa, como lo es la figura legal, sino una realidad conceptual, un objeto ideal, creado por la dogmática jurídico-penal.

Los "Tatbestand" son verdaderas estilizaciones de los elementos constitutivos de las figuras delictivas. El Código Penal es como un catálogo es el que las figuras delictivas fueran fotografías de artículos diversos. Los "Tatbestand" representarían en cambio una guía o índice del catálogo, en la que figuraran esquemáticamente las características más importantes de aquéllos artículos.

Por lo tanto, mientras es imposible encontrar dos figuras delictivas iguales en un mismo Código, es por el contrario perfectamente posible hallar tipos comunes para varias figuras delictivas, si éstas coinciden en sus elementos objetivos y difieren sólo en los subjetivos o en las condiciones de punibilidad. En nuestro Código Penal, los artículos 79 (homicidio doloso), 81, 1º a) (homicidio en estado de emoción violenta) y 84 (homicidio culposos),

pese a ser figuras delictivas bien diferentes, tienen un tipo legal único: "matar a un hombre".

A primera vista, podría parecer que este concepto de tipo legal de Beling es una de aquéllas "astrusserie tedesche" de las que nos hablaba con desprecio Ferri. Pero, por el contrario, el valor funcional del tipo, tal como acabamos de exponerlo, no puede ser subestimado. Por eso pensamos que Soler incurre en un error al considerar que la distinción entre tipo y figura legal no reviste mayor importancia para nosotros. Un ejemplo nos aclarará cómo es de indispensable esa distinción en la teoría del delito.

Supongamos que un sujeto tiene acceso carnal con una menor que cuenta once años y medio de edad, suponiendo erróneamente que esa menor es una niña honesta de trece años. Objetivamente, el hecho es una violación; subjetivamente, el dolo del autor es dolo de estupro.

Ahora bien: es un principio tanto de nuestro derecho como del derecho alemán que no existe un dolo genérico, sino que la voluntad debe haberse dirigido a la realización de un hecho que coincida con el ejecutado. En el ejemplo paracería que hay incongruencia entre el dolo y el hecho; tanto, que al ser llevado el caso a la justicia, alguien llegó a la conclusión, evidentemente inadmisible, que era necesario absolver por falta de correspondencia entre la faz interna del delito (dolo de estupro) y la faz externa (violación).

La teoría de Beling nos da la solución del problema. El tipo básico que es común a ambas figuras legales, consiste en tener acceso carnal con una persona que por su edad (menos de 15 años) no puede dar un consentimiento válido.

El dolo del autor no necesita referirse más que a ese tipo básico, y por lo tanto, su conducta es punible. Claro está que la pena sólo sería la que corresponde al estupro, porque, como se recordará, la ignorancia de las circunstancias que elevan la penalidad, según el artículo 59 del

Código Alemán, hace que esas circunstancias no se tengan en cuenta. Y el hecho de tener la menor menos de doce años, con lo cual la figura se concreta en violación, es una circunstancia que eleva la penalidad con respecto al tipo o "Tatbestand" básico común, circunstancia que por ser ignorada por el autor no se tendrá en cuenta.

El gran penalista Edmundo Mezger criticó, sin razón a mi juicio, el concepto de tipo de Beling, cuya utilidad acabamos de poner de manifiesto. Ello se debe, en realidad, a que el tipo es para Mezger algo distinto. Decía Mezger: "Lo que Beling llama figura delictiva ("delikt-typus") se corresponde en esencia, aunque no en todos los puntos, con lo que nosotros denominamos tipo, sobre la base del parágrafo 59 del Código. Pero en cambio, nuestra exposición de la materia retorna del mundo luminoso del puro pensamiento típico y se enfrenta con la cruda realidad del propio derecho punitivo".

Con palabras un poco altisonantes, Mezger sólo viene a decir aquí que, para él, el "Tatbestand" al que se refiere el artículo 59 del Código Penal alemán no es una abstracción de la faz objetiva de la figura delictiva, sino concretamente una parte de ésta. Es decir, es la parte de la figura delictiva que se refiere a la acción antijurídica, comprendido por cierto el resultado. Este concepto de tipo es, como se ve, muy distinto del de Beling, y aunque podría ser aceptado, sería tal vez menos apto para solucionar cuestiones como las planteadas en nuestro ejemplo anterior. En efecto, si el "Tatbestand" es en realidad una parte de la figura delictiva, nos encontraríamos otra vez con la incongruencia entre el tipo efectivamente realizado, parte de la figura del estupro, y un dolo dirigido a otro tipo, perteneciente a la figura de la violación.

Los partidarios de la teoría de la acción finalista tienen también un concepto de tipo legal en el que hacen jugar los principios de esa teoría. Se recordará que la base de ésta reposa sobre una concepción ontológica de la acción, según la cual forma parte de ella, como ele-

mento esencial, la finalidad. Esta finalidad no puede ser substraída del ámbito de la acción y transportada a la culpabilidad sin afectar aquella esencia ontológica. Por ello, Welzel y Maurach dividen el tipo en tipo objetivo y tipo subjetivo. El primero viene a desempeñar el papel del "Tatbestand" legal del artículo 59 del Código Alemán. El tipo subjetivo está constituido en primer lugar por el dolo: es decir, por la voluntad de concreción del tipo objetivo, que ha sido trasladada desde la culpabilidad al tipo de acción antijurídica. El tipo subjetivo comprende, en segundo lugar, los llamados elementos subjetivos de lo injusto: el ánimo de adueñarse de la cosa, en el hurto; la tendencia lasciva, en los delitos contra la honestidad; la conciencia de la falsedad, en el falso testimonio.

Como vemos, en la concepción finalista el tipo subjetivo se refiere, se dirige, al tipo objetivo. Cuando hay congruencia entre ambos, el delito es perfecto. Cuando, en cambio, el tipo subjetivo va más allá del tipo objetivo, nos encontramos con la tentativa. Si el tipo objetivo supera al subjetivo, nos encontramos en el error. Hay ciertos delitos que son estructuralmente incongruentes: por un lado, los delitos preterintencionales (el hecho va más allá de la intención), por otro lado, los delitos llamados de consumación anticipada (la intención configura el delito, aunque no se obtenga el resultado perseguido: por ejemplo, artículo 45 del Código Penal Argentino).

* * *

Ahora tal vez sea más fácil comprender un aspecto del tema que ha dado lugar a grandes dificultades: ¿cuáles son las relaciones que existen entre adecuación al tipo y antijuridicidad? o dicho de otra manera: afirmar que alguien ha ejecutado una acción típica, ¿implica ya que esa acción es también antijurídica?

Si hemos comprendido bien la posición de Beling, tendremos que llegar a la conclusión de que dentro de

su concepto de tipo como esquema rector de la figura delictiva, carece de sentido la afirmación de que el tipo pueda ser "antijuridicidad tipificada". En efecto, si el "Tatbestand" es una pura creación conceptual, parece indudable que tanto puede corresponder a una acción ilícita como a una acción lícita. Es cierto que el legislador penal recorta las *figuras delictivas* del vasto campo de la *ilicitud culpable*, pero la pura forma de conducta abstraída de esas figuras puede caer, según las circunstancias, dentro de lo lícito o dentro de lo ilícito.

La *figura* del artículo 79 del Código Penal es un supuesto normativo de conducta ilícita y culpable; en cambio, el tipo legal "matar a un hombre", puede representar una acción conforme a derecho o antijurídica.

Desde el punto de vista de Mezger y Sauer, para los cuales, según hemos visto, el tipo es aquella parte de la figura delictiva justamente referida a la antijuridicidad, no puede ser extraño que el tipo aparezca como la concreción de una conducta antijurídica. Para Mezger, el tipo es la "ratio essendi" de la antijuridicidad, su verdadera razón de ser, porque el legislador, precisamente al crear las figuras delictivas, declara al mismo tiempo antijurídica la acción por ellas mentada. Las causas de justificación no son más que condiciones negativas del tipo. Donde no hay antijuridicidad no hay tampoco, como es lógico, figura delictiva ni tipo, si éste se considera como formando parte de aquélla.

Para Welzel y Maurach, la tipicidad es en cambio sólo un síntoma, una presunción de antijuridicidad. No es "ratio essendi", sino "ratio cognoscendi". Coinciden en esto con la posición sostenida, a partir de Max Ernest Mayer, por la mayor parte de la doctrina alemana. Sin embargo, esto parece en cierto modo contradictorio con la idea, sostenida por los finalistas, de que el tipo es un tipo de acción contraria a la norma. Para poder sostener ambos criterios, Welzel aduce que si bien la conducta típica es contraria a la norma, su realización puede ser

o no antijurídica, porque el derecho está formado no sólo por normas prohibitivas, sino por preceptos permisivos. Es, sin duda, paradójal la afirmación de que algo puede ser contrario a la norma y al mismo tiempo no ser antijurídico, pero esa conclusión es, en cierto modo, necesaria para sostener uno de los principios fundamentales del finalismo: el de que el dolo no implica el conocimiento de la antijuridicidad, porque de lo contrario no podría hallarse fuera de la culpabilidad.

¿Qué podemos haber sacado en limpio de esta exposición donde hemos tenido que considerar, en poquísimos tiempo, uno de los temas más complicados en la teoría del delito?

Tal vez podamos haber obtenido las siguientes consecuencias, si es que se aceptan los puntos de vista que hemos sostenido:

1º) Los conceptos de tipo legal y de figura delictiva no son equivalentes.

2º) La figura delictiva es una hipótesis de acción antijurídica y culpable.

3º) El tipo legal es en cambio, o bien una abstracción que se construye a partir de la faz objetiva de las figuras delictivas, o bien la parte de esas figuras que se refiere sólo a la acción antijurídica y su resultado.

4º) La llamada tipicidad como exigencia de nuestro derecho constitucional no es, en realidad, sino una exigencia de adecuación a alguna figura delictiva establecida previamente por la ley.

5º) Debería pues llamarse tipicidad, en sentido técnico, no a la conformidad con la figura delictiva, sino con el tipo legal. Este criterio es indispensable para comprender plenamente el dolo y la culpa, que deben poder ser referibles al tipo.

VALOR Y BIEN JURIDICO

Francisco Carrara, en una recordada página de su Programa de Derecho Criminal, dice: "Yo no me ocupo de cuestiones filosóficas. Presupongo aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, y sobre esta base edificada la Ciencia Criminal, que mal se construiría sin aquélla". Si me fuera permitido parafrasear tan ilustre pensador, yo también diría que no me ocupo de cuestiones filosóficas, y presupongo aceptado que el Derecho no es un mero instrumento coactivo, sino un orden referido a valores, y que es la aspiración a realizar esos valores en la vida social lo que constituye la esencia misma de las normas jurídicas.

Como un profano en Filosofía del Derecho, encontré siempre en la escuela de Viena, encabezada por Hans Kelsen, que tanto predicamento alcanzó entre nosotros, una imagen parcial, y por ende deformada, de la realidad jurídica. El puro logicismo de aquella escuela parece chocar, sobre todo, con el concepto del Derecho que se aprehende a través del estudio de las normas jurídico-penales. No es una casualidad que grandes penalistas, como Sebastián Soler, aún aceptando las conclusiones kelsenianas, en lo que concierne a la estructura lógica de las normas, hayan llegado, sin embargo, a través de una in-

tuición fenomenológica de lo jurídico, a afirmar su peculiar contenido valorativo.

El derecho quiere, en efecto, realizar el valor. A veces por vías erróneas, a veces afectando maliciosamente aspiraciones de justicia, el legislador miente siempre, al poner la norma, los valores jurídicos fundamentales. Todo precepto de derecho afirma, implícitamente, la pretensión de hacer justicia; y, seguramente, no se encontraría en toda la Historia una ley que proclamara: "Esto es injusto, y por eso lo mando; esto es contrario a la seguridad, y por eso lo ordeno".

No es del caso explayarnos aquí sobre qué son los valores, esa "extraña y sutil casta de objetividades que nuestra conciencia encuentra fuera de sí, como encuentra los árboles y los hombres" al decir de Ortega y Gasset.

Recordemos tan sólo que los valores son posibilidades de ser que se dan a nuestra conciencia con la exigencia de ser realizadas y estimadas. Cuando decimos que algo vale como justo o como bueno, es porque realiza un deber ser ideal específico: la justicia, la bondad, que nosotros captamos a través de una intuición esencial.

Una cosa es portadora o asiento de un valor, cuando en ella, se ha convertido en realidad eso que sólo es una posibilidad de ser: el valor; cuando a través de ella se ha pasado de lo ideal de un deber ser específico a la existencia de su realidad concreta. A las cosas que así realizan valores se las llama en axiología bienes.

Son características de los valores la jerarquía, por una parte, la polaridad, por otra. En virtud de la jerarquía, los valores se organizan en una escala que desciende desde los valores supremos a los valores de rango inferior. Según Nicolai Hartmann, quien discrepa en este aspecto de Max Scheller, son los valores inferiores los que fundan a los superiores, sin perjuicio por cierto de reconocer que existe una constante y recíproca influencia de arriba hacia abajo y de abajo hacia arriba. Los valores jurídicos supremos: la justicia, la seguridad, el bien común; se

hallan en lo alto de la escala jerárquica y de ellos descien- de una serie de valores que terminan por encarnarse en los llamados bienes jurídicamente protegidos, o simple- mente bienes jurídicos.

Un bien es, según la expresión de Rocco: “todo lo que, exista o no actualmente, tenga existencia material o inmaterial, puede satisfacer una necesidad humana”, es decir “todo lo que existiendo como realidad en la con- ciencia del hombre, es apto para satisfacer una necesidad humana”.

El concepto de interés está indisolublemente vincu- lado con el de bien, y en lo sucesivo hemos de emplearlos como sinónimos, tal cual lo hace la doctrina moderna. Interés es, también según Rocco: “el juicio emitido por el sujeto de una necesidad sobre el valor de un objeto (bien), como medio de satisfacción de la misma necesi- dad”. Un punto de vista más objetivo es el sustentado por Carnelutti, para quien interés es “la situación de una persona con respecto a un bien, en virtud de la cual le es fácil, le es seguro, poder emplearlo para la satisfac- ción de una necesidad”.

Hemos visto ya que estos bienes, en cuanto tales, son portadores de valor, pero conviene aquí señalar que ellos no son protegidos por el Derecho en toda situación o cir- cunstancia, sino cuando su existencia es considerada com- patible con los valores jurídicos fundamentales, y sólo en la medida de esa compatibilidad. En caso contrario, quan- do el bien o el interés de que se trata se presenta como incompatible con aquellos valores, ese bien o interés es desvalorizado jurídicamente, y privado, por ende, de la protección del Derecho.

La Historia nos muestra un proceso continuo de va- lorización y desvalorización de bienes, proceso que re- percute en el contenido de los valores fundamentales. Intereses considerados un día fundamentalmente legíti- mos, como los relacionados con la esclavitud, han pasado a ser tenidos por crímenes contra la humanidad, y hoy es

un principio de justicia universalmente admitido el de que un hombre nunca puede ser tomado como medio para satisfacer las necesidades de otro.

La desvalorización de un bien puede producirse, aún dentro de un mismo orden jurídico, cuando las circunstancias hacen indispensable su sacrificio en beneficio de otros que, en determinada situación, deben sobrevivir porque así lo exigen los valores jurídicos supremos. Esto ocurre, claramente, en los casos de legítima defensa o de estado de necesidad, pero, en realidad, toda la trama normativa está fundada sobre un proceso de comparación de bienes que conduce a preferir a aquél que se halla en consonancia con los valores superiores.

No sólo es característica de los valores su ordenación jerárquica, sino, como hemos dicho, su polaridad. A cada valor se opone un desvalor: a la justicia se opone la injusticia; a la belleza, la fealdad. En los rangos inferiores de la escala de los valores jurídicos, a los bienes portadores de valor que hemos llamado bienes jurídicos se opone también un desvalor: el de la acción delictiva, que lesiona o pone en peligro aquellos bienes.

La consideración del acto típicamente antijurídico como un ataque a bienes o intereses protegidos por el derecho es ahora casi universalmente aceptada. En el pasado, el llamado objeto del delito u objeto de protección no se entendió constituído por un bien, sino por un derecho subjetivo, contra el cual se dirigiría todo delito (art. 1075 C.C.).

Derecho subjetivo, según Jellinek, quien armonizó las concepciones de Windscheid y Ihering, es "la potestad humana de querer dirigida a un bien o interés, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico".

El concepto del delito como lesión de un derecho subjetivo fue sostenido por la antigua teoría penal, en Alemania desde Feuerbach, y en Italia por los tratadistas clásicos, Carrara y Pessina, entre ellos. Hoy puede considerarse que esta posición ha sido desechada. En primer

lugar, porque hay numerosos delitos en los cuales no es posible demostrar la lesión de un derecho subjetivo: los delitos contra el orden público, contra la seguridad pública, por ejemplo. En segundo lugar porque, como ya lo señaló el tratadista alemán Carlos Binding, el derecho subjetivo, en cuanto es voluntad, no puede ser dañado: lo único que puede ser lesionado es el bien sobre el cual se ejerce la voluntad. En tercer lugar, porque, considerando en la actualidad que los derechos subjetivos no son más que la emanación o el reverso del derecho objetivo, nada vendría a decirse en definitiva sobre el contenido real del delito, sino que es contradicción con el Derecho.

Tales razones determinaron que a partir de la obra del autor alemán Birnbaum, un contemporáneo de Feuerbach que planteó por primera vez la teoría del bien jurídico, esta teoría fuera poco a poco afirmándose en la doctrina hasta imperar en ella por completo. Debe reconocerse, sin embargo, que entre el concepto primitivo del bien jurídico, concebido desde un punto de vista estrictamente material (en cierto modo similar a lo que hoy llamamos objeto de la acción por oposición a objeto jurídico) y las concepciones actuales, media una apreciable diferencia. Estas concepciones, en efecto, ponen de relieve la esencia marcadamente valorativa, espiritual, del bien jurídico, llegando, como lo hacen algunos autores alemanes: Mezger, Honig y Schwinge, a considerar directamente al bien jurídico como el valor objetivo al que la norma concede su protección, como el fin y sentido de los diversos preceptos penales.

La teoría del bien jurídico sufrió también en la época totalitaria los embates de aquellas corrientes de pensamiento a las que hemos tenido oportunidad de referirnos anteriormente. La escuela de Kiel atacó violentamente la concepción, que llamó materialista, del bien jurídico, ignorando su verdadera naturaleza valorativa, y pretendió reemplazarla por una tesis según la cual el delito no cons-

tituye una ofensa a bienes protegidos por el derecho, sino pura y simplemente el incumplimiento de un deber impuesto por las normas jurídicas. De aceptarse tal criterio, es claro que desaparecería también la posibilidad de tipificar los delitos según el bien jurídico atacado, y por ese motivo, la doctrina jurídico-penal nacionalsocialista pretendió reemplazar los tipos penales, actualmente verdadera síntesis del bien jurídico protegido, por tipos de autor, que, como se recordará, eran reconocidos a través de ciertas intuiciones de la comunidad, a las que se llamó el "sano sentimiento del pueblo".

También combatieron en esa época la teoría del bien jurídico algunos tratadistas italianos, en especial Antolisei, en su obra "*L'offesa e il danno nel reato*", con expresiones que suavizó luego al recoger aquellos conceptos en su obra posterior: "*Scritti di Diritto Penale*". Antolisei unió a las críticas a que nos hemos referido anteriormente, otras, entre ellas la de que el derecho penal no sólo protege bienes o derechos existentes, esto es, tiene una función conservadora de aquéllos, sino que también promueve la creación de intereses o bienes inexistentes todavía, pero que el legislador desea formar en la conciencia de la comunidad. La afirmación es exacta, pero no constituye un argumento válido sino contra una concepción estrechamente materialista del bien jurídico. Si consideramos a éste como un valor, la objeción carece de eficacia, puesto que son también valores los que, no existentes todavía, perseguimos en el futuro.

Todos los intentos de reemplazar la idea del bien jurídico por la de deber están llamados a fracasar, porque no se concibe la existencia de un deber sin contenido. La concepción del delito como pura desobediencia se agotaría en un vacío formalismo, pues el deber es una categoría formal, que nada nos dice acerca del objeto de la obediencia. Como señala acertadamente Aldo Moro, el penalista italiano que llegó a primer ministro de su país, en su monografía sobre la Antijuridicidad: "el mal es

desobediencia de determinado contenido de la voluntad". Y este contenido de la voluntad no puede ser otro que la afirmación del valor, encarnado en el bien jurídico.

En definitiva, podemos dar por admitido que es misión propia del derecho penal la protección, por medio de las penas y de las medidas de seguridad, de los bienes jurídicos.

Conviene aquí poner de manifiesto que no toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico concierne a la esfera de protección del derecho penal, sino solamente aquéllas que por su especial gravedad, o por la naturaleza particularmente reprobable de los medios empleados, son consideradas como merecedoras de pena.

En este sentido, considero fundada la afirmación del tratadista alemán Helmuth Mayer: "el delito es lesión de bienes jurídicos, pero por encima de ello es una contradicción insoportable con el orden moral".

El tipo penal, como aquella parte de la figura delictiva que se refiere a la acción antijurídica y su resultado, supone, como sabemos, la existencia de una norma. Esa norma valora el bien tutelado por la conminación penal, pero, también es objeto de su juicio de valor el modo y naturaleza de la acción dirigida contra dicho bien. Por eso los tipos penales no se refieren a cualquier lesión del bien jurídico propiedad, o a cualquier lesión del bien jurídico administración pública, sino que, conforme con la norma, pueden ser elementos rectores para declarar punible la conducta, los medios empleados, los propósitos o finalidades del actor, etc. La zona de lo injusto penal se distingue de las formas de injusto propias del derecho civil, o de otras ramas del derecho, e inclusive, se distinguen entre sí los diversos supuestos de injusto penal, aunque, en todos los casos el bien jurídico tutelado pueda ser el mismo.

Nos resta ahora ocuparnos de las funciones que desempeña en el derecho penal el concepto de bien jurídico.

En primer lugar, como hemos visto, la noción del delito como ataque contra bienes jurídicamente protegidos, y de la norma jurídico-penal y del tipo penal, que es su consecuencia, como medios de tutela y protección de esos bienes, nos proporcionan la comprensión de la verdadera naturaleza del derecho penal. Si sustituimos estas nociones por otras, si pensamos que el objeto del derecho penal no es el de tutelar los bienes, dentro de los límites impuestos por el llamado "principio de economía penal" o de "mínima suficiencia" de la ley penal, sino en cambio, por ejemplo, el de doblegar las voluntades rebeldes a la autoridad estatal, variarán simultáneamente, como es natural, no sólo la gravedad de las penas —que ya no representarán un desvalor proporcionado al valor del bien que ha sido objeto del ataque—, sino también los límites dentro de los cuales puede captarse la conducta delictiva. Así no será ya necesario un daño o peligro para los bienes, como en la tentativa, sino que bastará la voluntad de desobediencia, y con ello la punibilidad de los actos preparatorios.

En segundo lugar, la exacta comprensión de cuál es el bien o los bienes jurídicos tutelados por determinado tipo penal es indispensable para la recta interpretación de ese tipo. El método de interpretación llamado teleológico, que tiene por mira el penetrar la finalidad de la ley, y que ha desplazado los métodos de interpretación puramente exegéticos o lógicos, exige el esclarecimiento de cuál es el bien jurídico protegido por la disposición que se trata de interpretar. No bastan evidentemente para ello los títulos con los cuales el legislador ha sistematizado la parte especial de los códigos penales, en "delitos contra la vida y la integridad corporal", "delitos contra la honestidad" y así sucesivamente, porque además de representar síntesis de bienes jurídicos diversos, estos títulos no proporcionan, en muchos casos, una ca-

bal comprensión del bien o los bienes jurídicos realmente tutelados. Puede servir como ejemplo para destacar la importancia que tiene desde el punto de vista de la interpretación la determinación del bien jurídico, recordar que para Jiménez de Asúa, el acceso carnal violento con una prostituta no constituiría delito de violación, porque este autor entiende que el título con el cual el legislador ha denominado estas infracciones: "delitos contra la honestidad", agota el bien jurídico protegido, y, en consecuencia, siendo la prostituta por definición una persona carente de honestidad, no sería aplicable el tipo del art. 119 del Código Penal. Para Soler, en cambio, el bien jurídico protegido por este tipo es la libertad de disposición sexual, no la honestidad, y por ese motivo es perfectamente posible que una prostituta sea víctima del delito, criterio con el cual concuerdo.

Como se vé, la exacta determinación de cuál es el bien jurídico protegido puede significar una importantísima diferencia para el imputado.

En tercer lugar, el bien jurídico es determinante para la clasificación y sistematización de los diversos delitos. Como hemos visto, en nuestro código ése es el "principium divisionis" pero la clasificación es de carácter demasiado general y sólo tiene en cuenta de manera muy sintética los diversos bienes protegidos.

Para llegar a una correcta clasificación de los delitos, se ha propuesto la formulación de lo que se llama la parte general de la parte especial del Código. Hay una monografía muy interesante sobre el tema, obra del tratadista italiano Giandoménico Pisapia: "Introduzione alla parte speciale del D. Penale". Crispigni reclama también un tratamiento dogmático de la parte especial de los códigos penales, pues, a la inversa de lo que ocurre con la parte general, la parte especial es todavía estudiada a través de métodos predominantemente exegéticos. Es necesario, recalca el gran jurista italiano, que la parte especial se estudie por grupos de delitos, reunidos según

los elementos constitutivos que presentan. Sauer propone también una clasificación de los delitos basada no solo en el bien jurídico, sino en las modalidades de la acción. Sería sin duda interesante comprobar como ha llevado a la práctica tales propósitos este autor en su obra sobre la parte especial del código penal alemán, obra que no he podido desgraciadamente consultar.

En cuarto lugar, la determinación del bien jurídico implica también la individualización del titular de dicho bien, esto es del llamado sujeto pasivo del delito. Esta individualización es esencial no sólo a los fines procesales, pues querellante sólo puede serlo el sujeto pasivo, la víctima, el ofendido, sino también, en determinados casos, a los efectos de establecer la eficacia del consentimiento como causa de justificación, pues, como es obvio, el consentimiento válido sólo puede provenir del titular del bien jurídico protegido, y, por supuesto, en los casos en los cuales éste tiene la debida facultad de disposición sobre dicho bien.

Se discutió en el pasado si era posible reconocer a los particulares la titularidad sobre los bienes jurídicos, o si ese derecho estaba reservado únicamente a la colectividad. Binding, adhiriéndose a Ihering, defendió este último criterio, pero la teoría dominante se inclina en la actualidad a distinguir entre bienes del particular (bienes jurídicos individuales), y de la sociedad (bienes jurídicos universales). Maurach observa, con razón, que en la práctica la polémica no tiene mayor significación, porque también los partidarios de atribuir todos los bienes a la colectividad, debieron admitir la existencia de algunos de aquellos, en los cuales el ordenamiento jurídico otorga a individuos particulares la facultad de disposición. Se consideran bienes jurídicos del particular la vida, la vida futura, la integridad corporal, el honor, la libertad personal y el patrimonio en sus diversas manifestaciones. En cambio, son considerados bienes jurídicos de la colectividad el orden público, la seguridad pública,

el orden de las familias, la fe pública. Son también de la colectividad los valores personificados en el Estado: la integridad y seguridad de la Nación, los poderes públicos, la administración pública y la honestidad de sus funcionarios. Es discutida la ubicación de algunos bienes jurídicos como el de la honestidad, que ciertos autores consideran como bien de los particulares, y otros como bien de la colectividad.

LA ANTIJURIDICIDAD

I. — *La norma.*

En conferencias anteriores mostramos como las diversas figuras delictivas están destinadas, mediante la incriminación de ciertos tipos de conducta, a proteger determinados objetos o situaciones portadores de valor a los que denominamos bienes jurídicos. Parte de la doctrina (señalaremos, para no ser prolijos, entre los italianos a Antolisei y entre los alemanes a von Hippel), piensa que en estos dos términos: figura delictiva y bien jurídico, se agota la fundamentación de la ilicitud de una conducta. Pero desde el gran jurista alemán Carlos Binding, otra importante corriente doctrinaria sostiene la tesis de que entre el reconocimiento de un interés o bien como valor social y la creación de la amenaza penal media un proceso jurídico, cuya existencia es muy debatida dentro del derecho penal, que consiste en la creación de la norma.

Binding y otros autores que siguieron sus huellas, aunque introduciendo algunas variantes en su pensamiento, piensan que por encima y fuera de la ley penal existe un sistema de mandatos destinados a proteger los bienes que son por ellos valorados como merecedores de la tutela jurídica. La ley penal, la creación de los tipos pena-

les, es una mera consecuencia de la existencia de esos mandatos, dirigidos a la comunidad, que prohíben la lesión o puesta en peligro de determinados bienes, o imponen la realización de acciones positivas como medio de defenderlos. A tales mandatos se les llama normas.

Para Binding, las normas son creaciones de la voluntad del Estado, pertenecientes al derecho público. Como es sabido, este autor señala que el delincuente no contraviene la ley penal —puesto que realiza la conducta en ella descripta— sino que contraviene la norma, que es la que prescribe el comportamiento que debe ser observado. Aquí conviene recordar que, como recalca Binding, la norma no puede ser violada (el derecho es inviolable) sino solamente transgredida. Por eso, la obra fundamental de este autor se titula precisamente “Las Normas y su Transgresión”. Una lesión (*Verletzung*) de la norma es impensable. Sí lo es, en cambio, la lesión del bien jurídico protegido.

La norma es la que ordena: “No matarás”; la ley sólo expresa que el que matare será castigado. La ley no comporta, pues, un imperativo verdadero, ella no es una directiva ni para el pueblo ni para los órganos del Estado. La ley es una regla de derecho, una declaración solemne, un “*ita jus esto*”, una regulación de las relaciones que se establecen entre el Estado, como detentador del derecho de punir, y los delincuentes, que se oponen a los derechos del Estado. La ley no se dirige al juez, ni a los funcionarios encargados de la aplicación de las penas, ni menos a los delincuentes: su objeto es puramente el de reglar el deber de castigar del Estado.

Como consecuencia de esta teoría se ve bien claro que es indiferente que el delincuente conozca la ley: lo que debe conocer es la norma: “*Verbot*” (la prohibición) o “*Gebot*” (el imperativo). Cuando la existencia de una norma no es clara, ella se descubre mediante la transposición del precepto de la ley. La ley dice positivamente:

“el que matare”; entonces la norma es una prohibición: “¡no matarás!”. En cambio, cuando la ley dice, negativamente: “el que no denunciare”, la norma es un imperativo: “¡debes denunciar!”.

Las normas, si bien se hallan establecidas para la protección de los bienes jurídicos, fundan un verdadero derecho a la obediencia a favor del Estado, de cuya voluntad normativa emanan. Las leyes de Derecho Público, el Derecho Penal en primer lugar, no existen sino para asegurar la sanción que es necesaria a las normas.

De esta concepción provienen dos consecuencias: primero, para Binding, la esencia del delito es ser una desobediencia; segundo, el Derecho Penal tiene una naturaleza secundaria (*sekundäre Natur*), pues es sólo el medio de hacer efectivas ciertas sanciones a raíz de una ilicitud que no tiene su origen en la contradicción de la conducta con sus propios preceptos, sino con el mandato de la norma.

Ernesto von Beling discrepa de Binding sólo en el concepto de la multiplicidad de las normas, propio de la teoría de este último. Contrariamente a Binding, quien piensa que a cada precepto de la ley penal corresponde una norma (lo que conduce a una parcialización, a una dispersión de la idea de ilicitud), Beling opina que la norma es una sola y se halla en realidad constituida por el Derecho en su totalidad. La licitud o ilicitud de la acción no resulta pues, de su contradicción con esta o aquella norma, sino en su general “normalidad” o “anormalidad” frente a todo el orden jurídico.

Beling piensa, sin embargo, lo mismo que Binding, que la norma es producto de la voluntad del Estado. Es una concepción propia del positivismo jurídico, opuesta, por cierto, tanto a la de quienes creen en un Derecho Natural, como a la de quienes piensan que el Derecho es el producto natural de la evolución histórica de un pueblo, como los partidarios de las ideas de Savigny.

Existe, en este aspecto, otro punto de vista, que no niega la existencia de la norma como realidad anterior y superior a la ley penal, pero que no la hace depender de la voluntad omnipotente del Estado. Este punto de vista podría hallarse cabalmente representado por la teoría de las normas de cultura, sostenida en primer término, por Max Ernst Mayer. Mayer, filósofo y jurista alemán, distingue dos clases de normas: las normas de cultura (*Kulturnormen*) y las normas de derecho (*Rechtsnormen*). Las normas de cultura no son normas de derecho, son mandatos imperativos, que emanan de un ámbito cultural determinado, y requieren del pueblo un comportamiento conforme al deber. Las normas de derecho, en cambio, son reglas que comportan imperativos dirigidos a los órganos del Estado.

La prueba de que las normas de derecho se dirigen tan sólo a los jueces está dada, según Mayer, por la circunstancia innegable de que el pueblo no las conoce. El pueblo conoce las normas de cultura: órdenes e interdicciones que se fundan en la tradición cultural en la que nos encontramos inmersos, y que se manifiesta en la religión, la moral, el arte, la técnica y, por supuesto, en el Derecho.

Las normas de cultura no son normas de derecho, pero son reconocidas por el Estado. Se presentan ante él, no son su obra. Así lo demuestra Mayer, en contra de la opinión de Binding, mostrando como la evolución histórica del Estado lo lleva a monopolizar progresivamente la coacción para reconocer y sancionar los comportamientos contrarios a las normas de cultura.

Mayer critica también la concepción de Binding, que sitúa la esencia de la infracción en la violación de un deber de obediencia, deber que correspondería al derecho a la obediencia que, según hemos visto, Binding atribuía al Estado. Mayer sostiene que, en primera línea, la infracción debe ser caracterizada como ataque a los

bienes jurídicos, cuya esencia surge de las valoraciones culturales, y que quedaban de hecho olvidados en la teoría de Binding. La naturaleza del delito se funda primordialmente, según Mayer, en el valor del interés lesionado y en la gravedad de la lesión. Por eso, el criminalista que quiera dar una explicación que no sea puramente formal de la infracción delictiva debe sobrepasar la esfera de la ley penal y llegar a la comprensión de las normas de cultura que están en su base, y que son las que fundan el valor de los bienes objeto de la protección penal.

Las teorías que acabamos de reseñar, y que afirman la existencia de una norma distinta y superior a la ley penal, dieron lugar a enconadas polémicas. Se negó la necesidad de este concepto de norma como fenómeno antepuesto a la ley penal. Se sostuvo que es evidente que toda ley penal contiene en sí misma, implícitamente, la prohibición de realizar la conducta que ella declara punible; y que el legislador puede proteger directamente al bien jurídico mediante la creación de los tipos penales. Según esto, la hipótesis de la norma aparecería como gratuita, innecesaria. En todo caso (así lo sostiene Kelsen) sólo representaría el fin que persigue la ley. Este fin se confundiría con las llamadas normas de cultura, para concretar las cuales habría, por otra parte, que recurrir a variables criterios sociológicos que sólo servirían para hacer más incierto el derecho.

Von Hippel, el gran penalista alemán, afirma que, contrariamente a lo que dice Binding, el delincuente efectivamente viola la ley penal, justamente porque obra conforme a la conducta descrita en ella, ya que la sanción penal vinculada a la realización del "Tatbestand" contiene la prohibición más enérgica que se pueda imaginar contra tal conducta.

Sin embargo, si bien no puede afirmarse que la concepción de Binding haya sobrevivido en todos sus ele-

mentos, tampoco puede sostenerse que la doctrina actual acepte uniformemente que no existe otra norma que la que resulta de la propia ley penal.

Las amargas experiencias que dejó en los países totalitarios la aplicación de leyes penales a todas luces opuestas a la gran tradición cultura de Occidente, han traído un reflujo del Derecho Natural, a veces así calificado sin rodeos, a veces considerado como un Derecho de Gentes, superior a los derechos nacionales; y también, consecuentemente, la vigorización de la idea de que la ley penal no se confunde con la norma, y que la sanción por sí misma nada significa, si no se la pone al servicio de los valores éticos y culturales que hallan su expresión en la norma.

Maurach afirma, por otra parte, la necesidad tanto lógica como dogmática de un sistema de normas que sirvan de base a los tipos penales.

Necesidad lógica en primer lugar porque, evidentemente no puede basarse la pena en la mera causación de un daño o peligro al bien jurídico (concreción del tipo), sino en la realización de la acción tendiente a esa causación en tanto y en cuanto es prohibida por la norma. No toda conducta dañina o peligrosa para un bien jurídico es punible en todo caso: es la norma la que elige qué acciones deben ser contempladas por los tipos penales. La norma ejerce una función seleccionadora entre las posibles acciones dañinas. No dice: "no causarás perturbaciones a la propiedad ajena", sino: "no hurtarás", "no estafarás", etc.

Hay muchas lesiones de bienes que son necesarias y legítimas en la vida social. La competencia entre los comerciantes es deseada por el Derecho; la norma sólo prohíbe la competencia *desleal*. En una palabra, es la norma la que valora ciertas acciones, no solamente como lesión de un bien jurídico, sino como contrarias a los valores fundamentales del orden jurídico, de ninguna manera

desvinculados de otros valores culturales, los morales en primer término, y sólo en función de esta última contradicción las coloca bajo amenaza de pena.

Se podría objetar que hay hechos que no son ilícitos hasta que una ley penal los declara punibles, y que por lo tanto, es la ley la que constituye, en realidad, la norma. Ello sería así, sino fuera porque la valoración social de determinados bienes o la desvaloración social de determinadas acciones constituye justamente la razón para la amenaza penal y es, en consecuencia, lógicamente anterior a ésta.

Como dijimos, no sólo lógicamente, sino también dogmáticamente, se demuestra la necesidad de la norma. Ni la teoría de la antijuridicidad ni la teoría de la culpabilidad pueden hallar un tratamiento satisfactorio sin ese concepto. La primera, porque sólo puede, como veremos, explicarse la justificación demostrando que en ella se produce un ceder de la norma; la segunda porque la culpabilidad, dice Maurach, supone, o bien el conocimiento de la norma o bien la posibilidad de su conocimiento.

II. — *La antijuridicidad.*

Aclarado así el concepto de norma, como paso previo, podemos referirnos ahora a la antijuridicidad. Para ello son tal vez necesarias ciertas precisiones terminológicas. Algunos autores usan indistintamente los términos antijuridicidad, injusto, o entuerto (entuerto parece la traducción más castiza de lo que los alemanes llaman "Unrecht" y que traductores tan autorizados como Rodríguez Muñoz y Córdoba Roda en España, y entre nosotros Marcelo Finzi, han denominado "el injusto". Nosotros usaremos también la expresión "injusto", que parece haberse ya adoptado definitivamente en nuestro lenguaje jurídico penal.

Como decíamos, algunos autores, como Mezger, em-

plean estas palabras como sinónimos, pero nos parece preferible la posición de Welzel quien da distinto significado a las expresiones antijuridicidad e injusto. La antijuridicidad es cierta calidad, cierta característica de la acción que la presenta como contraria al derecho. En cambio, el injusto es la acción misma, a la que se califica de antijurídica. El injusto es el sustantivo: es el hurto, el homicidio, el uso de una cosa ajena sin permiso del dueño, la adjudicación de un contrato administrativo sin la licitación requerida por la ley. Hay diversas clases de injusto: un injusto penal, un injusto civil, un injusto administrativo, según los ejemplos que acabamos de dar, y esa distinción depende, en definitiva, del distinto tipo de sanción que corresponde a aquéllos hechos; pero la antijuridicidad es una sola, porque es justamente lo que tienen de común los diversos tipos de injusto, esto es, la contradicción con el derecho.

Esta contradicción con el derecho es, en realidad, como hemos visto, una contradicción, no con la ley, sino con la norma. En Derecho Penal, la norma es descubierta a través del tipo, es decir, de aquella parte de la figura delictiva que se relaciona directamente con la valoración del hecho como lesivo de un bien jurídico determinado.

A la valoración efectuada por la norma, a través del tipo, sobre el hecho, se agrega después la valoración referente al autor, vinculada con el modo de culpabilidad exigido también por la figura delictiva.

El juicio de antijuridicidad recae pues sobre el hecho y nos dice que él es contrario a la norma, con prescindencia del juicio sobre el autor, juicio que, como acabamos de señalar, pertenece a la culpabilidad.

Esto es lo que se denomina el carácter o naturaleza objetiva de la antijuridicidad, expresión que se presta a ciertos equívocos, porque a primera vista parece querer decir que la antijuridicidad de un hecho resulta siempre de actos externos, objetivos, y que no hay que tener en cuenta para ello la situación anímica del autor.

Tal era, en efecto, la concepción originaria de la antijuridicidad. En la teoría dogmática tradicional se atribuía todo lo que era comportamiento externo a la antijuridicidad, todo lo que era factor subjetivo a la culpabilidad. La teoría predominante con respecto a la culpabilidad era de índole netamente psicologista: la culpabilidad consistía en la reacción psíquica del autor con su hecho.

Dentro de ese esquema dogmático se produjo el enfrentamiento de las llamadas teorías o doctrinas objetiva y subjetiva de la antijuridicidad. La primera, sostenida por von Hippel, Mezger, von Liszt, Beling, entre los alemanes; Delitala, Bettiol, Maggiore, entre los italianos; y la segunda, por Binding, Merkel, von Ferneck, entre los alemanes, y Rocco, Antolisei, Alimena y Petrocelli, entre los italianos.

La llamada teoría subjetiva puede resumirse en pocas palabras: no puede haber antijuridicidad sin culpabilidad. Ilicitudes inculpables no existen (Binding).

En el mismo sentido afirma Merkel que el que no conoce la obligación jurídica no puede realizar un acto antijurídico. Es sólo la conducta voluntaria y normal la que puede tener significación para el Derecho.

El niño, el demente, no pueden realizar hechos antijurídicos, porque su actuar es para el Derecho análogo al de un acontecimiento natural, que sería absurdo denominar como antijurídico.

La teoría objetiva, en cambio, distingue cuidadosamente entre antijuridicidad y culpabilidad. Piensa, por ello, que es perfectamente posible que un inimputable o una persona que obra por error o bajo coacción realicen un acto antijurídico, aunque luego puedan ser declarados no punibles por falta de culpabilidad.

La verdadera discrepancia entre ambas teorías radica, tal vez, en una distinta concepción con respecto a la

estructura y naturaleza de la norma jurídica y de la esencia del delito.

Si consideramos a la norma jurídica bajo el aspecto unilateral de un mandato, de un imperativo (no matarás!) y al delito como desobediencia a ese imperativo, parece natural que los inimputables, los inculpables, los que han obrado sin conciencia de desobedecer la norma, no hayan realizado ningún acto antijurídico. Pero si advertimos que la norma no es un puro imperativo, sino que por el contrario ella está estructurada en dos momentos: el primero de los cuales consiste en el reconocimiento objetivo de un valor social (norma de valoración), y el segundo en la imposición de un deber (norma de determinación), entonces la solución ha de ser necesariamente diversa. La norma "no matarás", que se presenta bajo la forma de un puro mandato, tiene sin embargo ese primer momento en el cual se reconoce el valor de la vida humana, primer momento sin el cual carecería de razón de ser la norma de determinación, dirigida a las personas capaces: el mandato de no matar.

La esencia de la norma radica en esa proclamación, en ese reconocimiento del valor, primero, y sólo luego en el imperativo que es su consecuencia.

Por eso la antijuridicidad no consiste en una desobediencia, sino primordialmente en un desvalor. La acción ilícita se presenta como la negación, como el polo opuesto, del valor reconocido por la norma. El loco, el niño, que matan a una persona, no desbedecen, por supuesto, un mandato que no pueden comprender, pero el hecho que realizan, al quitar la vida sin derecho, es un desvalor, es una negación del valor de la vida humana. En tal sentido, la acción se presenta como objetivamente antijurídica, porque es contraria a la norma en lo que ésta tiene de fundamental, la tutela del valor, sin referencia a que ello pueda haber sido comprendido por el autor.

La afirmación de que la antijuridicidad no depende de la existencia de culpabilidad, no significa que el desvalor de la acción no pueda depender, y de hecho depende en muchos casos, de la existencia en el alma del autor de ciertos elementos, sin cuya presencia ese desvalor no aparece. Efectivamente, según hemos dicho, la norma no prohíbe siempre toda lesión material o puesta en peligro de los bienes jurídicamente protegidos, sino que tiene en cuenta, muchas veces, las características de la acción misma. Sin esas características, el hecho puede ser una de las tantas lesiones o peligros que la vida social debe tolerar, para que puedan llevarse a cabo aquellas actividades en sí mismas peligrosas, que, especialmente a raíz del gran adelanto técnico, no pueden ser prohibidas, y antes bien son alentadas por la comunidad.

La existencia de esas características subjetivas en la acción prohibida por la norma, es lo que llevó a la doctrina alemana, a partir de la segunda década del siglo, a descubrir los llamados elementos subjetivos del injusto, que no deben confundirse con la culpabilidad. En efecto, estos elementos subjetivos pueden, en primer lugar, existir en acciones realizadas por inimputables, que son, por definición, incapaces de obrar culpablemente. Baste pensar en la tentativa, que presupone el fin (subjetivo) de realizar el hecho, ya que, sin ese fin, el disparo de un arma cuya bala pasa cerca de una persona, por ejemplo, no constituye acto antijurídico alguno ni para el derecho civil ni para el derecho penal.

Algunos hechos, como una palpación de ciertas partes de la persona, pueden ser perfectamente lícitos si se realizan con fines curativos, y ser antijurídicos cuando se llevan a cabo con ánimo lascivo. Y aún en este último caso pueden ser antijurídicos, pero no culpables, si el autor, por un error esencial, piensa que la persona sobre la cual realiza el hecho es su cónyuge.

Los partidarios de la teoría de la acción finalista

llevan al extremo la inclusión de elementos subjetivos en la antijuridicidad, como sabemos, puesto que consideraran al dolo como un elemento del tipo subjetivo del injusto.

Mas aún sin aceptar este último criterio, cuya procedencia no debe ser negada a toda costa, sino sometida a un cuidadoso análisis, es innegable que la oposición antijuridicidad-culpabilidad no equivale a la oposición entre factores objetivos (que pertenecen al mundo exterior) y factores subjetivos (que corresponden a la vida psíquica). La antijuridicidad es objetiva porque ella representa el desvalor del hecho (con todas sus características físicas y psíquicas) frente a la norma objetiva de la valoración; la culpabilidad resulta en cambio de un juicio sobre el autor, y se basa en la posibilidad de reprocharle personalmente un hecho antijurídico.

Por qué en ciertos casos, pese a significar aparentemente la acción típica un desvalor frente al valor del bien jurídico tutelado por la norma, el hecho no es sin embargo antijurídico, es el problema que plantean las llamadas causas de justificación, cuya naturaleza y alcance consideraremos en otra oportunidad.

CAUSAS DE JUSTIFICACION

En conferencias anteriores hemos visto que detrás de los tipos legales que definen la conducta punible se encuentran las normas, prohibiciones o mandatos destinados a tutelar y proteger ciertos valores encarnados en los que denominamos bienes jurídicos.

El análisis de las normas nos muestra en ellas dos aspectos o momentos esenciales: un momento valorativo y un momento propiamente imperativo. El momento valorativo es el prius lógico de la estructura normativa. Cuando la norma ordena: “no matarás”, es porque previamente ella misma ha reconocido y proclamado implícitamente el valor de la vida humana. Sólo a posteriori de la proclamación del valor encarnado en el bien jurídico es comprensible el momento imperativo de la norma, que se dirige a quienes pueden entender su mandato —es decir, a los que llamamos imputables— y les ordena que se abstengan de realizar o que lleven a cabo determinadas acciones.

Decimos pues que una conducta es antijurídica cuando ella representa la afirmación de un desvalor frente al valor reconocido por la norma, o sea cuando tal acción se presenta como una lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente protegido, y, en consecuencia, como contraria al fin de la norma. El juicio de antijuridicidad se refiere al hecho, con todos sus elementos objetivos y sub-

jetivos, pero solamente, repito, en cuanto representa por sí mismo un desvalor. A este juicio lo llamamos objetivo —con una expresión que no es muy feliz— no porque, como acabamos de decir, no tenga en cuenta los elementos subjetivos de la acción, sino porque es independiente de la consideración del sujeto que la realiza. Hechos anti-jurídicos pueden ser cometidos, según sabemos, por dementes, por niños, por personas que obren en error o bajo coacción.

La culpabilidad, en cambio, es la reprochabilidad personal del autor por el hecho antijurídico. Esa reprochabilidad nace de haber faltado un sujeto capaz al deber de comportarse de conformidad con lo ordenado por la norma, a pesar de que le era exigible que cumpliera con aquel deber, dadas sus condiciones personales y las circunstancias concomitantes al hecho.

Volviendo a la antijuridicidad, es necesario efectuar dos importantes precisiones. En primer lugar, el análisis de la norma nos demuestra que ella tutela y protege el valor encarnado en el bien jurídico, pero que esa protección no tiene en mira evitar toda posible lesión o puesta en peligro, sino las que derivan de cierto tipo de ataques, que o bien se reputan particularmente reprobables por razones éticas, o bien se consideran no evitables de modo adecuado sino mediante la conminación penal. Ya señalamos que el incumplimiento de un contrato puede importar una lesión más grave para el patrimonio que un hurto, pero el tipo legal sancionado para asegurar el cumplimiento de la norma tiene en mira la lesión que resulta del hurto pero no la que proviene del incumplimiento del contrato.

Repetimos, pues, que la norma protege el bien jurídico a través del tipo penal, pero sólo contra cierta categoría de acciones lesivas: las acciones típicas.

En segundo lugar, y este es el punto que hoy nos interesa, no toda lesión, aún típica, de un bien jurídico,

no toda conducta contraria al mandato general de la norma, es antijurídica.

Por qué ello es así debe ser contestado por la teoría de la justificación, a la que corresponde esclarecer en qué casos y por qué razones ciertos hechos que materialmente aparecen como causación de lesiones típicas a bienes jurídicos, y formalmente como incumplimiento del mandato de la norma, no son, en realidad, antijurídicos, sino perfectamente lícitos.

Para ello debemos partir de la observación de que la norma, como todo procedimiento de tipificación, ha de tener por fuerza un carácter general, que no permite referirse, en el mismo mandato, a ciertas situaciones en las cuales el ordenamiento jurídico se ve precisado a autorizar y aún a exigir la lesión de bienes, porque así lo impone la tutela de valores superiores.

Podemos pues hablar, desde este punto de vista, de límites de la norma, en cuya virtud ésta cede en su pretensión de ser observada a toda costa. Cuando ello acontece, el interés o bien deja de ser tutelado jurídicamente, pues la norma le retira su protección, y, en consecuencia, la acción lesiva se revela como ajustada a derecho, el tipo se convierte en una forma vacía y es desvirtuado como indicio de la antijuridicidad de la conducta por él descripta.

Los límites de la norma a que acabamos de referirnos se hallan mencionados en los diversos códigos penales, a veces en forma muy completa, como en el nuestro o el español, a veces en forma insuficiente, como en los códigos alemán y francés.

Esos límites se denominan causas de justificación. En nuestro artículo 34, que bajo el título: "Imputabilidad" enumera, entremezcladas, diversas categorías de causas de impunidad, las causas de justificación figuran en el inciso 3º: estado de necesidad, en el inciso 4º: cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, autoridad

o cargo, y en los incisos 6º y 7º: legítima defensa propia o de tercero. El inciso 5º: obediencia debida, se refiere, según la doctrina más moderna, a una causa de inculpabilidad. Soler, en una posición aislada, la considera causa excluyente de la acción.

Otras causas se encuentran expresamente formuladas en algunos artículos de la parte especial del Código, como justificantes de los hechos típicos correspondientes. Así en el artículo 86: justificación del aborto terapéutico; en el artículo 111: justificación de la injuria por un interés público; en el artículo 152: justificación de la violación de domicilio por estado de necesidad especial. Podría agregarse todavía la causa de justificación expresa que establece el artículo 60 de la Constitución Nacional respecto de las opiniones o discursos de los legisladores.

Nuestro Código, al hacer referencia en el inciso 4º del artículo 34 al cumplimiento de un deber o al ejercicio legítimo de un derecho, autoridad o cargo, pone de manifiesto que la norma se integra con todas las disposiciones del ordenamiento jurídico que signifiquen un límite a su mandato de carácter general. Este es el motivo por el cual, inversamente, se afirma que la antijuridicidad es contrariedad al derecho considerado como un todo.

Si tomamos como ejemplo las atribuciones inherentes a la patria potestad reconocidas por la legislación civil, observaremos que ellas limitan las normas que prohíben en general causar a otro un daño en el cuerpo o en la salud, o privar a otro de su libertad, o violar la correspondencia ajena, puesto que todos estos hechos pueden ser realizados, con la moderación consiguiente, por los padres con respecto a los hijos que se encuentran colocados bajo su potestad.

El primer problema general que plantean las causas de justificación es el que se refiere a si existen algunas de estas causas que no se hallen codificadas. En otras palabras, si hay límites, no sólo expresos, sino tácitos, de la norma.

Este es un tema que ha preocupado a la doctrina desde hace tiempo sin que se pueda afirmar que se ha llegado a una solución pacífica. Por supuesto, el problema tiene mucho más interés para aquellos países cuyos códigos contienen un tratamiento insuficiente de las causas de justificación. Ya hemos recordado el código alemán, que sólo menciona expresamente, como auténtica causa de justificación, la legítima defensa.

No se crea, sin embargo, que la cuestión se halla enteramente desprovista de carácter práctico para nosotros. Hay ciertas situaciones, como las derivadas del consentimiento del titular del interés lesionado; las lesiones deportivas; los tratamientos médico-quirúrgicos, en especial los no propiamente curativos (cirugía plástica); las facultades correctivas de los maestros; los estados de necesidad en que se encuentran en juego bienes de valor equivalente; el conflicto entre dos vidas, por ejemplo; el derecho de defensa contra los riesgos provenientes de animales o cosas ajenas, situaciones todas éstas que no están expresamente previstas por nuestro Código y que deben ser resueltas por la dogmática jurídico-penal.

La posibilidad de que existan causas de justificación no expresas, puede ser resuelta desde dos puntos de vista: como problema de interpretación de la ley, o como problema de fuentes del derecho.

Como problema de interpretación, debemos preguntarnos si es posible ampliar las justificaciones expresamente establecidas por la ley penal por medio de la analogía, sea de la analogía legis (es decir, por aplicación de leyes análogas), sea de la analogía iuris (es decir, por aplicación de los principios generales del derecho).

La analogía se basa, como es sabido, sobre el principio de razón suficiente: "Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio", y contra ella suele oponerse otra máxima latina: "Ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit".

Nuestro Código Civil acepta explícitamente la ana-

logía en su artículo 16: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas, y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

En Derecho Penal, la analogía es generalmente proscripta por la legislación (artículo 12 del Código de Procedimientos en lo Criminal) y por la doctrina, sobre la base del principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional, pero la proscripción debe entenderse referida a la analogía que tiene por objeto incriminar conductas no contempladas por algún tipo penal: es decir a la analogía llamada *in malam partem*. Por el contrario, gran parte de los autores acepta en materia penal la analogía *in bonam partem*, es decir justamente la que tiende a ampliar las causas de impunidad, entre las que se encuentran en primer término las causas de justificación.

La corriente contraria a esta última posición sostiene que siendo las causas de justificación excepciones a la regla general, no pueden ser extendidas por analogía, puesto que las excepciones deben ser interpretadas restrictivamente.

A esto se contestó, desde antiguo, que siendo las leyes criminales de naturaleza excepcional, las causas de justificación venían a representar la excepción de la excepción, y que en consecuencia, no había inconveniente en extenderlas por vía analógica.

La doctrina más moderna ha puesto sin embargo de manifiesto que el error de la objeción estriba en considerar que las causas de justificación sean excepciones. Mezger señala, a este respecto, con razón, que el presentar todos los hechos típicos como antijurídicos, siempre que no haya una causa de justificación, no tiene relevancia alguna de fondo y es meramente un método expositivo.

En efecto, matar a otro no es en sí ni antijurídico ni conforme a derecho. Tampoco puede afirmarse que el que mata en legítima defensa convierte un acto antijurídico en un acto lícito. Matar en legítima defensa es, desde un principio, tan lícito como puede serlo cualquier otra acción que ni siquiera sea típica. Por eso, cuando hay duda fundada acerca de que un acto se ha realizado en legítima defensa, esa duda debe favorecer al procesado.

No parece, pues, haber inconveniente en que las causas de justificación expresamente establecidas en el Código puedan ampliarse por analogía. Con especial referencia a la disposición que se refiere al cumplimiento del deber y al ejercicio legítimo de un derecho, autoridad o cargo, cabe señalar que ella es en realidad una norma de reenvío, pues nos remite a las disposiciones de las ramas del derecho que establecen los respectivos deberes, derechos o atribuciones: el derecho civil, el derecho comercial, el derecho administrativo, etc. La posibilidad de emplear la analogía en estos supuestos resulta naturalmente más clara, puesto que ella no está prohibida, evidentemente, en estas ramas del derecho.

Respecto del ejercicio de un derecho, es sin embargo necesario advertir que con esta expresión no se halla aludido el llamado “derecho general de libertad”, es decir la facultad de hacer todo lo que la ley no prohíbe (artículo 19 de la Constitución Nacional), según piensa Soler siguiendo a Grispigni. Cuando nos encontramos frente a una norma que, según hemos dicho, prohíbe en general la conducta típica, es necesaria una autorización especial del derecho, sea ella expresa, implícita o alcanzable por analogía o por referencia a ciertos principios generales, que ponga un límite al mandato de dicha norma con referencia a una situación determinada. No basta pues invocar un derecho general de libertad.

Hemos dicho que la posibilidad de invocar causas de justificación no codificadas puede ser resuelta desde

otro punto de vista que el de la analogía. Efectivamente, el problema ha sido tratado también como un problema de fuentes del derecho, considerando que en esta materia no es sólo fuente de derecho la ley sino que pueden serlo, además, la costumbre y otras fuentes a las que inmediatamente nos referiremos. En lo que hace a la costumbre, a primera vista parecería que ella sólo pudiera ser invocada como creadora de causas de justificación cuando la ley se refiera a ella, tal como lo establece el artículo 17 del Código Civil. Algunos autores, como el jurista italiano Nuvolone, piensan sin embargo que la costumbre puede tener valor autónomo, pese a la prohibición de la ley, pues precisamente se trata de establecer si la costumbre es también fuente de derecho y, si fuera así, es evidente que las disposiciones de la ley no podrían impedirlo.

No hay tiempo para que analicemos este punto tan sutil. Nos contentamos, pues, con señalarlo.

Además de la costumbre, según algunos autores, existen aún otras fuentes de las que pueden derivar límites a la norma. Esas fuentes podrían dividirse en fuentes lógico-formales y fuentes materiales. Fuentes lógico-formales serían ciertos principios lógicos que derivan de la esencia misma del derecho y que conducirían necesariamente a admitir la licitud de ciertas acciones típicas. Uno de estos principios sería el que afirma que la tutela penal de un interés o bien jurídico encuentra su límite en la satisfacción de un interés o bien jurídico prevaleciente. Este principio, aunque no figure expresamente en la ley, no puede dejar de ser considerado como perteneciente a la trama misma de la relación jurídica, y a él recurrió el tribunal supremo de Alemania para afirmar la existencia del llamado estado de necesidad supra legal como causa de justificación, ya que el código alemán, según hemos dicho, no hace expresa mención de él como causa de esta naturaleza.

En cuanto a las fuentes materiales, su existencia es

afirmada por los autores alemanes que sostienen la teoría de la antijuridicidad material a la que nos referimos en la primera de estas conferencias. Desde tal punto de vista, carecerían materialmente de antijuridicidad ciertas acciones que no obstante ser típicas y no hallarse cubiertas por una causa expresa de justificación, se manifiestan coincidentes con los fines del derecho. Recordemos que Von Liszt negó el carácter de antijurídicas a las acciones típicas que no fueran realmente antisociales; que Alexander Graf Zu Donna sostuvo, de acuerdo con la idea stammleriana del derecho, que solamente es antijurídica la acción adecuada a un tipo legal cuando, además, no es un medio justo para un fin justo. En el mismo orden de ideas, señaló más recientemente Welzel, el creador de la teoría finalista, que no puede ser punible la acción que es socialmente adecuada. Welzel denomina así todas las actividades que se mueven dentro del marco de los órdenes ético-sociales de la vida de la colectividad, establecidos a través de la Historia. La explotación de un ferrocarril, por ejemplo, es una actividad socialmente adecuada, a pesar de tener que contar necesariamente con la producción de lesiones personales, no obstante la observación de todas las medidas de seguridad. Recuerda Welzel que todavía en 1861 el Tribunal Superior de Apelación de Munich declaró que la explotación de un ferrocarril era una actividad en sí antijurídica.

Estas acciones socialmente adecuadas fueron consideradas por Welzel en un principio como atípicas. La muerte de un enemigo por un soldado en la guerra no constituiría la acción típica de matar a otro prevista por la ley. Después este autor ha rectificado su posición, negando solamente la antijuridicidad, pero no la tipicidad de las acciones socialmente adecuadas.

También desde puntos de vista similares se manifiesta Max Ernest Mayer, con su teoría de las normas de cultura, a la que antes hemos aludido y para la cual no

pueden ser, naturalmente, antijurídicas las acciones que, aunque aparezcan comprendidas en el tipo de una ley penal, son autorizadas por las normas de cultura.

Todas estas posiciones son en realidad la consecuencia de que la evolución de la conciencia social es más rápida que la posibilidad de reformar la ley. Es un ejemplo claro de esto que las lesiones causadas en las prácticas de ciertos deportes, como el box o el rugby, aparezcan como conformes a derecho, pese a que se encuentran evidentemente comprendidas, como lesiones dolosas, en el tipo del art. 89 o aún de los artículos 90 y 91 del Código Penal, y no se hallan expresamente cubiertas por ninguna causa de justificación de las enumeradas en el Código.

Otro problema que ha preocupado a la doctrina es el de la sistematización de las causas de justificación, es decir el de la posibilidad de reducir a uno o varios principios fundamentales las bases sobre las cuales el derecho declara lícitas, a través de las diversas causas de justificación, conductas que materialmente se presentan como lesivas de un interés o bien, acreedor en general a la tutela o protección jurídica.

En este punto, la doctrina se ha dividido en teorías que podríamos llamar monistas y pluralistas, según que reduzcan a uno o a varios los fundamentos de la justificación.

Entre las primeras podemos citar la sostenida por Carlos Binding y Rodolfo Merkel, quienes piensan que el principio rector de todas las causas de justificación es el que se basa en la consideración del interés predominante. Cuando dos intereses se hallan en conflicto, el Derecho, sea expresamente para un caso determinado, sea de un modo general, establece la licitud de la acción que tiende a hacer prevalecer el interés preponderante. Ejemplos relativos a situaciones en las cuales el Derecho tiene en cuenta especialmente el interés predominante, serían, en nuestro ordenamiento jurídico: el derecho de

corrección que ejercen los padres (artículo 278 del Código Civil); la facultad de recobrar de propia autoridad la posesión recién perdida (art. 2470 del Código Civil); el derecho de retención (art. 2218 del Código Civil); la atribución del particular para detener al delincuente en flagrancia (art. 368 del Código de Procedimientos en lo Criminal), la obligación impuesta al médico de revelar el secreto profesional en caso de ciertas enfermedades contagiosas (art. 3º de la ley 11.359), etc.

De un modo general, se halla establecido este principio en el artículo 34, inc. 3º del Código Penal, que regula el estado de necesidad. En este caso no es el legislador quien, como en los supuestos anteriores, ha establecido cuál es el interés predominante, sino que él debe ser apreciado por el juez en cada situación particular, a efectos de concluir si resulta lícito sacrificar a ese interés el de menor importancia.

Contra esta teoría del interés preponderante se objeta que no tiene en cuenta debidamente la legítima defensa, ya que en las situaciones cubiertas por esta causa de justificación es lícito, según los casos, sacrificar el bien jurídico de mayor valor, por ejemplo la vida del atacante, para salvaguardar un interés menor, como puede ser la propiedad del atacado.

Si bien es cierto que los partidarios de esta teoría responden que el interés del atacante se degrada en virtud de su actitud antijurídica, ello implica en realidad sostener que el derecho del atacado prevalece frente al mero interés del atacante, con lo cual nos colocamos fuera del principio de la pura comparación de intereses.

Puede afirmarse, en general, que la doctrina actual parece haber renunciado, por ahora al menos, al principio monista, distribuyendo las causas de justificación en grupos según el fundamento de cada una de ellos.

Maurach, por ejemplo, clasifica las causas de justificación de la siguiente manera:

1º) legítima defensa propia o de tercero. Su fundamento es el predominio del derecho.

2º) estado de necesidad. Su fundamento es el principio de la comparación de bienes.

3º) consentimiento del interesado. Su fundamento es la renuncia al interés tutelado.

4º) los casos restantes. Su fundamento es la autorización expresa o tácita del Estado.

Mezger, en una clasificación también basada en el juego recíproco de intereses y derechos, distingue:

1º) ausencia del injusto por ausencia del interés, que se manifiesta en el consentimiento expreso o presunto del titular.

2º) ausencia del injusto por ejercicio de un derecho eficiente (principio del derecho preponderante), que se manifiesta en:

a) derechos especiales de acción (legítima defensa y ejercicio legítimo de un derecho, autoridad o cargo);

b) deberes especiales de acción (cumplimiento de un deber);

c) valuación de bienes jurídicos (estado de necesidad).

Sauer parte, para la sistematización de las causas de justificación, de una concepción valorativa del Derecho con la cual no podemos sino estar de acuerdo. La justificación se basa en la Idea del Derecho, cuyos tres principios son tres facetas del mismo pensamiento valorativo fundamental: el bien común es la faceta psico-sociológica; la justicia es la faceta ético-social-normativa; la seguridad es la faceta formal-jurídica.

Sobre esta base, las causas de justificación se fundan:

1º) en el principio de seguridad jurídica:

a) el mandato del superior (que para Sauer en algunos casos es causa de justificación);

- b) el consentimiento del ofendido;
- c) los derechos de coacción;
- 2º) en el principio del bien común:
 - a) la autorización para el funcionamiento de establecimientos de utilidad general peligrosos;
 - b) el tratamiento médico-quirúrgico;
 - c) la corrección de niños ajenos
- 3º) en el principio de justicia:
 - a) la legítima defensa;
 - b) el estado de necesidad.

Entre nosotros, Soler hace derivar las causas de justificación o bien de la ley, o bien de la necesidad, aunque en última instancia afirma que la fuerza justificante de la necesidad (estado de necesidad y legítima defensa) no tiene otro origen que la ley. La posición de Soler es adecuada al positivismo jurídico que caracteriza su obra, pero no contesta a la cuestión fundamental, puesto que no da respuesta al interrogante de cuál es la razón de las disposiciones legales, en que consiste, no formalmente, sino materialmente, la justificación.

Para terminar, interesa, ya que no podemos referirnos a las causas de justificación en particular, señalar ciertos rasgos comunes a todas ellas.

1º) Es punto al que todavía no se ha dado solución definitiva en la doctrina el de determinar si, de la misma manera que existen elementos subjetivos de lo injusto, será necesario, en las causas de justificación, el ánimo de obrar conforme al derecho. La mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia, tanto en nuestro país como en Alemania, exigen ese requisito en la legítima defensa. También en lo que se refiere al estado de necesidad parece notarse la tendencia a requerir la intención de querer evitar el daño: "la voluntad salvadora"; pero en las demás causas de justificación la cuestión no se presenta tan clara y es aún muy debatida.

2º) En lo que se refiere a la participación, debe señalarse que, siendo lícito el hecho realizado con causa de justificación, no es posible que una persona que participe en la realización de ese hecho pueda ser perseguida penal o civilmente.

Es posible, sin embargo, que alguien sea considerado autor mediato de un delito cuando el autor directo ha obrado con causa de justificación. Tal sería el caso de que una persona instigara a otra a realizar un robo nocturno, y luego avisara al dueño de casa con el propósito de que éste, actuando en legítima defensa, dé muerte al ladrón. Parece que en este caso, pese a que el autor directo de la muerte habría actuado lícitamente (art. 34, inc. 6º, 2do. párrafo, del Código Penal) el que incitó al ladrón y avisó al dueño podría ser considerado como autor mediato de homicidio, aunque debe reconocerse que la solución no es clara.

3º) Si el que obra con causa de justificación lesiona un bien jurídico extraño a la situación de peligro, la acción es antijurídica respecto de ese bien extraño, si bien es posible que no obstante medie en tal caso en favor del autor una causa de inculpabilidad, o, en última instancia, que su responsabilidad sea solo de carácter culposo.

4º) La producción intencional de una situación que permitiría invocar una causa de justificación, excluye esa justificación. Nuestro código lo determina claramente en el art. 34, inc. 3º: "el que causare un mal para evitar otro mayor inminente *al que ha sido extraño*" y en el inciso 6º, 3er. requisito: "Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende".

Si la justificación queda también excluida por la provocación no dolosa sino imprudente del riesgo, es materia debatida en nuestra doctrina, aunque la doctrina extranjera limite la exclusión de la legítima defensa a los casos de provocación intencional del ataque.

LA IMPUTABILIDAD

La imputación de un hecho a una persona puede realizarse de dos maneras, que los criminalistas prácticos caracterizaron, respectivamente, como “*imputatio facti*” e “*imputatio iuris*”. La “*imputatio facti*” es estudiada hoy por la dogmática en el tema de la acción, y allí es denominada, bastante inapropiadamente “relación de causalidad”. En este aspecto se trata de responder al interrogante: ¿cuándo puede un hecho ser imputado materialmente a una persona?; ¿cuándo puede ésta ser considerada como autora del mismo? El problema de la “*imputatio iuris*” es en cambio el concerniente a decidir bajo qué condiciones una persona a quien se puede imputar materialmente un hecho delictivo debe también responder jurídicamente por su acción. Este acto de imputación jurídica es colocado, por la moderna dogmática, como hemos dicho, en el capítulo de la culpabilidad. Aquí debemos responder a la pregunta: ¿en qué medida es responsable y, por lo tanto punible, el autor de un hecho antijurídico?

Por un giro paradójal del lenguaje, la palabra imputabilidad, que parece en principio referirse a qué características debería tener un hecho para poder ser imputado a un hombre, no es usada por la dogmática con ese sentido, sino, por el contrario, es referida a qué condiciones debe tener una persona para que le pueda ser im-

putado determinado hecho. Así el término imputable no se emplea en general para denominar las acciones, sino para designar a la persona a la cual ellas pueden ser imputadas. En tal sentido, imputable es aquella persona a la cual puede ser atribuído en virtud de sus condiciones biopsíquicas un hecho delictivo como fuente posible de responsabilidad jurídico-penal.

El concepto de imputabilidad no se confunde ciertamente con el de responsabilidad, pero es un elemento indispensable y primordial para que ésta pueda existir. No se confunde con ella porque a la imputabilidad del autor del hecho antijurídico deben unirse otros factores: dolo o culpa, ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad; e inclusive, desde cierto punto de vista, falta de excusas absolutorias, para que pueda hacerse efectiva la responsabilidad penal.

Desde este punto en adelante, si queremos continuar analizando el significado del concepto de imputabilidad, nos encontramos ya enfrentados a serias dificultades, porque la noción misma de lo que es sustancialmente la imputabilidad depende de que adoptemos una de las teorías en las que se ha dividido en esta materia el pensamiento científico penal.

El tiempo no nos permite sino realizar una descripción necesariamente esquemática de las principales posiciones. Y el esquematismo comenzará por aceptar esa denominación, también falsamente esquemática, que, sobre todo por obra del positivismo, fue dada a muy diversas posiciones, reunidas, un poco a la fuerza, bajo el rótulo de Escuela Clásica.

La llamada Escuela Clásica de derecho penal fundó la responsabilidad sobre la imputabilidad moral del hombre, y ésta, a su vez, sobre el libre albedrío, que corresponde a los seres humanos que se hallan dotados de discernimiento y voluntad. "Yo no me ocupo de cuestiones filosóficas, decía Carrara, presupongo aceptado el libre

albedrío, sin el cual el derecho penal no podría concebirse”.

En el mismo sentido Pellegrino Rossi afirmaba: “El hombre, ser inteligente, puede conocer, por lo menos tanto como la imperfección humana lo permite, la naturaleza, la finalidad y las consecuencias de sus acciones; libre, él es dueño de dirigir o suspender el ejercicio de su voluntad, de aplicarlo a uno u otro objetivo, es dueño de hacer, de no hacer, de elegir. De la inteligencia y de la libertad resulta para el hombre la moralidad de sus acciones, su imputabilidad. La imputabilidad se relaciona pues con las acciones espontáneas de los seres inteligentes y libres”.

Es cierto que algunos de los llamados clásicos, como Feuerbach, edificaron sus concepciones, no sobre la base del libre albedrío, sino sobre la del determinismo. Tal la teoría de la coacción psicológica, la cual pretende que, mediante la amenaza de la pena, se introduce en el juego de motivos que son los que en realidad dominan al hombre, un motivo más, lo suficientemente poderoso para contrarrestar la acción de los que lo arrastran al delito. Doctrina ésta en el fondo sofística, puesto que desde tal punto de vista, el delito no debería ser imputado a su autor, sino al legislador que no supo poner un contramotivo lo suficientemente poderoso en la conciencia de aquél.

Fuera, pues, de estos casos aislados, los penalistas liberales de la primera mitad del siglo XIX, fundan la imputabilidad sobre el libre albedrío, que al permitir al hombre decidirse por el bien o por el mal, lo hace moralmente responsable del resultado de esa elección.

Frente a tal posición bien pronto se alza, como formidable enemigo, el positivismo criminológico italiano encabezado por Lombroso, Ferri, Garófalo y Fioretti, que inspirado en la concepción monista y materialista del mundo y de la vida, entonces en auge en la filosofía, co-

menzará por negar la existencia de la base misma de la imputabilidad moral, al afiliarse decididamente a la teoría determinista. “La libertad no es más que una ilusión, los hombres son actuados justamente cuando creen actuar, son prisioneros de encadenamientos inexorables que los lanzan, por la fuerza de las cosas, a destinos que no han elegido”. Los materialistas del siglo XVIII insistían, como Helvetius, sobre el papel decisivo que en este aspecto tienen los factores sociales. En cambio, en el siglo XIX, los progresos de la biología traen a la luz la influencia de los caracteres somáticos. La constitución hereditaria, las perversiones innatas o adquiridas, las desviaciones psiquiátricas, el alcoholismo y las intoxicaciones de todos los órdenes hacen del crimen la resultante necesaria de las fatalidades orgánicas. Según las palabras de Taine al hablar de los personajes de las novelas de Zola, el vicio y la virtud no son más que productos, como el vitriolo y el azúcar.

Estas ideas fueron recogidas por los positivistas italianos y trasladadas al campo de las ciencias penales. Ferri, que había dedicado su tesis a la refutación del libre albedrío, dice: “El hombre es una máquina de transformación de las fuerzas, sujeta a la ley universal de causalidad, en virtud de la cual, dada en cierto momento cierta combinación de causas físicas, fisiológicas y psicológicas, aquél no puede sino reaccionar de determinada manera”. Por ello, Ferri pretende substituir la responsabilidad moral, fundada sobre la libertad, por la responsabilidad social, fundada sobre la necesidad. “El hombre es responsable porque vive en sociedad”, y la sociedad reacciona necesariamente contra aquello que siente como un ataque contra sus condiciones de vida, de la misma manera con que un organismo viviente reacciona contra un virus: es decir, sin relación alguna con un reproche de orden moral.

Así, bajo la bandera de la negación de la metafísica, los positivistas adoptan también una metafísica, porque eso significa en efecto trasladar arbitrariamente el determinismo propio de la realidad física y biológica a la realidad espiritual.

Es en virtud de esta metafísica como prácticamente queda negada por el positivismo la idea de imputabilidad. Todo hombre autor de un hecho que perturba las condiciones de vida de una sociedad y contraviene su moralidad media —definición del delito de Ferri— es imputable. No hay delincuentes inimputables. Esta es la teoría de la imputabilidad social o legal que, como se vé claramente, conduce en definitiva a su propia negación. En efecto, donde todos son imputables, nadie en realidad lo es, puesto que nadie es responsable de su constitución orgánica, plasmada por la raza y por la herencia, y modelada por las influencias de un medio social que no se ha elegido.

Todos los matices de la idea de responsabilidad, la infinita variedad de las respuestas humanas a las sollicitaciones del medio, el mérito y el demérito, el sentimiento de culpabilidad, el remordimiento, el reproche, todo eso que es realidad en nuestra vida, aparece ignorado por la concepción positivista, y sustituido por algunas fórmulas esquemáticas, análogas al del paralelogramo de las fuerzas de la mecánica, como la famosa ecuación criminológica:

$$C = \frac{T + S}{R}$$

(Crimen es igual a tendencia más situación dividido por resistencia) que, en definitiva nada nos dice de lo que es más importante: ¿qué significa y de dónde proviene

esa resistencia que a veces se impone y otras veces no a los factores delictivos?

Naturalmente, que desde el punto de vista del determinismo, llámese determinismo físico o biológico, o, más refinadamente determinismo psicológico, el hombre, que no puede sino sucumbir ante el motivo más poderoso que lo lleva al crimen, no es susceptible de reproche alguno. Consecuentemente, la pena no puede ser retribución del mal causado, no puede ser el castigo correspondiente a una culpable rebeldía contra el orden jurídico. Su única razón de ser sólo puede hallarse en el futuro. La sanción criminal tiene en el positivismo una naturaleza exclusiva de prevención especial, que resulta necesariamente de la fundamentación filosófica de la doctrina.

Pero, dentro del pensamiento positivista, para que la sanción sea realmente preventiva, ella no debe adecuarse, sin duda, ni a la gravedad del hecho delictivo ni a la culpabilidad, sino a la peligrosidad del sujeto. Mas ¿cómo será posible fijar la sanción solamente en vista de la peligrosidad, si no nos es dado efectuar el pronóstico del comportamiento futuro de una persona?

Los modernos criminólogos, Mannheim, los hermanos Sheldon y Eleanor Glueck, para no citar sino a algunos, intentan, mediante las llamadas "tablas de predicción", que son esquemas de los factores constitucionales y ambientales que obran sobre las personas, pronosticar sus probabilidades de llegar a cometer delitos. Es muy conocido el experimento de los hermanos Glueck, realizado bajo los auspicios de la ciudad de Nueva York a partir del año 1952, con el propósito de identificar delincuentes potenciales a la edad de entrada a la escuela, o sea desde los cinco años y medio a los seis años y medio.

Según lo proclaman los autores de la experiencia, ésta, que fue realizada sobre (textualmente) 130 blancos, 131 negros y 42 portorriqueños, ha tenido un buen éxito.

completo, pues según los resultados recogidos en 1963, de 193 niños identificados como poco probables delinquentes, 186 se han comportado correctamente; mientras que de 27 niños clasificados como muy probables delinquentes, el 85,1% ha llegado a serlo. En el grupo medio de 19 niños identificados como de igual probabilidad de delincuencia o de no delincuencia, 10 se han comportado correctamente.

Otros criminólogos sostienen, en cambio, sobre la base de los mismos datos, que la experiencia no ha sido en modo alguno conclusiva, y que las cifras no han sido correctamente interpretadas.

De todas maneras, yo pienso que estas conclusiones sólo tienen un valor estadístico, y que, aún de ser exactas, sólo pueden servir a los fines de adoptar medidas de prevención general. En ellas no podría basarse ninguna predicción individual, es decir referida a una persona determinada, ni menos aún tomarlas como base para la adopción de medida alguna con respecto a ella, ya que nada puede asegurarnos que dicha persona no se encuentre entre el porcentaje de fracaso de la predicción. Sacrificar un inocente a la estadística sería la peor de las injusticias.

Desde otro punto de vista, Manuel López-Rey ha señalado con acierto que la consideración de que el crimen obedece a determinismos psíquicos y psicoanalíticos, ha causado un grave perjuicio, no solo a las disciplinas criminológicas sino a la cultura en general, porque ella conduce a socavar el concepto individual y social de la responsabilidad moral, ya que se piensa que explicar un acto humano por sus causas es lo mismo que justificarlo.

No es aventurado afirmar, en efecto, que el avance de la inmoralidad y el incremento de la delincuencia, sobre todo de la juvenil, tienen, por lo menos en parte, su fundamento espiritual en esta noción, que se ha hecho popular, de la falta de responsabilidad individual, y en

la atribución de la decisión criminal, no al hombre que comete el delito, sino a la influencia, que se estima decisiva, de los factores sociales. En síntesis, la idea errónea, pero tenazmente mantenida, de que la sociedad es la verdadera culpable.

Este punto de vista no es sólo culturalmente perjudicial, sino que es también dañoso para el propio delincuente. Como lo afirma Bondu, profesor de la Universidad de Lovaina: "el delincuente, insensibilizado a la noción de responsabilidad, se hace impermeable a la idea del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, del remordimiento así como del deseo de renovar su vida; no se siente más que un paciente, un fracasado, un desgraciado, sin remordimiento y sin esperanza".

La criminología, sobre todo en los países anglosajones sigue aún enfeudada, a través de la mayor parte de sus representantes, a una concepción positivista de la imputabilidad. No hay duda de que la pretensión de construir la criminología como una verdadera ciencia natural del delito predispone a una concepción de esa naturaleza, puesto que la ley de la causalidad, y el determinismo que es su consecuencia, ha sido considerada hasta hace muy poco tiempo como la base fundamental de toda ciencia.

Esta posición, sin embargo, ya no es en la actualidad sostenible.

Sin perjuicio de señalar que el imperio de la ley de causalidad se tambalea aún en el recinto donde más celosamente era acatada (la física atómica actual ha puesto en jaque, a través del principio de indeterminación de Heisenberg, lo que parecía uno de los dogmas más inmutables del pensamiento), es necesario sobre todo destacar que la filosofía, después de haberse sometido durante las postrimerías del siglo pasado en lo referente a las ciencias del hombre, a los principios de las ciencias físicas y natu-

rales, ha redescubierto, por así decir, el reino de la libertad. Brentano, Hartmann, Max Scheller, los existencialistas, proclaman nuevamente el principio de la libertad humana.

Desde esta nueva perspectiva filosófica, cobran otra vez significación los postulados de los llamados clásicos, y aún en el seno de la propia criminología, una corriente: la "Escuela de Utrecht", trata de crear una ciencia existencial del delito y del delincuente, primordialmente basada, no en la ley de causalidad, sino en la libertad humana.

¿Cómo se manifiesta este reverdecer de las ideas clásicas en el concepto de imputabilidad propio del derecho penal? Sin duda sobre la base de que imputabilidad es libertad, pero parece necesario señalar que el concepto positivo de libertad de las modernas teorías penales, el concepto sostenido por los grandes penalistas actuales: Welzel, Maurach, Jescheck, entre los alemanes; Bettiol, Petrocelli y Cavallo entre los italianos; Del Rosal entre los españoles, no es una simple reedición del libre albedrío de los clásicos, que en cierto sentido destruía al hombre responsable, puesto que no vinculaba, como es necesario para la justificación del reproche, el acto del hombre con su entera personalidad.

El concepto de hoy es un concepto positivo, no negativo, de libertad. Parece más apropiado, desde este punto de vista, puesto de relieve con especial exactitud por Nicolai Hartmann en su *Ética*, recogiendo ideas que se encontraban ya en la *Crítica de la Razón Práctica* de Kant, parece más apropiado, repito, sustituir el término un tanto impreciso de libre albedrío por el de autodeterminación.

En el Derecho Penal, el problema de la autodeterminación de la voluntad se encuentra evidentemente vinculado con el reproche de culpabilidad. Este reproche presupone, en efecto, que el autor del delito hubiera po-

dido autodeterminar su voluntad de una manera distinta, es decir de acuerdo con la norma. El problema, como lo señala Welzel, se descompone tradicionalmente en otros dos:

1º) ¿Es posible teóricamente, en general, la adopción de una resolución de voluntad correcta en lugar de una incorrecta? (problema de la libertad).

2º) En caso de que se admita esa posibilidad: ¿tenía esa capacidad el autor concreto? (problema de la imputabilidad propiamente dicha).

El tiempo no nos permite aquí más que un somero bosquejo sobre el primer problema, que es de por sí lo suficientemente complicado como para demandar todo un curso. Para abarcar en todos sus aspectos e implicancias el problema de la libertad, con un enfoque moderno, es necesario tener presente, según el autor citado, tres puntos de vista diferentes: el punto de vista antropológico, el punto de vista caracterológico y el punto de vista categorial.

El punto de vista antropológico nos demuestra que está lejos de ser exacta la afirmación sobre la cual se sustentó el determinismo positivista, partiendo del evolucionismo Darwiniano, de que la inteligencia del hombre no es sino una mayor y más fina diferenciación de los instintos animales, motivo por el cual el determinismo propio del instinto alcanzaría también a la psiquis humana.

Por el contrario, Welzel sostiene que la moderna filosofía y aún la zoología y la psicología de los animales han puesto de manifiesto que la inteligencia no es un perfeccionamiento del instinto, sino una involución de las formas innatas de conducta.

El hombre, desde el punto de vista del instinto, es un ser totalmente indefenso, y la pérdida de los esquemas de conducta propios de los animales le hubiera sido fatal

sino fuera porque ella ha sido suplida por esta especial capacidad intelectual que es constitutiva de la especie humana.

Al animal le es inmanente el sistema de acción típico de su especie, en virtud de la herencia; cada hombre, en cambio, tiene que elaborarse su sistema de acción mediante el aprendizaje.

En segundo término, desde el punto de vista caracterológico, el hombre se nos presenta como compuesto de una pluralidad de estratos espirituales. El estrato inferior de la personalidad comprende los impulsos vitales de la conservación de la especie y de la auto-conservación, las pasiones, los deseos, las inclinaciones, los intereses. Estos impulsos luchan como vivencias en el estrato más profundo de la personalidad, y en esa lucha triunfa efectivamente, el impulso más fuerte. Pero en el estrato superior de la personalidad, el Yo, como centro regulador, admite o no este impulso más fuerte, que se presenta pretendiendo ser motivo de la acción, y lo admite o no ejercitando sus funciones de apreciación del sentido del acto, es decir de su conformidad o disconformidad con los valores, que los impulsos primarios no conocen, pero que son apreciados y vividos por el Yo superior. En esta etapa del proceso volitivo, el impulso valioso es permitido y el contenido de fuerza del impulso no-valioso es destruído.

La función del Yo superior, su dirección de la voluntad, orientada por el sentido, consiste en que hace posible una nueva configuración de la vida humana de acuerdo con los valores, y permite con ello al hombre la regulación de sus impulsos, que le está confiada de modo responsable después de la desaparición de las estructuras instintivas.

Hasta aquí el aspecto caracterológico. En tercer término, el aspecto categorial corresponde a la pregunta esencial: ¿cómo es posible al hombre efectivamente do-

minar sus impulsos mediante una dirección adecuada a los valores?

A esto nos contesta Hartmann, que ello no proviene de una libertad inmotivada, sino que la libertad es en realidad una sobredeterminación del acontecer causado. La voluntad del hombre es capaz de sobreponerse al nexo de determinaciones para imprimirle una nueva dirección y comenzar así una serie causal nueva. La libertad no es pues falta de determinación sino un plus de determinación, agregado al complejo de causas y efectos, y dirigido hacia la consecución de valores.

La libertad no es entonces libertad para elegir entre cualquiera de los impulsos, sino capacidad de dejarse dirigir por los valores.

En definitiva, el hombre es libre cuando determina sus actos en virtud de la verdad, de la justicia, de la bondad; es en cambio esclavo, esclavo de sus impulsos, cuando abdica de esa facultad de determinarse por el valor y se deja arrastrar por las apetencias del estrato inferior de su personalidad.

La culpabilidad no es pues, según este punto de vista, libre decisión a favor del crimen, sino sujeción al efecto causal de los impulsos, no obstante nuestra capacidad de ser libres.

Welzel extrae de los pensamientos de Hartmann conclusiones muy originales con respecto a la aparente antinomia que existe entre la Criminología y el Derecho Penal, regida la primera por la ley de causa y efecto y éste por el concepto de la libertad. La antinomia, según Welzel, no existe. Puesto que el delincuente no es libre, sino que él mismo se ha hecho esclavo de sus impulsos causales, es lógico que en la Criminología, que estudia al hombre delincuente, predomine soberanamente la ley de causa y efecto. En cambio, es en el Derecho Penal donde tiene que resolverse el drama de la culpabilidad, esto

es, el de si el hombre imputable, dotado de la facultad de sobredeterminar sus impulsos con arreglo a los valores, ha hecho o no uso de esa facultad. El Derecho Penal debe pues partir, necesariamente de la libertad.

La concepción que acabamos de exponer es, sin duda, profunda y atrayente. Hasta qué punto, sin embargo, la tesis se halla suficientemente fundada como para persuadir a un determinista convencido, no es posible decirlo. En definitiva, la libertad es una vivencia que tal vez no pueda ser lógicamente demostrada, como, por otra parte, tampoco puede ser racionalmente demostrado el cómo y el por qué de la causalidad. A éste respecto ya señaló Kant que la ley de causalidad es una categoría de nuestro entendimiento, es decir, una forma, en sí misma incomprensible, de la experiencia. La libertad puede ser también una categoría indemostrable del mundo inteligible, tal como lo es la causalidad en el mundo sensible.

Lo que desde nuestro punto de vista debe ser decisivo es que aún los que pudieran negar metafísicamente la idea de la libertad, deben reconocer que su concepto es inseparable del de la esencia misma del Derecho, así como del de toda realidad normativa: Religión, Moral, Usos Sociales. Todas ellas señalan un deber ser que carecería de sentido frente a una necesidad de la conducta humana. Nuestra cultura íntegra se halla construída sobre aquellos presupuestos normativos; y la existencia de todos los valores: jurídicos, morales y aún estéticos, depende de la libertad del hombre para admitirlos o negarlos. Desconocer la libertad es pues desconocer los valores, ignorar la esencia misma de nuestra cultura.

¿Sería posible que el Derecho, centinela y custodio de los valores culturales, admitiera justamente en aquel aspecto donde se pone en más íntimo contacto con la naturaleza humana, es decir, en la imputabilidad, una concepción determinista que significa la destrucción misma de los valores tutelados?

La respuesta no puede ser sino negativa a nuestro juicio. Quizá el derecho penal sea en el futuro un método de profilaxis sanitaria del que esté excluida la imputabilidad moral, la culpa y el reproche, pero podemos estar seguros de que en ese mundo no habrá ya tampoco Religión, ni Moral, ni Arte, sino un opresor mecanismo totalitario creador de reflejos sociales condicionados.

LA CONCEPCION NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

Como lo señala con acierto Petrocelli, la idea de lo que llamamos culpabilidad surge naturalmente en nuestro espíritu cuando se atribuye a un hombre cualquier hecho prohibido. A ello podemos agregar que la primera y más tosca reflexión es la de preguntarnos si el sujeto quiso el hecho, si éste es referible a su voluntad, si, en una palabra, lo hizo adrede. Sólo una más madura actitud de la mente agrega nuevas preguntas a esta primaria a que acabamos de referirnos: ¿La voluntad del agente es una voluntad normal? ¿Esa voluntad es producto de un grado suficiente de desarrollo psíquico? ¿La evolución de la cultura nos presenta aún nuevas cuestiones: ¿En qué medida un hombre es culpable por algo que no quería realizar, pero que previó como posible consecuencia de sus actos, o, en última instancia, que no previó pero que era previsible con el debido esfuerzo de la atención? Por último, una más afinada y profunda concepción de la culpabilidad nos pone ante el problema realmente fundamental: aún contestando afirmativamente a todas las preguntas anteriores, ¿podía razonablemente el Derecho

exigir al agente —dadas las circunstancias del hecho y los motivos de la acción— que se comportara de una manera distinta, es decir de una manera adecuada a los mandatos y prohibiciones de las normas jurídicas?

El conjunto de estas cuestiones nos da una síntesis del desarrollo de la idea de culpabilidad, desde que ésta nació, al abandonarse la cruda responsabilidad objetiva propia de los derechos primitivos, hasta llegar a las modernas concepciones de esta característica —esencial para nuestra sensibilidad jurídica—, del concepto de delito.

El Derecho Romano alcanzó una concepción de la culpabilidad que podríamos tildar de extrema, puesto que en determinado momento histórico se tuvo como esencial elemento del delito, no al hecho antijurídico, sino a la voluntad culpable: “*in maleficiis voluntas spectatur non exitus*” dice un rescripto de Adriano sobre la ley Cornelia. Por el contrario, según la mayor parte de los autores, el primitivo Derecho germánico tuvo durante mucho tiempo como lema: “el hecho mata al hombre”, la concepción netamente objetiva de la responsabilidad que atiende al daño causado y no al aspecto subjetivo de la acción delictiva. Según Von Hippel, esta peculiar concepción de la responsabilidad persistió en Alemania hasta la alta Edad Media. El progreso decisivo lo trajo la Carolina, el código penal y procesal de Carlos V, que incorpora al Derecho germánico las ideas de *dolus* y *culpa* propias de la última faz del Derecho romano.

Si bien, como digo, las nociones de *dolus* y *culpa* son familiares a la posterior evolución histórica del Derecho Penal, el concepto de culpabilidad sólo adquiere carta de ciudadanía en el siglo pasado y sobre todo por obra de los autores alemanes, si bien lo encontramos en algunos autores franceses del siglo XIX, como Ortolan. En Italia, la subordinación de las nociones de *dolo* y *culpa* a una categoría superior se realizó en el llamado elemento subjetivo del delito, opuesto al elemento objetivo: la fuerza

moral subjetiva de la infracción, según Carrara. El término “colpevolezza” hace su entrada en forma relativamente tardía en el Derecho Penal italiano.

En la ciencia penal de todos estos países, el concepto de delito muestra hasta principios de este siglo características semejantes. Bajo distintas denominaciones encontramos en todos ellos, por una parte, el concepto de la acción antijurídica como suma de los presupuestos objetivos de la pena, y, por otra, el concepto de culpabilidad como síntesis de los presupuestos subjetivos de la sanción penal.

Esta concepción del delito, que ya podríamos denominar como tradicional: “todo lo objetivo pertenece a la antijuridicidad, todo lo subjetivo a la culpabilidad”, sufre, en los primeros años de este siglo, dos importantes ataques. El primero, en lo referente a la culpabilidad, fue iniciado por Frank, en su ensayo: “Sobre la estructura del concepto de culpabilidad”, publicado en una obra de homenaje a la Universidad de Giessen, en 1907, y continuado principalmente por James Goldschmidt (“El estado de necesidad: un problema de culpabilidad”, 1913), y Freudenthal (“Culpabilidad y reproche”, 1922). El segundo ataque contra esta concepción tradicional, —en el campo de la antijuridicidad—, provino de la teoría de los elementos subjetivos de lo injusto, a la que ya nos hemos referido en otra oportunidad. Estos dos ataques contribuyeron a resquebrajar aquella armoniosa estructura de la teoría del delito, que atraía, sobre todo, por una seductora, aunque tal vez engañosa, simplicidad.

En lo que hace a la culpabilidad, la teoría tradicional la hacía consistir en una relación psíquica entre el autor y su hecho. Establecida la existencia de la imputabilidad, como presupuesto subjetivo, corresponde indagar la existencia de dolo o de culpa, las dos formas en las cuales se agota la culpabilidad. En el dolo, la relación psíquica entre el autor y su hecho consiste en que el pri-

mero se ha representado o ha querido el resultado (teorías de la representación y de la voluntad). En la culpa, la relación psíquica estriba en que el autor se ha representado la posibilidad del resultado, y no obstante ello ha actuado.

La culpabilidad queda excluida por obra del error o de la coacción, considerados como vicios de la voluntad, que destruyen la relación psíquica que debe existir tanto en el dolo como en la culpa.

Esta fue la concepción psicológica en sentido estricto. Junto con ella, dentro de la teoría tradicional, encontramos también una llamada teoría "normativa" (que no hay que confundir con la que así denominamos en la actualidad). Según aquella teoría normativa, uno de cuyos representantes más destacados fue Von Hippel, a la voluntad o representación del resultado el autor debe unir, para ser considerado culpable, la conciencia real o potencial de que realiza algo prohibido por el Derecho: la conciencia de la antijuridicidad de la acción. No por ello deja esta teoría de ser también psicológica, puesto que es un proceso de tal naturaleza el de la conciencia de la antijuridicidad.

Dentro de esta posición podría quizás colocarse entre nosotros a Sebastián Soler, quien agrega a la necesidad de la relación psíquica entre el autor y su hecho, la comprensión de la criminalidad del acto, que determina una actitud de menosprecio o alzamiento frente al Derecho.

Las objeciones contra esta concepción psicológica de la culpabilidad pueden resumirse en la siguiente forma:

En primer lugar, no es exacto que en todos los supuestos de culpabilidad se dé efectivamente una relación psíquica entre el autor y su hecho. En la llamada culpa inconsciente (el farmacéutico que por error debido a su falta de atención da al comprador una medicina equivocada que produce su muerte) no existe, evidentemente,

ningún vínculo espiritual entre el autor y el resultado; y, además, cabría agregar, ninguna comprensión de la antijuridicidad o criminalidad del acto. Por el contrario, lo que reprochamos al autor es justamente la circunstancia de que no haya existido esa relación psíquica, que le habría permitido evitar el resultado dañoso.

En segundo lugar, no es exacto que en el que obra bajo coacción exista, psicológicamente hablando, ningún vicio de la voluntad. La voluntad del coacto es en sí misma, normal (ya los estoicos señalaban que “coactus voluit” y en el mismo sentido se pronuncia Santo Tomás de Aquino (S.T. I-II, Q 6, art. 6) . Lo que no es normal es la motivación de esa voluntad, pues el sujeto se halla sometido a la influencia de motivos excepcionales: “amenazas de sufrir un mal grave e inminente”. Pero, ¿cómo y por qué ha de desaparecer en estos casos la culpabilidad, si los elementos que la constituyen, según la teoría psicológica, esto es la relación psíquica con el hecho y la conciencia de la antijuridicidad, no han sido suprimidos? El que bajo amenaza de muerte falsifica un documento realiza un acto voluntario y sabe que ese acto es antijurídico. ¿Qué diferencia existe entre su actitud y la del que obra con dolo? Únicamente la calidad de los motivos que lo llevaron a la acción, pero estos motivos no son mencionados para nada en la estructura de la culpabilidad según la teoría psicológica.

En tercer lugar, no es exacto que el error esencial haga desaparecer la culpabilidad. Su efecto, en realidad, recae únicamente sobre el dolo. Es cierto que los autores suelen decir que el error inculpaible hace también desaparecer la culpa, pero no habrá quien no advierta que en tal caso no es el error el que tiene el poder excusante, sino la circunstancia de que no ha mediado imprudencia o negligencia. La culpa es en sí misma un error debido a falta de cuidado. Cuando decimos que el error inculpaible elimina la culpa le ganamos por poco a Perogrullo,

quien también diría: "cuando el hecho es inculpable no hay culpa".

En cuarto lugar, tampoco parece totalmente exacto decir que la imputabilidad es siempre un presupuesto psicológico de la culpabilidad. En nuestro Derecho penal, la calidad de inimputables acordada a los menores de diez y seis años, puede o no en un caso concreto coincidir con una efectiva capacidad psíquica menor que la de un joven de diez y siete o diez y ocho años. La inimputabilidad está aquí normativamente, no psicológicamente, establecida, y son razones culturales las que la determinan. Esas razones no se hallan necesariamente unidas a una real diferencia en la capacidad psíquica concreta entre menores o mayores de dieciséis años.

En quinto lugar, la teoría psicológica de la culpabilidad deja sin solución los casos más típicos de obediencia debida. En efecto, una vez que la doctrina ha llegado a la conclusión de que en la obediencia debida no hay una causa de justificación, entre otros motivos porque de lo contrario no podría admitirse legítima defensa contra un delito realizado por obediencia al superior, la teoría psicológica no puede resolver el problema sino excusando al inferior en virtud del error, o excepcionalmente de la coacción, esto es diluyendo esta causa de impunidad en otras. La solución es dogmáticamente inadmisibles entre nosotros, porque importa prácticamente borrar del Código el inciso 5º del artículo 34. Además, no responde adecuadamente a los casos en los cuales el inferior ha obrado en la duda (que excluye el error) o aún con la opinión de que el hecho es efectivamente antijurídico.

En sexto lugar, si la culpabilidad no fuera más que una relación psíquica entre el autor y el hecho, incluyendo, si se quiere, el conocimiento de la antijuridicidad, es claro que no sería susceptible de graduación. Una vez que se sabe que el autor quiso el resultado, hay dolo. Una vez que se afirma que el autor previó la posibilidad del

resultado, sin quererlo, hay culpa. Pero así no se puede, evidentemente, distinguir si hay mayor o menor culpabilidad en un hecho determinado. El concepto psicológico de culpabilidad no permite pues tomar a ésta como criterio para la *medida* de la pena, aunque pueda ser *fundamento* de la misma. El empleo de esta teoría resulta entonces inconveniente, sobre todo en los sistemas legales que, como el del Código Alemán, no establecen los elementos sobre los cuales ha de graduarse la magnitud de la pena dentro de la escala fijada por la ley para el delito de que se trate. En efecto, si bien el juez podrá medir la sanción según la mayor o menor gravedad objetiva de la lesión al bien jurídico, es decir según la mayor o menor gravedad del injusto, le faltará la posibilidad de adecuarla a la personalidad del autor, a través de la culpabilidad de éste.

Las objeciones que acabamos de sintetizar contra la idea tradicional de la culpabilidad son las que determinan las principales características de la teoría llamada de la culpabilidad normativa, que, en verdad, no comporta una posición totalmente uniforme de los autores que la sostienen —pues estos disienten en varios puntos— sino que significa una coincidencia en algunas bases fundamentales de la noción de culpabilidad.

La culpabilidad no es, para esta corriente de ideas, exclusivamente una realidad psíquica (conocimiento o voluntad) situada dentro del alma del autor, sino además y sobre todo un juicio de valor acerca de esa realidad psíquica, un juicio de valor en cuya virtud formulamos al autor el reproche de no haber determinado su voluntad de acuerdo con la voluntad de la norma, cuando ello podía serle exigido teniendo en cuenta sus condiciones personales y la calidad de los motivos de su acción.

En este sentido se ha podido decir que para los psicólogos la culpabilidad es voluntad de lo que no debe ser, mientras que para los normativistas la culpabilidad

es voluntad que no debe ser. En la primera posición sólo comprobamos si la voluntad se dirige hacia lo prohibido; en la segunda juzgamos a la voluntad, en sí misma, como reprochable.

Si bien, como hemos dicho, las ideas de los normativistas no son totalmente coincidentes, podemos citar algunas de sus definiciones de la culpabilidad. Mezger, en su Tratado, caracteriza a la culpabilidad como “el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece, por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente”.

En su ensayo “Modernas direcciones de la dogmática jurídico penal”, este autor define a la culpabilidad, mucho más simplemente, como “antijuridicidad personalmente reprochable”. Por último, en su Libro de Estudio llama a la culpabilidad “el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido; por tanto, dichos presupuestos muestran el hecho como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor”.

Welzel dice: “la antijuridicidad es, como vimos, una relación de discordancia entre la acción y el ordenamiento jurídico: la realización de la voluntad no es como espera objetivamente el Derecho que sean las acciones en el ámbito social. La culpabilidad no se conforma con esta relación de discordancia objetiva entre la acción y el ordenamiento jurídico, sino que hace al autor el reproche personal de no haber omitido la acción antijurídica a pesar de haberla podido omitir”.

Como vemos, los puntos fundamentales en la concepción normativa de la culpabilidad son los siguientes: en primer término, la culpabilidad es una situación de hecho, pero jurídicamente valorada “desde afuera”. Aun-

que se la haya usado para combatir esta concepción, es fundamentalmente exacta la expresión de que “la culpabilidad está en la cabeza del juez”. En segundo término, la culpabilidad es reprochabilidad por una reprobada decisión de la voluntad, y, en consecuencia, por la acción misma. En tercer y último término, la reprochabilidad de la conducta antijurídica se basa en la exigibilidad de otra conducta, es decir de una conducta adecuada a derecho.

¿Cuál es la fundamentación del reproche? La exigibilidad de actuar de otro modo. ¿Cuál es la fundamentación de la exigibilidad de actuar de otro modo? Según Welzel, la respuesta parece ser: la posibilidad de actuar de acuerdo a derecho. En consecuencia, no habría culpabilidad sólo cuando no hay posibilidad de actuar de otro modo.

Ahora bien, quien se halla afectado por un desarrollo insuficiente de sus facultades, o sufre una alteración morbosa de las mismas, o se halla en estado de inconsciencia, indudablemente no podía actuar de otra manera. Pero ¿es exacta la misma afirmación con respecto al menor de dieciséis años, al que obra bajo coacción, al que actúa por obediencia debida?

Evidentemente, estamos de acuerdo en que al menor, o al que obra bajo coacción o por obediencia debida no se le podía exigir otra conducta, pero la razón de esto no es, sin embargo, la de que no podía actuar de otro modo, desde que numerosos ejemplos nos prueban lo contrario. La no exigibilidad no puede ser basada aquí solamente en un esquemático “no poder obrar de otro modo”, sino en un complejo haz de razones ético-culturales que, en determinada situación, aún reconociendo la injusticia intrínseca de la acción del sujeto, llevan a la conclusión de que no se le podía *exigir* que actuara de otra manera. Con qué elementos está constituido ese complejo ético-

cultural no es posible concretarlo de modo definitivo, porque él varía con el tiempo y los lugares.

Por eso la doctrina más moderna sólo admite como causas de no exigibilidad de otra conducta, y por tanto de inculpabilidad, con respecto a los hechos dolosos, las que se encuentran expresamente consignadas en la ley. En esto se observa una marcada discrepancia con la opinión sostenida por Freudenthal, y que fue seguida entre nosotros por Jiménez de Asúa y Frías Caballero, quienes piensan que la no exigibilidad de otra conducta es una causa supra-legal de inculpabilidad.

En cambio, en lo que atañe a la culpa, la no exigibilidad es efectivamente una causa general, porque el concepto mismo de culpa lleva entretejida en su propia trama la idea de exigibilidad. ¿Qué son en efecto la imprudencia o la negligencia sino la falta del cuidado debido, esto es, *exigible*, según las circunstancias?

Hechas estas aclaraciones, será tal vez más comprensible el siguiente cuadro de la estructura de la culpabilidad, que considero representativo de la más auténtica concepción normativa.

Los elementos de la culpabilidad son: Primero, la imputabilidad, capacidad de apreciar correctamente los valores jurídicos y de actuar conforme con ellos. No como presupuesto psicológico de la culpabilidad, sino como un elemento genuinamente normativo de la misma.

En segundo lugar, encontramos, o bien un elemento psíquico: el dolo, como intención del resultado o asentimiento al mismo y comprensión de la antijuridicidad del acto; o bien una situación psíquica en la cual es dable prever la posibilidad del resultado antijurídico (culpa).

Con respecto a los elementos mencionados en segundo término, y en conexión íntima con ellos, debe concurrir una motivación normal. Tanto la voluntad dolosa como la voluntad culposa no deben haber sido motivadas

por circunstancias que el derecho considera anormales. Estas circunstancias anormales son, según acabamos de recordar, con respecto al dolo, la coacción, la obediencia debida, y otras circunstancias expresamente consignadas en la ley; con respecto a la culpa, además de las nombradas, todas las circunstancias que razonablemente determinan una falta del cuidado objetivamente requerido por la situación: cansancio, emoción, alteraciones de la salud, etc.

Cuando todos estos elementos: imputabilidad, dolo o culpa, motivación normal, concurren en un hecho anti-jurídico, el Derecho formula sobre esta acción un juicio de reproche, juicio que alcanza naturalmente a la personalidad del autor: "La acción, como dice Mezger, se manifiesta como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente".

Hemos visto que la exigibilidad es la base de la culpabilidad. Es necesario, sin embargo, señalar que en ciertos casos, generalmente a través de muchas reincidencias, un sujeto puede haber llegado a tal grado de insensibilidad frente a los valores jurídicos que, como las personas dominadas por el vicio, le es tanto o más difícil adecuar su conducta a las normas que al sometido a coacción. ¿Tendríamos que concluir en estos casos que la acción no es culpable, y que sólo es posible por lo tanto someter a su autor a una medida de seguridad, en razón de su peligrosidad, pero no a la pena, que es fundamentalmente retribución por el hecho culpable?

Esta solución sería inadmisible en nuestro Derecho, porque el multireincidente, según el artículo 52 del Código Penal, debe sufrir la pena por la última infracción cometida, y sólo como accesoria de ésta sobreviene la medida de reclusión por tiempo indeterminado.

La última infracción es, pues, culpable. ¿Cómo puede ser eso si pensamos que el multireincidente en muchos

casos no parece ser razonablemente capaz —como el morfinómano— de actuar de otra manera, según nos lo enseña la psicología criminal?

La respuesta puede estar en que la culpabilidad no es una realidad aislada en la vida del sujeto. Tiene raíces más profundas, que llegan a abarcar su total personalidad.

Esto requiere dedicar algunas palabras a un tema que nuestra dogmática ha pasado prácticamente por alto: la relación entre culpabilidad y personalidad, más específicamente entre culpabilidad y peligrosidad, tema que consideramos esencial para la debida comprensión de nuestro Código, y al que, infortunadamente, solo podremos dedicar unas pocas palabras, aunque merecería toda una monografía.

Nuestros autores han puntualizado repetidas veces que la culpabilidad es culpabilidad por una acción aislada. Admitir una culpabilidad por la formación de la personalidad les parece sumamente riesgoso para la seguridad de los ciudadanos. Ello en cierto sentido es exacto, porque no debe haber culpabilidad sino a partir de una acción típica y antijurídica. Pero admitida tal exigencia, no se vé porque el reproche no ha de dirigirse contra toda la personalidad que es responsable de dicha acción. Es frente a esa personalidad, comparada con la de un ciudadano respetuoso del Derecho, que debemos preguntarnos si hay o no posibilidad de reproche. El que ha llegado voluntariamente a formarse una personalidad tan rebelde al Derecho que le es prácticamente imposible comportarse debidamente debe ser considerado culpable.

Nuestro derecho positivo establece, como elemento fundamental para la graduación de la pena, la consideración de la personalidad del autor, de su peligrosidad (art. 41). No parece fácilmente comprensible que el elemento que la ley tiene primordialmente en cuenta para la *graduación* de la pena sea totalmente ajeno a la *fundamen-*

tación de ésta. Por el contrario, la lógica debe necesariamente llevarnos a la conclusión de que las bases de la imposición de la pena son las mismas que las establecidas para su graduación, es decir, por una parte, la gravedad del injusto y la culpabilidad del hecho, y por otra, ciertas características del autor que se reducen genéricamente en la ley a la "peligrosidad" del mismo, y que, según mi opinión, no son sino manifestaciones de una *personalidad culpable*.

Mirado el problema, no desde el punto de vista estrechamente naturalista propio de la Escuela Positiva, sino desde la perspectiva de la libertad del hombre normal, la "peligrosidad", como la culpabilidad, no son fatalidades que vienen impuestas a aquél por su constitución o por la influencia del mundo circundante. El hombre es, en esencia, culpable por la misma razón por la cual es peligroso. Es culpable por no haberse dejado guiar, en el hecho concreto, por los valores, pudiendo hacerlo en virtud de su libertad; es peligroso, (se entiende que hablamos de una persona imputable) por haber dejado deteriorar su ser moral, enajenando su libertad; por no haber opuesto, a lo largo de su vida, la resistencia de que era capaz frente a los impulsos que lo arrastraban hacia la negación de los valores.

Es cierto que la culpabilidad es en primer término culpabilidad por un acto aislado: es reprochabilidad de un hecho antijurídico; pero el reproche carecería de sentido si no se lo conectara con la total personalidad del autor de aquel hecho. Si la acción antijurídica aparece sólo como unida ocasionalmente al modo de ser del autor, la culpabilidad aparecerá normalmente como menos grave, y del mismo modo la peligrosidad del sujeto. Si, por el contrario, la acción no es más que el reflejo de una personalidad que se ha formado a sí misma como rebelde al derecho, culpabilidad y peligrosidad serán indudablemente mayores.

Dogmáticamente, frente al artículo 41 del Código Penal, no podemos efectuar una tajante separación entre culpabilidad y peligrosidad. Esta exigencia dogmática aparece como plenamente justificada, a condición de que no nos esterilicemos en una concepción materialista y determinista de la peligrosidad.

EL DOLO Y LA CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD

La caracterización del dolo como voluntad del hecho, sea a través de la intención, sea a través del asentimiento —dolo directo y dolo eventual—, ha llegado a ser pacíficamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia. No ocurre, sin embargo, lo mismo con la conciencia de la antijuridicidad, que ha provocado diversas cuestiones, unas de fondo, otras de carácter sistemático, que están lejos de haber sido resueltas de modo uniforme.

El primer problema que se plantea con respecto a este punto es el de la vigencia del antiguo adagio: “error iuris nocet”, según el cual el desconocimiento o error acerca de la antijuridicidad de la acción no tiene influencia alguna para atenuar o excluir la responsabilidad del autor del hecho delictivo.

Reveladoras de esta tendencia son diversas disposiciones legales, que niegan toda eficacia al error o ignorancia de las normas jurídicas. Así el art. 5º del Código Penal Italiano, que establece: “Nadie puede invocar en su propio descargo la ignorancia de la ley”. En igual sentido, el art. 2º del Código Civil Español: “La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento”, similar al art.

20 de nuestro Código Civil: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley", concordante con el art. 923 del mismo Código: "La ignorancia de las leyes, o el error de derecho, en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos".

La razón de ser de estas disposiciones se halla, según es sabido, en el temor de que, como la advertía Carrara, si se admitiera como excusa la falta de conocimiento de la ley, ello significaría exponer a ruina todo el edificio del Derecho punitivo, puesto que "la ley se convertiría en condicional, vendría a subordinarse a la voluntad de cualquier particular que la ignorara por negligencia o por malicia". De ahí que, en primer lugar, se recurriera a la tesis en cuya virtud la ley se presume conocida por todos los súbditos del orden jurídico (art. 1º del Título preliminar del Código Civil Francés). Tal es la opinión de Carrara, Impallomeni y Pessina, a las que debe agregarse la de Biaggio Petrocelli entre los modernos.

Esta concepción fue criticada desde antiguo. Ya Ortolan señala que una presunción es una especie de consecuencia lógica, extraída por vía de inducción, de lo general a lo particular, de lo que acaece generalmente al caso especial en cuestión. Ahora bien, se pregunta, ¿acaso es un hecho general que cada uno conozca la mayor parte de las leyes del país donde vive? ¿No ocurre precisamente lo contrario?

Estas objeciones, formuladas en la mitad del siglo pasado, son sin duda de mucho más peso en el presente, debido a la enorme proliferación legislativa de nuestra época.

Otros autores, como Manzini y De Marsico, sostienen que, siendo obligatorio el conocimiento de la ley, el incumplimiento de ese deber cívico acarrearía "el riesgo de la propia ignorancia", y la sanción por ese incumpli-

miento sería precisamente aquella pena que corresponde al delito concretamente realizado.

Contra esta tesis se ha sostenido que no es posible hacer valer la sanción para el delito cometido, que tiene como causa la lesión del bien jurídico, para penar el incumplimiento del deber de conocer la ley. Se afirma, además, que si la teoría de la presunción del conocimiento de la ley, a la que antes nos hemos referido, se revela como infundada debido a la multiplicidad de leyes y reglamentos, con mayor razón carecerá de fundamento la idea de que los súbditos están obligados a conocer todas las normas vigentes.

Según un tercer punto de vista, la prohibición de alegar el desconocimiento de la ley sería una regla de carácter estrictamente procesal, en cuya virtud el autor no vendría admitido a probar en juicio tal desconocimiento, aunque reconociendo que él puede ser efectivo. Esta posición es, a mi juicio, menos aceptable que las que hemos reseñado, puesto que nada dice acerca de la razón ni del sustento normativo que tendría la presunta inadmisibilidad de la prueba de la ignorancia.

Más sostenible, claro está que sobre la base de una concepción acerca de la esencia de la pena que no compartimos, aparece la posición de algunos de los primitivos positivistas italianos, que encontrando la razón de ser de la sanción criminal en las condiciones de peligrosidad del sujeto, y éstas, a su vez, en ciertas anomalías psíquicas, fisiológicas o aún morfológicas, naturalmente no pueden hacer depender la aplicación del tratamiento correspondiente de la circunstancia de que el sujeto antisocial haya conocido o no la norma jurídica infringida.

El punto de vista de la irrelevancia del desconocimiento de la antijuridicidad fue mantenido también por Von Liszt, por razones estrictamente dogmáticas de Derecho Alemán. En efecto, según el art. 59 del Código Penal Alemán, del que ya hemos tenido oportunidad de

hablar en otras ocasiones, sólo se tiene en cuenta, a los efectos de excluir o atenuar la pena, el error sobre las circunstancias constitutivas del tipo legal, del "Tatbestand". Concebida la adecuación al tipo legal como ajena a la afirmación de la antijuridicidad, la necesaria consecuencia, dada la disposición legal que hemos citado, es que el error sobre la antijuridicidad no tiene efecto alguno.

La tesis de Von Liszt fue mantenida durante mucho tiempo por el Tribunal Supremo de Alemania, y continuada durante los primeros años posteriores a 1945 por los Tribunales que lo reemplazaron.

La aparente imposibilidad en que se encuentran los súbditos del orden jurídico de conocer todas las normas que lo constituyen, ha llevado a parte de la doctrina a substituir, como elemento del dolo, la conciencia de la antijuridicidad por el conocimiento de otras características del hecho, tales como su inmoralidad, su antisocialidad, su contrariedad con las normas de cultura, o su carácter lesivo de un interés o bien jurídico.

Encontramos ya esta posición en nuestra vieja doctrina, a través de la opinión de Rivarola, quien piensa que para que exista dolo "es necesario que el agente haya obrado con inteligencia del mal que hacía y con libertad de acción. Por inteligencia del mal basta entenderse la facultad de discernir la inmoralidad, aunque no se haya conocido la ilegalidad, bajo el punto de vista penal, del acto que haya ejecutado" (D.P. Argentino, pág. 243).

Algunos autores, como Sauer, en el conocimiento necesario para que exista dolo incluyen el de la tendencia socialmente dañosa de la acción. Se exige, dice, "conocimiento de la peligrosidad social del hecho, de su contradicción con las concepciones ético-sociales de la comunidad jurídica".

Hemos tenido ya ocasión de ocuparnos de la teoría de las normas de cultura de Mayer. Como consecuencia

lógica de su idea de que la norma jurídica proviene en realidad del total complejo de cultura, y de que el Estado, mediante la ley penal, sólo provee a aquella norma de la sanción correspondiente, bastará para que exista dolo el conocimiento de que el hecho es contrario a las normas que integran el complejo cultural.

Desde un distinto punto de vista, se afirma por algunos autores que el conocimiento necesario para que exista dolo no puede ser otro, en el aspecto que aquí nos interesa, que el de saber que se lesiona o pone en peligro un bien jurídicamente tutelado. Tal es la opinión de Gallo, en su conocido libro sobre el dolo.

Todas estas tesis chocan, según lo señala con exactitud Pecorari-Albano, contra la diversidad de valoraciones que pueden existir, con respecto a cierto hecho, entre el ordenamiento jurídico y el moral, y en general entre la valoración legislativa y la valoración social.

Esa diversidad de valoraciones hace que un hecho pueda ser antijurídico y punible, aún cuando sea moral o socialmente innocuo, o aún útil. Al requerirse, pues, la conciencia de la inmoralidad, de la antisocialidad, etc. no se funda un criterio de derecho positivo, sino un criterio que puede ser contrario a éste. De aceptarse estas teorías, los delincuentes políticos o de convicción (por ejemplo los llamados por los Anglo-sajones "conscience objectors", o sea aquellos que se resisten por razones ideológicas al cumplimiento de ciertas leyes) o inclusive los delincuentes incorregibles, no deberían ser castigados a título de dolo, porque por cierto no tienen conciencia de la inmoralidad o de la antisocialidad de su acción.

Por otra parte, como es sabido, hay muchas acciones inmorales que no son por eso antijurídicas. El conocimiento de la inmoralidad no puede ser, en consecuencia, para el propio autor, un criterio que le permita deducir su reprobación jurídica.

Otro de los intentos para superar la dificultad que

surge al querer conciliar la prohibición de invocar como excusa el desconocimiento del derecho, con una noción del dolo que incluya el conocimiento del significado jurídico del hecho, ha sido el de distinguir entre dos clases de error de derecho, que han sido denominados respectivamente error de derecho penal y extra penal.

Esta distinción se encuentra consagrada legislativamente en el art. 47 del Código Penal Italiano, que establece: "el error sobre una ley diversa de la ley penal excluye la punibilidad, cuando ha ocasionado un error sobre el hecho que constituye el delito".

Esta distinción fue también adoptada por la jurisprudencia del Superior Tribunal Alemán, que al no admitir, según hemos visto, que fuera relevante para la existencia del dolo el conocimiento de la antijuridicidad, buscó una atenuación al rigor de su propia doctrina considerando error de hecho, y por lo tanto excluyente del dolo, al error o desconocimiento de una ley no penal cuya inteligencia fuera necesaria para comprender el significado de alguno de los elementos esenciales del tipo legal.

Así, si bien nadie podría alegar que ignora que la ley penal reprime a quien comete desacato contra un funcionario, sería posible sin embargo demostrar que el autor desconocía, por ejemplo, las normas administrativas en cuya virtud desempeña funciones de carácter público el auxiliar de un inspector de tránsito.

La diferenciación entre desconocimiento de la ley penal y desconocimiento de la ley extrapenal carece en realidad de fundamento normativo excepto, claro está, en Italia. La idea de que la ley penal debe necesariamente ser conocida, y que en cambio la ley no penal puede ser ignorada, porque la primera tutela los bienes más importantes y porque las acciones que ella prohíbe son reprobadas por la conciencia popular, dista mucho de ser exacta en todos los casos. Si bien sería deseable que sólo fueran sancionadas con pena tales acciones, la verdad es que exis-

ten muchos delitos e innumerables contravenciones que deben su existencia a razones de mera utilidad, y, en buena parte, a la idea errónea, pero tenazmente mantenida, de que la mejor manera de hacer efectivo el cumplimiento de cualquier norma jurídica es dotarla de una sanción penal, aunque ésta no corresponda a su verdadera naturaleza.

Por estas y otras razones la distinción entre ley penal y extrapenal fue muy criticada, sobre todo después de 1945, en la jurisprudencia y la doctrina alemanas. Por lo pronto, en lo que hace al error sobre las características del tipo se llegó a la conclusión casi unánime de que el desconocimiento de cualquiera de sus circunstancias esenciales excluye el dolo, sea que ese desconocimiento provenga de error de hecho, o de ignorancia o de equivocada apreciación de una ley penal o extra penal.¹ El error de derecho será pues relevante en caso de que el sujeto ignore que realiza una acción de encubrimiento, por desconocer, verbigracia, que la ley penal castiga el hurto impropio, y que en consecuencia la cosa comprada es objeto de un delito.

En cambio, subsisten las dificultades en lo que concierne, no al error sobre el tipo, sino al llamado error sobre la prohibición, es decir, a aquellos casos en los cuales el sujeto, si bien sabe perfectamente el significado de lo que hace (es decir conoce en todos sus elementos naturales y normativos la acción típica) desconoce en cambio que esa acción es contraria al derecho.

Las dificultades son aquí de índole sistemática, sobre todo, pero ellas tienen gran trascendencia. La teoría alemana se ha dividido en este aspecto en dos direcciones, denominadas, tal vez inapropiadamente, teoría del dolo y teoría de la culpabilidad.

¹ Claro está que ello fue posible porque en Alemania no existe una prescripción que excluya expresamente la posibilidad de alegar el error de derecho.

La teoría del dolo, que fue defendida en su tiempo por Binding, y posteriormente también por Mezger y Sauer, entre otros, sostiene que no puede haber dolo sin conocimiento actual de la antijuridicidad de la conducta. Este conocimiento no necesita referirse también a la punibilidad de la acción, aunque Mezger aclara que ello no se debe a razones de fondo, sino simplemente a que no puede encontrarse en el Derecho Alemán fundamento para ello. La conciencia de la antijuridicidad no necesita tampoco consistir, como quería Von Liszt, en la subsunción del hecho en un precepto penal determinado, pues, como lo señaló Beling, en tal caso sólo los juristas podrían delinquir.

En realidad, lo que se exige es que el autor conozca la antijuridicidad de su acción a través de una valuación paralela en la esfera del lego, o expuesto más claramente como una apreciación de la acción en el círculo de pensamientos de la persona y en el ambiente del autor, orientada en el mismo sentido que la valoración legal de la acción. El autor, en una palabra, para proceder dolosamente, sólo necesita saber que hace algo prohibido. Se entiende que algo prohibido por el ordenamiento jurídico al que pertenece, para que no pueda hacerse la objeción que Binding alguna vez formuló, con evidente mala fé, contra una tesis similar de Beling: ¿“si hago algo en Alemania sabiendo que ello está prohibido entre los Boto-kundi, obro dolosamente”?

Volviendo a la teoría del dolo, ella viene a equiparar pues el error de tipo con el llamado error de prohibición. Si el autor no sabe que hace algo prohibido, de la manera en que pueda representarse tal circunstancia un lego en derecho, el dolo no existirá igual que cuando el autor no sabe lo que hace. Si el error —de hecho o de derecho— era evitable con la diligencia debida, y la ley reprime el hecho como delito culposo, el autor será punible a ese título. Si el error era inevitable, o si aún siendo evitable

el hecho no es reprimido por la ley como delito culposo, el autor quedará impune.

Las objeciones que se han formulado contra esta concepción pueden reducirse fundamentalmente primero a que su aplicación conduce a que queden impunes una cantidad de delitos cuando son cometidos por error de derecho, si para ellos el derecho no prevee la forma culposa, y, segundo, a que no toma en consideración ciertos casos, llamados de hostilidad al derecho o de ceguera jurídica, que se dan cuando el sujeto deliberadamente se niega a conocer las normas del ordenamiento jurídico por razones políticas, ideológicas u otras similares, en cuyos supuestos no podría ser condenado por conducta dolosa, ya que efectivamente desconoce el derecho.

Esta última objeción ha sido tomada en cuenta por Mezger, que acepta los postulados fundamentales de la teoría del dolo, pero considera que en los casos de ceguera jurídica u hostilidad al derecho, el autor debe ser castigado con la pena correspondiente al delito doloso. Nótese que Mezger, consecuente con sus ideas, no afirma que el sujeto obre con dolo en estos casos, sino que debe ser sancionado con la pena del delito doloso, creando así una tercera forma de culpabilidad, junto con el dolo y la culpa. Estos puntos de vista se concretaron en el proyecto de Código Penal Alemán de 1936, donde se establecía: “actúa dolosamente quien lleva a cabo el hecho con conciencia y voluntad, siendo consciente de obrar el injusto o de infringir la ley. El error es irrelevante si se basa en una actitud que es incompatible con una concepción sana del derecho y del injusto”.

También este proyecto sale al paso de la objeción basada en la impunidad que resulta en los casos en que el hecho no constituye delito culposo, al establecer: “actúa por imprudencia el sujeto que desconoce que su conducta es antijurídica e ilegal. Si la simple imprudencia no está castigada, al autor se le impondrá la pena de...”

Corresponde ahora que nos ocupemos de la llamada teoría de la culpabilidad, que encuentra sus raíces en el pensamiento del destacado penalista alemán Roberto Von Hippel, quien sigue en esto, según su propia declaración, ideas del holandés Van Hammel. Según la opinión de Von Hippel, no sólo obra con dolo quien conoce la anti-juridicidad de su conducta, sino también quien, obrando con voluntad del hecho, pudo tener, con la debida diligencia, conciencia de aquella antijuridicidad. En consecuencia, si alguien, con voluntad del resultado, ignora sin embargo su ilicitud debido a negligencia en conocer las normas jurídicas, el hecho que realiza será considerado como doloso.

Según esta teoría, lo que cuenta es conocer o deber conocer la prohibición. Quedan pues equiparados el conocimiento actual y el conocimiento potencial de la anti-juridicidad.

Esta posición, recogida en los proyectos alemanes de 1913, 1919 y 1927, fue luego adoptada, con algunas variantes, por los partidarios de la teoría de la acción finalista.

Como sabemos, estos últimos separan el dolo de la culpabilidad. Para ellos el dolo forma parte de la acción, y en consecuencia, se halla libre de valoraciones. Es un mero querer el resultado, para cuya existencia resulta indiferente que el sujeto conozca la ilicitud de su conducta. Por ello, los inimputables, pese a ser incapaces de captar el significado jurídico de sus acciones, pueden obrar con dolo.

¿Qué es pues lo que convierte al sujeto que ha obrado con dolo en sujeto culpable?

En primer lugar su imputabilidad, es decir su capacidad de comprender la antijuridicidad del hecho. Una vez afirmada la existencia de imputabilidad, la culpabilidad del hecho doloso queda establecida si el autor efectivamente conoció o pudo conocer con el debido esfuerzo

la ilicitud de su acción. Como se ve, del mismo modo que en la tesis de Von Hippel, quedan asimilados el conocimiento real y potencial de la prohibición. Sólo la falta de conciencia de la antijuridicidad inevitable para el autor excluye la culpabilidad. Si el conocimiento de esa antijuridicidad era posible, aunque no real, el sujeto es, como acabo de decir, culpable a título doloso, pero la pena podrá ser disminuída (siempre dentro de la escala correspondiente al delito doloso) según sea más o menos reproachable el desconocimiento de la norma.

Como puede apreciarse, existe una discrepancia esencial entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad. En ambas, si el sujeto ha desconocido inevitablemente la ilicitud de su acto no hay punibilidad. En cambio, si el desconocimiento era evitable, la teoría del dolo llega a la conclusión de que debe aplicarse la pena del delito culposo si la ley castiga el hecho como delito culposo, pero la teoría de la culpabilidad afirma que el hecho debe ser reprimido como delito doloso, si bien la pena puede ser disminuída.

La diferencia es fundamental. Si una persona comete, por culpable error de derecho, un delito contra la propiedad, según la teoría del dolo quedará impune porque la ley no reprime los hechos culposos contra la propiedad. Por el contrario, según la teoría de la culpabilidad, el hecho será punible a título doloso.

Parecería encontrarse un eco de esta última posición en el proyecto Soler, cuyo art. 22 dice: "no es culpable el que actúa en la creencia de obrar lícitamente, debido a ignorancia o errónea apreciación de la ley, que no le sean reprochables. En caso contrario, la pena podrá ser atenuada de acuerdo con el art. 74".

Las razones que se aducen en pro de la teoría de la culpabilidad ya fueron expuestas cuando nos ocupamos de las objeciones contra la teoría del dolo: la impunidad cuando la ley no castiga el delito culposo, y la imposibi-

lidad de castigar por delito doloso al que voluntariamente se niega a conocer la ley. Ya hemos visto que este último argumento queda desvirtuado con la propuesta de Mezger; en cuanto al anterior, pienso que él no es decisivo, pues si el legislador no ha querido castigar el hecho cuando es cometido por culpa es porque ha estimado que sólo merece sanción penal el que conscientemente viola la prohibición.

No se alcanza a comprender por qué ha de ser admitido que no sea sancionada la mujer que provoca su propio aborto porque cree por negligencia culpable no estar embarazada (el derecho no castiga el aborto culposo), y en cambio haya de parecer inadmisibile que se llegue a igual resultado cuando la mujer cree erróneamente que no es antijurídico causar su propio aborto. En ambos casos existe un desconocimiento reprochable. Si el legislador no ha querido castigar el primero, ¿por qué ha de ser inadmisibile que no castigue el segundo?

La gravedad de las penas previstas por la ley para el hecho doloso sólo puede tener sustento en la reprobación social que merece el que conscientemente desobedece las normas sancionadas por el Estado para proteger los bienes que se estiman fundamentales para la comunidad. Aplicar esas penas, aún disminuídas, no al que desobedece sino al que meramente ha sido negligente en conocer las leyes, me parece, para emplear las indignadas palabras de Nelson Hungria, el conocido jurista brasileño, una verdadera aberración.

UBICACION SISTEMATICA DEL DOLO EN EL CODIGO PENAL ARGENTINO

I

Si analizamos el artículo 79 del Código Penal, hallaremos en él una descripción puramente objetiva de la acción incriminada; no hay referencia alguna a la especie o forma de culpabilidad con la cual debe haber obrado el autor. Es cierto que pocos artículos más adelante, en el artículo 84, encontramos una disposición en cuya virtud se reprime con pena mucho menor el hecho de causar la muerte por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo. De esta última disposición inferimos que el artículo 79 ha de exigir, implícitamente, un elemento subjetivo de otra naturaleza, más grave o reprochable, puesto que la pena es considerablemente mayor. En qué debe consistir, concreta y exactamente, ese elemento subjetivo, el Código no lo dice en forma expresa en ninguno de sus preceptos.

Si ahora examinamos, por ejemplo, el artículo 183, observaremos que, al igual que el artículo 79, nada dice tampoco acerca de la especie de culpabilidad: se refiere a quien cause un daño en propiedad ajena, pero la des-

cripción de la conducta es también puramente objetiva. Y será inútil que busquemos una disposición análoga a la del artículo 84, porque no se halla expresamente previsto en el código un delito de daño causado por imprudencia o negligencia.

Supuesto que nos coloquemos ante estos preceptos legales con una actitud a la que podríamos llamar fenomenológica, esto es despojándonos de cuanto hayamos leído o sepamos sobre el tema, podríamos llegar a esta conclusión: como lo demuestran el artículo 79 y el 84, cuando el legislador ha querido castigar el hecho cometido por imprudencia o negligencia lo ha dicho expresamente. Por lo tanto, al no decirlo respecto de la hipótesis del artículo 183, deberíamos llegar a la conclusión de que sólo ha querido reprimir el daño cuando éste es realizado por el autor con ese elemento subjetivo más grave que la mera imprudencia o negligencia, elemento que hemos creído encontrar implícitamente en el artículo 79.

Esta afirmación parece a primera vista acertada, pero también podría serlo, acaso, la siguiente: en ciertos tipos de lesiones a bienes jurídicos, el legislador ha creído conveniente distinguir entre los hechos realizados por imprudencia o negligencia y los efectuados con un elemento subjetivo más reprobable: así en los artículos 79 y 84; pero en otros supuestos le es indiferente el elemento subjetivo: en el artículo 183, por ejemplo. En la hipótesis prevista por este último artículo la pena debería entonces imponerse sea que se causara el daño por imprudencia o negligencia, sea que se lo causara con aquel otro elemento subjetivo más reprobable.

Para una mente libre de preconceptos sobre el tema, ambas hipótesis podrían en principio ser aceptables. A fin de despejar la incógnita, es necesario efectuar una interpretación sistemática del Código, que nos diga cuál de esos supuestos es el verdaderamente conforme con la voluntad de la ley.

Ello es necesario porque, deliberadamente, el codificador se abstuvo de definir el dolo, y no sólo eso, sino que también se abstuvo de expresar en forma concreta cuál deberá ser el elemento subjetivo necesario para que pueda inculparse la conducta típica en aquéllos casos, que son muy frecuentes dentro del articulado del Código, en los que no se hace referencia alguna al elemento subjetivo.

Las razones para esta voluntaria omisión pueden verse resumidas en la exposición de motivos de la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, bajo el título: "Responsabilidad". En esta parte de la exposición de motivos, que ha sido duramente calificada, con razón, como una de las peores páginas de nuestros antecedentes legislativos, se pretende justificar la falta de previsiones sobre el dolo con fundamento en una lamentable confusión entre éste y el libre albedrío, sin advertir que la necesidad de que se precise el elemento subjetivo del delito surge de la propia distinción, admitida por el Código, entre delitos dolosos (aunque en ninguna parte los llame así) y delitos culposos.

El silencio del Código hacía pues necesario, como he dicho, un trabajo de investigación sistemática, y éste fue comenzado por Sebastián Soler, pese a que algunos tratadistas hayan creído encontrar en una frase de Ramos, contenida en su obra "Los delitos contra el honor", una anticipación de la misma idea.

Soler descubrió que el concepto de ese elemento subjetivo más reprochable, al que tradicionalmente se ha calificado como dolo, podía obtenerse deduciéndolo del artículo 34, inciso 1º, del Código Penal.

Este inciso define los casos de inimputabilidad, declarando que no son punibles los que en el momento del hecho, por insuficiencia de sus facultades, alteraciones morbosas de las mismas o estado de inconsciencia, no hayan podido comprender la criminalidad del acto o dirigir

sus acciones. Hay también en el inciso una referencia al error o ignorancia de hecho no imputable, que, como es sabido, son considerados por la doctrina como causas de inculpabilidad.

Si la inimputabilidad consiste esencialmente en la incapacidad de comprender la criminalidad del acto o de dirigir las acciones, es claro que la imputabilidad debe ser la capacidad de comprender la criminalidad del acto y de dirigir las acciones. La proposición disyuntiva negativa, al pasar a ser afirmativa, debe transformarse de disyuntiva en copulativa. Ejemplo: no pueden concurrir al baile quienes no tenga entrada o no vistan de etiqueta. Por lo tanto, para poder concurrir es necesario tener entrada y vestir de etiqueta.

En que la imputabilidad debe comprender ambos aspectos, todos los autores están de acuerdo, pero en el próximo paso del razonamiento para definir el dolo se plantea una grave dificultad. La imputabilidad es aptitud, el dolo y la culpa son actitudes frente al hecho de que se trata. Soler, desde la primera edición de su libro, afirma que si la inimputabilidad es incapacidad de comprender la criminalidad del acto o de dirigir las acciones, el dolo, por el contrario, debe consistir en la efectiva comprensión de la criminalidad del acto o en la efectiva dirección de la acción hacia el hecho delictivo.

Que Soler haya razonado a contrario sensu a partir de la definición de inimputabilidad para llegar a la noción de dolo es en principio perfectamente lógico. Aunque Molinario calificó la construcción de audaz, ella parece por el contrario llena de sensatez. A raíz de la reforma efectuada en el Código Penal Alemán (artículo 51), adoptándose una redacción muy similar a la de nuestro artículo 34, inciso 1º, una sentencia del Tribunal Regional Superior de Kiel declara, en el mismo sentido de la construcción de Soler: "Si la capacidad para reconocer el injusto es el presupuesto de la culpabilidad, el dolo debe

consistir siempre, sin más, en la conciencia de obrar injustamente”.

Según acabamos de recordar, Soler encuentra que existe dolo cuando el sujeto ha comprendido la criminalidad del acto o ha dirigido la acción. ¿En qué casos, según él, hay comprensión de la criminalidad del acto, pero no dirección de la acción? En los casos de dolo eventual, en los cuales el sujeto no tiene la intención de llegar al resultado delictivo, pero comprende que existe la posibilidad de que el acto sea criminal.

Esta tesis disyuntiva: dolo como dirección de la acción o comprensión de la criminalidad, fue primero impugnada por Molinario, quien en una recensión, verbal, luego publicada en la Revista del Colegio de Abogados, en 1942. sostuvo que para definir el dolo, la conjunción o del inciso 1º del artículo 34 debía transformarse en y, al convertirse la frase en afirmativa. A esto contestó Soler que ello sería exacto tratándose de definir la imputabilidad, pero no el dolo, porque habiéndose declarado al autor imputable, es decir con capacidad para comprender y dirigir, bastaba que hubiera puesto en práctica cualquiera de ambas capacidades.

Fontán Balestra criticó también esta posición de Soler, y fue seguido por Jiménez de Asúa, y últimamente por Núñez, quien primero fue partidario de la tesis de Soler, pero luego se manifiesta convencido por los argumentos contrarios.

Estos argumentos pueden resumirse así: Cuando el autor obra por un error de hecho (por ejemplo cuando mata a un hombre creyendo matar un animal) dirige su acción, pero no comprende la criminalidad del acto, y por ello no hay dolo a pesar de estar presente uno de los elementos. Viceversa, cuando un sujeto obra bajo coacción, comprende la criminalidad del acto pero no dirige su acción, y por lo tanto aquí tampoco hay dolo, porque falta uno de los elementos. En consecuencia, es necesario que concurren ambos factores.

Yo también pienso que para que haya dolo debe haber dirección de la acción y comprensión de la criminalidad del acto, pero los argumentos de Fontán Balestra me parecen inexactos. En efecto, creo erróneo afirmar que quien mata a un hombre creyendo matar un animal ha dirigido su acción. La dirección de la acción presupone el conocimiento de los elementos de hecho sobre los cuales se actúa. El que se equivoca sobre esos elementos no ha dirigido, en verdad su acción, no ha tenido, como dicen los autores alemanes, el señorío sobre el hecho. Por otra parte, tampoco es exacto decir que quien obra bajo coacción no dirige su acción, puesto que como lo repite el propio Fontán en su libro, es frase empleada por todos los autores la de "coactus voluit": el coacto hace uso de su voluntad. El coacto dirige su acción; lo que ocurre es que no podemos reprocharle el que la haya dirigido hacia el resultado antijurídico, porque no le era exigible, dadas las circunstancias, actuar de acuerdo con el derecho.

Sin embargo, creo, contrariamente a lo que afirma Soler, que sin dirección de la acción no puede haber dolo, como tampoco puede haberlo sin comprensión de la criminalidad. La sola comprensión de la criminalidad posible del hecho no es suficiente para que haya dolo eventual. Así viene a reconocerlo prácticamente el propio Soler cuando adopta la teoría del asentimiento, de Beling, según la cual es necesario, para que haya dolo eventual, no sólo que el autor haya previsto la posibilidad del hecho delictivo, sino también que haya asentido a su producción eventual. Tal es también el concepto de dolo eventual contenido en el artículo 60 del Proyecto Soler: "Obra con dolo el que quiso de modo directo el hecho delictivo y también aquél que asintió a su producción eventual por no desistir de su acción".

El asentimiento es una forma de la voluntad del hecho. Quien asiente a que se produzca un resultado delictivo con tal de no desistir de su fin principal incorpora

la posibilidad de ese hecho delictivo a su plan, en una palabra, dirige su acción tanto hacia el fin principal como hacia el hecho eventual delictivo. No se puede pues decir que quien asiente a la posible producción de un hecho antijurídico no haya dirigido su acción hacia él, puesto que está igualmente comprendido en su programa de acción.

La mera comprensión de la criminalidad posible o eventual del hecho se encuentra no sólo en el dolo eventual sino también en la culpa llamada consciente. Pero cuando hay dolo eventual, el asentimiento hace que a la comprensión de la criminalidad posible del acto se una la dirección de la acción, abarcando también la producción eventual del hecho delictivo.

En definitiva, pues, según se infiere del artículo 34, inciso 1º, es punible quien ha dirigido su acción, comprendiendo la criminalidad necesaria o posible del acto. De tal manera, los casos en los cuales una persona puede ser sancionada pese a no haber dirigido su acción y comprendido la criminalidad del acto aparecen como verdaderas excepciones a la regla general del artículo 34, inciso 1º, excepciones que deben estar formuladas expresamente en la ley. Efectivamente, en alrededor de una docena de figuras delictivas, el Código reprime a quienes no han comprendido la criminalidad del acto y dirigido su acción, debido a su imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los deberes o reglamentos de su cargo. Son los delitos llamados culposos. Fuera de estos casos excepcionales, no hay punición, en virtud de la regla general del artículo 34, inciso 1º, si no hay comprensión de la criminalidad y dirección de la acción, es decir si no hay dolo.

Ahora, pues, podemos contestar el interrogante que formulamos al comienzo de esta clase. Cuando la figura delictiva no hace mención de forma alguna de culpabilidad, ello quiere decir que exige que el hecho haya sido

realizado con comprensión de la criminalidad y dirección de la acción, esto es con dolo. El artículo 79 se refiere pues al homicidio doloso, el artículo 183 al daño doloso. Los artículos 84, 94, etcétera, que sancionan hechos culposos, son excepciones a la regla general.

II

Todavía, sin embargo, restan graves dificultades con respecto al concepto de dolo en nuestro código.

Si, como acabamos de ver, son necesarias para que exista dolo, no solamente la dirección de la acción hacia el resultado delictivo, mediante la intención o el asentimiento, sino también la comprensión de la criminalidad del acto, es claro que el dolo debe quedar excluído cuando por un error esencial el autor no ha dirigido su acción, directa o indirectamente, hacia el hecho, o no ha comprendido la criminalidad de ese hecho. Ahora bien, el artículo 34, inciso 1º excluye, como sabemos, la punibilidad en los casos de error de hecho, pero no menciona en modo alguno al error de derecho. ¿Qué ocurre, pues, cuando un sujeto, por error de derecho, ignora la criminalidad del acto que lleva a cabo? Parece que aquí nos encontráramos ante un verdadero dilema. Por una parte afirmamos, de acuerdo con el texto del Código, que no puede haber dolo sin comprensión de la criminalidad del acto, más por otra parte el Código parece querer que el autor sea punible aun cuando ignore la criminalidad debido a un error de derecho.

No tenemos tiempo en esta clase para extendernos sobre las teorías que niegan toda diferencia esencial entre los llamados error de hecho y de derecho. Creemos que dogmáticamente, cualquiera sea la opinión doctrinaria que pueda haber al respecto, es innegable que el artículo 34, inciso 1º, parte inequívocamente de la diferenciación entre error de hecho y error de derecho. Ello no solo sur-

ge de la letra clara de la ley, que se limita expresamente al error de hecho, sino del ordenamiento jurídico en el cual se inserta, en 1921, el Código Penal, y en el cual la distinción entre error de hecho y error de derecho se encuentra explícita y tradicionalmente consagrada por el Código Civil.

“La ignorancia de las leyes no sirve de excusa si la excepción no está expresamente autorizada por la ley”, dice el artículo 20 C.C., y el artículo 923 del mismo Código establece: “la ignorancia de las leyes o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos”.

Conceptuamos pues que, como lo ha demostrado Núñez, es errónea la tesis de Jiménez de Asúa, quien pretende que las disposiciones mencionadas del Código Civil no son aplicables en la esfera del derecho penal. Evidentemente, ellas han sido acogidas dentro de su ámbito, por la inequívoca limitación del artículo 34 inciso 1º al error de hecho.

Indudablemente, la distinción error de hecho —error de derecho inspira nuestra legislación penal, en el sentido que señalaba Savigny: “El error de derecho recae sobre una regla de derecho, es decir sobre el derecho objetivo; el error de hecho recae sobre hechos jurídicos, es decir sobre las condiciones de hecho exigidas por la aplicación de una regla de derecho” (Tratado de Derecho Romano, tomo 3, página 328, apéndice VIII).

Parece pues muy difícil escapar al dilema al que nos hemos referido. ¿Habrà que concluir que el error de derecho, a pesar de que en realidad pueda haber impedido comprender la criminalidad del acto, deja subsistente el dolo?

Una respuesta posible nos la darían ciertas teorías, a las que nos referimos en la conferencia anterior, y que, en verdad, vienen a negar el problema. Unas, sosteniendo

que el conocimiento de la ley se presume *iuris et de iure*; otras, concluyendo que la prueba de la ignorancia o el error de derecho es procesalmente inadmisibles. No volveremos sobre las objeciones en cuya virtud consideramos equivocadas ambas teorías.

Otro de los intentos de paliar las consecuencias de la limitación contenida en el artículo 34, inciso 1º, ha sido el de adoptar la distinción, de la que también hablamos en la conferencia anterior, entre el error de derecho penal y el error de derecho extra penal, equiparando este último al error de hecho. Esta distinción, como ustedes recordarán, se encuentra expresamente reconocida por el artículo 47 del Código Penal Italiano, y fue mantenida durante largo tiempo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Alemania. Ya dijimos también que esta jurisprudencia fue siempre criticada por la doctrina, porque la equiparación entre error de derecho extra penal y error de hecho no tiene fundamento normativo alguno. Menos aún lo tiene en nuestro país, pese a lo cual algunos autores y varios fallos jurisprudenciales han acogido esa distinción que, como también señalamos, fue abandonada por los tribunales alemanes.

Indicaremos, por último, la posición de Núñez, que importa en realidad la pretensión de incorporar a nuestra dogmática la distinción alemana entre error de tipo y error de prohibición, a la que también hemos aludido en la conferencia precedente. El error que recae sobre el tipo (error sobre las características jurídicas estructurantes del hecho delictivo, lo llama Núñez) sería admisible, aunque proviniera de un error de derecho, no así el error de prohibición.

La tesis de Núñez implica sin embargo un trastocamiento del significado de la expresión que emplea el artículo 34, inciso 1º. Esta disposición legal se refiere al error de hecho no al error sobre el hecho, como lo hace el artículo 59 del Código Penal Alemán, que por lo tanto

ha consentido una construcción en la cual se admite el error de derecho cuando él produce el desconocimiento de una de las circunstancias del Tatbestand, del tipo, del hecho delictivo.

Nuestro Código, por el contrario, no se refiere al error sobre el hecho sino al error de hecho. Es una categoría jurídica totalmente distinta, que, justamente, se funda en los artículos 20 y 329 del Código Civil, según los cuales el error de derecho, aunque sea referido al hecho, no excusa.

Llegado el momento de dar mi opinión sobre el problema, debo manifestar ante todo que, a mi parecer, las disposiciones contenidas en los artículos citados del C. Civil no tienen su origen en la suposición de que la ley se reputa conocida, sino, lo que es muy distinto, en la presunción de que el desconocimiento de la ley o el error de derecho suponen siempre una negligencia de parte del que los padece.

La presunción de negligencia en el error de derecho parece en mi opinión, hallarse confirmada desde el Derecho Romano.

Savigny, en su célebre Tratado, señala que “el que comete un error de derecho es siempre culpable de una gran negligencia”, y agrega más adelante: “para el error de hecho la negligencia debe ser probada, para el error de derecho hay una presunción de negligencia”.

En el mismo sentido, afirma Borda que el error de derecho implicaba en Roma una grave negligencia. Pochannet, en su estudio sobre el error de derecho, refiriéndose al Derecho Romano, dice: “el legislador encontraba ordinariamente al error de derecho sin excusa, y a menudo rehusaba acordarle fe”.

Igualmente, Merlin afirma: “cuando una ley es promulgada, el que la ignora o interpreta mal sus disposiciones es culpable de una ignorancia voluntaria o de un error vencible”.

La presunción de negligencia en estos casos es, según Garçon, *iuris et de iure*.

La verdadera razón de ser de las disposiciones en cuya virtud el error de derecho no excusa es pues la presunción *iuris et de iure*, establecida por la ley, de que dicho error es debido a culpa.

Aceptada esta premisa, es fácil adjudicar al artículo 34, inciso 1º, su verdadero significado. Como ustedes recordarán, este precepto legal establece que no son punibles, entre otros, los que por un error de hecho no imputable (es decir no culpable) no hayan podido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. Ahora bien: si todo error de derecho se reputa culpable, es claro que no se puede fundar en él la impunidad, por la misma razón de que ella tampoco puede fundarse en el error de hecho culpable.

¿Pero quiere esto decir acaso que el que obra por error de derecho deberá ser castigado con la pena correspondiente al delito doloso? Evidentemente no, como tampoco es castigado con esa pena el que ha obrado por error de hecho culpable. Toda nuestra doctrina está de acuerdo en que el error de hecho culpable, es decir el debido a falta de diligencia, excluye el dolo, pero debe dar lugar a la punición por delito culposo, si el hecho está previsto en la ley como delito culposo. Pues bien, con el error de derecho debe ocurrir lo mismo. Puesto que, de acuerdo con la presunción *iuris et de iure* antes referida, el error de derecho es siempre para la ley debido a negligencia, el hecho realizado en virtud de ese tipo de error nunca será doloso, porque falta en el agente la comprensión de la criminalidad del acto, pero debe ser castigado con la pena del delito culposo si el hecho está previsto por la ley como delito culposo.

Aclaremos que nos referimos a los casos de verdadero error de derecho, es decir a aquéllos en los cuales el autor juzga de buena fe que su hecho es lícito. Cuando por el

contrario el autor duda acerca de la licitud de su acto (como ocurriría en aquellos casos de hostilidad al derecho a que nos referimos en la clase anterior) indudablemente será responsable por dolo eventual, puesto que al dudar acerca de la licitud del acto que realiza, toma a su cargo, asiente, a la posible criminalidad de su acción.

En resumen, pues, de acuerdo con nuestra opinión:

1º) El error de derecho nunca es por sí causa de impunidad, sea que verse sobre las características estructurantes del hecho delictivo, sea que verse sobre la circunstancia de hallarse inculminado un hecho cuyas características se aprecian correctamente.

2º) El error de derecho —salvo cuando es ocasionado por la voluntad de ignorar las regulaciones jurídicas vigentes— excluye siempre el dolo, porque no permite comprender la criminalidad del acto en los términos del artículo 34, inciso 1º del Código Penal.

3º) Como el error de derecho es reputado —iuris et de iure— como debido a una negligencia culpable, el hecho motivado por dicho error debe ser sancionado como delito culposo, siempre que se encuentre reprimido como tal en la ley.

Si, por ejemplo, un guardiacárcel, creyendo equivocadamente que la ley o los reglamentos administrativos permiten disparar el arma sobre el preso que fuga, mata a éste, el hecho debe ser reprimido como delito culposo de homicidio.

En cambio, si por un error de derecho debidamente probado, una persona usurpa un inmueble, creyéndose autorizada por la ley, el hecho quedará impune, no en virtud del efecto excusante del error, sino porque en los delitos contra la propiedad la ley requiere el dolo y no sanciona la comisión culposa.

ÍNDICE

Prólogo	7
El concepto del delito y la seguridad jurídica	11
Problemática del concepto de acción	27
Estructura y significado del tipo legal	43
Valor y bien jurídico	55
La antijuridicidad	67
Causas de justificación	79
La imputabilidad	93
La concepción normativa de la culpabilidad	107
El dolo y la conciencia de la antijuridicidad	121
Ubicación sistemática del dolo en el Código penal argentino	133

Este libro se terminó de imprimir
en el mes de enero de 1977, en los
Talleres Gráficos JULIO KAUFMAN S.R.L.,
Avenida Corrientes 1976, Buenos Aires.